



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO, CONTABILIDADE E
FINANÇAS PÚBLICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM ECONOMIA
MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA DE FINANÇAS PÚBLICAS

RODRIGO SIQUEIRA GARCEZ

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) DE REPACTUAÇÃO:
O Impacto das negociações coletivas nos contratos de terceirização de mão-de-obra
na UnB**

**BRASÍLIA – DF
2019**

RODRIGO SIQUEIRA GARCEZ

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) DE REPACTUAÇÃO:
O Impacto das Negociações Coletivas nos Contratos de Terceirização de
Mão-de-obra na UnB**

Dissertação apresentada ao Departamento de Economia, da Faculdade de Administração, Contabilidade, Economia e Gestão de Políticas Públicas (FACE) da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Mestre em Economia – Gestão Econômica de Finanças públicas.

Orientador: Prof. Dr. José Carneiro da Cunha Oliveira Neto

**BRASÍLIA – DF
2019**

GG215a 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.
231 f.

Dissertação (Mestrado em Economia) Programa de pós-graduação em
Economia - Faculdade de Economia Administração, Contabilidade e Gestão
econômica de Políticas públicas - Universidade de Brasília, 2019.

1. Análise econômica do direito. 2. Contratos terceirizados. 3.
Negociações coletivas de trabalho. 4. Equilíbrio econômico-financeiro. 5.
Orçamento público. I. Carneiro da Cunha Oliveira Neto, José, orient. II. Título.

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do título de Mestre em Economia - Gestão Econômica de Finanças Públicas. Curso oferecido pelo Programa de Pós-Graduação em Economia – Departamento de Economia da Universidade de Brasília, por intermédio da Coordenadoria de Capacitação (PROCAP), do Decanato de Gestão de Pessoas (DGP). Comissão examinadora formada por:

Prof. Dr. José Carneiro da Cunha Oliveira Neto Dep. de Economia – FACE/UnB

Prof. Dr. Roberto de Goes Ellery Junior Departamento de Administração – FACE/UnB

Prof. Dr. Antônio Nascimento Júnior Departamento de Economia – FACE/UnB

Brasília, 17 de Dezembro de 2019.

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, à minha esposa, à minha família, ao meu orientador e amigos que acreditam em mim. Dedico-o também a mim mesmo, pelo meu esforço, dedicação, perseverança e disciplina. Princípios que sempre tive em todos os meus projetos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus, por tudo.

Em especial, aos meus queridos avós, José e Maria, pelo amor incondicional e por todo o esforço na minha educação, o que contribuiu excepcionalmente para a minha formação como pessoa.

Aos meus pais, Divo e Marlene e também meu padrasto Naiton, que e apesar de não ter sido criado por eles, contribuíram de alguma forma significativamente na vida, seja pelo amor e por não me abandonar, seja nos meus momentos de felicidade ou momentos difíceis. Assim, como agradeço a toda a minha família, minhas tias e tios, primos, irmãos, em especial na educação como pessoa à Tia Márcia e Tia Aida e à vida de formação e orientação profissional à Tio Maurício e Tia Paula (padrinhos de casamento), que sempre me incentivaram nos estudos.

À minha querida esposa Wanessa, por todo o carinho, companheirismo, atenção e compreensão em todas as situações. Ao meu sogro e minha sogra, ao meu cunhado pessoas que hoje tenho enorme carinho e fazem parte da minha família.

Aos Meus amigos Yuri, Adalberto, Anthony e Pedro pela amizade de anos, bem como aos colegas de trabalho pelo apoio, compreensão e incentivo, em especial ao Fabrício pela força e que se não fosse a ajuda dele na inscrição (problemas técnicos) talvez não teria nem começado este mestrado.

Ao meu atual Diretor, Fernando pelo apoio no afastamento e compreensão neste momento de dedicação. E em especial ao meu antigo chefe e padrinho de casamento, Júlio Cesar Versiani que sempre me incentivou e encorajou de forma positiva.

Ao amigo e servidor da UnB Tiago Mota pela ajuda nos dados referente à esta pesquisa.

Ao meu orientador Dr. José Carneiro da Cunha Oliveira Neto, pela paciência, direcionamento e ensinamentos.

Aos meus colegas de turma, pelas amizades que construí, bem como, pelo apoio e companheirismos que todos tiveram neste período difícil, porém, gratificante.

“Se torturarmos os dados suficientemente, eles confessarão tudo.”
[...]“Não é a economia que está piorando. É a noção dela que está melhorando.”

Ronald Coase

“Não existe países subdesenvolvidos existem países sub administrados.”

Peter Drucker

RESUMO

Por muito tempo o conceito de contrato foi entendido apenas como um conjunto de normas jurídica capazes de regular a relação negocial dos agentes envolvidos, no entanto, a dinâmica do comportamento destes agentes, seja diante da sua própria mudança de pensamento no decorrer do pacto ou mesmo afetado por externalidades, faz com que a doutrina impulse o direito a não mais caminhar de forma individualizada, ou seja, esta área deve estar atrelada a outros campos do conhecimento, dentre eles o da economia. Apesar desta ideia ter raízes desde os estudos da era “Adam Smith e seus correlários”, os estudos integrados do direito e economia passam a ter maior importância e agora como metodologia, somente na escola de Chicago, surgindo então a *Law and Economics* ou análise econômica do Direito (AED). Diante disso, este trabalho buscou consolidar os principais estudos, dentre os históricos acontecimentos, conceitos e técnicas consolidadas, acerca desta corrente, atrelado ao ensinamento do direito contratual mais precisamente ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos. O objetivo da pesquisa foi analisar as despesas discricionárias do orçamento da UNB impactadas pelas repactuações dos contratos terceirizados de mão de obra ocorridas decorrente das negociações coletivas das categorias de vigilância e limpeza, serviços estes contratados pela universidade e que geralmente é atividade comum em muitos outros órgãos e instituições. Por fim, de forma qualitativa pretendeu fazer uma análise econômica positivista e normativa destas repactuações e outros eventos, considerando os últimos contratos desta natureza na instituição e a partir daí propor soluções tendo como base a doutrina acerca da Análise Econômica do Direito (AED), inclusive indicando dentro desta abordagem a melhor teoria que se enquadra no contexto contemporâneo do objeto pesquisado.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Contratos terceirizados. Teoria da imprevisão. Contratos incompletos. Negociações coletivas de trabalho. Equilíbrio econômico-financeiro. Repactuação. Orçamento público.

ABSTRACT

For a long time the concept of contract was understood only as a set of legal norms capable of regulating the business relationship of the agents involved, however, the dynamics of the behavior of these agents, whether in the face of their own change of mind during the pact or even affected by externalities, causes the doctrine to drive the right to no longer walk individually, ie, this area must be linked to other fields of knowledge, including the economy. Although this idea has had its roots since Adam Smith and its corollaries, integrated studies of law and economics have become more important and now as a methodology, only in the Chicago school, then Law and Economics or economic analysis emerged. of Law (AED). Given this, this work sought to consolidate the main studies, among the historical events, concepts and techniques consolidated, about this current, linked to the teachings of contract law more precisely to the economic and financial rebalancing of contracts. The objective of the research was to analyze the discretionary expenses of the UNB budget impacted by the renegotiation of outsourced labor contracts resulting from collective bargaining of the surveillance and cleaning categories, services contracted by the university and which is generally a common activity in many other bodies. and institutions. Finally, in a qualitative way, it intended to make a positivist and normative economic analysis of these renegotiations and other events, considering the latest hires of this nature in the institution and from there proposed solutions based on the doctrine about the Economic Analysis of Law (AED), including indicating within this approach the best theory that fits the contemporary context of the researched object

Key Word: Economic Analysis of Law. Outsourced Contracts. Theory of unpredictability. Incomplete contracts. Collective bargaining negotiations. Economic and financial balance. Renegotiation. Public budget.

Lista de Figura

Figura 1 - Classificação dos institutos do equilíbrio econômico-financeiro	109
Figura 2 - Organograma da Diretoria de Contratos Administrativo (DCA) da UNB	156
Figura 3 - Classificação Econômica das Receitas e Despesas	161

Lista de Gráficos

Gráfico 1 - Variação da força de trabalho por categoria de 2013 a 2018	151
Gráfico 2 - Variação referente ao quantitativo do total da força de trabalho - por ano	152
Gráfico 3 - Despesas executadas pela UNB de 2013 a 2018	162

Lista de Quadros

Quadro 1 - Relação de contratos já firmados pela UNB referente aos serviços de Vigilância desarmada.	159
Quadro 2 - Relação de contratos já firmados pela UNB referente aos serviços de Limpeza e conservação	159
Quadro 3 - Delimitação dos contratos referente aos serviços de limpeza/conservação e vigilância desarmada escolhidos para aplicação da pesquisa	160
Quadro 4 - Módulos da Planilha de Custo e formação de preços	176

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Divisão e organização das unidades institucionais da UNB	151
Tabela 2 - Contratos de locação de mão-de obra vigentes até nov/2019.	157
Tabela 3 - Despesas executadas com terceiriz. de mão-de-obra na UnB de 2013 a 2018	163
Tabela 4 - Peso da parcela de serviços de terceirização de mão-de-obra comparado à rubrica outras despesas.	163
Tabela 5 - Peso percentual da parcela de serviços de terceirização de mão-de-obra comparado à despesa total executada.	164
Tabela 6 - Variação nominal do salário mínimo	178
Tabela 7 - Peso percentual da parcela de serviços de terceirização de mão-de-obra comparado à despesa total executada.	179
Tabela 8 - Variação da remuneração média real do Brasil	180
Tabela 9 - Composição do contrato de vigilância desarmada até dezembro de 2019 (conforme 2º termo de apostilamento)	181
Tabela 10 - Variação das rubricas remuneratórias dos cargos de vigilantes desarmados abrangidos pelo Sindesv/DF.	181
Tabela 11 - Variação das rubricas remuneratórias dos cargos de Supervisores, fiscais e encarregados de outros vigilantes abrangidos pelo Sindesv/DF.	182
Tabela 12 - Evolução das rubricas benefícios assistenciais às categorias abrangidas pelo Sindesv/DF.	183
Tabela 13 - Alterações ocorridas no contrato de vigilância desde a contratação.	183
Tabela 14 - Composição de trabalhadores e remuneração no contrato de limpeza e conservação até dezembro de 2019 (conforme 9º termo aditivo)	185
Tabela 15 - Metragem contratada no contrato de limpeza e conservação até dezembro de 2019 (conforme 9º termo aditivo)	186
Tabela 16 - Variação do salário base dos cargos de servente de limpeza e encarregado do Sindiserviços/DF	186

Tabela 17 - Custo nominal da rubrica insalubridade	187
Tabela 18 - Evolução das rubricas benefícios assistenciais às categorias abrangidas pelo Sindiserviços/DF	188
Tabela 19 - Alterações ocorridas no contrato de Limpeza/conservação desde a contrat.	188
Tabela 20 - Repactuações realizadas no contrato de vigilância desarmada	191
Tabela 21 - Repactuações realizadas no contrato de limpeza e conservação	191
Tabela 22 - Comparação da variação média das remunerações com os principais índices nacionais	202
Tabela 23 - Variação do valor inicial atualizado do contrato de Vigilância	203
Tabela 24 - Variação do valor inicial atualizado do contrato Limpeza	204
Tabela 25 - Evolução da rubrica outras despesas	205
Tabela 26 - Despesas executadas com terceirização de mão-de-obra na UnB de 2014 a 2018	206

Lista de Abreviatura e Siglas

AED - Análise Econômica do Direito

AGU - Advocacia Geral da União

CF - Constituição Federal

CGU - Controladoria Geral da União

CC - Código Civil

CLT - Consolidação da Legislação Trabalhista

DCA - Diretoria de contratos administrativos (da UnB)

Dter - Diretoria de Terceirização (da UnB)

FACE - Faculdade de Administração, Contabilidade, Economia e Gestão de Políticas Públicas

IN - Instrução Normativa

INPC - Índice Nacional de Preços ao Consumidor

IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

IPG-M - Índice Geral de Preços do Mercado

LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal

MPOG - Ministérios do Planejamento

SINDISERVIÇOS-DF - Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário, Prestação e Serviços Terceirizáveis no Distrito Federal

SINDESV/DF - Sindicato dos Vigilantes do Distrito Federal

SLTI - Secretaria de logística e tecnologia da informação do MPOG

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

UnB - Universidade de Brasília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS: TEORIA JURÍDICA	24
1.1 Breve contextualização da teoria geral dos contratos	24
1.2 Formação histórica dos contratos: Elementos acessórios e etimologia	25
1.3 Contratos: conceito-jurídico	28
1.4 Princípios aplicados aos contratos	30
1.4.3 Liberdade Contratual: Autonomia da vontade, Autonomia privada	31
1.4.1 Função social do contrato	32
1.4.2 Boa-fé objetiva e subjetiva	34
2 TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS	36
2.1 Conceito econômico do contrato	36
2.2 Interdisciplinaridade entre direito e economia	37
2.3 Abordagem AED (Análise Econômica do Direito) ou Law and Economics: Uma abordagem contemporânea aplicada à teoria geral do direito	38
2.3.1 Análise econômica Positiva do Direito	41
2.3.2 Análise econômica Normativa do Direito	42
2.4 Análise Econômica do Contrato	42
3 IMPREVISIBILIDADE E INCOMPLETUDE CONTRATUAL	44
3.1 Teoria jurídica versus teoria econômica	44
3.2 Teoria jurídica de imprevisão	46
3.2.1 teoria da imprevisão versus teoria da quebra da base do negócio jurídico	54
3.3 Teoria econômica dos contratos incompletos versus contratos completos	56
3.4 Teoria do custo de transação e o “Teorema de Coase”	62
3.5 Externalidades e a relação aos aspectos da incompletude e imprevisibilidade contratual	66
3.5.1 Atributos da transação	66
3.5.2 Pressupostos comportamentais	68
3.5.2.1 Racionalidade limitada	68
3.5.2.2 Comportamento oportunistas	69
3.5.3 Problemas de informação: Informação Imperfeita	70
3.5.3.1 Informação completa e incompleta	71
3.5.3.2 Informação assimétrica e simétrica	72
3.4.1 Problemas de Agência: Relação Principal-Agente	76
4 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	77
4.1 Licitação	79
4.1.1 Vinculação ao instrumento convocatório	81
4.2 Terceirização	82
4.2.1 Terceirização no Brasil - Breve histórico e o embasamento legal	86

4.2.2 Alterações Contratuais	94
5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO	97
5.2 Embasamento teórico e jurídico do equilíbrio econômico financeiro contratual	97
5.2 Institutos do equilíbrio econômico financeiro	109
5.2.1 Correção monetária (Atualização monetária, ou atual. financeira).	110
5.2.2 Revisão de preços (Recomposição ou reequilíbrio)	116
5.2.3 Reajuste (em sentido Lato Sensu)	121
5.2.3.1 Reajuste de preços por índices (em sentido strictu sensu)	124
5.2.3.1 Repactuação	125
6 DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E A REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA	130
6.1 Fator Trabalho	130
6.2 Associativismo e os sindicatos	137
6.3 Direitos Direito do Trabalho e a Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil	139
6.4 Os impactos econômicos e a flexibilização das negociações coletivas.	143
6.5 Às Negociações Coletivas aplicada à Terceirização de mão de obra no Brasil	145
6.5.1 Negociações coletivas e às contratações públicas	147
7 ANÁLISE ECONÔMICA DOS ADITIVOS E APOSTILAMENTOS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA DA UNB	149
7.1. Delimitação do objeto de pesquisa	149
7.1.1 Breve relato sobre a terceirização de mão-de-obra na UnB.	149
7.1.2 Os serviços de vigilância desarmada e Limpeza/conservação na UNB	158
7.1.3 Orçamento da UNB e a parcela para locação de de mão-de-obra.	160
7.1.4 Classificação da AED aplicada ao objeto de pesquisa	166
7.2 Objetivos da pesquisa	168
7.4 Metodologia	169
7.4.1 Tipificação da pesquisa	172
7.4.2 Métodos de pesquisa	173
7.5 Análise econômica das repactuações e outras alterações nos contratos de vigilância e limpeza da UNB.	175
7.5.1 Apresentação dos critérios, parâmetros e dados para análise	175
7.5.2 Análise econômica do direito de repactuação	189
7.5.3 Discussão dos Resultados	200
7.6 Resposta à questão problema	206
CONCLUSÃO	208
REFERÊNCIAS	212
APÊNDICES	226

INTRODUÇÃO

Por séculos a sociedade brasileira exige dos governantes serviços públicos com mais qualidade, estas reivindicações se acentuaram nos últimos anos, principalmente em decorrência do cenário de ineficiência do Estado. A justificativa de muitos gestores sobre esta ineficiência, pousam na ideia de que para se ter melhores serviços, necessitam mais recursos financeiros, por outro lado, o cenário econômico atual impulsiona os agentes públicos a tomarem uma postura diferente, ou seja, “ter maior racionalidade nos seus gastos.”

Diante dessa situação, o equilíbrio pode ser alcançado quando os gestores passam a repensar modelos mais eficientes dos seus gastos, mas o grande problema é que às vezes qualquer iniciativa de gestão neste sentido, esbarra em alguns entraves, sejam porque a maioria das despesas são obrigatórias, ou seja, aquelas que estão fixadas em leis, fato que vincula diretamente o agente a seguir as regras previamente determinadas, ou ainda mesmo que existe certa flexibilidade em certos gastos, as despesas discricionárias podem ser impactadas por aspectos que escapam do domínio do poder público, seja pela natureza dos fatos quando são imprevisíveis e/ou incalculáveis, ou talvez seja simplesmente pelo fato das tomadas de decisões serem mal planejadas e/ou executadas.

Desta forma, é sabido que geralmente o poder público não é parte direta nas negociações coletivas das categorias de serviços que ele próprio terceiriza, onde este aparece apenas como agente regulador das regras deste processo ou mero expectador, fato que impossibilita inclusive a previsão de valores e regras a serem instituídas

“A Administração Pública não é parte atuante nas negociações coletivas, que ocorrem anualmente entre a classe patronal e os sindicatos representantes dos empregados terceirizados. Desta forma, os custos dos avanços nas negociações coletivas são repassados integralmente aos tomadores dos serviços. Esse repasse causa impacto não previsto nas contas públicas, e, se os reajustes forem superiores aos índices da economia, pode gerar desequilíbrios.”(NEUMANN, 2015, p. 5).

De certo modo, em razão dos institutos constitucionais e instrumentos legais, é garantida a manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e, ao final, o impacto financeiro dos índices de reajuste e pelas convenções

coletivas de trabalho será todo suportado pela tomadora dos serviços, ou seja, a Administração Pública. (MATOS, 2017).

Com isso, o impasse surge no momento em que os fatos extraordinários, inclusive na forma de regras e instrumentos jurídicos, trazem custos de transação positivos ao orçamento das organizações. Esses fatos, muitas vezes, são causados por problema de lacunosidade contratual, ou ainda por fenômenos imprevisíveis ou mesmo que previsíveis, porém os seus impactos são de consequências incalculáveis.

Diante disso, quando se observa os momentos da economia nacional atrelado à incerteza e instabilidade do mercado, estes aspectos de imprevisibilidade e lacunosidade contratual pode se tornar cada vez mais visíveis no cotidiano dos gestores, fato que pode agravar ainda mais a situação financeira das contas públicas e dificultar a tomada de decisão. Dilemas como esses é justamente o campo de atuação dos estudos em torno da Análise Econômica do Direito (AED).

O conceito da AED será melhor abordado no embasamento teórico do trabalho, para o momento o que precisa se ter em mente é que AED integra os estudos da teorias econômicas e jurídica, para analisar o impacto das normas e o comportamento dos agentes envolvidos, fato que perfeitamente aplicável ao estudos dos contratos, pois o mesmo é basicamente um conjunto de regras que disciplina o pacto entre os agentes intrometidos na contratação.

Cabe destacar que esta abordagem tem aplicação em todas as áreas do direito, assim como no Direito Contratual, pode ser perfeitamente aplicável ao Direito Constitucional, ao Direito de regulação ao processo civil, Direito penal, dentre outros. Em suma, cabe observar que, a partir desta extensão de aplicação, é possível inferir que abordagem AED não se resume à simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas do Direito tradicionalmente associadas à economia, como é o caso Direito Comercial, Regulatório, Concorrencial ou Defesa comercial, onde a aplicabilidade, ambientes em que esta ferramenta é visivelmente mais aceitável.

a) Objetivos do Trabalho

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar qualitativamente os impactos no orçamento na UnB decorrente das negociações coletivas das categorias dos serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra de vigilância e limpeza/conservação, decorrente da obrigatoriedade da repactuação.

De forma específica, este trabalho buscou-se: a) descrever aspectos gerais e doutrinários sobre contratos; b) demonstrar a interdisciplinaridade e a importância dos estudos integrados entre direito e economia aplicada aos estudos das contratações públicas, através da Análise Econômica do Direito; c) analisar os principais problemas (atrelados à imprevisibilidade e à incompletude que possam afetar a continuidade e a execução eficiente dos contratos de longo prazo; d) contribuir com a organização um breve estudo sobre contratações públicas e terceirização com dedicação exclusiva de mão de obra no Brasil, a partir dos principais estudos sobre o assunto; e) organizar os principais estudos sobre princípio do equilíbrio econômico financeiro e seus institutos, a partir dos embasamentos doutrinários e legais. f) Analisar as alterações dos contratos de vigilância desarmada e limpeza/conservação, especificamente um contrato de cada área (recente) e com mais de 3 anos de vigência, dando ênfase ao impacto da repactuação em decorrência das negociações coletivas de trabalho, comparando esta com os outros tipos de alteração.

Em síntese aos objetivos desta pesquisa buscou-se primeiramente fazer uma reflexão acerca do grau de significância na parcela do orçamento da Universidade de Brasília, causado a partir do impacto das negociações coletivas para com as repactuações dos seus contratos terceirizados de mão de obra e comparando-a às outras alterações contratuais, buscando soluções a partir da teoria construída neste trabalho.

b) Justificativa

A escolha Universidade de Brasília (UNB), para este trabalho, se justifica não apenas por ser o local de construção deste trabalho, mas principalmente por ser um ambiente que anseia por estudos e soluções de gestão, principalmente no aspecto financeiro. Da mesma forma, as universidades federais são um ambiente abundante em

conhecimento em diversas áreas, mas ainda carece e impulsiona estudos contínuos e flexíveis sobre os aspectos de eficiência de gestão dos seus próprios recursos, não pela quantidade de pesquisas apresentadas, mas sim pelo cenário de constante mudança. Observando estes fatos, é perceptível a justificativa acadêmica para o referido trabalho.

Por outro lado, os anseios sociais demandam por melhor qualidade nos serviços públicos, bem como eficiência nos gastos necessários para promover estas políticas, esta demanda está presente inclusive nas políticas voltadas para a educação superior pública.

Neste contexto, o trabalho busca trazer uma justificativa pessoal ao contribuir com uma ampliação no conhecimento na área profissional de atuação e a depender dos resultados, reconhecimento dentro da instituição UNB.

c) Apresentação do trabalho

Quanto a organização do trabalho, o mesmo se apresenta com este ambiente destinado para a introdução e no final outro para conclusão, já quanto construção teórica do trabalho ele é composto de 7 (sete) capítulos, incluindo nestes um capítulo destinado para a pesquisa, os quais estão organizados da seguinte forma:

O capítulo I, foi destinado a realizar uma teorização histórica e conceitual do contrato, onde pretendeu-se descrever aspectos gerais e doutrinários sobre contratos, ou seja, os aspectos ligados mais ao contexto jurídico do contrato

Já no capítulo II, pretendeu reunir os principais estudos em torno da visão econômica sobre o contrato, sendo assim, neste momento aproveitou-se para demonstrar a importância dos estudos relacionados a interdisciplinaridade entre direito e economia, adentrando inclusive em assuntos relacionado à abordagem Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* .

Em seguida, o capítulo III demonstra o problema da imprevisibilidade e incompletude contratual, aspectos estes que quando em sua forma específicas são os responsáveis pelos chamados custos de transação, justamente um dos principais objetos de estudo da AED.

Em consequente , os capítulos IV, V e VI foram usados para delimitação do tema, onde o IV é responsável por reunir os principais conhecimentos sobre contratações públicas e terceirização de mão de obra, para o trabalho. Em seguida, o V é mais específico quanto ao princípio do equilíbrio econômico financeiro, conceituando os fatos históricos sobre o tema, trazendo ao caso brasileiro através do embasamento legal e doutrinário sobre o assunto, contribuindo inclusive com uma proposta de organização dos institutos (inclusive a repactuação) atrelados ao tema. Contudo, o capítulo VI, encerra esta delimitação adentrando no direito coletivo trabalho, chegando às negociações coletivas que de certa forma é o principal instrumento de estudo deste trabalho, pois impacta na majoração dos salários e em consequência dos contratos, através do instituto da repactuação que tenham como objeto a mão-de-obra.

Por fim o capítulo VII, é apresentada a pesquisa, a qual foi realizada de maneira não probabilística, ou seja, realizada qualitativamente atrelada às ideias da abordagem AED, a qual foi adaptada para atender à esta pesquisa em específico. A finalidade é responder a problematização do tema, para isso foi preciso realizar uma breve apresentação aspectos relacionados à pesquisa e delimitação do objeto de pesquisa, incluindo nisso breve apresentação da Universidade de Brasília (UNB), a sua experiência na terceirização de mão de obra, dados orçamentários, objetivos, metodologia científica (métodos e tipo da pesquisa, incluindo descrição das hipóteses de pesquisa) e por fim discussão dos resultados.

d) **Introdução à metodologia**

O escopo do objeto de análise foi limitado aos serviços limpeza/conservação e vigilância desarmada, que são atividades comuns a muitos outros órgãos, fato que por um lado delimita a pesquisa, mas estrategicamente pode ampliar a possibilidade de abrangência da pesquisa para outras organizações.

Utilizando-se do método qualitativo, finalmente a pesquisa buscou identificar a partir da aplicabilidade do direito ao objeto de pesquisa, os principais resultados econômicos e por fim elencando os resultados aos estudos sobre Análise econômica do Direito, propondo soluções capazes de mitigar os riscos dos impactos negativos

encontrados. Contribuindo inclusive com a escolha da melhor teoria que explicaria os comportamentos práticos do objeto de pesquisa.

Por outro lado, evidente que esta situação pode ocorrer em qualquer área, assim como, em qualquer órgão ou instituição pública ou privada, mas quando nos referimos às IES, percebe-se um ambiente peculiar, pois ao mesmo tempo em que existem ditames legais que delegam autonomia as mesmas, por outro lado, o contexto prático demonstra outra realidade.

Existe ainda a garantia constitucional de autonomia das IFES, porém o que se verifica é a dependência gradativa de recursos públicos, principalmente pela forma como estes são rateados e repassados às Instituições, pois em boa parte as receitas estão vinculadas a programas de governo, o que impede o exercício desta autonomia. (MILIONI et al 2015).

Como já sabido, o objeto de estudo deste trabalho se delimita à analisar do orçamento da Universidade de Brasília, tendo em vista o contexto histórico das repactuações de contratos terceirizados dos últimos contratos relacionados à área de vigilância desarmada e limpeza/conservação.

b) Problematização

Como já destacado, em contratações (inclusive nas públicas), a natureza incompleta dos contratos (quanto não intencional) e os fatos imprevistos dificultam, muitas vezes, a tomada de decisão dos gestores e agentes envolvidos.

No caso das contratações públicas isso é mais complicado quando os fatos e fenômenos ocorridos na execução contratual independem da ação do órgão, como é o caso, por exemplo, das negociações coletivas de trabalho, pois o poder público não é parte direta nestas negociações coletivas das categorias de serviços que ele próprio terceiriza. Por outro lado, o órgão contratante é legalmente obrigado a seguir muitas das regras estipuladas no documento gerado nestas negociações, dentre outras eventuais necessidades de alterações contratuais, isso para garantir ou restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato o impacto. O impasse surge no momento em que estas

regras jurídicas afetam a situação econômica e orçamentária das instituições, fato que pode acontecer inclusive na Universidade de Brasília não seria diferente, desta forma surge a questão a ser respondida: **Quais os impactos encontrados pela análise econômica nas repactuação dos contratos de vigilância desarmada e limpeza/conservação da FUB/UnB, decorrente das negociações coletivas de trabalhos?**

1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS: TEORIA JURÍDICA

1.1 Breve contextualização da teoria geral dos contratos

A Teoria Geral dos Contratos é uma área da economia e do direito, que estuda de forma individualizada ou integrada, às disposições contratuais que os indivíduos em sociedade podem firmar entre si. Individualmente a economia estuda o comportamento dos agentes econômicos no mercado, já o direito disciplina alguns destes comportamentos, inclusive punindo se for o caso. Agora quando estudados de forma integrada, tem como principal função diminuir as incertezas que possam ocorrer nesta relação negocial, visando ainda, testificar se às partes estão respeitando o pacto que firmaram entre si e o que a outra parte espera que seja cumprido.

Galvani (2018, p. 3), cita que ainda no período romano clássico não existia, como hodiernamente concebido, uma figura geral de contrato como invólucro jurídico que permite espelhar a pluralidade e variedade das operações econômicas.

Com o passar dos anos, com o crescimento e às constantes mudanças das civilizações, bem como, às exigências socioeconômicas, notou-se a necessidade de regulação deste negócio jurídico, então surgiu a teoria geral dos contratos, a qual buscar estudos capazes entender e atender estas nuances presente nos contratos.

Além do contexto histórico, a contemporaneidade traz consigo muitas situações, que pelo crescimento e pelo dinamismo das relações humanas pode gerar incertezas. Desta forma, situações e ocorrências precisam ser entendidas para se tomar às melhores decisões, no entanto, antes disso às causas delas, então o estudos do termos, tais como informações assimétricas (ou simétricas), informação imperfeita (ou perfeita), teoria da imprevisão, lacunosidade contratual, contratos incompletos, dentre outros, são essenciais para se compreender essência do contratos. Estes aspectos são objetos de estudo de teoria dos contratos. Sobre teoria geral do contrato, cabe destacar o conceito descrito por com Hely Lopes de Meirelles:

“A teoria geral do contrato é a mesma para todo o gênero contratual, mas as peculiaridades da espécie contrato administrativo são regidas por normas

próprias do direito público e se sujeitam a preceitos específicos da administração. Nos contratos administrativos o direito privado é supletivo do direito público, mas nunca substitutivo ou derogatório das regras próprias da administração. Dentre as peculiaridades do contrato administrativo sobressai a possibilidade de alteração unilateral do ajuste por conveniência da administração.” (MEIRELLES, 1980, p. 11).

Contudo, atualmente os estudos se mostram mais dinâmica fazendo com que a teoria se distancie cada vez mais do pragmatismos, seja do meio jurídico e/ou já contexto econômico, mudando o rumo dos estudo para uma concepção do contrato com um cunho mais social, incorporando neste contexto às noções de equidade e justiça, principalmente nas contratações públicas, onde o interesse sempre é o da sociedade.

1.2 Formação histórica dos contratos: Elementos acessórios e etimologia

Estudar a evolução histórica de contrato, seja no quesito conceitual (teoria) ou instrumental (prática), é fundamental para entendê-lo no contexto contemporâneo. Vale ressaltar que as transformações que o instituto dos contratos percorreu ao longo dos seus anos de formação científica e técnica, retratam em sua essência a forma constituída na atualidade.

Contudo, antes de entender esta evolução, precisamos analisar a lógica jurídica em torno da necessidade do contrato. Isso, talvez seria possível a partir da análise de outros elementos que estão associados o referido instrumento.

É possível inferir que esta lógica está intrinsecamente ligada a conceituação dos elementos que, necessariamente, antecedem o contrato: Fato, ato e negócio jurídico. (AZEVEDO, 2009).

Sobre fato, podemos conceituar como tudo aquilo que altera a realidade atual ou do que vai acontecer. Azevedo (2014, p. 3), completa dizendo que “fato é todo acontecimento, que pode ser natural, jurídico e humano, encontrando nesse posicionamento suas três espécies.”

Basicamente, Fato natural é o que acontece da ação involuntária da natureza como por exemplo chover, ventar etc. Na mesma lógica, o fato humano ocorre pela ação do homem como espirrar, caminhar, dirigir, analisando desta forma estes dois são chamados de **fatos não jurídicos**. No entanto, o que nos importa para esta pesquisa é o conceito atrelado ao fato jurídico, mas cabe destacar que os conceitos anteriores formam o entendimento acerca deste.

Fato Jurídico é todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir direitos, bem como de instituir obrigações, entorno de determinado objeto possuem três características básicas, a saber: a) Decorrem de uma ação humana ou da natureza; b) Produzem conseqüências de direito, instituídas pelas normas jurídicas; c) É um acontecimento externo, decorrendo de uma situação fática ou real. (GUSMÃO, 2000).

Ou seja, caso uma fato natural ou humano crie, modifique, conserve ou extingam direitos isso gera o **fato jurídico**, como por exemplo em uma forte chuva uma árvore cai em um carro de particular por falta de manutenção (poda) e fiscalização destas plantas por parte prefeitura local, ou ainda, ao dirigir um humano causa um acidente com vítima. Desta forma, cabe destacar que não necessariamente precise da ação humana para um fato jurídico ocorrer.

Por outro lado, o ato (ação) é a capacidade de agir, para realizar alguma coisa, neste caso precisa existir a manifestação da vontade humana, desta forma podemos concluir que atos jurídicos são fatos jurídicos que consistem em manifestações da vontade humana.

o Ato jurídico "lato sensu", necessariamente, é decorrente da vontade do homem desde de que devidamente manifestada, ou seja, não há ato jurídico sem a devida participação volitiva humana. Nestes casos, não há a interferência da natureza ou de eventualidades, e sim, somente a ação da vontade do homem. (GUSMÃO, 2000).

Partindo desta lógica, o conceito de negócio jurídico se comporta como consequência do fato jurídico e ato jurídico. Logo, negócio jurídico é todo ato decorrente de uma vontade auto regulada, onde uma (unilateral) ou mais pessoas (bilateral ou plurilateral) se obrigam a efetuar determinada prestação jurídica colimando a consecução de determinado objetivo.

“Desta genealogia, chegamos a definição de contrato, onde este é uma **espécie de negócio jurídico** formado pela manifestação de vontade de **no mínimo duas pessoas** configurando-se assim um negócio bilateral ou plurilateral”. (MAO, 2016, p. 2 grifo nosso).

Em sumo a classificação parte-se do fato humano ao fato jurídico, depois ao ato jurídico, do qual surtiria o negócio jurídico em que se enquadra o contrato. (AZEVEDO, 2014).

Já na antiguidade clássica, existia às convenções que subdividiam em duas categorias: por um lado tinha “a convenção contratual”, que tinha garantia por força obrigatória e por outro lado tinha o pacto, sem obrigatoriedade judicial, surgiu na obrigatoriedade natural, ou seja não criam obrigação civil, se não a título acessório de outros instrumentos legais da época. De acordo com Mao (2016, p. 2), “o direito romano distinguia contrato de convenção, esta representava o gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies.”

Em análise aos estudos de Azevedo, este compactua com o mesmo entendimento:

“As convenções romanas, nascidas, sempre, da vontade, existiam, entretanto, em duas categorias; de um lado, a convenção contratual, chamada *contractus*, que tinha força obrigatória e era garantida por ações em juízo; de outro, o pacto, *pactum*, *pactio* ou *convencio*, que era a denominação genérica para as outras convenções que, não sendo obrigatórias, não podiam valer em juízo, com ação própria” (AZEVEDO, 2014, p. 8).

No entanto, nos tempos atuais todas às convenções, quando observado os princípios basilares dos atos jurídicos, são asseguradas em juízo. No entanto, também cabe destacar que todo ato não deve ferir a lei e a ordem pública, nem mesmo os princípios gerais do direito e aos bons costumes.

De acordo com Azevedo, (2014, p. 7) “é necessário ter em mente o princípio constante do art. 476 do Código Civil (art. 1.092 do Código de 1916), segundo o qual nenhuma das partes que contrata poderá exigir o cumprimento obrigacional da outra, se não cumprir sua obrigação.”

Obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, seja ela

positiva ou negativa. Caso ocorra o inadimplemento, permite ao credor executar o patrimônio do devedor, para satisfação de seu interesse. (AZEVEDO, 2014).

Segundo disciplina Hely Lopes de Meirelles e José Emmanuel Burle filho, às obrigações da administração reduzem-se geralmente, ao pagamento do preço ajustado, ao passo que a do contratado se manifesta no cumprimento da prestação ocorrida. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016).

Destes conceitos podemos inferir que no contrato sempre haverá uma das partes, esperando o cumprimento de obrigações jurídicas de dar, fazer ou não fazer em relação pela outra parte. Obrigatoriedade do contrato, significa que o contrato faz lei entre as partes, dever da veracidade, *pacta sunt servanda (do Latim "Acordos devem ser mantidos")*. *Os contratos devem ser cumpridos. "Ninguém é obrigado a tratar, mas se o faz, é obrigado a cumprir". "Pode calar-se ou falar. Mas se fala, e falando promete, a lei o constrange a cumprir tal promessa". Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva. O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato.*

Por fim, a própria palavra sociedade traz a ideia de contrato. Atualmente, o contrato foi moldado a atender aos anseios e mudanças comportamentais da sociedade, fato que vem acontecendo desde a época romana. Diante das legislações vigentes e para atender os anseios das pessoas, não há como desvincular o contrato desta sociedade moderna (TARTUCE, 2018, p. 1). Fato que leva ao entendimento de que o contrato este deve ser estudado e compreendido.

1.3 Contratos: conceito-jurídico

Os ensinamentos são convergentes sobre o entendimento da antiguidade dos contratos, mas não são ao arriscar uma data específica sobre o surgimento, pois este o mesmo pode este inclusive se confundir com a existência humana, a partir do momento em que passamos a viver em sociedade.

Desta forma, cabe destacar a doutrina é unânime em apontar que o conceito de contrato é tão antigo como o próprio ser humano, este instrumento nasceu a partir do

momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. (TARTUCE, 2008)

O conceito de contrato já é matéria quase superada nos estudos doutrinários, no entanto, explícito em norma, apenas o art. 1.321 do Código Civil italiano ousou conceituar, segundo ele:

“*Contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*” (grifo nosso). Ou seja, contrato é o acordo de duas ou mais partes para estabelecer, regular ou encerrar uma relação jurídica patrimonial entre elas.

No Brasil, o código civil só passou a ser usado em 1916, atualmente o vigente é o de 2002, no entanto, nem um deles trouxe o conceito do instituto contrato, mas este último acaba por abordar figuras contratuais em espécie.

“Nosso Código Civil de 1916, assim como outros Códigos (v.g., o alemão, o polonês, o suíço e o da antiga URSS), preferiu não trazer o conceito do instituto, talvez porque a tarefa de definição deve caber à doutrina. O Código Civil de 2002 segue na mesma esteira, e não o conceitua, apesar de trazer como um dos seus baluartes o princípio da operabilidade, que tende à facilitação do trabalho do jurista e aplicador da norma, pela menção expressa a conceitos jurídicos, constituindo esse um dos princípios do atual Código Civil, ao lado da eticidade e da socialidade. Aliás, é interessante observar que o Código Civil de 2002 conceitua as figuras contratuais em espécie, mas não diz o que é contrato, o que é um contrassenso.” (TARTUCE, 2018, p. 1).

Apesar desta omissão nas normas brasileiras, grandes civilistas nacionais buscam contribuir com esta definição. Mas, cabe destacar que quase todos os entendimentos giram em torno de paráfrases do próprio Código civil italiano. De acordo com Azevedo, (2009 p. 5):

“Se o negócio for constituído por declarações de vontade ou por comportamentos negociais de duas ou mais partes, é chamado bilateral ou plurilateral, sendo o contrato um negócio jurídico pelo qual duas ou mais partes constituem, regulam ou extinguem relações jurídicas patrimoniais, segundo o art. 1.321 do Código Civil italiano.”

Miranda (2008, p. 1-2) “verbo *contrahere* conduz a *contractus*, que traz o sentido de ajuste, convenção ou pacto, sendo um acordo de vontades criador de direitos e obrigações. É o acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer.”

E conforme relata Tartuce, (2018 p. 2), o conceito sobre este assunto já de mostra definido no entendimento comum, pois segundo ele:

“O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a modificação o ou até mesmo a anulação de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em resumo, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades.”

Por outro lado, Azevedo (2009, p. 5) chama a atenção para “o fato de se o negócio jurídico for constituído por declarações de vontade ou por comportamento negocial de somente uma das partes, ele é chamado de unilateral, como é o caso do testamento ou do abandono de uma coisa móvel.”

Apesar da consenso destes conceitos tradicionais, dos quais que refletem o período clássico até a era moderna do contrato, na atualidade, já é possível perceber certa mudança subjetiva nesses pensamentos, o que de fato marca a ideia pós-moderna ou contemporânea (visão flexível ou holística), uma vez que os efeitos do contrato ultrapassa apenas às vontades das partes contratantes e do seus acordos de vontades, pois pode afetar terceiros.

Segundo Nalin (2005, p. 255 apud Tartuce, 2018 p. 39), “contrato é a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.”

“Assim, a releitura do contrato e sua “principiológica” clássica, com inserção da boa-fé e da função social, não tem por objetivo eliminar o sistema de mercado vigente, mas inserir elementos éticos e sociais que possibilitam a manutenção de um ambiente contratual sadio com consideração dos efeitos que o contrato pode ocasionar no meio ambiente. Certamente, essas novas diretrizes acabam, de um lado, por fomentar as relações contratuais no mercado, na medida em que há interesse geral na manutenção de relações internas pautadas por condutas escorreitas, e, ao mesmo tempo, na proteção tanto dos interesses de terceiros que podem ser afetados com o contrato, como dos interesses das partes, que podem ser atingidos por condutas de terceiros.” (CATUSSO 2008, p. 8-9)

1.4 Princípios aplicados aos contratos

Esclarecidos os pontos sobre a formação conceitual e histórica dos contratos, desde a época clássica, talvez seja mais fácil adentrar nas especificidades do direito contratual

contemporâneo, mas antes, cabe destacar às questões relacionadas à função social, boa-fé objetiva dos contratos.

1.4.3 Liberdade Contratual: Autonomia da vontade, Autonomia privada

No princípio, compreendido entre a queda do absolutismo e o advento do Estado Liberal, o Direito era percebido mais facilmente na separação entre o Direito público e privado. O Direito privado, abrangido pelo Código civil, funcionava como instituição das relações privadas (Contrato e propriedade), por outro lado, o direito público tinha o objetivo apenas de não interferir no campo privado.

Neste diapasão, a interferência estatal gerava diversas incompatibilidades normativas entre as partes, fato que tornou imperiosa a vontade dos indivíduos como ponto comum para estabelecimento de regras seguras para reger seus negócios (SILVA, 2015), desta forma, é no campo da noção de liberdade que surge o termo autonomia da vontade.

Sobre autonomia da vontade, pode-se dizer que a obrigação contratual tem uma única fonte, ou seja, a vontade das partes. A vontade humana é o núcleo, a fonte e a legitimação da relação jurídica, e não a lei. (WANDERLEY, 2015).

Ou seja, a força que obriga as partes a cumprirem o contrato encontra seu fundamento na vontade livremente estipulada no instrumento jurídico, cabendo à lei apenas assegurar os meios que levem ao cumprimento da obrigação, possuindo, portanto, posição supletiva.

Com o passar dos anos, ainda no Estado liberal, verificou-se que essa relação privada não mais combinava com os anseios sociais. Diante deste fato, a demanda ensejou no tratamento das relações privadas de forma a garantir um tratamento mais humanizado e privilegiando direitos fundamentais. Desta forma, mesmo que a essência do desenvolvimento da relação privada exige maior autonomia privada e/ou liberdade contratual, o direito deve está sempre pautado nos ditames constitucionais de respeito ao

fundamentos sociais e dignidade da pessoa humana. Nesta ideia, o conceito de autonomia da vontade se mostra superada e dá lugar ao entendimento da autonomia privada.

Segundo Brito (2014, p. 07) “a autonomia privada diz respeito a capacidade do indivíduo de manter sua independência, fazendo valer sua vontade em tudo aquilo que não contraria a legislação.”

Em regra, permanece a vontade dos contratantes. Porém, atualmente a manifestação de vontade não é totalmente livre, pois, na concepção moderna de Estado, este exerce o dirigismo contratual, ou seja, intervenção na relação entre os particulares para garantir princípios mínimos à coletividade

Inicialmente, o conceito de liberdade trouxe um sentido abstrato, ou seja, de certo modo não significava coisa alguma, o que sem limites ou regulação poderia ensejar no abuso por alguma das partes. Com a Constituição, a liberdade passa ser um dos valores supremos da sociedade brasileira e irradia seus efeitos na ordem econômica, assim como se garante como direito fundamental individual de caráter subjetivo junto à propriedade.

A liberdade contratual integra diversas dimensões, podendo ser divididas em de fundo (ex. liberdade de contratar ou não) ou de forma (consensualismos). A liberdade contratual, em todas as referidas dimensões, é entendida como uma manifestação (a principal, mas não a única) da autonomia privada. A lei pode limitar a liberdade contratual, isso é o que afirma o próprio artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil. Por outro lado, tais limitações têm de ser justificadas, adequadas e proporcionadas, atenta a natureza de direito fundamental da autonomia privada. (LOUREIRO, 2010).

1.4.1 Função social do contrato

Compreender o contrato como fenômeno econômico não traz nenhuma complexidade. Contudo, essa visão ainda se apresenta peculiaridades, de forma que o estudo dos contratos deve ser considerado também por seu viés político, ou seja, visto como instrumento de efetivação do Estado democrático de Direito

O Estado Liberal, não se interessou em regular prontamente o fenômeno econômico, sendo assim o cenário não intervencionista consagrou por decorrência a divisão entre Estado e Sociedade civil. Para o Estado, coube apenas estabelecer seu conteúdo político, produzindo direito, além de garantir a segurança jurídica interna e externa. (GALVANI, 2018). Destarte, ao particular cabe a atividade econômica.

Desta forma o cenário de concentração capitalista, gerou-se um grande acúmulo de capital privado, trazendo consigo às injustiças “sociais econômicas”, fato que impulsionou os Estados a intervirem na econômica.

Segundo Galviani (2018, p. 8), a estatização da economia, nos interesses do capitalismo, garantiu a renovação do próprio Estado, quando evoluindo da concepção de Estado liberal para a de Estado social ou de bem-estar.

A liberdade contratual não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda a convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. (DINIZ, 2005).

Com isso, é possível perceber uma certa incongruência entre a visão liberal, aquela de não interferência do Estado na economia ou relação entre particulares, e a do Estado social, do qual que enaltece a justiça social com esta intervenção.

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social do contrato está elencada no Código civil art 421, onde diz que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” (grifo nosso). Sobre isso, Maria Helena Diniz disciplina que:

A liberdade contratual funda-se na autonomia da vontade, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.[...] No entanto, a liberdade contratual não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. (DINIZ, 2010, p. 365)

A ideia presente no artigo 421, completa ao que determina o art.187 do próprio código, o qual descreve que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Segundo Farias et al 2013, a função social, hoje presente em todos os direitos subjetivos por força da cláusula geral do art. 187, determinando que o contrato vá além dos limites pessoais, de modo a que toda avença respeite às expectativas sociais que sobre ela pesam.

1.4.2 Boa-fé objetiva e subjetiva

No direito contratual, além da consciência social, existe a dependência de outros princípios, alguns dependem inclusive da essência e do caráter individual das partes quando exposto nas entrelinhas do contrato, um deles é a boa fé que diz respeito à interpretação do contrato, e não à sua estrutura. Este princípio é entendido, assim como está manifesto no Código Civil da Alemanha, que as partes devem agir com "lealdade e confiança recíprocas". E sem a existência deste princípio o acordo entre as partes perde a regularidade e equidade, condições indispensáveis para sua validade.

A boa-fé atua como critério de colmatação (correção de um erro, falha ou lacuna) de lacunas apenas em sua funcionalidade hermenêutica, e não quando, em sua função integrativa, enriquece o conteúdo do contrato com deveres para além dos expressamente previstos. Neste último caso, a boa-fé é fonte da disciplina contratual, e não critério para o suprimento de lacunas. Na interpretativa completiva, por outro turno, a funcionalidade hermenêutica da boa-fé atua dirigindo o olhar do intérprete ao fim e ao objeto do contrato, convocando o aplicador para verdadeiro labor construtivo, que haverá de ser testado *a posteriori* pelo filtro da intenção comum das partes. Tanto por isso, há excepcionalidade em seu emprego e há raridade de situações em que convocado, porque pode se tornar um potencialmente agressor ao postulado normativo. (NITSCHKE, 2018).

Neste contexto, a doutrina jurídica aborda a boa-fé dividida em duas espécies, ou seja a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Coelho 2012, conceitua muito bem estas espécies, onde segundo ele:

A boa-fé subjetiva corresponde à virtude de dizer o que acredita e acreditar no que diz. Tem relevância para o direito das coisas, na qualificação da posse, mas não operacionalizável no direito dos contratos. Já a boa-fé-objetiva é representada por condutas do contratante que demonstram seu respeito aos direitos da outra parte.

Sobre isso ao entendimento de Maria Helena Diniz :

O princípio da probidade e o da boa-fé objetiva não estão ligados só a interpretação do contrato, pois, segundo eles, o sentido *Ipsis litteris* da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também do interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que às partes têm o dever de agir com honradez, desenvoltura, lealdade, honestidade e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa-fé tanto na tratativa negocial, formação e conclusão do contrato como em sua execução e extinção, impedindo que uma dificulte a ação da outra. E sobre a boa fé subjetiva é relacionado ao fato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. (DINIZ, 2010, grifo nosso).

Verifica-se que o conceito de contrato incorporou as noções de equidade e justiça, reforçando a compreensão de contrato como ferramenta que cumpre determinada função social, primando pela boa-fé dos contratantes, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individuais. (NETO, 2007 apud FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016).

O atual Código Civil brasileiro trata a questão da boa-fé relacionada aos contratos em seu artigo 422 o qual diz que, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. No código civil anterior, cabe destacar, que este princípio não teve espaço dentro do regramento, no que se refere à contratos, .

No campo normativo, outro ponto que merece destaque, é que este mesmo conjunto de normas deste regulamento, a boa fé é elencada quando ainda na forma do gênero negócio jurídico, onde em seu art. 113 vincula que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Isso reforça ainda mais a preocupação do legislador em levantar o tema na contemporaneidade.

Por fim, Melo (2010, p. 72) completa dizendo que “o princípio da boa-fé relaciona-se diretamente com os princípios da moralidade e probidade administrativa, **pressupostos de validade de todo ato da Administração Pública.**”(grifo nosso)

2 TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

2.1 Conceito econômico do contrato

Como visto no conceito jurídico, contrato nada mais é que o conjunto de regras que regulam a relação jurídica firmado entre duas ou mais pessoas. Por outro lado tendo uma visão mais ampla, sob o prisma econômico cabe destacar que o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”. (ARAÚJO, 2007, apud POMPEU R. e POMPEU I., 2012, p. 95).

No entanto, a teoria Econômica ignorou por muitos anos os contratos. Contudo, os estudos sobre contrato passam a ser mais significativos a partir da visão econômica, pois nesta perspectiva o conhecimento reformula esta visão de que contrato é apenas um conjunto de normas e regras, pois pela visão econômica busca-se entender o comportamento dos agentes nas tomadas de decisões em suas transações, sabe-se ainda que por esta visão contrato são transações e estas têm custos, podendo justamente serem causados pelo comportamento desses agentes ou ainda por externalidade. Sendo assim, é certo que estes aspectos precisam ser investigados, com o objetivo de tomar as melhores decisões sobre os efeitos causados ou mesmo desenhar contratos mais eficientes.

[...] a partir do trabalho de Coase, abriu-se caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que denominamos firma vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete às limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. [...] Vistas, como um conjunto de contratos às firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes. (SZTAJN et al, 2005, p. 104).

Como pode se perceber, apesar do contrato ser instrumento de política econômica e de mercado, sempre teve o seu respaldo no direito, mas especificamente ao Direito econômico (conjunto de normas jurídicas responsável por regular a produção e circulação de mercadorias e serviços), contudo é com interdisciplinaridade entre Direito e Economia, estuda pela Análise Econômica de Direito, (abordagem preconizada por Ronald Coase e seus corolários e que será melhor vista logo adiante) que o conceito econômico aplicado ao

direito (incluindo o contrato) é mais aceito, pois apesar da essência ser mais racional, ou seja, tem o objetivo de entender às causas e consequências das normas, a partir dos resultados auferidos na análise é capaz de propor modificações e ajustes a fim de trazendo ao contexto contemporâneo, uma função de maior justiça social.

Para o seu conceito econômico de contrato, primeiramente, deve partir do pressuposto que a natureza econômica do contrato está diretamente relacionada à ideia de promessa. De acordo com Sztatjn et al (2005, p. 103), para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas.

2.2 Interdisciplinaridade entre direito e economia

Com o passar dos tempos, os estudos se direcionaram em um contexto mais dinâmicos, a exemplo disso cabe ressaltar a inter-relação jurídico-econômica, além destes com outras áreas, no ambiente em que os contratos estão inseridos.

Inerentemente, a partir do momento em que se iniciou a tipificação de várias modalidades (as mais usuais) de operações econômicas, redundando-as em contratos típicos, a influência do sistema do Direito começou a se fazer presente, pois deu à operação econômica validade e legitimidade jurídica a ponto de conferir tutela da relação estabelecida e possibilidade de apreço pelo judiciário de interesses lesados ou obrigações não cumpridas. (GILVANI, 2018).

Segundo Martins (2017, n. p.), a interdisciplinaridade entre Direito e Economia, embora conhecida e de inegável importância, historicamente parece não ter recebido a devida e completa atenção dos juristas brasileiros.

Apesar da pouca importância apresentada pelo Brasil nos estudos sobre este tema, não podemos ignorar a influência da ciência econômica nos campos do Direito Financeiro e Econômico, uma das poucas áreas que essa intersecção é patente, por outro lado, aos poucos começa a ganhar espaço no Brasil a chamada **Análise Econômica do Direito (AED)**, também conhecida como Law & Economics. (MARTINS, 2017).

De certo modo, esta corrente de estudo, AED (ou *Law and Economics*) , busca analisar, comumente, a aplicação de instrumentos privativos da economia aplicado às

normas jurídicas, fazendo uma releitura do ordenamento jurídico em concordância com as predileções racionais, para que se efetivamente compreenda os efeitos daquelas, assinalando também as consequências indesejáveis ou involuntárias que venham advir.

2.3 Abordagem AED (Análise Econômica do Direito) ou Law and Economics: Uma abordagem contemporânea aplicada à teoria geral do direito

É fato que apesar das particularidades de cada área, o direito e economia andaram sempre próxima devido interdependência de assuntos específicos, onde habitualmente é possível perceber a contribuição de uma com a outra, no entanto com a Análise Econômica do Direito foi possível vislumbrar avanços mais significativos nas áreas, pois, a partir deste momento os estudos avançaram em torno da integração das duas áreas, inclusive atrelados aos aspectos do Estado social.

De acordo com Figueiredo e Gibran (2016, p. 16), sempre houve relação entre os campos da Economia e do Direito, especialmente quando se referem a questões ligadas à segurança jurídica, liberdade, respeito à propriedade privada e contratos.

“A relação entre Direito e Economia é tão antiga quanto a última, embora seja como alguma coisa marginal de pouca importância e é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia (Ciência Sociais aplicadas) pode oferecer ao propor soluções para questões, ao contrário do que afirma os detentores dessa corrente de estudo. Cabe observar, ainda que esse diálogo é antigo. No século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro a estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação de normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstram a importância da análise interdisciplinar e multidisciplinar dos fatos sociais.” (SZTAJN, 2005, p. 74).

Mas, é com a Análise Econômica do Direito ou “law and economics”, que os estudos foram alavancados, essa corrente surgiu como um movimento, propriamente dito, no cenário jurídico a partir das décadas de 1960 e 1970, período em que os juristas e economistas procuravam analisar o fenômeno jurídico, baseando-se em princípios econômicos.

O principal expoente desta corrente é Ronald Coase, Nobel em economia em 1991, o qual iniciou a Law and economics na Universidade de Chicago, com obras marcantes

como o *The nature of the firm* (1937) e *The problem of social* (1960) . O estudo de Coase, *The problem of social*, publicado *Journal of Law and Economics*, integra de maneira exemplar às áreas de direito e economia. Cabe destacar ainda, dentre outros, o papel de Richard Posner, o qual contribuiu justamente com a obra *Economic Analysis of Law* (traduzindo *Análise Econômica do Direito*) e o de Guido Calabresi, com *The cost of accidents*.

Estes estudos da escola de Chicago, tiveram um tratamento mais objetivo a matéria, sem adentrar em situações específicas ou influência de Estado social, apesar dos estudos se basearem na solução de conflitos da sociedade, como é o caso do trabalho *The problem of social* de Ronald Coase, pois ele pretendia entender como as tomadas de decisão modificam ou não, a forma como os recursos são alocados no meio econômico, considerando as normas aplicadas (ou não) e a existência ou não dos custos de transações nesse mercado, esta ideia deu origem à teoria do custo de transação de Coase.

A incorporação dos custos de transação na Economia, assim como na Teoria das Organizações implica a importância do Direito como instrumento fomentador de resultados econômicos”. (SZTAJN, 2005).

Por outro lado, na atualidade, alguns autores já vêm fazendo ensaios em torno desta perspectiva. No direito econômico, ciência onde os contratos se inserem, muitos estudos apontam a necessidade do enfoque social, tendo em vista o ambiente político-social que está inserido e que isso impacta nas mudanças.

Inclusive, no caso brasileiro, cabe ressaltar o que está explícito na constituição federal art 170: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - Função social da propriedade; VII - redução das desigualdades regionais e sociais.*” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Considerando o entendimento do conceito é possível se observar o objetivo e a finalidade da *Análise Econômica do Direito*, a crítica à eficiência social como fundamento da ordem econômica, pois no utilitarismo, para avaliar a justiça das instituições, se propôs a máxima: “a maior felicidade para o maior número possível;”[...] Já em relação ao Direito Econômico, propriamente dito, onde os contratos estão inseridos, é diferente, pois trata-se de um ramo do direito que apresenta como característica as grandes mudanças sociais ligadas a motivos

político-sociais, e tem por objetivo o conjunto de princípios e normas que regem a própria ordenação da atividade econômica pelos poderes públicos e privados. (FIGUEIREDO E GIBRAN, 2016).

Pode se inferir que, pela visão neo-clássica ou neo institucionalista, a Análise Econômica do Direito se afasta dos aspectos e da crítica à eficiência social e em consequência da função social do contrato, pois tem um aspecto fundamentalmente liberal e econômico, e não social, de pouca ou nenhuma interferência do Estado, indo contra o que defende a carta magna de 1988, a qual busca alcançar sempre a justiça social, muitas vezes em prejuízo ao caráter econômico da negociação.

Sobre o fundamento maior da Análise Econômica do Direito, cita Monteiro (2009, p. 1089):

O fundamento maior da Análise Econômica do Direito seria trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta afretar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas.

Então é possível inferir que o objetivo principal objetivo da AED é unir a Economia ao Direito para estudar as regras legais e instituições, usando o pressuposto de comportamento racional por parte dos indivíduos como principal instrumento de raciocínio, onde as empresas e mercados são organizações ou institutos que estão na divisa entre o direito e a economia e na atualidade alguns autores buscam agregar a função social aos estudo.

Neste sentido, não obstante a abordagem multidisciplinar da análise econômica do direito ter surgido há cerca de 50 anos, o Brasil não tem se acercado desse processo de desenvolvimento científico no campo das ciências sociais. A produção científica nacional interdisciplinar, nesta área do direito, economia e organizações é escassa e inadequada. (ZYLBERSTAJN E SZTAJN, 2005).

De acordo com Carvalho (2009, p. 1), “os principais pontos desta escola são condensados na rejeição da posição que analisa o Direito apartado das realidades sociais e econômicas, estimulando a utilização das idéias e métodos de outras disciplinas no estudo conjunto com a economia e a política, enaltecendo a interdisciplinaridade.”

Contudo, Segundo Gico Júnior (2010, p. 18-19) o principal objetivo da relação econômica e direito, está pautada na preocupação dos juristas, de tentarem definir, basicamente, dois aspectos:

- a) quais as consequências jurídicas de um determinado ordenamento jurídico;
- b) qual a regra jurídica que deve ser adotada em caso concreto

O primeiro está ligada ao pensamento **positivista** do Direito, já o segundo aspecto é justamente a ideologia **normativa**, desta disciplina. Sobre a ideia destas vertentes é que Sztajn (2005, p. 82), contribui para a conceituação da *Law and Economics*, a qual relata que:

“Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo”

Contudo, a interpretação que se tem é que a AED (*Law and economics*), em sua essência se trata de uma análise positiva do direito, mas a mesma autora diz que “a importância do desbravamento da interdisciplinaridade e os benefícios que dela podem resultar para o aperfeiçoamento do estudo do direito são inegáveis.

Sendo assim é sentido que indaga Oliveira Jr e Mendonça (2017, p. 56), sendo assim, como realizar a aplicação da Análise Econômica do Direito?

Por fim, os autores respondem que a saída, se impõe uma distinção entre AED positiva (o que é) e AED normativa (o que deve ser)

2.3.1 Análise econômica Positiva do Direito

Sobre o pensamento positivista do direito, a partir de uma estrutura analítica, busca explicar quais efeitos as normas existentes produzem, e se estas correspondem a algum princípio ou critério econômico que os expliquem. Ou seja, análise positiva do Direito, e está relacionada a um critério de verdade

Desta forma, a AED positiva auxilia na compreensão do que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. (GICO JÚNIOR, 2010):

2.3.2 Análise econômica Normativa do Direito

A Análise Econômica não deve explicar o Direito em si, mas demonstrar como este deve ser, objetivando a reconstrução do sistema legal a partir de questões econômicas. Ou seja, análise normativa, está relacionada a um critério de valor.

Ou seja, a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 20)

Por fim, conforme descreve Santana (2014, p. 160), “a vertente normativa, por sua vez, ocupa-se de prescrever modificações a serem incorporadas pelo ordenamento jurídico e pelos agentes a fim de conferir maior eficiência às suas condutas”

2.4 Análise Econômica do Contrato

A delimitação do tema AED baseada de forma específica aos contratos, começa a ser construída a partir dos estudos de Coase e outros grandes autores, quando deram a importância a identificação da “firma contratual”. Neste contexto, percebe-se que a integração direito e economia, passam a agregar também os estudos sobre a Economia das Organizações.

Às organizações são relações contratuais coordenadas (governadas) por mecanismos idealizados pelos agentes produtivos. Eis uma pista para busca da resposta do que vem a ser a Economia das Organizações e sua relação com o direito. Se a “firma” pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total e parcial dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia. Por outro lado, faz ponte das organizações através do direito, onde o desenho institucional,

modo de governança das firmas percebe os riscos futuros das firmas e procura criar salvaguarda. Assim abre caminho para o estudo mais estratégico das organizações, refletida nos arranjos contratuais complexos que caracterizam às firmas. (SZTAJN E ZYLBERSTAJN, 2005).

Quanto ao conceito parece que já é fato superado, no entanto, a grande questão atual, parece se concentrar em decifrar modelos adequados capazes de interpretar esta interação jurídico-econômica e medir os impactos, bem como, trazer mecanismos capazes de preencher a lacunosidade contratual, medir o custo de transação, antecipar ou reduzir os impactos dos riscos de imprevisibilidade.

O enfoque da Análise Económica do Direito, em sua essência não levou em consideração a função social, mas a contemporaneidade traz alguns com um enfoque mais social. Desta forma, segundo Figueiredo e Gibran (2016, p. 16), “em síntese, o objetivo da Análise Econômica do Direito (AED) é propor a análise do direito sob a perspectiva econômica, desenhando referenciais constitutivos de uma sociedade justa.”

Dessa forma, o estudo da AED conjuntamente com a função social do contrato, tem por objetivo trazer uma atuação isonômica e livre de cláusulas abusivas, das quais poderiam onerar excessivamente um dos contratantes ou até mesmo lhe causar prejuízos, promovendo a igualdade entre às partes e a liberdade individuais. (FIGUEIREDO E GIBRAN, 2016).

“A escola da Análise Econômica do Direito, também conhecida como Escola de Chicago, procura implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de paradigmas jurídicos, com a meta de aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações econômicas, *sociais* e jurídicas. (CARVALHO, 2009, p. 1 grifo nosso)

A Análise Econômica do Direito tem como sua principal característica a utilização de uma visão econômica para questões predominantemente jurídicas, ou seja, estuda como a utilização de princípios da economia poderia resolver problemas relacionados ao Direito Contratual e a função social. (FIGUEIREDO E GIBRAN, 2016).

No entanto, utilizar-se a Análise Econômica do Contrato atrelado a função social, deve se ter em mente que este não é um instrumento por si só capaz de solucionar crises em um contrato, pois sob esta perspectiva deve ser observado que a função social não é para garantir a proteção da parte mais fraca e sim a coletividade.

“Utilizando-se da Análise Econômica do Direito a função social do contrato nem sempre é vista como o instrumento para se solucionar a suposta crise contratual e modificar o conceito clássico de contrato, flexibilizando a autonomia da vontade com a intervenção do Estado nas relações entre particulares. Sob os aspectos da AED o que deve ser observado quando utilizada a função social do contrato é a coletividade no todo, num aspecto muito maior do que a parte mais fraca na relação privada, aqui se fala de toda uma sociedade que integra um determinado mercado de bens e serviços.”(FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016, p. 27)

3 IMPREVISIBILIDADE E INCOMPLETUDE CONTRATUAL

3.1 Teoria jurídica versus teoria econômica

Na ciência econômica tem como foco o estudo da tomadas de decisões dos agentes em um ambiente de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Por outro lado, através da aplicação da teoria econômica envolve, através de leis científicas, uma antecipação sobre determinados comportamentos humanos. Contudo, no contexto específico dos contratos inclui, além desta função, o seu papel de estudar a realidade empírica, mas nem sempre foi assim na Teoria Econômica.

A teoria econômica ignorou os contratos por muitos anos. Influenciados pelo trabalho de Ronald Coase, os economistas e cientistas das organizações passaram a ver às transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos. [...] daí, abriu-se o caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que denominamos firmas vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete às limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. Formas alternativas de coordenação (governança) e ambientes institucionais distintos trarão resultados diferentes para às organizações, desse ponto a importância do tema para o estudo das estratégias. [...] Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz se necessário a redução dos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessa. [...] Às teorias contratuais da firma consideram a existência de custos associados ao desenho dos contratos, custos de monitorar o seu cumprimento, bem como de resolver os problemas que emergem a partir do seu descumprimento. (SZTAJN E ZYLBERSTAJN, 2005, p. 103-105).

Por outro lado, às teorias jurídica estudam o contextos ligados ao aspecto legal, não importando muito ao contexto da realidade dos fatos, mas sim concentrando seus esforços no embasando jurídico normativo, ou seja, buscando argumentar os métodos e a racionalidade descritas nas normas. Desta forma, percebe se que o jurista quase nunca

recorre aos experimentos empírico para embasar suas teorias, sendo assim estas jamais consideraram os aspectos sociais, fator essencial na relação contratual.

Mas, segundo Caminha e Lima (2014 n. p.) , a partir da escola *Law and Economics* e, em especial, dos estudos apresentados por Ronald Coase, é que os economistas começaram a disseminar pensamentos que teriam reflexos substanciais na esfera jurídica. Dentre esses, no que tange a relação contratual e o mercado, identifica-se os custos de transação

Como se sabe, o contrato é um conjunto de normas que disciplina a relação negocial entre as partes das quais negociam livremente em um ambiente concedido pelo ordenamento jurídico (esta é a função do direito), mas os estudos devem levar em consideração a realidade social, a qual busca entender os agentes econômicos neste ambiente de interação de mercado (esta é a função da economia).

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam às relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão. [...] Assim, o direito influencia e é influenciado pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface. (ZYLBERSZTAJN E SZTAJN, 2005, p. 3).

Sendo assim, percebe-se o fortalecimento a ideia que justifica a integração do campo do direito e economia. Já que os juristas não estudam a essência do contrato, nem mesmo se interessam por quem são os agente contratantes, ou o ambiente que se encontram, ou mesmo o motivo da celebração deste negócio, aspectos estes que são objeto de preocupação no contexto econômico.

Por conseguinte, a teoria econômica dos contratos vem a contribuir sobremaneira para discussões da teoria jurídica dos contratos por trazer elementos da realidade, apreendidas por uma metodologia científica aceita e apropriada. Em face a esta situação e levando-se consideração as várias teorias existentes, este trabalho dará ênfase ao estudo da Teoria dos Contratos Incompletos e à Teoria da Imprevisão (esta última inclusive tem

respaldo no Código Civil de 2002), verificando qual melhor se adequa a explicar a realidade negocial aplicada ao tema deste trabalho.

Nesta linha, cabe destacar o trabalho de Pinheiro e Carvalho, o qual teve como objetivo fazer uma análise comparativa entre estas duas teorias, o qual chegou à seguinte conclusão:

Diante das decisões proferidas pelas Cortes Brasileiras, é possível chegar a algumas conclusões acerca das duas teorias: **Teoria da Imprevisão é “teoria jurídica”** adotada pelo Código Civil de 2002, a qual é utilizada quando houver modificações contratuais decorrentes de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, contudo, visa resolver o problema tentando restabelecer a situação do início, baseada em critérios subjetivos, buscando o justo. (PINHEIRO E CARVALHO, 2010).

Já a **Teoria Dos contratos Incompletos é “teoria econômica aplicada ao Direito”**, a qual é utilizada para completar as lacunas contratuais decorrentes da imperfeição humana ou mesmo da própria vontade dos contratantes, contudo, visa resolver o problema considerando a atual, conjuntura, baseada em critérios objetivos, buscando o eficiente (=justo) (grifo nosso). (PINHEIRO E CARVALHO, 2010).

3.2 Teoria jurídica de imprevisão

Até o momento deste estudo, pode se inferir que o conceito originário do princípio *pacta sunt servanda* se mostra um pouco ultrapassado, mas nunca superado, já que existem situações que exigem certa flexibilização nas relações contratuais, principalmente quando se observa a função social do contrato e outros princípios.

A normalidade esperada é que o contrato seja cumprido, nos moldes do famoso brocardo latino “pacta sunt servanda”, cuja significação corresponde a: os pactos devem ser respeitados ou, ainda, os acordos devem ser cumpridos. No entanto, não parece plausível que a Administração possa antever todas as situações futuras passíveis de influenciar a execução do contrato e diante do aparecimento de algumas delas, surge a necessidade da adequação contratual aos novos fatos, objetivando a sua manutenção e a consecução dos fins inicialmente almejados. (PINHEIRO, 2013, p. 21).

Por outro lado, em defesa do referido princípio, caso fosse possível que os contratantes realizassem a rescisão de negócios jurídicos ou alterassem suas cláusulas de forma unilateral e com base em motivos aleatórios, não haveria qualquer segurança no que se refere a sua execução nos termos avençados. (NICODEMOS, 2013).

Estes princípios foram relativizados por outros elevados a similar importância dentre eles, destacam-se, indubitavelmente, o princípio da equidade, da boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Afinal, no decorrer do desenvolvimento jurídico, constatou-se que a rigidez contratual excessiva pode gerar situações de grave iniquidade. (NICODEMOS, 2013)

Segundo Lopes e Galvão (2017, p. 45), o direito moderno defende que o Estado deve intervir nas relações privadas quando as partes se encontrarem em condições desiguais e o cumprimento do contrato venha a acarretar sacrifício exagerado para uma delas.

Neste sentido, diante deste cenário de incertezas e impossibilidade de prever todos os eventos futuros, surge a necessidade de adequação dos contratos, no entanto, nem sempre é assim, fato que pode ensejar abusos de uma das partes sobre a outra. Sobre isso, ressalta Gallo (2009, p. 22), que o objetivo, pois, de coibir os abusos ensejados por eventos imprevisíveis que alteravam completamente a equação contratual, foi construída a teoria da imprevisão, representativa de uma evidente conquista da igualdade em face da liberdade das ações humanas.

O autor ainda completa que o fundamento ontológico da aplicação da teoria da imprevisão reside no princípio geral da proibição do enriquecimento sem causa, ou seja, o contrato somente merecia cumprimento se sobejar as circunstâncias que animaram a sua celebração. Esta é a lógica da cláusula *rebus sic stantibus*. (GALLO, 2009).

Assim, como é importante saber a força obrigatória dos contratos, denominada, também, *pacta sunt servanda*, ou seja, a obrigatoriedade dos contratos baseia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, surge também a necessidade de discussão sobre este

outro princípio, o *rebus sic stantibus*, o qual introduz deu origem a teoria da imprevisão. Historicamente, sobre este princípio, cabe destacar que:

Na Idade Média, os juristas, retomando a evolução no direito contratual experimentada pelos romanos antigos, observaram que, nos contratos de execução diferida ou continuada. [...] Sustentação esta estabelecida no brocardo latino: *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, conhecido como cláusula *rebus sic stantibus*: que é a presunção de que, desde que as coisas se conservem tais quais estavam no momento da celebração do contrato comutativo-sucessivo, este será cumprido. A cláusula *rebus sic stantibus*, [...], caiu, entretanto, no esquecimento durante os séculos XVIII e XIX, quando o liberalismo encontrava-se em seu ápice, voltando a imperar o já vetusto princípio do Direito Romano da força obrigatória dos contratos mas, não demorou muito para que a cláusula, [...], ressurgisse no cenário jurídico dos países. Com o fim da Primeira Grande Guerra (1914-1918) e com a expansão dos movimentos sociais surgidos na Europa no final do século XIX, configuraram-se mudanças geopolíticas no planeta, causando alterações na economia mundial, principalmente sobre os contratos de trato sucessivo. [...] Iniciou-se um movimento jurídico – e mesmo social –, para dar à máxima romana *pacta sunt servanda* um significado menos rígido. Assim, a doutrina jurídica foi buscar no Direito Canônico a cláusula *rebus sic stantibus*, para, em seguida, adotar a construção teórica denominada teoria da imprevisão. (SIQUEIRA, 2016, n. p.). grifo nosso.

Cabe ressaltar desta citação que a Teoria da imprevisão incide, sobre os contratos de longo termo (execução diferida ou continuada), já que sobre os instantâneos (execução imediata) não há a possibilidade de ocorrência de desequilíbrio posterior. (CAMINHA E LIMA, 2014).

Também é possível observar, que alguns autores tratam os conceitos da cláusula *rebus sic stantibus* e teoria da imprevisão como sendo sinônimas, ou mesmo esta última, sendo o aperfeiçoamento daquela, no entanto, existe uma corrente minoritária de autores tratam as como coisas distintas. Mas como o objetivo deste trabalho não é esgotar este assunto, trataremos os termos de forma semelhante ao que foi abordado na seguinte citação:

Ressalte-se, pois, que a revitalização, no século XX, da cláusula *rebus sic stantibus* trouxe uma ampliação na possibilidade de aplicação deste instituto, uma vez que este se estendeu às situações de caso fortuito e de força maior. Este maior campo de abrangência desta cláusula fez com que a expressão fosse substituída por uma nova expressão: teoria da imprevisão, a qual, a nossos olhos, representa melhor a nova fundamentação dada à cláusula pela doutrina. Portanto, temos que a cláusula é a aplicação da teoria, de modo que não cabe fazer distinção entre uma e outra. (SIQUEIRA, 2006, n. p.)

A teoria da imprevisão é a versão moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, utilizada para amenizar o excessivo rigor francês, aplicado pelo princípio do *pacta sunt servanda*, a teoria da imprevisão encontrou no sistema pátrio grande resistência em sua efetiva aplicação, particularmente por não haver disposição expressa na lei que a autorizasse. (RICITELLI, 2010).

Siqueira (2010, n. p), afirma que existem três elementos para que se verifique a aplicabilidade da teoria da imprevisão: a) a superveniência de circunstância imprevisível e imprevista (pelas partes); b) a onerosidade excessiva que provoque alteração da base econômica sobre a qual foi celebrado o contrato; c) o nexo causal entre o evento superveniente e a onerosidade excessiva. Como já dito, é interessante acrescentar neste rol a aplicabilidade da teoria apenas aos contratos de execução diferida (ou continuada).

Por circunstâncias superveniente, pode se definir como sendo sinônimo de incidente ou extraordinário, ou seja um fato inesperado pela partes, já por imprevisíveis, pode se entender os fatos de impossível de previsão pelas partes, por outro lado, os imprevistos são os que de certa forma são possíveis de previsão, mas não foram previstos pelas partes antes do acontecimento.

Por outro lado, como foi visto em algumas citações o instituto da onerosidade excessiva é elemento essencial para caracterização da teoria da imprevisão. No entanto, não é difícil de encontrar argumentos contrários à esta similaridade, ou seja, existem estudos que tratam onerosidade excessiva como uma teoria a parte. Pelo menos, isso é o que subentende-se no seguinte trecho:

A doutrina costuma remontar a origem história da **teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva** à Idade Média, período histórico em que vigorava princípio segundo o qual os contratos deveriam ser cumpridos desde que mantidas as condições presentes no momento em que foram celebrados. Tratava-se, na verdade, de uma cláusula considerada implícita em todos os contratos de trato sucessivo chamada de *rebus sic stantibus* (NICODEMOS, 2013, n. p.).

E de forma mais direta Carmo (2013, n. p.) afirma que a resolução contratual por onerosidade excessiva é um desdobramento da Teoria da Imprevisão; é uma parte dela e, por isso, com ela não se confunde.

No Brasil, a teoria da imprevisão é disciplinada no arts. 317 do código Civil de 2002, se considerar a corrente que defendem que Teoria da imprevisão e onerosidade expressiva como são coisas distintas. Por outro lado, se considerar a corrente que trata o instituto onerosidade excessiva como sinônimas deste princípio ou mesmo complementar, esta teoria ainda tem respaldo nos artigos 478, 479 a 480 do mesmo regramento. Fato não contemplado no código civil anterior (de 1916).

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[...]

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2002, grifo nosso)

Especificamente sobre o termo onerosidade excessiva, cabe destacar que este princípio ainda tem tutela, dentre outros, na lei de licitações e contratos (neste caso implicitamente) artigo 65, alínea II, “d” e no código de defesa do consumidor em seu artigo 6º, inc. V (neste caso mais explícito), mas cabe salientar que além da imprevisão estes dispositivos englobam outros temas tais como como caso fortuito, força maior, dentre outros. no caso de licitações estes, e ainda outra teoria que a da quebra da base objetiva do negócio jurídico, no caso do dispositivo do CDC, fatos estes que serão visto mais a frente. No entanto, o que importa saber é que além desta relação à onerosidade, estes ditames legais abordam a questão da revisão contratual.

Afinal, se uma situação vier a expor um dos contratantes à extrema dificuldade, na qual sua obrigação torne-se extremamente onerosa, a doutrina jurídica aconselha que o contrato seja resolvido, ou submetido à revisão, de maneira que o devedor possa arcar com o ônus, desde que essa desproporcionalidade na sua prestação, entre o momento da conclusão do contrato e sua execução, seja consequência de acontecimento de fatos extraordinários e imprevisíveis. (PINHEIRO E CARVALHO, 2010, p. 500).

Então, os estudo da hipótese de revisão se baseia na teoria da imprevisão, sustentando a possibilidade de rever o contrato em virtude de acontecimento superveniente

imprevisível que desequilibre a sua base econômica e imponha a uma das partes obrigação excessivamente onerosa.

Em uma ótica jurídica, a Teoria da Imprevisão deve ser aplicada para dar segurança à relação contratual, ou seja, solucionar incidentes que venham alterar a base econômica, resultado de causa superveniente, extraordinária e imprevisível, que tenha gerado, a uma das partes, uma onerosidade excessiva, dificultando ou mesmo impedindo o cumprimento das prestações pactuadas. Para então, poder garantir um reequilíbrio de modo a alcançar as condições avençadas anteriormente, pois do contrário, se o contrato não fosse revisto e cumprido conforme disposto inicialmente, acarretaria lesão a uma das partes. (PINHEIRO E CARVALHO, 2010, p. 500).

Então, percebe-se que onerosidade excessiva e tão somente um dos pré-requisito (talvez o principal) para caracterização da aplicação da teoria da imprevisão, sendo assim não há que se falar em duas teorias distintas e sim de elementos correlacionados em prol da construção de apenas uma teoria, podendo se confundir na nomenclatura, mas a própria definição dos termos descreve esta interrelação.

A conceituação de onerosidade excessiva proposta por Siqueira (2006, n. p.), diz que este é estado contratual provocado por circunstância extraordinária, imprevisível e superveniente à celebração do contrato, de modo a tornar a prestação de uma das partes extremamente onerosa, com exacerbada vantagem para a outra.

Então, a aplicação da teoria da imprevisão e em consequência, a revisão judicial estão vinculadas à ocorrência de uma onerosidade objetivamente excessiva (ou seja, aplicável a qualquer pessoa) e à extrema vantagem da outra parte. Vale ressaltar, ainda, que a onerosidade decorre de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, afetos aos contratos de longa duração (GOMES, 2008).

Por outro lado, ainda existe uma confusão doutrinária exigindo a diferenciação da Teoria da imprevisão com outros institutos tais como caso fortuito, força maior etc. decorrente da modificação doutrinária.

Isso é o que afirma por exemplo), quando diz que “teoria da imprevisão autoriza a intervenção jurisdicional nos casos de mudança radical da realidade das partes, deve-se não

confundir a teoria da imprevisão com os eventos da força maior e do caso fortuito.” (NITÃO, 2017). Em complemento ao conhecimento, Gonçalves (2018, n. p.), destaca:

Embora a resolução por onerosidade excessiva se assemelhe ao caso fortuito ou força maior, visto que em ambos os casos o evento futuro e incerto acarreta a exoneração do cumprimento da obrigação, diferem, no entanto, pela circunstância de que o último impede, de forma absoluta, a execução do contrato (*impossibilitas praestandi*), enquanto a primeira determina apenas uma dificuldade, não exigindo, para sua aplicação, a impossibilidade absoluta, mas a excessiva onerosidade, admitindo que a resolução seja evitada se a outra parte se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato.

Trazida para a realidade jurídica brasileira, esta última afirmação causa estranheza ao compará-la com a Lei de licitações e contratos (8666/93), pois em seu artigo 65, inciso II, alínea “d”, que trata sobre a possibilidade de alteração contratual para se manter o equilíbrio-econômico financeiro do contrato, é possível verificar os casos em que a lei permite a aplicação do instituto da revisão, incluindo neste rol casos fortuitos, força maior ou fato do príncipe, e mais a frente em seu § 6º, traz a possibilidade de revisão em situações de fatos relacionados à atuação da administração, o que permite ressalvas à regra de resolução absoluta do contrato nestes casos.

Por outro lado, existe uma corrente que não entende desta forma, inclusive com autores renomados neste campo de estudo. Isso é o que afirma, por exemplo, Hery Lopes de Meirelles, por exemplo.

Quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o contrato há que ser revisto ou rescindido, pela aplicação da teoria da imprevisão provinda da cláusula *rebus sic stantibus*, nos seus desdobramentos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração e interferências imprevistas [...] (MEIRELLES, 2007).

Em suma, é fato que este trabalho não conseguirá exaurir esta distinção, pois isso dependerá de mais tempo e trabalho evolutivo da doutrina. No entanto, a título de contribuição, neste trabalho, acredita-se que seja mais adequado o estudo dos termos em separado (mesmo indo contra o posicionamento de autores renomados), uma vez que temas ligados a caso fortuito, força maior, fato da administração, fato do príncipe, dentre outros, não se aplica apenas aos contratos, ou seja, tem emprego em outros campos do direito, diferente da Teoria da imprevisão.

No entanto, a título de contribuição, a partir da doutrina majoritária, bem como da interpretação dos dispositivos do Código Civil brasileiro (originário do código civil italiano), é possível inferir em seu regramento os institutos a imprevisão (art. 317), a onerosidade excessiva (art. 478) e a lesão grave ou extrema vantagem (art. 157 e 478), onde todos estes são elementos da Teoria da imprevisão (ou seja, a versão moderna da cláusula *rebus sic stantibus*), a qual não engloba os institutos de caso fortuito, força maior e semelhantes.

Mas, neste diapasão, assim como já mencionado nos outros estudos de comparação acima, o que realmente importa é que independente dos institutos da imprevisão, caso, fortuito força maior, dentre outros, estes contemplam os mesmos remédios em caso de eventuais ocorrências em prol de evitar a onerosidade excessiva (art. 478 e 480 CC), dos quais são resolução ou revisão do contrato.

Sendo assim, segundo o que afirma Siqueira (2006, n. p.), temos que a revisão deve ser posta em primeiro plano, dando caráter subsidiário à resolução dos contratos. De forma que, desrespeitada a função social, se esta não puder ser restabelecida, aplicar-se-á a resolução do negócio jurídico.

Portanto, de todo exposto, os requisitos materiais à concessão administrativa da recomposição de preços (também conhecido como Revisão ou reequilíbrio) nos seus contratos a pedido do particular são: a. Fato do príncipe; b. Fato da administração; c. Álea econômica com aplicação da teoria da imprevisão; d. Força maior e Caso fortuito; e e. Sujeições imprevistas. (PINHEIRO, 2013).

Por fim, porém cabe destacar que a única diferença já consolidada na doutrina como tese, remonta nos estudos sobre a teoria da imprevisão e da base objetiva do negócio jurídico.

3.2.1 teoria da imprevisão versus teoria da quebra da base do negócio jurídico

De acordo com Silva (2016, p. 7) a Teoria da Imprevisão não é a única a dar fundamento à revisão contratual, mas coexiste com diversas outras teorias, dentre as quais se destaca a teoria da quebra da base objetiva do contrato.

A teoria da base do negócio jurídica foi desenvolvida por Paul Oertmann em 1921, no entanto, foi amplamente remodelada por Karl Larenz. Em resumo, sobre o trabalho de Paul Oertmann, cabe destacar que:

Partindo da Pressuposição, Paul Oertmann, em 1921, reformulou a teoria de Windscheid e desenvolveu a chamada Teoria da Base do Negócio Jurídico, por meio do qual pretendeu corrigir os dois maiores equívocos do seu antecessor. Paul Oertmann se propôs a elucidar, em sua teoria, a distinção entre a pressuposição e os motivos, além de ter o mérito de desconsiderar a pressuposição unilateral. [...] O exemplo dado pelo próprio Paul Oertmann demonstra que essa teoria também falhou na tentativa de solucionar o problema de alterações supervenientes, na medida em que instituiu uma base demasiadamente subjetiva, da qual estaria a depender todo o negócio. Outro ponto a ser considerado como deficiente na teoria de Paul Oertmann reside no fato de que a representação mental deve ser conhecida na sua integridade e não repelida pela outra parte, exigindo-se uma atitude de insurgência do declaratário, sob pena de a representação comunicada integrar o negócio jurídico. [...] Pelas razões acima expostas, entende-se que a teoria de Paul Oertmann é a Teoria da Base Subjetiva do Negócio Jurídico. [...] para Paul Oertmann, o contrato deveria ser mantido da forma como as partes o imaginaram. Ocorre que geralmente as partes não atentaram para determinadas situações, de que sequer chegaram a cogitar, [...] (NOVAIS, 2010, p. 52-54).

Então para sistematizar este entendimento, emerge o jurista Larenz que teve papel crucial na reestruturação desta teoria, com os seus trabalhos sobre o assunto, dentre eles se destaca a obra *Base do negócio jurídico e cumprimento dos contratos*. Ele buscou construir uma teoria que seja completa (daí já se destaca dos antecessores) e adequada para solucionar os problemas decorrentes de um contrato cujas circunstâncias tenham sofrido alteração superveniente.

O mérito de Larenz foi haver sistematizado a teoria da base do negócio em suas duas acepções diferentes, ou seja, a base subjetiva, como a determinação da vontade de uma ou ambas as partes, como “representação mental” existente ao concluir o negócio que tenha influenciado fortemente na formação dos motivos, e a base objetiva do negócio, enquanto “complexo de sentido inteligível”, isto é, o “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe

devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois, não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato. (FRANTZ, 2007, p. 47).

Há remotos estudos de que a teoria tem raízes inglesas, porém é fato que esta foi amplamente difundida no direito alemão com estes dois autores, de certo modo, a teoria da quebra da base objetiva é aquela segundo a qual basta o rompimento da equivalência entre as prestações ou a frustração da finalidade do contrato para admitir sua revisão, não sendo necessário cogitar-se de imprevisibilidade do fato. (SILVA, 2016).

No Brasil, esta teoria é atribuída nas relações em favor do consumidor, por isso está disciplinada no código de defesa do consumidor, No entanto, nem sempre foi assim ainda durante o plano “Cruzado I”, a jurisprudência concedeu muitas decisões em desfavor do consumidor decorrente em questões relacionadas a inflação da época.

A teoria era largamente aplicada, por exemplo, aos contratos imobiliários celebrados quando a moeda de curso forçado era o “Cruzado I”, em um contexto no qual o sistema financeiro no Brasil era caracterizado pela instabilidade da moeda e pela forte intervenção estatal na tentativa de conter a inflação. Em repetidos julgados ficou assentada a tese de que a inflação existente em momento posterior ao surgimento do plano “Cruzado I”, por ser fato totalmente imprevisível e que fugia da álea normal dos negócios jurídicos, sendo capaz de alterar a base objetiva dos negócios celebrados. [...] Interessante notar que, em primeiro lugar, a teoria da quebra da base objetiva, no direito brasileiro, fora reconhecida em desfavor do consumidor, fenômeno que se inverteu com o surgimento do CDC. (SILVA, 2016, p. 575)

Desta forma, depreende da citação que no Brasil esta teoria está disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, segundo a doutrina isso está especificado no artigo 6º, inciso V, o qual diz que: *São direitos básicos do consumidor, dentre outras, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*

Observa-se que no caso desta teoria, os requisitos básicos são que o fato seja superveniente e excessivamente oneroso, dispensando então a questão da imprevisibilidade, fato que difere da teoria da imprevisão. Sobre isso, o STJ disciplina:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA BASE OBJETIVA OU DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO.

A teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico tem sua aplicação restrita às relações jurídicas de consumo, não sendo aplicável às contratuais puramente civis. A teoria da base objetiva difere da teoria da imprevisão por prescindir da imprevisibilidade de fato que determine oneração excessiva de um

dos contratantes. Pela leitura do art. 6º, V, do CDC, basta a superveniência de fato que determine desequilíbrio na relação contratual diferida ou continuada para que seja possível a postulação de sua revisão ou resolução, em virtude da incidência da teoria da base objetiva. [...] Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. Em que pese sua relevante inovação, a referida teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. [...] Por fim, destaque-se que, no tocante às relações contratuais puramente civis, quer dizer, ao desamparo das normas protetivas do CDC, a adoção da teoria da base objetiva, a fim de determinar a revisão de contratos, poderia, em decorrência da atuação jurisdicional, impor indesejáveis prejuízos reversos àquele que teria, em tese, algum benefício com a superveniência de fatos que atinjam a base do negócio. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015.

Por fim, cabe destacar a importância de se observar que também que até nesta teoria, o ordenamento jurídico se preocupa com a questão da revisão contratual como regra a problemas contratuais, mas também permite a resolução em casos extremos. Sobre isso, no mesmo texto, o STJ descreve:

[...]De outro modo, a teoria da quebra da base objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio *pacta sunt servanda* e, por conseguinte, a segurança jurídica. [...]REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015.

3.3 Teoria econômica dos contratos incompletos versus contratos completos

A Teoria dos Contratos Incompletos, tem como precursor o professor Oliver Simon D'Arcy Hart, economista naturalizado estadunidense (porém, nascido no Reino Unido), o qual ganhou em 2016 o Prêmio de Ciências Económicas em Memória de Alfred Nobel, pela sua brilhante contribuição para a Teoria dos contratos, prêmio este partilhado pelo seu amigo e colega de trabalho Bengt Holmstrom. Seus estudos são corolário da obras de Ronald Coase e Oliver Williamson, estes conhecidos na área da economia, por seus trabalhos com custos de transação e teoria da firma.

Seus estudos foram iniciados desde 1975, com a obra "*On the Optimality of Equilibrium when the Market Structure is Incomplete*", *Journal of Economic Theory*, no entanto, os trabalhos que foram o propulsores aos seus estudos e trouxe contribuição significativa para a Teoria dos contratos incompletos são o *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*", publicado no *Journal of Political Economy* em 1986, esta obra teve a contribuição de Sanford J. Grossman. Neste artigo, eles desenvolvem a teoria formal de contratos incompletos e, com ela, introduzem as noções de controle e poder que tiveram grande impacto em muitos campos além da teoria da empresa, além desta, a obra *Incomplete Contracts and Renegotiation*, que teve participação de John Hardman Moore, em 1988, também foi muito importante para a teoria.

Como pode-se observar o contrato incompleto é analisado por uma das ramificações de estudo da escola do *Law and Economics*. Mas, antes de se concentrar nos estudos sobre a teoria dos contratos incompletos, é necessário ressaltar, considerando a possibilidade de sua existência, o que vem a ser contratos completos.

[...] contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro. Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação. (CATEB E GALLO, 2009, p. 2).

Apesar disso, quando em um ambiente de incerteza, o custo e a complexidade de se especificar os prováveis incidentes que possam advir em um contrato completo, pode se apresentar excessivo e impeditivo de execução. Pois nestas circunstâncias, a necessidade de fiscalização, gestão e a busca por solução de disputas no campo jurídico, em caso de inobservância legal, seriam expressivamente aumentados.

A realização de um contrato mais próximo do completo demandaria um maior desembolso para a sua elaboração e execução, permanecendo, mesmo assim, "fora do contrato os cenários, que, no momento da conclusão, parecem altamente improváveis ou mesmo inimagináveis" (BELLANTUONO apud CAMINHA E LIMA, 2014).

Assim, instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos

potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça no momento em que o desempenho ocorre, seriam denominados contratos incompletos. (CATEB E GALLO, 2009).

Com base no fato de que o desenho do contrato que considerem todas às contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a posteriori. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais. (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005).

Desta forma, quando os agentes entendem, em sua natureza, que os contratos têm a sua incompletude e estes devem ser elaborados não de forma rígida a fim de esgotar todas às particularidades que possam surgir na contratação, mas sim de forma flexível, com a possibilidade de acionamento, quando necessário, dos agentes envolvidos.

Segundo Pinheiro e Carvalho (2010, p. 497) para uma corrente da Economia, os contratos são efetivamente incompletos, uma vez que não existe a capacidade para antecipar todas as contingências futuras. Para alguns operadores do Direito, essa incompletude se origina a partir do acontecimento de fatos extraordinários.

Com o passar dos tempos, o modelo de contrato baseado somente no *pacta sunt servanda* (do latim “Acordos devem ser mantidos”) mostrou-se superado, não atendendo mais às necessidades da sociedade. O acontecimento de fatos extraordinários e imprevisíveis, ou até mesmo previsíveis, mas não antevistos pelas partes, podem alterar a conjuntura em que se havia firmado o pacto, e então as circunstâncias de antes podem sofrer modificações e, por conseguinte, o contrato torna-se difícil ou mesmo impossível de ser cumprido, demandando uma saída, que não seja necessariamente o rompimento do mesmo (grifo nosso). (PINHEIRO E CARVALHO, 2010, p. 498).

Esta teoria propõe que ao se pactuar o contrato, geralmente este de longo prazo, e diante da impossibilidade de antever (nas cláusulas) todos eventos que possam ocorrer futuramente, surgindo lacunosidade contratual, possa se recorrer à Cortes Judiciárias (para elucidar os direitos pactuados diante dos conflitos de interpretação) ou ainda instrumentos de mediação (para a busca pela máxima satisfação das partes), com objetivo de garantir economia dos custos de transação e eficiência da relação.

Vários foram os casos em que os contratos, ao longo de sua execução, tiveram, principalmente, o substrato econômico afetado, passando as partes a clamarem por uma solução justa, o que muitas vezes nem era o caso de resolução de contrato, mas tão apenas revisão. Foi, então, que se percebeu que o clausulado contratual deixava a desejar, pois não dispunha de todas as previsões necessárias, mas que isso seria apenas uma lacuna e não um obstáculo intransponível. (PINHEIRO E CARVALHO, 2010, p. 498).

Complementando o entendimento, segundo Caminha e Lima, (2014, n. p.), as balizas que envolvem a teoria do contrato incompleto são destinadas aos contratos de longa duração ou de execução diferida, não sendo aplicáveis, por despicendo, àqueles de execução imediata, de lapso temporal quase que imperceptível. Esses mesmos autores ainda fazem uma distinção entre o conceito de contratos incompletos no campo jurídico e econômico:

Conhecer a distinção jurídica e econômica da incompletude contratual é de suma importância para uma melhor compreensão da teoria dos contratos incompletos, já que possuem conotações distintas, pois, para o Direito, a incompletude é associada à ideia de insuficiência, no sentido de que os integrantes da relação contratual não estipularam adequadamente todas as obrigações dela oriundas, favorecendo o nascimento de litígios. De outro lado, como já analisado, a Economia, apesar de reconhecer esse sentido jurídico, também faz referência à incompletude deliberada, atrelada a vontade das partes, em preservar inacabado o acordo é a incompletude estrutural. (CAMINHA E LIMA, 2014, n. p.).

De forma breve, cabe destacar que da conceituação de contratos incompletos, é possível perceber que alguns autores, citam diversas formas de classificação desta incompletude. Dos estudos, ainda não consolidado na doutrina, sobre esta classificação assunto é possível extrair, que estas formas estão organizadas da seguinte maneira: a) Incompletude súbita e Incompletude Deliberada (ou estratégica), b) Incompletude inicial e sucessiva (estas derivadas da “incompletude deliberada”), c) Incompletude jurídica e Incompletude econômica.

Sobre a distinção entre incompletude súbita e incompletude deliberada (ou estratégica), é possível destacar que estas dependerão do nível de intenção dos contratantes quanto a lacuna existente ou que venha a surgir no contrato. Pois, além da incerteza da completude das cláusulas que possa surgir ao longo da execução do contrato (conceituação da incompletude súbita), é possível que, de forma proposital (estratégica), os contratantes permitam certas lacunas no contrato para que estas permitam certa flexibilidade na tomada

de decisão, gerenciamento de riscos ou mesmo como forma de redução do custo de transação (neste caso, é a incompletude deliberada).

[..] a distinção entre incompletude súbita e incompletude deliberada, [...] nesta última os contraentes são conscientes de que, no ato de conclusão do contrato, uma parcela do seu conteúdo deve ser determinada posteriormente e que a lacuna será preenchida, alternativamente, por um outro acordo, pela determinação de apenas uma das partes, ou pela decisão de um terceiro. Situação diversa da incompletude súbita ou involuntária, em que as partes não tiveram a intenção de deixar lacunas no contrato, preferindo que o contrato incompleto venha disciplinado pelas normas legais (mediante o procedimento de integração ou interpretação). (CARMINHA E LIMA, 2014, n. p.)

Então, se houver elevados custos de transação *ex ante* (antes da execução contratual), a melhor solução seria uma incompletude deliberada, caracterizando um cotejamento entre os benefícios e os custos marginais do complemento do contrato. Essa postura, vai postergar para o momento *ex post* (durante a execução contratual) a tentativa de minimizar esses custos. (NÓBREGA, 2009).

Nas palavras de Pinheiro e Carvalho (2010, p. 497), a incompletude contratual, durante muito tempo, foi refutada nas relações contratuais, porém hoje, numa ótica econômica aplicada ao Direito, admite-se a relevância da falta de plena previsão nas cláusulas contratuais, o que permite uma maior eficiência tanto na elaboração, quanto na execução do contrato.

De acordo com Bandeira (2014, p. 2699), a solução mais eficiente consiste em firmar contratos lacunosos, que estabeleçam apenas determinados aspectos da relação contratual, como forma de diminuir os custos de transação e superar a reduzida previsibilidade das partes contratantes, bem como sua capacidade limitada em processar grande volume de informação.

Já partindo para a conclusão deste tópico, cabe destacar que o aparecimento destas lacunas não pode se tornar uma barreira intransponível para o contrato em si ou para os contratante, mas deve permitir conhecer alternativas que solucionem os entraves que venham emergir, escolhendo a melhor alternativa que maximiza às expectativas de cada uma das partes envolvidas, em prol de um equilíbrio mútuo.

Portanto, parafraseando às palavras de Pinheiro e Carvalho (2010, p. 499), é fato que logo de início, os contratantes não podem ter certeza se as cláusulas pactuadas serão efetivadas, porém perseguindo uma lógica de eficiência, partilhando direitos e obrigações entre os contratantes, aliada a cooperação das partes e uma política de incentivos, pode-se, ao menos, minimizar os referidos custos, para então, definir os direitos pós-contratuais, ao menos atingindo um nível ótimo, ou seja, deixando os contratos mais completos.

Contudo, é possível inferir que a teoria de contratos incompletos não se isola de outras teorias ou mesmo às abole substituindo-as, por outro lado, expande o conhecimento dentro da teoria econômica e jurídica.

Não obstante as teorias jurídicas, tais como: da resolução do contrato por onerosidade excessiva [...], da teoria da imprevisão [...], sejam criticadas por sua imprecisão e por isso não consigam compreender, em muitos casos, as lacunas que venham a surgir em um contrato, é válido enfatizar que por muitos anos a utilização destas foi a melhor alternativa. Não extirpando todo o seu valor, até mesmo porque há casos em que cabe perfeitamente a sua aplicação, é também justo reconhecer a tamanha contribuição das teorias econômicas, o que permite decisões baseadas em critérios objetivos, fruto de estudos amplamente experimentados, que por sua vez representam um grande passo para tão sonhada busca da segurança jurídica. Assim, constata-se que resta ao Poder Judiciário ampliar seus horizontes para melhor abalzar suas decisões e chegar a soluções coerentes, seja com os próprios meios e instrumentos já ofertados pelo Direito, seja socorrendo-se de ciências afins, através de interdisciplinaridade. (PINHEIRO E CARVALHO, 2010, p. 502)

Sobre isso, Caminha e Lima (2014, n. p.) destacam em seu trabalho que a teoria econômica do contrato incompleto amplia a hipótese de revisão, que se baseia na teoria da imprevisão, inovando, portanto, a ordem jurídica.

Então, a Teoria dos Contratos Incompletos é instrumento utilizado para completar as lacunas decorrentes de contingências futuras, a quais são causadas por problemas tais como: da assimetria de informação, da racionalidade limitada, quando a obrigação objeto do contrato estiver incompleta, ou mesmo pela vontade propositiva das partes ou oportunismo destas, cujo objetivo é a busca pela maximização das utilidades, alocação eficiente de recursos e minimizar os custos, seja para possibilitar o total cumprimento do contrato, ou mesmo, decidir sobre o seu rompimento. (PINHEIRO E CARVALHO, 2010)

3.4 Teoria do custo de transação e o “Teorema de Coase”

Primeiramente, deve se considerar que as instituições não usufruí apenas dos custos atrelados a produção, pois da mesma forma existem os custos de transação atrelados aos contratos, oriundo de custos tais como: o de negociar, redigir, fiscalizar, gerenciar e garantir o cumprimento de um contrato.

Os custos ex-ante de preparar, negociar e salvaguardar um acordo bem como os custos ex-post dos ajustamentos e adaptações que resultam, quando a execução de um contrato é afetada por falhas, erros, omissões e alterações inesperadas. Em suma, são os custos de conduzir o sistema econômico” (WILLIAMSON, 1993).

Teoricamente, os principais elementos que alavancaram os estudos da teoria econômica dos contratos incompletos foram os custos de transação ou também chamado de “teorema de Coase”, pois este termo foi apresentado inicialmente no estudo formulado por Ronald Coase em 1937, e teve bastante espaço nos trabalhos corolários, cabe destacar nestes estudos a figura de Oliver Williamson. Desta forma, cabe destacar que os estudos propulsores sobre “Custo de transação’ tem raízes na Escola de Chicago.

Em seu discurso no prêmio Nobel, Coase revela que Adam Smith já tinha colocado as bases de sua teoria de custos de transação ao tratar da utilização da moeda como redutor dos custos da “dupla coincidência de desejos” [...] Contudo, tal ideia havia ficado restrita somente à explicação da existência da moeda, não sendo percebida pelos economistas pós-Smith como instrumento para explicar outros tipos de arranjos econômicos. (SILVA E FARIAS, 2016, p. 865)

O “Teorema de Coase” serve perfeitamente de ponto referencial, de “conceito regulador”, e de certo modo poderá dizer-se que os custos de transação são o instrumento de medida que permite aferir o distanciamento de cada situação concreta em relação a esse padrão ideal [...]. (ARAÚJO apud CAMINHA E LIMA, 2014)

Pelos estudos de Coase, infere-se que em regime de custos de transação zero a alocação inicial dos direitos de propriedade não importa, pois neste caso das relações institucionais estariam perfeitamente funcionando, sem a necessidade de intromissão, ou seja seriam eficientes de Pareto.

Não faria sentido gastar muito tempo investigando as propriedades de um mundo como esse [sem custos de transação]. O que o meu argumento sugere é a necessidade de introduzir explicitamente custos de transação positivos na análise

econômica para que possamos estudar o mundo que existe. Esse não foi o efeito do artigo. A extensa discussão nas revistas tem se concentrado quase que inteiramente no ‘Teorema de Coase’ como uma proposição a respeito de um mundo com custos de transação zero. (COASE 1988 apud ROMERO, 2009, p. 7)

Se os custos de transação são zero, significa que os direitos de propriedade são perfeitamente estabelecidos e mantidos. Por outro lado, custos de transação positivos implicam, portanto, em custos de garantia de direito econômico sobre um ativo. [...] o aspecto chave dos custos de transação está na mensurabilidade dos atributos dos bens. (BERZEL, 2003 apud AUGUSTO et. al., 2014).

Oliver Williamson caracteriza de “ficção do custo de transação igual a zero” aos requisitos neo-clássicos e afirma que os arranjos institucionais de governança são uma resposta minimizadora de ambos os custos, os de transação e os de produção (WILLIAMSON, 1993) .

De acordo com Sztajn (2006), formas de governança devem considerar que a incompletude negocial pode resultar em ações menos benéficas para os acionistas, porque os padrões legais deixam de prever certos comportamentos.

Sendo assim, pode se inferir que a estrutura onde a produção ocorre não é uma resposta apenas aos custos internos, mas também uma comparação deste com às questões burocráticas, aquelas incorridos para planejar e monitorar as estruturas de governança. Então é importante conhecer estas estruturas pois é neste ambiente que às transações ocorrem, onde as pessoas interagem na busca por bens e serviços.

Com foco no sujeito, Williamson (1985) descreve que os agentes criam determinados mecanismos, chamados de estrutura de governança, para lidar com os custos de transação (WILLIAMSON apud PERES, 2007). De outra maneira, agora com foco no objeto, Williamson (1996) define como estruturas de governança os mecanismos de coordenação empregados para reduzir custos de transação na realização das transações, a partir de instituições reguladoras.

De modo prático, pode-se destacar que estruturas de governança precisam ser criadas para sanar com maior agilidade problemas atuais e futuros que possam surgir. A partir de um sistema de governança eficaz, problemas como processo decisório lento em razão de burocracia e de estruturas organizacionais incompletas, podem ser solucionados a partir de uma leitura mais dinâmica do

mercado e, conseqüentemente, fazer com que a empresa seja mais competitiva e alcance seus resultados organizacionais. (MORE E GONÇALO, 2016, p. 4)

Para completar o entendimento, sob a perspectiva o ideal seria, então, um sistema de governança corporativa que minimizasse os custos de agência atuando em paralelo com um sistema de governança contratual que minimizasse os custos de transação. (RABELO, 1999).

Como já sabido, a teoria econômica surge da integração dos estudos de direito e economia, isso pois envolve os estudos que envolve o comportamento dos agentes que buscam em suas transações negociais matéria prima, equipamento ou mesmo serviços, além dos custos ligados diretamente à produção, assim como os custos transacionais do contrato também são enfrentados. Por outro lado, esta teoria afirma que esses custos de transação podem ser mutáveis a depender dos aspectos da transação e do mercado concorrencial, então estes custos transacionais não se referem apenas aos expensas anterior a negociação *ex ante*, mas também no decorrer da execução *ex post*.

A estrutura de governança introduz e desenvolve a importância da especificidade dos ativos e confia na análise institucional comparativa, dando ênfase na firma como uma estrutura de governança e não como uma função de produção. Além disso, esta abordagem enfatiza o papel das instituições como fator *ex post* dos contratos. (THIELMANN, 2013).

[...] o custo de transação pode-se apresentar em razão da racionalidade limitada das partes, principalmente quando os contraentes estão diante de decisões complexas, já que nem sempre os indivíduos possuirão todas as informações necessárias para se alcançar a decisão “ótima”, bem como em virtude da assimetria de informação, da conduta oportunista, dentre outros fatores. (CAMINHA E LIMA, 2014, n. p.)

Entendida a premissa de que os custos de transação inviabilizam a execução de um acordo completo, passa-se à exposição dos aspectos que causam esta incompletude dos contratos. (CAMINHA E LIMA, 2014). Ou seja, o custo de transação é um elemento responsável pela incompletude dos contratos e decorre de eventos relacionado a algumas causas, tais como: **comportamento oportunista, problemas de informação, racionalidade limitada, dentre outros.**

[...] a existência dos custos de transação passou a ser questionada a partir da escola do Law and Economics e os princípios da Nova Economia Institucional, oferecendo uma nova visão à necessidade de um sopesamento entre fatores tais como os custos advindos da racionalidade limitada, comportamento oportunista,

assimetria de informações, duração, investimentos em ativos específicos, complexidade e incerteza das relações contratuais. Essas circunstâncias sempre devem ser combatidas como forma de salvaguardar as partes de futuros prejuízos, mas, a partir da visão econômica, seu entendimento e consideração devem ser ampliados e entendidos como partidos necessários para a interação entre esses dois ramos da ciência, Direito e Economia. [...] Ou seja, os custos de transação não dependem apenas das características do acordo firmado, pois, também são resultantes das condutas das partes, em especial, quando se comportam com racionalidade limitada e oportunismo, bem como de condições objetivas, como as incertezas das transações decorrentes das mudanças sociais, a duração e os investimentos específicos do contrato, fatores inerentes às relações contratuais de longo prazo. (CAMINHA E LIMA, 2014, n. p.)

De acordo com Sztajn (2006) o reconhecimento pelos economistas de que há custos de transação envolvidos nas negociações, entre eles o de que uma das partes pode ter informações de que a outra não-dispõe (assimetria informacional), leva a considerar que contratos merecem ser analisados sob outra perspectiva, em face do resultado econômico.

Como já é sabido, as partes contratantes não têm certeza de que o acordo será efetivado em conformidade com o estipulado em sua conclusão. Isso se dá em virtude da existência dos custos de transação, decorrentes de características objetivas, como a incerteza, a duração e os investimentos em ativos específicos, ou de características subjetivas, tais como a racionalidade limitada e o oportunismo negocial. (CAMINHA E LIMA, 2014).

Sendo assim, cabe destacar que teoria econômica ao expor os estudos sobre contrato incompleto e custo de transação, pretendeu integrá-los ao campo da ciência jurídica como uma nova hipótese de revisão dos contratos, fato que reafirma a conclusão de Carminha e Lima no tópico anterior.

Com esta ideia em mente, conclui o entendimento com a afirmação de que a teoria fundamental da “Economia dos Custos de Transação” considera que estruturas eficientes (minimizadoras de custos) de governança são resultado do alinhamento destas aos atributos das transações, sob definidos pressupostos comportamentais. (ZYLBERSZTAJN, 1995).

3.5 Externalidades e a relação aos aspectos da incompletude e imprevisibilidade contratual

O conceito de externalidade está atrelado ao o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação, desta relação econômico-social. Sendo assim, o impacto pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo consequentemente classificado como externalidade negativa ou positiva, respectivamente. Contudo, diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado; passa a incluir o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. (PORTO E GOMES, 2010).

Um exemplo claro desta externalidade é os contratos de terceirização de mão-de-obra onde em eventual repactuação dos preços o custo desses contratos aumentam, em decorrência do direito do reequilíbrio econômico financeiro, o que em consequência afeta diretamente os custos do contratante. Isso ocorre devido às negociações coletivas das categorias, que apesar de previsível no que se refere a periodicidade, no entanto, o seu impacto é de difícil mensuração (economia positivista), mesmo o direito dizendo que é calculável.

Contudo, os estudos até o momento é possível inferir que contratos incompletos se trata de uma teoria econômica, a qual ampliou os estudos jurídicos da teoria da imprevisão e que, neste diapasão, foi possível entender que os custos de transação positivos inviabilizam a execução de um acordo completo. Sendo assim, é fato que se precisa entender as causas desta incompletude, das quais estão atrelados basicamente aos contexto dos **atributos da transação, pressupostos comportamentais e problemas de informação.**

3.5.1 Atributos da transação

Por atributos de transação compreende a frequência, a incerteza e especificidade dos ativos em uma determinada transação (Williamson, 1985).

A frequência é uma medida da recorrência com que uma transação se efetiva. Segundo ela, a frequência tem duplo papel. O primeiro deles é que quanto maior a frequência, menores serão os custos fixos médios associados à coleta de informações e à elaboração de um contrato complexo que imponha restrições ao comportamento oportunista. O segundo, se a frequência for muito elevada, em transações recorrentes as partes podem desenvolver reputação, o que limita seu interesse em agir de modo oportunista para obter ganhos de curto prazo. (FARINA, 1999).

Sobre incerteza, Caminha e Lima (2014) apontada como um dos fatores objetivos para a existência dos custos de transação nas operações econômicas. Isso ocorre porque nem sempre será certo o resultado previsto pela atividade negocial, uma vez que algumas operações são caracterizadas pela incerteza dos resultados.

Sobre a especificidade de ativo, este está vinculado com o nível de possibilidade de utilização alternativa de um ativo relacionado aos custos de produção. Pelo que disciplina Williamson (1985), a especificidade de ativo é considerada o atributo mais importante para descrever uma transação. Segundo o autor, a especificação de um ativo ocasiona transações de longo prazo, o que está relacionado à sazonalidade ou ao número de vezes que uma transação se efetiva. Ou seja, quanto maior é a especificidade do ativo, menor será sua possibilidade de reaproveitamento.

Por fim, segundo o que afirma Calemam et al (2006, p. 2), para se identificar a forma mais adequada de governança não é preciso efetivamente medir os custos de transação, mas tão somente avaliar se os atributos envolvidos são ou não passíveis de mensuração. Daí já adentraria em assuntos relacionados à “Teoria dos Custos de Mensuração”, no entanto, por ser um assunto extenso e de grande importância, não seria prudente abordá-lo neste trabalho, mas talvez alguns de seus ensinamentos sejam citados de forma voluntária, porém sem intenção de fazer conceituações acerca da teoria. “Contudo, o que se precisa saber é que essas características, justamente aos pressupostos comportamentais, configuram as estruturas de governança adotadas pelas firmas” (Williamson, 1985).

3.5.2 Pressupostos comportamentais

Sistematizando os estudos doutrinários sobre o tema, percebe-se que, basicamente, os pressupostos comportamentais se subdividem: a) em racionalidade limitada e b) comportamento oportunista.

3.5.2.1 Racionalidade limitada

Pela visão neoclássica pressupõe-se que os agentes econômicos são dotados de racionalidade ilimitada, ou seja, são capazes de absorver e processar toda a informação disponível, respeitando todas as regras integralmente. (PINHEIRO, 2010). Ou seja, neste ambiente as relações negociais são direcionadas com vista a satisfação do indivíduo, sem a necessidade de solicitar o auxílio de terceiros para o pacto seja o contrato seja cumprido, pois tudo é previsto e respeitado pelas partes, fato que prescinde a existência de controles de transações.

Neste contexto, explica Caminha e Lima (2014, n. p), a preocupação era apenas com os custos de produção, fato que transmuda-se para uma análise dos custos de transação, introduzida pela teoria econômica neoinstitucionalista. Já neste novo cenário, insere-se aos estudos suposições mais realistas, adotando então a ideia de Racionalidade limitada.

Racionalidade limitada é uma forma de racionalidade imperfeita que assume que as pessoas buscam maximizar o seu bem-estar, mas estão sujeitas a restrições cognitivas que limitam a sua capacidade de processamento mental e podem torná-lo o fator mais importante a ser economizado. (PINHEIRO, 2010)

Apesar de ambas partilharem da mesma concepção, conceituada de forma diferente, ou seja, diz que a racionalidade limitada é um pressuposto que está em consonância com o comportamento otimizador, ou seja, o agente econômico deseja otimizar, entretanto não consegue satisfazer tal desejo. (ZYLBERSZTANJ, 1995)

Os estudos de Williamson, baseam-se na ideia de que os indivíduos têm restrições em sua capacidade cognitiva para processar todas as informações disponíveis, constituindo assim uma racionalidade limitada.

Contudo, o conceito de racionalidade limitada é estritamente ligado, e às vezes é mesmo dependente, do problema dos custos necessários para adquirir informação e processá-la corretamente. [...]Tendo em vista que a busca de informação é uma atividade custosa e que a capacidade humana de processar informação é limitada, quanto mais as decisões se tornam complexas e envolvem mais trocas, a ideia de racionalidade limitada é a de que os agentes não vão buscar as decisões “ótimas”, mas apenas aquelas “satisfatórias”. A conduta dos sujeitos é apenas limitadamente racional. (FICI apud CARMINHA E LIMA, 2014).

Por fim, partindo-se deste argumento de compartilhamento de informações, cabe salientar que a racionalidade limitada ainda é consequência de outra causa (e a ela se integra) que é o problema de informação, mais especificamente quando atrelado a informações incompletas ou ambíguas, fato que será visto mais adiante.

3.5.2.2 Comportamento oportunistas

De acordo com Caminha e Lima (2014), a conduta oportunista dos agentes econômicos é outro fator estudado dentro da teoria do contrato incompleto, sendo, também, responsável pelos custos transacionais.

Por oportunismo, Zylbersztajn (1995) entende como parte de um princípio de jogo não cooperativo, onde a informação que um agente possa ter sobre a realidade não acessível a outro agente, pode permitir que o primeiro desfrute de algum benefício do tipo monopolístico.

Assim, este comportamento está relacionado ao ato de agir com malícia, egoísmo, não cooperação e reprovabilidade, a partir do qual o agente econômico ajusta às circunstâncias para alcançar os objetivos pessoais. (CARMINHA E LIMA, 2014)

Contudo, assim como acontece na racionalidade limitada, em que problemas de informação pode afetar a capacidade cognitiva do agente racional nas tomadas de decisões, neste caso, esses problemas de informações podem gerar comportamentos oportunistas destes agente, o que pode acontecer, por exemplo, de uma parte usufruir de mais conhecimento sobre o objeto e os custos de transação da negociação do que a outra parte.

Diante disso, a incompletude contratual é manifesta, porque a assimetria de informações permite que condutas oportunistas, típicas das relações de execução continuada, se manifestem nessa relação de Direito Societário. (SZTANJN, 2006).

3.5.3 Problemas de informação: Informação Imperfeita

O problema da informação é estudada em várias áreas do conhecimento, Na economia, a “Teoria da informação” tem é uma vertente que objetiva estudar o problema da informação integrada aos estudos dos pressupostos comportamentais e racionalidade limitada, a fim de entender e propor ações. Sobre isso cabe destacar que esta vertente:

[...] explora a possibilidade e conseqüências de comportamentos oportunistas dos agentes que transacionam sob condições de informação imperfeita; a abordagem institucionalista das firmas e mercados, ligada à teoria dos custos de transação desenvolvida, ainda que não exclusivamente, por Williamson (1985), a partir dos trabalhos pioneiros de Coase (1937), explora o tema da racionalidade limitada e dos contratos incompletos, e discute em particular a questão dos incentivos e dos arranjos institucionais e organizacionais que emergem para lidar com a assimetria de informação e risco de oportunismo. (Vieira et. al 2017, p. 11).

Quanto à conceituação, pode-se dizer que a informação absolutamente perfeita não existe, porém é o propósito almejado. Existem várias formas de se buscar essa perfeição, apesar de ser algo de difícil alcance em sua forma efetiva ou ainda, em alguns casos, impossível.

Segundo Satur et al (2017, p. 7) “a informação perfeita é aquela completa, simétrica, transparente, no tempo e no espaço adequado, enquanto todas as outras formas se caracterizam como informação imperfeita”. Ainda de acordo com o mesmo autor, existem três tipos de informação imperfeita: *incompleta, assimétrica e ambígua*.

Para este trabalho, o importante é entender de forma mais específica sobre as informações incompletas e a assimétricas, pois estas são elementos essenciais para

entender os pressupostos comportamentais. No entanto, sobre “**informação ambígua**”, de forma bem breve, pode-se dizer que é quando as partes, apesar de terem as mesmas informações disponíveis, podem apresentá-las de forma diferentes, ou seja emitindo opiniões e entendimentos divergentes ou ainda equivocados, ou até deixar de interpretá-las (não executando-as). Isso pode acontecer por limitações racionais sobre o real conceito de tal informação (talvez, por exemplo por nível de escolaridade, falta de conhecimento sobre o assunto)

3.5.3.1 Informação completa e incompleta

Na economia, o termo informação completa se comporta teoricamente apenas como demonstrar as condições preexistentes ou previamente almejada em um mercado perfeitamente competitivo. Porém, na realidade, o mercado se comporta como um jogos de informação incompleta, no qual as consequências de ações de cada pessoa ou empresa não podem ser antevistos com perfeição, dado que tais não possuem o conhecimento integral das estratégias tomadas ou a ser tomadas pelos seus concorrentes.

Pelo que afirma Satur et al (2017, p. 10) é importante ressaltar que não existe informação completa, mas aproximações e conformação satisfatória por determinado nível de informação. Sendo assim, a busca deixa de ser pela informação completa e passa a ser pela informação satisfatória.

A incompleta é a mais ligada ao nosso limite de racionalizar, de ter capacidade de pesquisar e de entender a completude e a complexidade de tudo. Também está relacionada à dificuldade de acesso (como chegar à informação) ou ao tempo inadequado (fora do prazo). (RASCÃO, 2006)

As informações incompletas, estão associadas à incerteza, o que de fato abrange geralmente tudo. Por exemplo, praticamente todas as trocas, são conduzidas em condições de incertezas. Por um lado, os tomadores de decisão defrontam se muitas vezes com a incerteza quanto ao efeito de distúrbios aleatórios sobre os resultados das suas ações. Em compensação, os decisores algumas vezes permanecem incertos no

que se refere aos retornos ou mesmo aos tipos de opções com que se defrontam. Essa condição normalmente leva a uma contratação intencionalmente incompleta. (MCGUIGAN E MOYER, 2004, p. 236).

3.5.3.2 Informação assimétrica e simétrica

Simetria e assimetria de informação são termos geralmente utilizados na área econômica, mas com aplicabilidade em todas as áreas em que seus conceitos se adequem. Sobre isso, cabe destacar que pouco se fala sobre o termo “simetria”, pelo que se percebe nos estudos sobre assunto, talvez seja a mesma justificativa apontada quanto ao estudo entre completude e incompletude contratual, custos zero ou positivado das transações, ou seja, não faria muito sentido estudar o que já é perfeito, mas sim a problemática do assunto, para então encontrar soluções.

Ronald Coase, no seu discurso para o recebimento do Prêmio nobel, falou o seguinte: “o mundo real apresenta fricções que denominamos ‘custos de transação’, fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociadas a custo zero.”

Sendo assim, por informações simétricas pode-se conceituar como aquelas disponíveis e distribuídas em igualdade para todos os indivíduos. Por outro lado, por assimetria de informação compreende como a diferença do acesso a conhecimentos relevantes de um mesmo assunto em que um indivíduo possui mais informações que o outro. (MANKIW, 2008).

Em um jogo, por exemplo, a simetria, é basicamente quando os indivíduos encontram-se em posição de paridade e com as informações igualmente distribuídas, ou seja, todos os “jogadores” tem as mesmas informações disponíveis, devendo usá-las da melhor forma possível. Por outro lado, a assimetria acontece quando o equilíbrio destas informações é quebrado.

Neste sentido, incorporando ao pensamento estudos de teoria dos jogos, sabe-se que, em virtude da assimetria de informações, as pessoas tendem a não-contratar ou a retardar a celebração de contratos, agindo de modo ineficiente.(SZTAJN, 2006).

Contudo é possível ratificar que assimetria informacional é uma falha de mercado, talvez a mais frequente, a qual está presente na negociação contratual entre os agente econômicos. Então, para que esta relação negocial funcione de forma eficiente estes agentes precisam de informações para as tomadas de decisões, no entanto, a obtenção destas informações tem um custo.

Então, já sabendo informação assimétrica se configura quando uma das partes tem mais informações ou informações mais completas sobre algo que ainda é desconhecido da outra parte, cabe destacar que isso também pode ser um diferencial competitivo, fato que nem sempre, quem tem essa informação extra tem desejo de divulgá-la. No entanto, isso também pode resultar no chamado comportamento oportunista. (SATUR et. al., 2017)

Sendo assim, partindo-se do pressuposto de que a assimetria de informação pode desmotivar contratações socialmente interessantes, ou ser fonte de práticas oportunistas, ou ainda facilitar que as pessoas se comportem de forma indesejável, os economistas reconheceram que existem custos na negociação contratual, sendo importante encontrar meios para minimizá-los . (SZTJAN, 2006).

Sobre estes custos, cabe ressaltar que a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transação, pois nem sempre as condições averiguadas no momento da contratação coincidem com as da execução, principalmente naqueles ajustes de longo prazo. (CATEB; GALLO 2010, p.3)

Na mesma linha, Sztajn (2006, p. 179) completa dizendo que a incompletude contratual é manifesta, porque a assimetria de informações permite que condutas oportunistas, típicas das relações de execução continuada, se manifestem nessa relação [...].

Nesse sentido, a assimetria informacional pode ser decorrente de um desconhecimento técnico, de uma disparidade econômica, da habitualidade com que tais relações são entabuladas pelas partes envolvidas, dentre outros fatores. Tais falhas de mercado comprometem a alocação eficiente de recursos, na medida em que elevam os custos de transação e podem, inclusive, obstar a concretização do negócio jurídico. (CASCAES, 2017, p. 171).

Ao reconhecer a existência de assimetrias de informação e que o contrato pressupõe custos, sejam estes *ex ante* (ou seja, aqueles que acarretaram custos na sua elaboração) ou *ex post* (aqueles resultantes da imposição de se fazer cumprir os próprios termos acordados), cabe destacar ainda que estes resultam em outros elementos denominado seleção adversa e risco moral (*moral hazard*) , o que em consequência afetam o desempenho econômico.

Segundo Stzjan (2006, p. 172) muitas vezes medir a informação é complicado e há casos em que informações são difíceis de serem obtidas requerendo atividades adicionais das partes. Quando uma delas conhece alguma coisa desconhecida pela outra, diz-se que a informação é assimétrica e daí derivam problemas na elaboração de contratos: a seleção adversa e *moral hazard*.

a) Risco Moral (*Moral hazard*)

Sobre o Risco moral que, está relacionado a questões pós-contratuais. Uma das partes contratantes pode possuir informações privilegiadas relevantes que incentivem mudanças comportamentais indesejáveis ou contrárias ao objetivo mútuo celebrado no acordo.

O perigo moral acontece quando um lado do mercado não consegue observar as ações do agente, pela existência de uma ação oculta. Isto ocorre quando o principal não pode observar as ações do agente mesmo após o contrato (*ex post*), a ação deste não é verificável. (KLANN et. al., 2010).

Por exemplo, o risco moral pode se referir a probabilidade do agente econômico, em um determinado negócio jurídico, de transmutar os seus comportamentos diferente do acordado dentre as particularidade e do ambiente em que a transação econômica ocorre um exemplo clássico nos estudos pesquisados, é o caso da contratação de seguros de

carros, , por exemplo, onde o agente pode mudar a sua conduta atual para uma mais imprudente, pois agora se mais seguro após a contratação.

b) Seleção Adversa (*Adverse selection*)

A seleção adversa está relacionada às condições intrínsecas e determinantes da realização (ou não) de uma transação, por outro lado, o problema de seleção adversa surge da falta de conhecimento do principal sobre o tipo do agente.

De acordo com Klann et. al (2010, p. 107), entende-se que o problema de seleção adversa existe quando o agente possui mais informações que o principal antes do contrato, ou seja, uma das partes não sabe o tipo ou a qualidade dos bens que a outra possui a informação oculta, assim o principal colocará em oferta somente aquilo que o interessa.

Partindo-se da ideia, então é razoável supor que demandantes e ofertantes possuam informações distintas e privilegiadas *ex ante*, cabe destacar que quanto mais complexo for o mercado e mais diversificado forem os bens ofertados, mais dificuldade terá o vendedor para convencer o consumidor sobre a qualidade de seu produto. Por outro lado, o comprador possui uma série de dificuldades para reconhecer no bem desejado os atributos demandados. (ROMERO, 2009).

Na seleção adversa, o agente possui informação privilegiada antes da assinatura do contrato e o principal sabe disso. Todavia, como o principal não tem condições de avaliar essa assimetria informacional, oferece então, estrategicamente, várias alternativas com a finalidade de que o agente involuntariamente manifeste suas pretensões.

Seguindo a exemplificando no caso dos seguros, mais especificamente em seguros saúde, cabe destacar que apenas o segurado teria às informações completas sobre sua saúde a ser fornecidas à seguradora. Porém, a própria seguradora criou critérios, e no momento da contratação é possível estabelecer valores e classificar os diferentes perfis. Fato que se não existisse estes critérios, poderia ensejar em um comportamento de uso ao máximo dos benefícios deste seguro, por aquele mais doente e pagando a mesma coisa daqueles que estão saudável, fato que poderia inflar os custos do plano, em consequência

os valores aos segurados e fuga do público que quase não usa o seguro, para outro que esses critérios.

Contudo, existem estratégias capazes retardar estes problemas, dentre outras, é possível destacar a *sinalização e a filtragem*. Quanto a *sinalização* é uma forma de minimizar os problemas, onde agente “sinaliza” o tipo ou qualidade do bem que deseja antes de assumir o compromisso com o principal, de tal forma que este saberá o tipo ou a qualidade exigida pelo agente. Já *filtragem*, neste caso, o principal age para determinar o tipo ou qualidade do bem que deseja, dessa forma, o agente fornece as características no contrato prévio antes que se realize. (KLANN et. al., 2010).

3.4.1 Problemas de Agência: Relação Principal-Agente

A partir dos estudos, é sabido que assimetria de informação é natural dos contratos de longo prazo, fato que pode gerar pressupostos comportamentais oportunistas neste caso se transformando em falha de mercado e em consequência fortalece a incompletude contratual.

Por outro lado, a busca pela simetria das informações e em consequência a completude dos contratos é um objetivo a ser perseguido, difícil e às vezes até impossível, fato que não existe uma receita. No entanto, o primeiro passo é reconhecer sua existência, conhecer o problema e depois formular técnicas e metodologias adequadas para ação corretiva. Neste diapasão, é possível destacar, dentre outros, o modelo *Principal-Agente* (ou Problema de agência).

O modelo chamado de Agente-Principal (ou problema de agência) é utilizado na literatura, para explicar os problemas originados pela assimetria de informação, atualmente muito utilizado na economia. Neste modelo, o Principal é aquele que propõe o contrato. Por outro lado, a parte que decide se vai ou não aceitar as condições do contrato, e se irá pautar suas ações sob os termos estabelecidos, é chamado de Agente. (REIS, 2012).

Desta forma, é possível inferir que existem problemas de informação em qualquer tipo de instituição. Nesta perspectiva, o paradigma do principal-agente, têm sido adaptado

e utilizado no desenvolvimento de teorias aplicadas às organizações (ou firma). O objetivo dessas teorias é o de explicar o porquê de as organizações tomarem a forma que tomam, e o porquê de as mesmas se comportarem da forma que se comportam. Segundo Resende Filho e Bressam (2008, p. 3):

“O paradigma do principal-agente vem também sendo utilizado na construção de uma teoria da firma. Para discutir esse tipo de aplicação, deve-se ressaltar que uma teoria da firma deve definir “integração”, ou seja, deve ser capaz de explicar o porquê de uma dada transação ocorrer dentro de uma firma ou entre firmas. Assim, uma teoria da firma deve ser capaz de enumerar o tradeoff entre integração e não integração, tal que seja possível prever integração para alguns tipos de transações e não integração para outros tipos.”

Sendo assim, a teoria econômica clássica pressupõe que os modelos empresariais atuavam de forma racional, otimizando o lucro econômico no longo prazo. Nesta concepção, a empresa seria gerenciada por um único gestor que também é o principal acionista, por esse motivo não existem conflitos de gestão. Então, segundo alguns autores, este paradigma é rompido apenas ao afirmar que podem existir conflitos de interesses, entre os agentes envolvidos na empresa. (KLANN, et. al. 2014).

Cabe observar que por razões de bom senso, um dos objetivos traduzidos do bom entendimento da Teoria do Agenciamento é buscar a eficiência contratual. Logo, visa-se o desenvolvimento de contratos ótimos que simultaneamente minimizem os custos de agência. A Teoria da Agência focaliza os problemas gerados pelo fato de que o agente tem de fazer algo pelo principal, mas não tem os mesmos interesses. Ao mesmo tempo, o principal nunca tem informação completa sobre as atividades do agente, e muitas vezes nem sabe fazer as tarefas do agente

4 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Diante da ineficiência dos serviços públicos fornecidos pelo Estado, este passou a repensar a sua forma de prestação destas obrigações. Uma das opções encontradas para buscar esta eficiência, foi a transferência de alguns serviços, em sua maioria meramente operacionais, à iniciativa privada.

Estado diante da necessidade de eficiência começou a transferir para a iniciativa privada a prestação de serviços públicos através do regime de concessão e permissão, disciplinada pela Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, previsto no artigo 170 da Constituição de 1988, que, paralelamente, impulsiona maior participação do setor privado juntamente com o setor público. Nesse contexto, a visão político-econômica global de concessão começou a ser redesenhada, ganhando impulso no cenário do Estado, as parcerias. (PEREIRA E NÓBREGA, 2012, p. 2).

Observando o contexto situacional, é perceptível o retorno ao conceitos dos elementos citados, em torno da definição do instrumento contrato. Pode se inferir que esta relação público privada, surge de um acontecimento natural ou humano que de fato gera consequências jurídicas.

A Administração, precisamente por ser possuidora de potestades e prerrogativas, vê-se obrigada, mais que ninguém, a seguir uma conduta de exemplaridade e de boa fé [...] nem pode quebrantar os pactos que tenha convencionado, nem atuar à margem da legalidade e da boa-fé a que lhe obrigam pactos que haja concertado (BORGES, 2005, n. p.).

Mas, infelizmente este aspecto de Estado intervencionista, citado anteriormente, se mostrou ineficiente ao longo do tempo (seja no setor público ou privado) , prejudicando inclusive os princípios da função social e boa-fé do contrato. No setor público esta interferência, logicamente foi mais acentuada ocasionando inclusive maior ineficiência, surge então a necessidade de mudança de paradigmas, fato que vem se adaptando ao longo dos anos, principalmente no Brasil.

Este novo modelo de Estado regulador, e não intervencionista, propunha capacidade de poupança e equilíbrio fiscal. Com instituições públicas não-estatais para atuar nas demandas sociais. E também propunha uma nova administração pública gerencial.

No Brasil, esta revolução de inicia com a reforma do estado, a partir das ideias de Bresser-Pereira, na década de 90. A concepção desta ideia é que a reforma gerencial do Estado faz distinção entre as atividades exclusivas do Estado e as atividades sociais e científicas: o Estado deve executar formalmente as primeiras, enquanto financia as outras, que devem ser executadas por organizações públicas não-estatais. (BRESSER-PEREIRA, 2000).

4.1 Licitação

O instituto da “Licitação” não é uma invenção brasileira, os estudos acreditam que a licitação surgiu na Europa medieval, com a finalidade de aquisição de um determinado bem, ou execução de obra e/ou serviços que a administração pública não dispunha. O Estado então distribuía avisos (com local, data e hora) e os interessados comparecerem com a finalidade de atender às necessidades do estado. A regra tinha o nome de “Vela e Prego (ou Vela e Lances, ou ainda Vela e Pregão)”, onde o tempo era contado pela vela queimando, ou seja, neste período era dado lances e o último lance dado com a vela ainda acesa era o vencedor. Sistema que lembra ao atual pregão do Brasil.

Desta forma, o conceito de licitação envolve prática de atos jurídicos, o qual possibilita aos participantes interessados, competindo entre si de forma isonômica, que apresentem suas propostas, diante da administração pública.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (JUSTEN FILHO, 2015)

Em sentido amplo, o princípio da licitação, se opõe ao princípio da livre escolha do outro contratante. A escolha deste deixa de ser discricionária para se traduzir através de uma seleção prévia entre vários competidores. O primeiro princípio da licitação é a **concorrência**, podendo ser ampla ou restrita, podendo inclusive operar-se, por candidatos pré-qualificados. O importante disso que não haja discriminação entre os concorrentes. Fato que já remete ao segundo princípio que é a **igualdade** entre os concorrentes, do qual é subsidiário o princípio da **publicidade**, o qual disciplina que todos os concorrentes potenciais devem ter conhecimentos básicos sobre a licitação. (TÁCITO, 1975).

Atualmente, os estudos sobre os princípios da licitação têm uma concepção ampla, abrangente além dos já citados pelo autor Caio Tácito, legalidade, impessoalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

No Brasil, o seu surgimento se deu pela primeira vez com o decreto nº 2.296/1862, foi um regulamento para as "arrematações dos serviços" a cargo do então Ministério da

Agricultura, Comércio e Obras Públicas é considerado a primeira norma legal sobre licitação no Brasil. Com 39 artigos, este decreto é assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador Pedro II. Na época, não se usava o termo "licitação", mas "concorrência" (na grafia da época, com "u" e sem acento). (LIMA, 2014).

Após, já na época da república, teve a edição do decreto lei 4.536/1922 e mais à frente o decreto lei 200/1967 (estes ainda vigentes), assim como, o decreto-lei 2.300/1986 instrumento importantíssimo do período de redemocratização do país, pois contribuiu significativamente para a formação do instituto da licitação nos moldes atuais, ao instituir às modalidades concurso e leilão (acrescendo-as os instrumentos já descritos no decreto 200/67).

Mas, com o advento da nova constituição federal (CF 88) a qual concedia à uma lei geral o papel de disciplinar o assunto não só no âmbito da união, mas também aos estados e municípios, após 5 anos da sua promulgação, foi criada a lei 8.666/93, apelidada de Lei de licitações e contratos, a qual revogou o decreto 2.300/1986. Hoje ainda inclui nesta doutrina a lei 8987/1995 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão), a lei 10520/2002 (que dispõe sobre o pregão) e a lei 12.462/2011 (que instituiu o regime diferenciado de contratação - RDC) além de atos administrativos normativos (ou seja, o Edital).

Por fim, a licitação é utilizada em várias situações, tais como: concessão, permissão e autorização de serviços públicos, alienação de bens públicos, contratação ou transferência de obras e/ou serviços de forma parcial ou integral (terceirização de atividades meio ou fim), etc, devendo sempre atender o interesse público, por meio da escolha da proposta mais vantajosa, devidamente adequadas nas várias modalidades existentes (concurso, leilão, pregão, concorrência, convite, tomada de preço).

4.1.1 Vinculação ao instrumento convocatório

Destacamos este princípio, não por ser mais ou menos significativo que os outros, mas que de forma didática, para este trabalho, é um importante instrumento para garantir o equilíbrio do contrato, principalmente no contexto econômico-financeiro. Pois, como já visto a administração pública tem algumas vantagens frente ao particular contratado, das quais atribuem certo grau de superioridade ao ente público, por outro lado, a administração em sua forma política, ainda pode exercer certo juízo de valor ao licitar, mas sempre com o objetivo de atender ao interesse público.

Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração Pública exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, critérios de participação e seleção. Esses critérios objetivos constantes no ato normativo (edital), devem ser observado ao longo do procedimento, com cunho vinculante para o particular e também para a própria administração (a qual adotou os critérios). (JUSTEN FILHO, 2015).

Desta forma, percebe-se que o poder discricionário da administração pública finda-se na concepção do edital. Sendo assim, daí em diante a administração pública vincula-se estritamente aos dispositivos constantes no próprio edital elaborado por ela mesma.

De acordo com a lei 8666/93 em complemento ao artigo 3º, segundo o art. 41: ***“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”*** (grifo nosso). Fato corroborado pela jurisprudência do STJ:

3. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame. (AgRg no AREsp 458436 / RS, 2º turma Ministro Humberto Martins j. 27.03.2014, DJe 02.04.2014)

4.2 Terceirização

Historicamente, esteve presente na transição para o trabalho assalariado e o modo capitalista de produção. Já no século XVI, na Inglaterra e na França, a subcontratação era utilizada pelos mercadores-empregadores como forma de controle e subordinação dos artesãos independentes (CASTEL 1998 apud DRUCK et al 2018).

Já outras correntes defendem que a terceirização teve início nos Estados Unidos após o início da Segunda Guerra Mundial, onde ela foi usada como processo e técnica de gestão administrativa que ocorreu, devido ao período de recessão daquele momento e à alta necessidade de produção e desenvolvimento de armamentos pelas indústrias bélicas.

A terceirização não é um instituto jurídico. Trata-se de uma estratégia na forma de administração das empresas, observada a partir da Segunda Guerra Mundial com a sobrecarga na demanda por armas. A indústria bélica passou a delegar serviços a terceiros para conseguir dar conta da enorme procura por armamentos. Tal experiência acarretou uma mudança no modelo de produção tradicional. Do fordismo, com a noção de centralização de todas as etapas da produção sob um comando único, passou-se ao toyotismo, com a desconcentração industrial, o enxugamento das empresas, mantendo apenas o negócio principal, e o aparecimento de novas empresas especializadas (sistemistas), gravitando como satélites ao redor da empresa principal. (SCHNELL, 2007, p. 1).

Segundo afirma o Professor Almiro Couto e Silva (1997, p. 64) "tanto nas privatizações quanto na terceirização, o instituto jurídico que permite ao Estado realizar os fins a que se propõe **é o contrato** e, fundamentalmente, o contrato de direito privado". (grifo nosso).

Como pode se observar não existe consenso quanto ao início do fenômeno, mas parece existir certa consonância conceitual do assunto, fato que os dois autores últimos autores concordam entre si que a terceirização não é o instituto jurídico, no entanto, Couto e Silva vai além ao afirmar que o instrumento contratual é que tem esse papel.

Muitos estudos sobre as definições de terceirização são embasadas no sentido de que esta é uma metodologia empresarial para ganho de eficiência, conceituando-a como uma forma de organização estrutural das empresas, ou uma alternativa de flexibilidade empresarial, ou ainda uma abordagem estratégica, a qual permite que uma empresa

transfira atividades ou serviços à outra, sendo que esta última será remunerada por aquela pelos serviços prestados.

A estrutura que era vertical, horizontalizou-se com o objetivo de concentrar as forças da empresa em sua atividade principal, propiciando maior especialização, competitividade e lucratividade. (SCHNELL, 2007)

De acordo com Silva (2017, p. 110), “com as transformações na economia de mercado, ou seja, o desenho de compra, a venda e demais variantes que influenciam as distintas maneiras de se realizar e fazer negócios, as organizações estabelecem estratégias que priorizam seus serviços e produtos da sua principal atividade econômica”.

Além de aumentar a especialização e a competitividade e, por consequência, os lucros, as empresas vislumbram na terceirização uma forma imediata de reduzir os custos com mão-de-obra.[...] essa estratégia de administração de empresas repercute de forma contundente no direito do trabalho, visto que além de promover substancial alteração na definição típica da relação de emprego, geralmente bilateral, pode resultar em grave precarização das condições de trabalho em nosso país. (SCHNELL, 2007, p. 1).

Em resumo, a terceirização dos serviços é quando uma empresa (tomadora) mediante relação negocial contrata outra empresa (prestadora) para o auxílio em serviços específicos. O contrato entre as empresas é de natureza civil, entre a administração pública e particulares é de natureza pública e a prestadora contrata trabalhadores nos moldes da relação trabalhista (emprego).

Com o propósito de concentrarem-se em suas atividades consideradas principais, às organizações em consonância com as novas abordagens gerenciais da ciência social aplicada da Administração, a qual têm ênfase nos indivíduos e suas interações nos grupos humanos, encontrou na terceirização, a técnica de transferir partes de suas atividades que não são específicas do seu negócio principal, para outras organizações empresariais especializadas na realização das mesmas. [...] “o processo de terceirização se denota uma forma de flexibilização empresarial por meio de um contrato, passando a transferência da execução de atividades acessórias para uma organização prestadora de serviços”. (SILVA, 2017, p. 109-110).

A terceirização hoje é um fenômeno mundial que se generalizou para todas as atividades e tipos de trabalho, seja nas áreas urbanas e rurais; na indústria, no comércio, nos serviços e nos setores público e privado, apresentando diferentes modalidades e formas de regulação e legislação. (DRUCK et al, 2018).

Contudo, o fato é que este modelo existe e cada dia está mais certo de que é o futuro das organizações, pois atualmente é visto como fator de eficiência e desenvolvimento econômico das instituições, independente da natureza, seja ela pública ou privada.

O processo evolução da Administração Pública e quebra de paradigmas estruturais, nessa percepção, provocou a descentralização da Administração Pública, a qual se caracteriza como a distribuição de competência, atividade e responsabilidade unitária. É relevante destacar que a descentralização, inicialmente, apenas era possível dentro da própria estrutura pública. No entanto, como a advento da modernização, a descentralização avançou, na qual, é praticada indiretamente por meio da transferência de atribuições às organizações privadas, ou seja, organismos externos da estrutura originária da Administração Pública. (SILVA, 2017, p. 113).

Como é de se observar, a terceirização inicia-se no campo privado e migra para isso ocorre devido mudança de paradigma ocorrida na administração pública nas últimas décadas, trazida pelo modelo teórico gerencial, atrelados constante busca pela eficiência em prol do interesse público, a opção encontrada foi impulsionar a transferência das atividades ligadas mais a cadeia operacional ou atividade-meio da organização à outrem.

Nas palavras de Drucker et al (2018, p. 137), acerca do novo caráter do Estado empresarial, típico do “intervencionismo neoliberal”, defende-se aqui a tese de que a terceirização no serviço público pode ser qualificada como o principal instrumento de privatização interna do Estado, concretizando a metamorfose que dá origem ao denominado “estado gerencial” ou “governo empresarial”.

O processo da terceirização na Administração Pública trata-se, portanto, de uma forma de parceria contratual, com o setor privado para realização de serviços públicos. No âmbito da Administração Pública, a terceirização é um modelo de gestão que se caracteriza como uma espécie de descentralização. Muito embora, já é possível encontrar entendimento doutrinário que a terceirização é singularmente uma prática da privatização (SILVA, 2017).

Mas, algumas correntes contrárias à terceirização, afirmam que a utilização deste modelo de descentralização administrativa, vem sendo utilizada de maneira exacerbada o que está acarretando em problemas mais sérios do que se tivesse escolhido a contratação direta, impasses estes relacionados a questões como: extinção de direitos e garantias do

trabalhador (em detrimento do trabalhador não terceirizado), problemáticas com a precarização do trabalho, pouca eficiência na gestão pública atrelado ao alto custo. Este último, inclusive, se apresenta como um contrassenso aos objetivos da a terceirização.

Segundo Silva (2017, p. 121) o avanço da terceirização no Brasil é uma realidade inequívoca, no sentido que a prestação de serviços terceirizados alcançou estado de imaturidade inquestionável. Desse modo, se percebe a necessidade de corrigir distorções inadmissíveis frente aos fatos oriundas de prática da terceirização.

Observando isso, cabe ressaltar que o clamor da corrente opositora não pode ser ignorado, justamente essência da relação contratual se basear em princípios sociais, uma vez que realmente é fato que em muitos casos os trabalhadores nessa situação, acabam por ser a parte mais fraca nessa relação.

Drucker et al (2018, p. 137) é mais radical em suas conclusões, pois afirma que “é por meio principalmente da terceirização que se busca eliminar todos os traços de um Estado social, com a extinção daqueles que são os maiores responsáveis por tornar realidade qualquer política pública: os servidores públicos, transformados gradativamente em servidores terceirizados”.

De certo modo, percebe-se um certo impasse onde de uma lado correntes defendendo a necessidade de desenvolver e implementar estratégias que minimizem o fenômeno do uso exacerbado da terceirização, com a justificativa social da não precarização do trabalho, mas por outro lado, existem os que defendem a terceirização como revolução econômica positiva, dos quais não defendem a extinção do modelo, e apenas corrigir as mazelas que afetam esta modalidade, extinguindo ou minimizando os seus efeitos.

Com isso, é neste ponto que des retorna-se aos estudos sobre a Análise econômica do Direito-AED (ou contrato), uma vez que é fato que conforme mencionado esta modalidade de descentralização veio para ficar, mas também é fato que apresenta distorções que afasta a relação negocial dos princípios basilares (como função social,

boa-fé etc), e é neste ambiente que a corrente *law and economic* trabalha, atrelando-se ao problema para corrigi-los, minimizá-los, antevê-los, ou até eliminá-los.

A análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da complexidade da realidade, permitindo o emprego de aparato metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de relevante interesse social. (ZYLBERSTAJN E SZTAJN, 2005)

Diante dos fatos, neste sentido, o nível remuneratório do trabalhador terceirizados pode ser significativamente inferior aos trabalhadores contratados diretamente (inclusive quando investidos na mesma atividade laboral), bem como tem seus direitos violados, muitas vezes esta transgressão ultrapassa a linha do direito trabalhista, avançando sobre as prerrogativas fundamentais do indivíduo ou ainda na condição de cidadão (em sentido coletivo) pode ter os seus direitos públicos violados ou pela corrupção ou simplesmente pela má administração dos agentes no trato com gasto público . Por fim, isso justifica a necessidade de estudos mais abrangentes sobre o assunto, em prol de correção das distorções que afetam o social.

4.2.1 Terceirização no Brasil - Breve histórico e o embasamento legal

A terceirização um fenômeno recente, este processo teve surgimento no Brasil no setor privado na década de 50 do século XIX, e ao longo dos anos foi inserida na Administração Pública. (SILVA, 2017)

Por outro lado, Druck et al 2018, é mais específico ao afirmar que a experiência é mais antiga, que se poderia denominar como a primeira de uma terceirização realizada pelo Estado brasileiro data do século XIX, mais precisamente de 1852, quando são tomadas iniciativas para substituir o trabalho escravo pelo trabalho dos migrantes pobres europeus.

Mas, juridicamente falando, para a iniciativa privada, a primeira lei que surge neste regulando e permitindo formas de terceirização é a lei 6.019/74 a qual versa sobre o

trabalho temporário nas empresa urbanas (recentemente alterada pela “lei de terceirização”, que será melhor apresentada mais à frente).

Em 1974, a Lei 6.019/74, “Lei do Trabalho Temporário”, abriu as portas para a terceirização ao introduzir mecanismos legais para as empresas enfrentarem a competitividade do sistema econômico globalizado, possibilitando-lhes contratar mão-de-obra qualificada a menor custo e sem responsabilidade direta dos tomadores dessas atividades. (GONÇALVES, 2004, p. 175 apud BIAVASCHI E DROPPA, 2014, p. 129-130).

Nesta mesma linha, surgiu logo em seguida a lei 7.102/1983 que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros, a qual mais a frente seria ampliada para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física, com a lei de 8.863/94.

No Brasil, a partir do conhecimento destas leis supracitadas, cabe destacar que as controvérsias e os conflitos individuais e coletivos decorrentes das relações de trabalho são julgados pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, coube ao TST, precipuamente, uniformizar a jurisprudência. Diante disso cabe destacar primeiramente a súmula n. 256 do TST, onde está enunciado que, apesar de não vinculante, acaba por interferir ou moldar os entendimentos diversos em prol de uma linha prevalecente nas decisões. Este item previu que:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.” (BRASIL, 1986)

Porém, ao longos dos anos, com às mudanças significativas no mercado e após grande pressão dos agentes envolvidos, bem como a falta de legislação específica fez com o que o STF fizesse uma reedição do Enunciado n. 256, abrindo caminho para a Súmula 331 de 1993.

Em resumo às palavras de do Ministro do TST Renato de Lacerda Paiva, realizada no âmbito da pesquisa *A Terceirização e a Justiça do Trabalho*, retrata este ambiente de pressão:

[...] a Lei 6.019 de 1974, inclusive a CLT já vem sofrendo algumas alterações importantes, flexibilizando um ponto aqui outro ponto ali e etc. Essa flexibilização realmente precisa ser feita assim mesmo, de modo pontual, gradual. Não pode ser uma reforma profunda porque temos, como disse antes, aquela imensidade de trabalhadores que estão fora do processo. Então, a Terceirização é uma necessidade hoje em dia no Brasil, dentro desse processo de flexibilização. Para mim, a questão que se coloca é que a Terceirização até há pouco tempo atrás – e digo isso pela minha experiência a partir dos recursos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho – em sua grande maioria não é discutida nos processos, pouco se discute sobre teses jurídicas dentro da Terceirização. (PAIVA in BIAVACHI E DROPPA, 2011, p. 32)

Diante disso, percebe-se que apesar da lei 6.019/ 74 e 7102/83, terem marcado o início da flexibilização do mercado através da terceirização, a pressão por mais contemporização se intensifica na década de 90, fato que instituiu o Enunciado 331 de 1993 (aperfeiçoado pela resolução n. 96/2000 e 174/2011):

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO No 256

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, 1993 alterada pela resolução do TST ° 174 de 2011).

Deste texto, o que se pode extrair é que primeiramente ele trouxe uma questão polêmica ao afirmar que somente é possível terceirizar *atividade-meio* (descrito no item

II), a problemática do assunto se deu pelo simples fato de que a flexibilidade almejada não ocorre em sua integralidade bem como pela difícil diferenciação das atividade em meio e fim. Outra questão que cabe ressaltar é a inovação quanto a responsabilização subsidiária do tomador.

A responsabilidade subsidiária do Ente Público foi comemorada por certos setores sociais. Mas continuou forte a pressão de outras forças para eliminá-la. [...] em 24 de novembro de 2010, Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo Governador do Distrito Federal ao artigo 71, § 1º da Lei de Licitações foi julgada procedente pelo STF. (BIAVASCHI E DROPPA, 2011, p. 139).

Sobre a responsabilidade subsidiária, apesar do STF julgar constitucional, esclarece no acórdão que apesar de dispensa da responsabilização por mero inadimplemento de obrigações trabalhistas , o tomador poderá ser responsabilizado caso seja omissor no dever de fiscalizar:

[...] 7. Naquela oportunidade, porém, esclareceu o relator que isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria . A partir daí, passou-se a admitir a condenação subsidiária do ente público ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas por suas contratadas, desde que caracterizada a culpa in vigilando ou in eligendo da Administração. [...] (Reclamação STF 13.467/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Observa-se que neste momento nunca existiu de fato uma lei geral de terceirização, no entanto foi possível identificar várias normas dispersas e entendimento de cortes, tratando de assuntos específicos em suas áreas, mas são importantes instrumentos que contribuíram para a construção doutrina e a jurisprudências acerca do tema terceirização.

Em específico ao serviço público, a terceirização surgiu de intenções basilares idênticas à da iniciativa privada (redução de custo, eficiência, especialização, etc). No entanto, a diferença está no objetivo principal de cada uma, pois na relação privada a finalidade é geralmente lucratividade e no serviço público o fim é o atendimento eficiente ao interesse público, ou seja o bem estar social. Historicamente, o tema terceirização surge no serviço público, contrapondo a forte intervenção do estado em determinado período.

“No decorrer da década de 80, as economias desenvolvidas e em desenvolvimento estavam apresentando um cenário de grave crise econômica. [...]. No Brasil, diante de intenso debates, predominou a idéia que identificava a crise brasileira como consequência da crise fiscal do Estado. Nessa perspectiva, a partir de então, a crise passou a ser interpretada como um processo decorrente da

forma “ampliada” como o Estado veio intervindo na economia. Essa intervenção foi caracterizada pela conjunção “explosiva” das suas atividades na área social, empresarial e também regulatória da economia. Assim, o tamanho do déficit público passou a ser identificado, em meio à onda da globalização ao final dos 80, também no Brasil, como redutor da autonomia do estado nacional na implementação de suas políticas macroeconômicas, principalmente pelas conseqüências que o agigantado déficit traria para inserção competitiva do país em um mundo em transformação. Ao longo da década de 90 e início dos anos 2000, para além da limitação da intervenção do Estado na economia, a reforma então operada adotou um paradigma gerencialista no bojo da administração pública, em substituição a uma cultura burocrática”(DIEESE, 2007, p. 22 e 23)

Cabe destacar, que não quer dizer que a terceirização no serviço público se inicia nas décadas de 80 e 90, pois de forma simples basta observar a legislação vigente no país da qual remonta em período mais antigos, o fato aqui é que a terceirização se intensificou nestas décadas.

Por outro lado, a respeito ao Estado social de direito, traz como conseqüências algumas particularidades, ou seja, a ordenamento jurídico brasileiro confere ao ente público certa prerrogativa frente a outra parte contratante, colocando-o em posição superior à outra parte. “Desta forma, caracteriza-se que os contratos administrativos do processo da terceirização a Administração Pública age como figura singular de poder público sobre o particular, assim, configurando relação jurídica de circunscrição da verticalidade” (DI PIETRO apud SILVA 2017).

No Brasil, o surgimento da terceirização no serviço público é marcada pelo regime militar, que, em 1967, fez uma reforma administrativa do aparelho de Estado, tendo como justificativa: “impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa”, com a edição do Decreto-Lei (DL) no 200/1967. Na íntegra, esta primeira iniciativa legal no serviço público está descrita no art. 10 § 7º, do referido decreto-lei, o qual relata o seguinte:

“Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

De certo modo a lei 5.645/70, tentou exemplificar algumas atividades que estariam de acordo ao disposto no referido decreto-lei sobre terceirização, conforme parágrafo

único do art. 3º: “*As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato*”. No entanto, este trecho veio a ser objeto de revogação mais a frente na lei 9.527 de 1997, o que, neste trabalho, não se encontrou justificativas plausíveis para o tal fato, salvo pela justificativa de incentivo a crescente subcontratação.

Esta legislação (lei 5.645/70) passou a incentivar o uso crescente da subcontratação desses serviços, ainda que de forma moderada. Isso, ocorria porque até então não havia exigência constitucional de concurso público para a contratação de funcionários públicos, que eram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), podendo ser admitidos e demitidos facilmente, o que se alterou radicalmente com a Constituição Federal de 1988 (DRUCK et al 2018, p. 117).

Na história das nossas leis maiores, às primeiras aparições em torno da descentralização dos serviços públicos, posicionaram-se na figura da privatização (ou seja, terceirização em sentido amplo, conforme algumas vertentes defendem), isso aconteceu primeiramente na CF de 1934, com a previsão ***concessão de serviços públicos***, mais a frente na CF de 1946, aparece pela primeira vez o termo ***autorização de serviços públicos***, estes fatos que permearam pelas constituições seguinte até a atual Constituição federal de 1988, que trouxe, além de outras inovações a figura da ***permissão de serviços públicos***.

Nas palavras de Luiz Fernando Bandeira de Melo Filho:

A Carta de 1988 **trouxe, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a menção expressa ao dever de licitar**, incluído no inciso XXI do art. 37, que trata dos princípios e normas gerais da Administração Pública. Também em outras passagens, notadamente no inciso XXVII do art. 22 e no caput do art. 175, verificamos a atenção dispensada pelo constituinte originário ao procedimento de contratação do Estado. (MELO FILHO, grifo nosso).

Como pôde-se observar até aqui, o termo explícito terceirização ou mesmo privatização, não encontra espaço no ordenamento normativo nacional, talvez a justificativa para isso seja para não incorrer em equívocos conceituais (de limitação ou abrangência exacerbada) ou apenas pelo simples fato deste tema ser matéria doutrinária. Seguindo esta linha a CF de 1988, em seu artigo 37, XXI, também não ousou explicitar o termo ou mesmo defini-lo:

“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**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. (grifo nosso).

Quanto ao artigo 22, inciso XXVI, a CF registra que “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada EC nº 19, de 1998)*”.

Por fim, o art. 175, relata que 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. (grifo nosso).

Notavelmente, os constitucionalistas de 1988, sendo mais genéricos em suas colocações constitucionais, permitiram um papel mais abrangente e flexível ao legislador nas normas infraconstitucionais e/ou infralegais. Sendo assim, da Carta Magna de 1988, surge a lei de licitações nº 8.666/93 e a lei de concessões e permissões nº 8.987/95.

Como a lei de permissionárias e concessionária, não é objeto deste trabalho, então será delimitado ao tema que é a terceirização em sentido estrito a qual tem a sua essência pautada na lei de licitações. Por outro lado, cabe ressaltar que mesmo assim, a lei 8.666/93 ainda se mostra abrangente nas formas de terceirização ou outros assunto, cabe destacar que neste trabalho o objetivo principal é analisar a terceirização de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra no serviço público.

Segundo Druck et al (2018, p. 118) a edição da Lei de Licitações e Contratos foi – e continua a ser – fundamental para se viabilizar a terceirização, pois determina as normas gerais para a contratação de serviços pelo Estado, reafirmando a sua legalidade.

No entanto, este termo “*dedicação exclusiva de mão de obra*” nunca foi utilizado em níveis de leis ou decretos, no entanto, começa a fazer parte do jargão com a edição de uma instrução normativa em 2008 a nível ministerial, como será abordado mais à frente.

No Brasil, mais especificamente no serviço público, em um breve resumo da cronologia normativa, pois estas normas serão tratadas mais à frente, após a edição da lei 8.666/93, foi editado o decreto 2.271 de 7 de julho de 1997 (em cumprimento ao art. 10 § 7º do decreto-lei 200/67), o qual dispôs sobre a contratação de serviços pela administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, mas antes desse foi editado ainda o decreto 2.031/1996, no entanto estes último limitava apenas à contratação de serviços de limpeza e conservação.

Decreto 2.271/97 é importante destacar que mais uma vez a legislação ousa a descrever as atividades específicas, reforçando a teoria defendida pelo TST na súmula 331, que só poderia terceirizar *atividades-meio*:

“§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta (BRASIL, 1997).”

Por outro lado, decreto 2.271, art . 8º onde diz que o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado expedirá, quando necessário, normas complementares ao cumprimento do disposto neste Decreto, originou-se a instrução normativa 18/97, o primeiro instrumento essencial à orientação específica dos gestores e fiscais na execução prática, no entanto ainda era muito limitado e eivado de subjetividade.

Até o presente momento, desta cronologia jurídica, a nomenclatura *dedicação exclusiva de mão de obra* não aparecia, era utilizado tão somente a nomenclatura genérica execução indireta de serviço público, que englobava tanto os serviços com ou sem mão de obra exclusiva. Mas a partir da edição da instrução normativa do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão nº 02/2008, esta especificação começa a fazer parte das contratações públicas, sendo que esta norma revoga a IN 18/97, orientando mais claramente a administração pública até meados de 2017.

Então, no âmbito público, a mais recente inovação foi a IN 05/2017, a qual revoga a IN 02/2008, traz seu bojo pontos esclarecedores e maior objetividade nas atuações dos gestores e fiscais, mas também traz algumas polêmicas alterações, que vinham dando certo

na edição anterior, no entanto, pode ser que necessite de aperfeiçoamento o decorrer dos anos. Além desta, também foi atualizado o decreto 2.271/97 o qual deu lugar ao decreto 9.507/2018

Por fim, cabe destacar a maior revolução no que tange a construção jurídica em prol da terceirização, talvez mais para a iniciativa privada do que para a pública, que foi a lei 13.429/2017 (que atualiza a lei 6.019), apelidada inclusive de lei da terceirização que juntamente com o julgado de Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 324 do STF, decorra a narrativa anterior descrita na súmula 331 do TST, que limitava a terceirização apenas das atividades-meio, sendo que esta inovações ampliaram a possibilidade de terceirização inclusive para às atividades fins.

4.2.2 Alterações Contratuais

Primeiramente, cabe destacar que um instrumento da **prorrogação contratual**, em que não há consenso entre a legislação (que desconsidera) e doutrina (que considera) sobre sua classificação como alteração contratual, pois cabe destacar que em regra este instrumento geralmente não modifica em nada às especificidade e quantitativos do objeto contratado, o seu objetivo é apenas renovar a validade dos termos inicialmente contratado, ou seja o prazo contratual.

No entanto, cabe destacar que durante o processo de prorrogação é permitido a negociações de alguns termos contratuais, como é o caso dos custos não renováveis. Isso pode ser ratificado quando observado o anexo IX, Item 9 - da vigência e da prorrogação na IN 05/2017, MPOG: *A Administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação*

Contudo, diante do possível impacto financeiro desta alteração o resultado é geralmente de menor proporção (isso não exclui a sua importância) quando comparado à outros tipo de alterações contratuais. Cabe destacar que este instrumento, exige alguns pressupostos, conforme sistematizado às instruções e orientações dos órgãos de controle foi possível construir os requisitos abaixo:

- Objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação;
- Existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;
- Interesse da Administração e do contratado declarados expressamente;
- Vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo;
- Manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
- Preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado.

Em regra, o prazo de vigência original do contrato é de até 12 meses, ou seja, coincidindo com a vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas existem casos em que permite excepcionalmente a fixação de períodos superiores a este (este fato deverá ser observado juridicamente), isso em caso de complexidade ou peculiaridade do objeto, desde que tecnicamente demonstrado o benefício pela administração.

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

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório.

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**;

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato. (BRASIL, 1993, grifo nosso)

Trazendo para a realidade deste trabalho é percebido que no caso específicos dos serviços continuados, a vigência é estendida com às prorrogações, limitando-se à 60 (sessenta) meses. Contudo, cabe ressaltar que existe certa exceção conforme segue os dispositivos do art. 57:

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses. (BRASIL, 1993)

Por outro lado, cabe destacar que nos contratos administrativos existe a prerrogativa de alterações contratuais, às quais de forma são diferente das ocorridos quando firmadas apenas entre particulares. Pois além da bilateralidade inerente à todos os contratos, a administração pública usufruir da unilateralidade em algumas destas alterações. Esta vantagem está dentro das chamadas cláusulas exorbitantes, a qual é garantida pelo artigo 58 da lei 8666/93.

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;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1^a As cláusulas **econômico-financeiras e monetárias** dos contratos administrativos **não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado**.

§ 2^a Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato **deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual**. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Deste artigo é possível destacar os fatores de alteração que geram impactos financeiros ao contrato. O inciso I está tratando da possibilidade de acréscimos e supressões como prerrogativa unilateral da administração, onde

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;

§ 1^a 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.

§ 2^a **Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:**

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Contudo, é percebido que mesmo com a prerrogativa unilateral, a administração se sujeita a regras limitantes, como é o caso de supressões acima de 25% a nova limitação em 50% em caso de acordo bilateral entre os contratantes.

Por fim, nesta mesma ideia de limitação jurídica do poder exorbitante da administração, cabe destacar o princípio do **equilíbrio econômico financeiro do contrato (previsto no artigo 58 §1º e 2º)**, o qual é o principal objeto de estudo deste trabalho, mas passa isso é necessário um novo capítulo específico ao tema.

5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO

5.2 Embasamento teórico e jurídico do equilíbrio econômico financeiro contratual

Às contratações com a administração pública apresentam algumas particularidades que as difere dos demais tipos de contratações realizadas no âmbito privado. Cabe destaque às cláusulas exorbitantes e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas o que se deve ter em mente, é que quase sempre estes aspectos específicos estão intrinsecamente pautados em garantir o principal objetivo do Estado, que é o interesse público ou seja a sua função social.

O contrato administrativo apresenta dois traços peculiares que o diferenciam dos outros contratos: de um lado, as chamadas *cláusulas exorbitantes*, que permitem à Administração a alteração unilateral do contrato para a satisfação do interesse público; e do outro, o *equilíbrio econômico-financeiro* ou equação econômico-financeira, que garante a equivalência entre os encargos assumidos pelo particular e as condições econômicas inicialmente pactuadas. (MELO, 2010, p. 69, grifo nosso)

Primeiramente, antes de adentrar, nestes assuntos, de forma específica, cabe ressaltar que é muito comum nas obras estudadas, o tratamento dos termos recomposição, reequilíbrio, reajustamento, revisão, equação-econômico financeiro, como sinônimos de equilíbrio econômico financeiro, ou simplesmente utilizado como ato ou efeito deste.

No entanto, isto implica uma maior atenção do leitor, pois pode levar a uma confusão no que refere ao estudo dos que “institutos”, em específico. Apenas a título de exemplo, é muito comum nas obras de Celso Antônio Bandeira de Mello o tratamento do termo como equação econômico-financeiro.

Cabe ao Poder Público respeitar integralmente a equação econômico-financeira avençada, entendida com significado real e não apenas nominal.[..], a equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo. [...] “a equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.” (MELLO, 2010, p. 632).

Neste trabalho, as expressões “equilíbrio econômico-financeiro” e “equação econômico-financeira” serão utilizadas, como sinônimas. Mas cabe destacar que a expressão “reequilíbrio econômico-financeiro” é muito utilizada pela doutrina e também pelo TCU, em uma acepção estrita, como sinônimo do instituto “revisão ou recomposição de preços”, conforme previsto no art. 65, II, “d”, da Lei n.º 8.666/93.

Tendo isso em mente e retornando ao assunto principal do tópico, cabe destacar que quando o Estado participando de uma relação contratual em uma posição de supremacia em relação aos agentes privados, desta foram, as denominadas “cláusulas exorbitantes” ficam (mais) legitimadas. (PISCITELLI, 2011)

Apesar da importância do estudo sobre cláusulas exorbitantes, este não é objeto de estudo neste trabalho, ao contrário do tema equilíbrio-econômico financeiro, mas é preciso destacar que existe uma correlação entre os institutos. Neste contexto, basicamente o que se precisa saber cláusulas exorbitantes é que elas não podem extrapolar direitos e princípios garantidos aos particulares contratantes.

Assim é que a mutabilidade unilateral encontra o limite no campo das cláusulas econômico-financeiras, que permite inclusive alterações que só podem ser alteradas por consenso entre as partes. Legalmente embasado, esta exceção está inserida no comando do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e com o art., 58, 1º da Lei 8.666/93.

Contudo, podemos dizer que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, existente nos contratos, é nada mais do que um dispositivo que visa manter uma justa

relação entre os contratantes, de forma que um não se beneficie em função do prejuízo do outro. (TILKIAN, 2004)

Nesta perspectiva, cabe ressaltar que equilíbrio econômico financeiro do contrato é essencial para garantir além da proteção de isonomia entre as partes contratantes ou prevenção da álea econômica, também busca garantir a continuidade dos serviços, minimizando assim, os riscos de inexecução ou execução fora dos padrões contratados.

Ou seja, todo contrato administrativo deve possuir uma adequação financeira, ou seja, a equivalência entre o objeto contratado e seu preço, do início ao fim do contrato. Não se trata apenas da equivalência inicial do ajuste, mas também da sua manutenção até o esaurimento do pacto, inclusive após sua conclusão. (KAUR, 2012).

De acordo com Silva 2016, tendo em vista que a Administração Pública é detentora de cláusulas exorbitantes, e que a economia de mercado brasileira é essencialmente capitalista, faz-se imprescindível a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, a fim de que o contratado execute o objeto contratual e seja alcançado o interesse público.

Neste diapasão, trazemos a baila esta observação, a de que o equilíbrio econômico-financeiro pode ter um papel significativo na garantia de alguns princípios sociais tais como boa-fé e interesse público, bem como, invocando assim a função social do contrato. Nas palavras de Melo 2010, “o equilíbrio econômico-financeiro ainda encontra fundamento nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da indisponibilidade do interesse público e da boa-fé”.

Por outro lado, a doutrina de Marçal Justen Filho afirma que o equilíbrio econômico financeiro é benéfico para a administração, ao ponto a existência deste princípio, quando observado pelos licitantes no certame, pode ensejar no balanceamento as propostas apresentadas à Administração, evitando assim que estejam eivadas de suposições que oneraria os valores de eventos meramente potenciais.

Ao tutelar ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, este destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de assumir com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de elaborar propostas mais onerosas. Desta forma, a administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente

potenciais. [...] Então, com a equação econômico-financeira, ao invés de arcar com custos desta forma, a Administração passa apenas responder por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se então de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 776)

Já no que se refere a parte contratante, a necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico financeiro torna-se mais imperiosa posteriormente à celebração do contrato, pois pode ocorrer inflação, fatos imprevisíveis e outros acontecimentos que onerem de forma excessiva uma das partes. (SILVA, 2016). Sobre isso, Aragão (2013, p. 41) relata que:

“Não se trata de sanção ou gravame para o concessionário, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria, caso a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. O que se visa em ambos os casos é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes”.

Contudo, as cláusulas exorbitantes, não devem significar um total desrespeito à vontade do particular no âmbito da execução contratual. Veja-se que sua grande garantia é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aliás, garantida no inciso XXI do art. 37 da CF de 1988. (PISCITELLI, 2011).

O equilíbrio econômico-financeiro, além da proteção do particular em relação às prerrogativas especiais da Administração ou cláusulas exorbitantes, bem como em decorrência de fatos imprevisíveis ou imprevisíveis, o princípio em tela, em sua acepção geral, protege o contratado dos desgastes do poder aquisitivo da moeda provocado pela inflação. (MELO, 2010, p. 69-70).

Complementando o entendimento, Justen Filho 2010, diz que "o direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de precisão no ato convocatório. Tem raiz constitucional."

Sob o prisma da atual Constituição da República, o equilíbrio econômico-financeiro consiste num princípio que rege as contratações públicas. Quer dizer que, ao longo de toda a execução contratual, devem ser mantidas as condições efetivas do preço inicial constituído pela proposta do contratado. Como instituto jurídico, não constitui uma novidade do nosso ordenamento: remonta à origem da teoria da imprevisão, que deriva da máxima latina *rebus sic stantibus*, que quer dizer “às coisas assim permanecem” (MOREIRA, 2012, p. 2)

Neste sentido, cabe destacar que apesar da atual constituição não explicitar claramente o princípio, às constituições anteriores bem que tentaram, no entanto, este fato trouxe mais problemas, ao ordenamento jurídico sobre a matéria, do que contribuição.

Historicamente, é possível observar, por exemplo, no art. 137 da Constituição de 1934, art. 147 da Carta de 1937 e art. 151 da Constituição de 1946, nestes artigos o termo apresentado “revisão de tarifas” usado para contratos de concessão (atualmente esta responsabilidade foi transferida para lei de concessões e permissões).

Nesta mesma ideia, o termo ‘equilíbrio econômico-financeiro’ é explicitado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, descrito na Constituição de 1967 (art. 160), na Emenda Constitucional no 1, de 1969 (art. 167). Nas palavras de Tácito, (1975, p 246):

“Nesta época, a doutrina ou a jurisprudência nacionais ainda não haviam sido mobilizadas para a exegese construtiva do preceito constitucional. Os comentadores à lei fundamental não vão além das apreciações gerais, na compreensível expectativa de que a lei ordinária especifique critérios e medidas sobre o regime dos serviços públicos concedidos. Decorre, no entanto, diretamente, da norma constitucional, a consagração inequívoca do princípio do equilíbrio financeiro da concessão de serviço público.”

Mas com o passar dos anos, o que se pode perceber nos estudos analisado, foi que o pensamento normativo se transformou ao ponto que discussão jurídica moldou o pensamento dos doutrinadores e legisladores, isso talvez ocorreu pela ideia em torno de uma melhor organização normativa ou simplesmente pelos problemas que surgiram com dificuldade de mutabilidade existente em um texto constitucional. Trazer rigidez a um fato, ainda não discutido na doutrina, pode ser um equívoco que pode gerar problemas de interpretação e a sua alteração seria custosa.

Sobre isso, na Constituição Federal, o que cabe destacar do art. 37, XXI, é apenas o trecho que diz que deverá ser “*mantidas as condições efetivas da proposta*”, pois é neste fragmento que, apesar de parecer implícito, a interpretação da ideia se baseia no sentido de que *para se manter as condições efetivas da proposta, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro é um bem necessário*. O que reforça o entendimento e presença da essência da antiga cláusula *rebus sic stantibus* (atualmente, evoluída para a Teoria da Imprevisão).

O esclarecimento deste dispositivo e a elucidação sobre o princípio coube à doutrina, aos julgados (jurisprudência) bem como, às derivações normativas (leis, pareceres, instruções normativas, acórdãos). Sobre isso, Aragão 2013 diz que, “o art. 37,

XXI, não prescreve um modelo rígido e definido de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, apenas garante a manutenção das condições da proposta.”

Ou seja, isso fez com que os agentes constituintes descrevessem na Carta Magna apenas a garantia ao direito, transferindo a responsabilidade instrutiva, conceitual e de elucidação às normas hierarquicamente inferiores ou a jurisprudência. Nesta ideia, a constituição federal de 1988, trouxe o “equilíbrio econômico-financeiro do contrato” em sua concepção, mas forma aparentemente implícita, alguns autores entendem que isso veio de forma proposital.

Pois, de acordo com estes estudos, isso atenderia ao aspecto contemporâneo das contratações administrativas, o que prevê maior a flexibilidade do pacto neste cenário de constantes mudanças. Sobre isso, cabe destacar a excelente contribuição de Moreira, 2009, p. 110:

Na atualidade, para ser estável e perene, é necessário ser mutável. A regulação normativa não tem o atributo de prever o futuro, nem tampouco de o submeter ao Direito. Por isso que a certeza da mudança é uma premissa da segurança. O que se torna ainda mais evidente no campo da regulação dos contratos públicos (sobretudo os de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas). No campo dos serviços públicos, a *mutabilidade (mutabilité)* é a mais decisiva das Leis de Rolland, pois é ela que se presta a assegurar a *igualdade (égalité)* e a *continuidade (continuité)*. (grifo nosso)

Desta forma é possível concluir que a apesar da implicitude teórica, “esse direito ao equilíbrio se encontra no art. 37, XXI, da Constituição de 1988, e, desta vez, ainda mais abrangente que nas constituições anteriores, [...] pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos e não somente à concessão, como ocorria no passado.(WALD, 2014).

O princípio do equilíbrio econômico financeiro, não se trata de um juízo de valor do agente público é instrumento vinculante. Segundo Lima (2007, p. 58) que “configurará inequívoco ato ilícito qualquer ato emanado pela Administração que venha a negligenciar o seu dever de manutenção da essência do objeto ou das cláusulas econômico-financeiras.

No quesito normativo contemporâneo, além do já mencionado espaço na Carta Magna de 1988, o princípio do equilíbrio contratual tem recinto na lei 8.666/93, explícito nos art.57 §1º, 58 inciso I §1º e 2º, art 65, inciso II e §6º.

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** [...] **(grifo nosso)**

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; [...]

§ 1º As **cláusulas econômico-financeiras** e monetárias dos contratos administrativos **não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.** **(grifo nosso)**

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

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 conseqüências 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). [...] **(grifo nosso)**

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração **deverá restabelecer**, por aditamento, **o equilíbrio econômico-financeiro inicial.** (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Ainda, de forma não tão explícita e não menos importante, o referido princípio tem respaldo no art 40 inciso XI, art 55 inciso III, bem como, §5º e §8º do art 65, e por fim nos, termos do art. 40, XIV, “c” e “d”. Para fins didático, estes dispositivos legais serão melhor discutidos, mais adiante, quando se tiver falando especificamente de cada “instituto”.

Para o momento, o que cabe saber, é que em particularmente na economia brasileira, fizeram com que os estudos formulassem e desenvolvessem estes “**institutos**” (**espécies**), que são nada mais nada menos que formas e/ou regras de se recompor ou ajustar o equilíbrio-econômico financeiro das contratações. Cabe destacar, ainda, que é preciso entender sobre os aspectos gerais e fatores que eles apresentam em comum.

Melo (2010, p. 72) destaca que às peculiaridades da economia brasileira produziram o desenvolvimento de diversos institutos e soluções relacionados ao restabelecimento do equilíbrio-econômico financeiro da contratação. Sendo assim, é possível diferenciar a “recomposição ou revisão de preços”, “reajuste de preços”, “atualização financeira”, “correção monetária” e “repactuação”.

Nesta mesma ideia, informa que como há fatos que ocasionam o desequilíbrio financeiro, há diversas formas de sua restauração, tais como: o reajuste, revisão, repactuação, recomposição, dentre outros. (KAUR, 2012)

Por outro lado, de forma mais simplificada, existem autores que se posicionam na afirmação da existência de apenas duas espécie de institutos, dos quais são o Reajuste e a Revisão (ou reequilíbrio, ou recomposição).

Entrementes, Schirato (2013, p. 150) descreve sobre isso, da seguinte forma: “os contratos de concessão de serviços públicos estão sujeitos a duas formas diferentes de alteração: revisão e reajuste. Se a primeira é a análise da preservação da correspondência entre direitos e obrigações originalmente assinalados, a segunda é a simples recomposição do poder de compra da moeda, em razão de efeitos inflacionários.”

Por outro lado, estudos mais recentes, dos quais se mostraram a majoritária , defende a existência de três institutos: Reajuste, Correção monetária e revisão. Nesta ideia, pode-se destacar, por exemplo, que:

Conforme nos possibilita a Lei n.º 8.666/93, existem apenas 3 (três) formas de variação do valor contratual, **sendo quaisquer outras expressões criadas ou utilizadas, tais como realinhamento, repactuação, etc, expressões equivalentes ou sinônimas**, que devem ser analisados para se enquadrar em **reajuste, correção monetária e perdas e danos ou revisão**, pois, todas visam o restabelecimento do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, não trazendo assim prejuízos para nenhum dos componentes do contrato.” (ESPÍNDOLA, 2007, grifo nosso).

Como pode se observar, o autor destaca que outros institutos existentes, como é o caso da repactuação por exemplo, mas estes são apenas variações (ou sub-espécie) dos 3

(três) institutos: reajustes, correção monetária (e perdas e danos) e revisão como repactuação. Sendo assim, cabe destacar, também, o posicionamento de Nascimento:

A atualização monetária ou correção monetária é o mecanismo automático de ajuste que visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda frente às perdas inflacionárias ocorridas entre o momento do adimplemento da parcela e a data do efetivo pagamento do contratado. [...]. O reajuste de preços é o instrumento utilizado para readequar o valor da proposta ao momento em que venha a ser efetivamente cumprida. É que entre o período da apresentação da proposta e a efetiva prestação do serviço ou fornecimento do bem decorre certo lapso temporal. [...]. A revisão contratual, ou recomposição, ocorre quando houver brusca alteração da equação econômico-financeira inicial decorrente de a) alteração unilateral das cláusulas de execução do contrato; e b) ocorrência de evento extraordinário, mesmo que externo ao contrato, que interfira sobre o modo nos custos de sua execução (teoria da imprevisão). (NASCIMENTO, 2013, p. 619, grifo nosso)

Ratificando, segundo Moraes 2003, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê que o valor pactuado inicialmente entre as partes pode sofrer alterações de três espécies: reajuste (art. 40, XI), atualização financeira em decorrência de atraso no pagamento (art. 40, XIV, alínea c) e reequilíbrio econômico financeiro (art. 65, 11, alínea d).

Apesar deste posicionamento ser defendido na contemporaneidade, a inclusão do instituto da atualização monetária (ou correção monetária), é defendido desde muito tempo. Sendo assim, a correção monetária (ou atualização monetária) é de fato um instituto que tem o seu papel significativo na manutenção do princípio do equilíbrio econômico, corroborando para o fortalecimento desta teoria.

A continuada perturbação da ordem financeira deu continuidade à tendência revisionista dos contratos, inclusive nas relações privadas, mediante a crescente adoção de critérios de reajuste de preços contratuais, a princípio pela acolhida da teoria da imprevisão e pelo nascimento de cláusulas preventivas da ruptura do equilíbrio entre as obrigações. Neste sentido prosperaram as cláusulas móveis na composição dos preços contratuais e, em seguida, se generalizou a regra da correção monetária do valor das obrigações de pagar, sempre em coerência com o princípio capital da justa correspondência entre as obrigações [...] (TÁCITO, 1992, p. 217).

A fim de reforçar esta ideia, cabe destacar que não poderia considerar correção monetária como uma subespécie de revisão uma vez que não se enquadra em um fato imprevisível e nem mesmo de reajuste pois este adota índice específico (ou setorial) para cada caso, e a correção adota índice genérico.

Diferentemente da correção monetária e atualização financeira (que são genéricas), o reajustamento de preços é específico, ou seja, os preços devem ser atualizados de acordo com os insumos utilizados em cada contrato. Cada situação peculiar merece cuidado particular - por isso mesmo designado específico - porque os fatores influentes nas quantificações não são gerais: são típicos e próprios de cada caso. (ATALIBA E FOLGOSI, 1995, p. 354).

Apesar dos autores Ataliba e Folgosi, tratarem os termos como genéricos, no mesmo trabalho, ousa especificar a função precípua da atualização financeira e da correção monetária. Essa ideia está no parecer de , que diz que as cláusulas de garantia podem ser subdivididas em cláusulas de correção monetária, de atualização financeira e de reajustamento de preços, todas (para áleas ordinárias) coexistindo - desde que presentes os pressupostos para tanto e com a cláusula revisional da teoria da imprevisão (para álea extraordinária). (ATALIBA E FOLGOSI, 1995)

Neste trabalho, optou-se por adotar a teoria majoritária, ou seja a que defende a existência de 3 (três) institutos: Revisão, Reajuste e correção monetária, mas vale destacar que os outros institutos serão estudados como sinônimo ou sub-espécie destes. O explicação para isso, se dará justamente na explanação específica de cada instituto, nos próximos tópicos.

Mas antes disso, cabe destacar que esta confusão doutrinária também permeia sobre a nomeação dos institutos. Como já mencionado, além do termo equilíbrio econômico financeiro como sinônimo da palavra equação econômico-financeiro, outros autores utilizam-se das palavras recomposição ou reequilíbrio (inclusive termo reajustamento, revisão econômica) como sinônimos deste, bem como termos para renomear os “institutos”, o que aparentemente é um equívoco didaticamente falando.

Na definição de Marçal Justen Filho diz que “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.” (grifo nosso).

Ou seja, “a **recomposição de preços**, também denominada revisão de preços, aplica-se nos casos em que o rompimento da equação econômico-financeira sacramentada,

por ocasião da apresentação da proposta, decorre de fatos imprevisíveis,[...]. (SILVA, 2016, grifo nosso)

No primeiro caso o termo foi utilizado o termo recomposição como ato ou efeito do gênero equilíbrio econômico financeiro, já no segundo caso como instituto. Desta forma, como é de se observar, não haverá consenso doutrinário até que as normas sejam mais óbvias em suas contribuições, pois até estas fazem confusão na adoção dos termos.

Para tornar mais didático o entendimento, neste trabalho, aos termos reequilíbrio, reajustamento, recomposição, revisão contratual, terão como preferência a utilização destes como institutos, no entanto, poderá acontecer casos em que serão empregados, como ato ou efeito (inclusive sinônimos em citações de autores ou fora do contexto de institutos) do gênero “equilíbrio econômico financeiro”, neste caso a ideia é evitar, mas se não for possível, buscará sinalizar ao leitor

Contudo, isso não é mais importante do que a real função desses instrumentos, ou seja, não impacta tanto na essência e no objetivo do equilíbrio econômico financeiro, por outro lado, na prática, dificulta o papel do gestor na classificação de um fato, pois isso determinará o instituto que usará e em consequência a formalização a ser adotada.

Neste contexto, o que determinará esta classificação será o aspecto de cada instituto, sendo assim, cabe ressaltar um aspecto, talvez um dos principais, para diferenciar estes institutos, que é a *álea ordinária* e a *álea extraordinária*. Para isso, utilizamos a contribuição de Almeida (2012, p. 2):

“Rompido o equilíbrio, impõe-se o seu restabelecimento por um dos remédios previstos no sistema legal. É tradicional, a propósito, sejam os meios técnicos de retorno da equação ao estado de origem divididos em dois grupos, a saber, os ministrados em virtude de eventos compreendidos na *álea ordinária* e os empregados em razão da *álea extraordinária*, isto é, considera-se como critério de classificação sejam ou não os eventos supervenientes que ensejaram o desequilíbrio inseridos no campo da previsibilidade.”

Deste modo, compreendido como consequência econômica de um evento incerto, o risco contratual corresponde ao risco econômico, o qual, sendo previsível, se identifica com a *álea normal (ou ordinária)*. Mas, se por outro lado, o risco econômico afigura-se imprevisível, verifica-se a *álea extraordinária*, que ensejará a aplicação da teoria da

excessiva onerosidade (ou teoria da imprevisão), desde que configurados os seus demais pressupostos de incidência. (BANDEIRA, 2014)

De forma específica, sobre álea ordinária, Tilkian (2004, p. 72) ressalta que são aquelas correspondentes à variação do lucro do concessionário e, está vinculada ao risco que todo contrato apresenta por natureza, como por exemplo, o resultado da própria flutuação do mercado.

Ou seja, todo contrato possui um risco normal, que denominamos de álea ordinária do ajuste. São fatos que ordinariamente e de forma previsível ou prevista produzem o desequilíbrio contratual, desta forma, diante desses acontecimentos, ocorre o reajuste para preservar a adequação financeira do contrato. (KAUR, 2012).

Já sobre a álea econômica extraordinária, está ligada a acontecimentos que extrapolam a conjuntura contratual, invadindo assim um campo não passível de presunção nas esferas normais dos negócios. (ESPÍNDULA, 2017)

A inexecução do contrato resultante de ato ou omissão culposa imputável ao inadimplente acarreta-lhe as conseqüências da mora ou do descumprimento total do ajuste, mas podem ter ocorrido causas justificadoras dessa inexecução que liberem o contratante de qualquer responsabilidade assumida. E assim é porque as partes só respondem pelos encargos contratuais previstos ou previsíveis para condições normais de execução do ajuste, levando-se em consideração as áleas comuns do contrato e os riscos próprios do empreendimento. Quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o contrato há que ser revisto ou rescindido, pela aplicação da teoria da imprevisão provinda da cláusula rebus sic stantibus, nos seus desdobramentos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração e interferências imprevistas, como veremos a seguir. (MEIRELLES, 2007, p. 250).

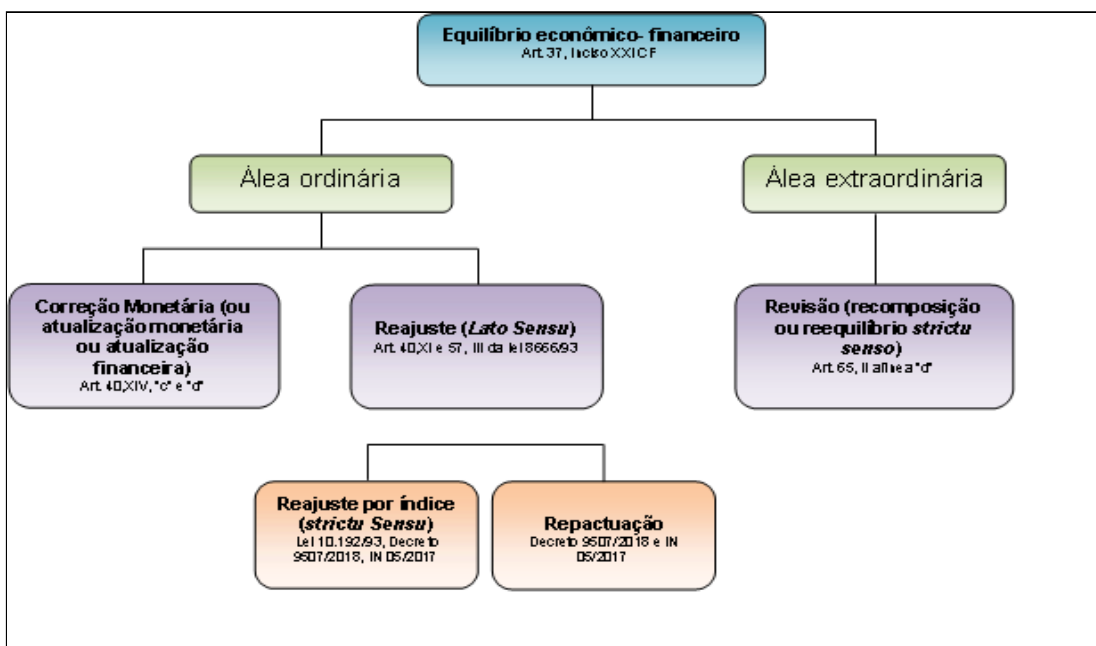
Destes trechos, é possível inferir que em regra recomposição de equilíbrio econômico-financeiro deverá ser para fatos imprevisíveis, ou de consequência incalculáveis. Já, no caso de fatos previsíveis, possivelmente suportáveis e/ou calculáveis, são acionado através de disposição contratual ou legal expressa, às quais dispõem sobre isso. Aí temos a clássica distinção entre o reajuste, devido sempre em razão do fato previsível da desvalorização da moeda (isso é o que acontece se forma semelhante com o instituto da correção monetária), e a revisão, decorrente de fatos imprevisíveis.

5.2 Institutos do equilíbrio econômico financeiro

Neste trabalho, conforme descrito acima, pelo não exaurimento do assunto acerca desta classificação, adotará o critério de mesclar e organizar o entendimento majoritários dos autores sobre o assunto, buscando então deixar uma contribuição à questão. Neste trabalho, os institutos serão classificados da seguinte forma:

- a) **Correção Monetária** (ou atualização monetária, ou atualização financeira).
- b) **Reajuste**;
 - b.1 Repactuação
 - b.2 Reajuste de preços por índices
- c) **Revisão de Preços** (ou recomposição em sentido strictu senso, ou reequilíbrio)

Figura 1 - Classificação dos institutos do equilíbrio econômico-financeiro



Fonte: Elaboração do autor

5.2.1 Correção monetária (Atualização monetária, ou atual. financeira).

Segundo a maioria dos autores defendem que os dispositivos legais que disciplinam acerca da atualização monetária encontram-se nos art. 5º § 1º, além do art.7º §, 7º; art. 40, inciso XIV, alínea “c” e” d”; 40, § 4º, inciso II e 55, inciso III, todos da Lei no 8.666/93.

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo terão seus *valores corrigidos* por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor.

[...]

Art. 7º [...]:

§ 7º Não será ainda computado como valor da obra ou serviço, para fins de julgamento das propostas de preços, a *atualização monetária* das obrigações de pagamento, desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento, que será calculada pelos mesmos critérios estabelecidos obrigatoriamente no ato convocatório.

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

c) critério de *atualização financeira* dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

[...]

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. (BRASIL, 1983).

Além destes, o instituto da correção monetária tem amparo na a lei 10.192/2001, arts. 1ª inciso II, 2ª e 3ª, já citado no tópico anterior, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências, igualmente ao instituto do reajuste por índice.

Sobre correção monetária, ressalta que tal como estabelecido no art. 40, XIV, “c”, da Lei n. 8.666/93, esta regra que está igualmente inserta no art. 55, II, quando diz que, *“Tal previsão se faz indispensável para as situações em que a administração, por sua culpa exclusiva, realiza pagamentos fora do prazo”*, o que é solucionado com a aplicação de um índice que reflita a variação inflacionária do período.

Como é possível observar na citação acima o artigo 40 XIV, “c” foi citado como correção monetária, e na leitura *ipsis litteris* da legislação o termo utilizado é **atualização financeira**. O problema é que, assim como a visto na citação anterior, a maioria da doutrina usa este dispositivo para embasar a correção monetária (ou atualização monetária).

Por outro lado, apesar da falta de consenso na doutrina e a falta de prudência do legislador nas terminologias, alguns autores defendem a existência de um novo instituto chamado atualização financeira, em separado da correção monetária ou qualquer outro instituto, apesar do seu nome ter sido posto no artigo e (como citado o art 40, XIV, “c”), afirmando que este teria respaldo no art. 40, XIV, alínea “d”.

“Art. 40. O edital conterá [...], e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: XIV - condições de pagamento, prevendo: d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;” (BRASIL, 1993)

A título de exemplo, cabe ressaltar o posicionamento de como Marçal Justen Filho, importante doutrinador brasileiro, o qual se confunde nos termos. Para ele a alínea “c” é que se refere ao instituto da “atualização financeira”, e que a definição descrita no dispositivo se refere a este, e por outro lado, a alínea “d” é que trata da correção monetária (para ele este seria aplicado para penalizações e compensações).

A atualização financeira tem sede no art. 40, XIV, “c”, da Lei no 8.666/93, e [...] corresponde à compensação pela inflação genérica, que afeta a perda do poder aquisitivo da moeda em geral.; [...] se refere ao período imediatamente posterior à execução da prestação do contratado e se prolonga até a data do efetivo pagamento. **A correção monetária** tem previsão no art. 40, XIV, “d”, da Lei no 8.666/93, e é utilizada na eventualidade de atraso de pagamento. Corresponde à indexação posterior ao vencimento e incide na medida em que haja inadimplemento da Administração Pública (JUSTEN FILHO, 1994, in MELO 2010, p. 74, grifo nosso).

Para resolver esta dilema basta analisar o fato gerador da questão, que é a atualização do valor nominal para o real, considerando o período que compreende do vencimento da referida obrigação até a efetivação do pagamento. Da mesma forma o TCU, no Acórdão 1309/2006 - Primeira Câmara, entende a atualização financeira e a correção monetária como equivalentes:

[...] 10.2. Atualização financeira (ou correção monetária) é o instituto previsto nos arts. 5, § 1o, e 40, Inciso XIV, itens "c" e "d", ambos da Lei n. 8.666/93 e destina-se à preservação do valor dos créditos, por critérios previstos no ato convocatório. Utiliza índices gerais de preços, por serem esses os que melhor refletem a perda do poder aquisitivo da moeda e demanda previsão expressa, bem como delimitação de seus índices correccionais no edital e no instrumento contratual. [...]"

Desta forma é possível perceber que o que está disposto na alínea “c” e “d” (do art. 40 XIV, 8666/93) se referem ao mesmo fato, a diferença está tão somente no fato que o primeiro descreve o papel da correção pura e simples baseado em um índice (e o termo atualização financeira como mero adjetivo em sentido estrito), para compensar a desvalorização da moeda e no segundo caso é possível perceber a possibilidade de existir um adicional por penalização ou compensação (ou ainda, um desconto em caso de antecipação do pagamento), neste caso o termo a atualização financeira em se comportaria em sentido mais amplo (juros e mora).

Esclarecido isso, é possível a partir da doutrina definir este instituto. Nas palavras de Espíndula 2007, este instituto é aplicado frente a eventuais atrasos no pagamento, visa manter o poder aquisitivo da moeda no tempo do pagamento a contar da efetiva entrega do objeto. As perdas e danos devem ser exaustivamente comprovadas, pois normalmente a **correção monetária** já gera o equilíbrio.

Abstraindo a terminologia adotada pela lei, e fixando os conceitos, “atualização financeira” é o mesmo que “correção monetária”. Porque, cumprida a obrigação pela contratada (atingida uma etapa da obra ou do serviço, ou entregue um bem), a lei determina que se corrija monetariamente - ou se atualize financeiramente - o

valor a ser pago. Já não se trata mais de cobrir custos de produção, mas sim de evitar a “perda de substância da moeda”. Essa correção - ou atualização - se faz até a data do “efetivo pagamento”, seja este efetuado dentro ou fora do prazo contratual. (AMARAL, 2001, P. 4-5).

Concordando que estes são sinônimos, cabe ainda destacar que alguns autores utilizam o termo atualização financeira apenas como simples palavra de causa e efeito para institutos (quanto estes estiverem fora do seu contexto) . Quanto à isso não se encontra óbice, mas o que deve está bem resolvido é a grande diferença entre estes institutos.

Diversos fatos podem ensejar o rompimento do equilíbrio econômico- financeiro, mas, por outro lado há fatos, que aparentemente ocasionam o desequilíbrio financeiro, mas, na verdade, correspondem a meras atualizações financeiras do ajuste, como aumento superficial da inflação, “aumento” pontual de salários de trabalhadores, dentre outros. (KAUR, 2012).

Observando esta citação, é claro que o autor utiliza o termo atualização financeira está descrita como um efeito do reajuste. Já, quando são tratados como institutos o que deve saber, é que apesar de ambos tencionarem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, **o reajuste** tem como objetivo maior o de assegurar ao contratado a **manutenção do real custo da produção durante toda a vigência do contrato**. Já a **correção monetária é devida em caso de atraso no pagamento da obrigação** pelo Poder Concedente, devendo, também, sua aplicação estar previamente estipulada no contrato (art. 40, XIV, “c”), da Lei 8.666/93). (TILKIN, 2014). Cabe desta o texto descrito na atual IN 05/2017 do MPOG(atual Ministério da economia):

ANEXO XI

DO PROCESSO DE PAGAMENTO

Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes fórmulas:

$I=(TX/100) \times 365 \times EM = I \times N \times VP$, onde: I = Índice de atualização financeira; TX = Percentual da taxa de juros de mora anual; EM = Encargos moratórios; N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento; VP = Valor da parcela em atraso.

Outro fato que poderia confundir o entendimento, é ao analisar conjuntamente o instituto do reajuste por índice (em sentido estrito) e a correção monetária, na lei 10.192/2001 e outras normas atreladas ao plano real como a lei 8.880/94, principalmente no que se refere ao fato gerador da aplicabilidade dos institutos e sobre a questão da periodicidade de cada um deles. Na lei 10.192/2001:

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

II - correção monetária ou de reajuste **por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados**, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste **por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.**

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de **reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.**

§ 2º Em caso de **revisão contratual**, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido. (BRASIL, 2001)

Destes dispositivos não se pode argumentar que o instituto da correção monetária foi revogado pelas normas referente ao plano real. No entanto, da leitura destes trechos acima talvez geraria certa dúvida se analisar o contexto literal da lei e/ou sem a devida atenção. Logo, para dirimir esta e outras dúvidas deve se ter em mente algumas particularidades.

- a) A lei 10.192/2001 e outras normas atreladas ao Plano real, foram criadas para corrigirem e manterem os índices inflacionários diante das metas estabelecidas na economia do país, então estes dispositivos aplicam não só à administração pública, mas também aos contratos da iniciativa privada.
- b) Didaticamente alisando a literalidade da lei, deve se perceber que o trecho que descreve sobre a **produção e insumos**, este **reflete** tão somente ao **termo reajuste**,

excluindo qualquer dúvida quanto à possível associação do instituto correção monetária com a aplicabilidade deste fato gerador.

- c) Quanto a periodicidade de um ano, conforme descrita no parágrafo 1º do art 2º, apesar de neste caso contemplar tanto reajuste como a correção monetária, deve se retornar ao descrito no item a, pois esta lei não se aplica apenas aos contratos administrativos, aplica também a iniciativa privada. Sendo assim, nos contratos administrativos o instituto não necessariamente terá o interregno, pois o fato gerador é o pagamento, porém mesmo assim existe algumas exceções de não aplicabilidade:

§ 4º Nas **compras para entrega imediata**, assim entendidas aquelas com **prazo de entrega até trinta dias** da data prevista para **apresentação da proposta**, poderão **ser dispensadas**:

II - a **atualização financeira a que se refere a alínea "c" do inciso XIV** deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, **desde que não superior a quinze dias**. (grifo nosso) (BRASIL, 1993).

- d) Por outro lado deve se observar que permanecem em vigor as disposições legais referentes à correção monetária de débitos relativos a ressarcimento em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais por parte da administração pública (conforme art. 15 da mesma Lei 10.192/01):

Permanecem em vigor as disposições legais relativas a correção monetária de débitos trabalhistas, de débitos resultantes de decisão judicial, **de débitos relativos a ressarcimento em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais** e do passivo de empresas e instituições sob os regimes de concordata, falência, intervenção e liquidação extrajudicial. (grifo nosso) (BRASIL, 2001).

- e) Por fim, deve ter em mente que a correção monetária não foi extinto com às leis criadas para o Plano real, apenas foi suspensa por um ano conforme pode observar no artigo 15, §4º da lei 8880/94:

Nos **contratos que contiverem cláusula de atualização financeira ou monetária, seja por atraso ou por prazo concedido para pagamento**, será **suspensa por um ano a aplicação desta cláusula**, quando da conversão para URV, mantendo-se a cláusula penal ou de juro de mora real, caso a mesma conste

do contrato original, observado o disposto no § 1º do art. 11. BRASIL, 2001, grifo nosso).

Diante dos argumentos, é possível inferir que a correção monetária (atualização monetária ou financeira) seria utilizada em atualizações do valor aquisitivo da moeda em situações normais, ou seja do risco do negócio. E neste caso seria decorrente de ato exclusivo da administração, em atrasar (teria que fazer compensações financeiras e penalizações, pela inadimplência) ou antecipação (desconto por adimplência).

Então, na correção monetária, logicamente, não se precisa ter o interregno mínimo de um ano para se atualizar o valor para cima ou para baixo, pois o fato gerador do direito é o atraso da administração e não observância de um ano, diferenciando de outros institutos que exigem esta regra.

5.2.2 Revisão de preços (Recomposição ou reequilíbrio)

Este instituto traduz a essência da cláusula *rebus sic stantibus*, que de certa forma se limitava ao desequilíbrio econômico contratual (diferente do texto do art. 37 XXI, que atualmente se comporta de forma mais abrangente, como já mencionado). No contexto atual, esta cláusula evoluiu em torno da teoria da imprevisão.

A recomposição dos preços contratuais baseia-se na denominada teoria da imprevisão consistente no reconhecimento de que a superveniência de eventos imprevistos e imprevisíveis pelas partes autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às novas circunstâncias. É a moderna aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos ajustes administrativos, à semelhança do que ocorre nas avenças de direito privado, quando surgem fatos não cogitados pelos contratantes, criando ônus excessivo para um deles, com vantagem desmedida para o outro. (MEIRELLES, 1980, p. 16)

Por outro lado, como já foi mencionado, alguns autores utilizam a palavra reequilíbrio econômico financeiro e recomposição dos preços como sinônimo do gênero equilíbrio econômico financeiro, outrora usa como sinônimo do instituto da revisão.

Desta forma, com base nos estudos de Hely Lopes de Meirelles, a recomposição dos preços contratuais baseia-se na denominada teoria da imprevisão consistente no reconhecimento de que a superveniência de eventos imprevistos e imprevisíveis pelas

partes autoriza a revisão do contrato para seu reajustamento às novas circunstâncias.” (MEIRELLES, 1980)

Neste caso, os termos reajustamento e revisão foram utilizadas em sentido lato, ou seja, demonstrando a mudança econômico-financeira para se manter o equilíbrio, contudo, já a expressão “recomposição dos preços”, se referindo ao instituto da revisão. No entanto, o que realmente importa neste trecho é o fato da aplicabilidade deste instituto, onde o mesmo é usado apenas para os fatos imprevisíveis, aspecto que o vincula à “Teoria da Imprevisão”.

O objetivo deste instituto é o restabelecimento da relação entre encargos do contratado e a retribuição da Administração - pactuados inicialmente - em prol da justa remuneração da obra ou serviço. Ou seja, representa os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. (JUSTEN FILHO, 2012).

Segundo Aragão (2013, p. 42), os fatos imprevisíveis, aí incluídas as eventuais alterações unilaterais do contrato, trazem consigo, ao revés, a figura da revisão contratual, [...].

Apesar de parecer simples a sua definição, este talvez seja um dos mais polêmicos institutos, pois analisando os estudos em torno do mesmo, percebe-se uma certa confusão interpretativa, mas coube a contribuição doutrinária e jurisprudencial dirimir tais dúvidas, pois os estudos argumentam que este instituto tem fundamento legal no artigo 65, II, d, e §§5º e 6º da Lei nº 8666/93, ou seja, segundo este itens:

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 conseqüências 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). [...] *(grifo nosso)*

§ 5ª 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 (grifo nosso)

§ 6^a Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração *deverá restabelecer*, por aditamento, *o equilíbrio econômico-financeiro inicial*. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Nesta raciocínio, a classificação deste instituto encontra possível impasse na afirmação de que o art. 65, II, d é destinado ao instituto da revisão, no entanto, percebe-se que alguns trechos do texto que poderia ser perfeitamente aplicado em outros institutos, como por exemplo o termo *“previsíveis, porém de consequências incalculáveis”* poderia ser usado para caracterizar o instituto da repactuação, pois superficialmente analisando, o mesmo é previsível porém não é possível antever o seu impacto. No entanto, o acórdão 3495/2012, exclui esta ideia, ao esclarecer que:

4.1.7. [...] De acordo com a jurisprudência do Tribunal e a doutrina especializada “a álea econômica extraordinária, que serve como fundamento ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, há que ser entendida como um risco imprevisível, extemporâneo e de excessiva onerosidade e que, sendo insuportável, não se pode exigir que a parte prejudicada arque com suas consequências por um dado período de tempo, sob pena de se concluir que esse fato não decorreu de uma situação de álea econômica extraordinária” (Acórdão 1.563/2004 - TCU - Plenário) ;

4.1.8. Tal situação não se confunde, entretanto, com o simples aumento de despesas provocado, por exemplo, pela variação normal dos preços na economia, a qual se insere na chamada álea ordinária ou empresarial, consistente no “risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado” (Maria Helena Diniz. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998) .

4.1.9. Esta hipótese **“Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências.** No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração” (grifo nosso)

Com base no entendimento do referido acórdão, o qual acata em seu bojo a contribuição da doutrina de Maria Helena Diniz, pode-se perceber o posicionamento do tribunal e da doutrina fazem com que se afaste a possibilidade de confusão interpretativa, pois é possível concluir que o que o trecho art 65, inciso II, alínea “d”, texto não se refere ao gênero equilíbrio econômico financeiro como gênero, e sim tão somente ao institutos da revisão, o que não dá abertura para outros institutos.

Outra dúvida recai no entendimento de que o trecho descrito “*configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*”, se aplicaria a todo o dispositivo, fato que neste caso afastaria outros institutos que tem característica de álea ordinária ou contratual, ou por outro lado, também poderia ser entendido aplicado apenas aos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe (os quais já são em sua natureza imprevisíveis), que neste caso não atribuiria o mérito do texto à apenas um instituto, e sim como uma descrição mais clara do princípio equilíbrio econômico-financeiro. A título de exemplo, pode-se observar abaixo o entendimento do STJ, o que já é o entendimento pacificado em várias cortes, inclusive no STF.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO QUE PROVOCA AUMENTO SALARIAL. REVISÃO CONTRATUAL.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA "D", DA LEI N. 8.666/93. ÁLEA ECONÔMICA QUE NÃO SE DESCARACTERIZA PELA RETROATIVIDADE.

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

(STJ, AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010).

É possível aferir que das decisões prolatadas a orientação de que o reajuste trabalhista não é um evento aleatório, sendo o impacto nos preços do empregador mero reajuste inflacionário e que o reajuste salarial é um evento de consequências calculáveis recaindo no dever de cuidado da própria atividade empresarial, ou seja, configura álea ordinária inapta a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. (PINHEIRO, 2013).

Desta forma, o gestor deve sempre estar atento às circunstâncias para classificação do fato ao seu respectivo instituto, pois esta análise é que vai subsidiá-lo na tomada de decisão e na atuação e/ou formalização jurídico processual no contrato.

Revisão das cláusulas contratuais (recomposição ou reequilíbrio de preços) de ser feita a partir de um amplo exame de circunstâncias que condicionam a execução do contrato”, sendo que a parte interessada necessita provar “(a) a relevância da circunstância para a execução do contrato, (b) a alteração dessa circunstância e (c) a imprevisibilidade da alteração das circunstâncias ou a impossibilidade de evitar a concretização dos efeitos modificadores da execução do contrato (JUSTEN FILHO, 1994 apud MELO 2010, p. 73).

De maneira mais técnica e interpretativa do diploma legal, Matos (2017, p. 36) completa este entendimento:

Consoante apregoadado pelo diploma legal, há que se preencher os requisitos trazidos pelo normativo com o intuito de se lastrear um pedido de revisão baseado na teoria da imprevisão, ou seja, mister se faz a ocorrência de um evento cujas consequências para seu saneamento geram repercussões econômicas, como por exemplo:

- a) fato excepcional, pela sua natureza e amplitude;
- b) fato imprevisível ou, se previsível, de consequências incalculáveis, independente da vontade dos contratantes;
- c) fato determinante da inexecutabilidade ou que torne muito mais oneroso o cumprimento do contrato pela repercussão sobre a equação econômico-financeira inicialmente pactuada.

. Mas, a vida do gestor não é fácil como parece, pois estes argumento poderiam ser confrontados na prática ao trazer um simples caso prático, como por exemplo, quando analisada a situação do aumento da tarifa de ônibus de um determinado município, que pode impactar um determinado contrato de mão de obra, pois em uma simples análise o caso se trata de fato do príncipe (ou seja, álea extraordinária com certa imprevisibilidade de quanto custará e quando ocorrerá), mas ao mesmo tempo pode ser um fato suportável ao contrato (álea normal), pois a sua não concessão imediata em geral não causaria uma inexecução contratual . Eis a dúvida, se trata de um reajuste por índice ou repactuação, mesmo indo contra a sua classificação, ou adotaria o instituto da revisão indo contra a sua essência?

A jurisprudência nacional, em sua maioria, vem adotando o posicionamento de que se trata de álea ordinária, ou seja, é oriundo do risco normal do negócio jurídico portanto

não gera desequilíbrio econômico financeiro, devendo tão somente ser reajustado utilizando-se como remédio o instituto da repactuação uma vez que afasta possibilidade de utilização de reajuste em sentido estrito, pois não se utiliza de índices específicos ou setoriais, ou revisão por respaldar em fato do príncipe.

5.2.3 Reajuste (em sentido Lato Sensu)

O reajuste (em sentido lato) é um instituto que deriva do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e que tem raízes na lei de licitações e contratos 8.666/93, explícito em seus art.

40, XI (este talvez mais ligado à sua derivação *strictu sensu*); art 57, III; e art. 65, § 8º:

Art. 40. O edital [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de **reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, **admitida a adoção de índices específicos ou setoriais**, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (**grifo nosso**)

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; (**grifo nosso**)

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

§ 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.(grifo do nosso).

Mas ainda, alguns poucos autores afirmam que o reajuste também tem respaldo, neste caso implicitamente, em artigos relacionados à outros instrumentos, tais como a correção monetária, sendo este (sub) espécie daquele. Mas, isto não deve prosperar, neste

momento, já que a maioria dos autores não entendem desta forma. Então, cabe destacar que, neste trabalho, optou-se por não classificá-las desta forma, ou seja, preferiu organizar como um instituto à parte, no entanto, para fins didático esta diferença será melhor detalhada no tópico do instituto de “correção monetária”

Por outro lado, já é quase pacificado o entendimento que o termo *repactuação* é uma sub-espécie de reajuste, no entanto, a explicação para isso não está respaldada pela lei de licitações e sim em decretos, normas infralegais específicas de órgãos competentes e a jurisprudência nacional, fato que será visto mais adiante.

Mas para fins didático cabe ressaltar o entendimento de Moraes 2017, que diz: “e, ao que nos parece, a repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como uma figura autônoma, mas sim como uma espécie de reajuste de preços, a qual, ao invés de utilizar-se da aplicação de índices de preços, considera tão-somente a efetiva alteração dos custos contratuais”. Já nas palavras de Hely lopes de Meireles e José Emmanuel Burle Filho (2016), reajuste é :

Reajustamento contratual de preços e de tarifas é a medida convencionada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste. [...] O reajustamento ou reajuste de preços e tarifas é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio, institucionalizou o reajustamento dos valores (art. 55, III, e 65§ 8º). (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

Desta forma, a partir destes entendimento, é possível inferir que o reajuste é um instituto do equilíbrio econômico financeiro, e se comporta como gênero, quando analisado em seu sentido amplo (*lato sensu*). Ele é utilizado para recompor a variação efetiva do custo de produção, o qual se divide em duas espécies: Reajuste de preços por índices (*strictu sensu*) e repactuação.

Contudo, o reajuste de preços aplica diretamente índices de preços, recaindo genericamente sobre os contratos administrativos, a repactuação de preços aplica-se exclusivamente aos contratos administrativos de serviços contínuos, podendo considerar

tão-somente a efetiva alteração dos custos contratuais, através de sua demonstração pela comparação entre planilhas de preços e custos inerentes à contratação. (MORAIS, 2003)

Esclarecido isso, antes de adentrar nestas espécies em específico, cabe ressaltar que no dispositivo legal do reajuste em sentido amplo, de certa forma exigem a previsão editalícia ou contratual.

Mas, como já afirmado por de Marçal Justen Filho, em citações anteriores em que o direito à manutenção equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório, pois tem “Tem raiz constitucional”, ele ainda completa que: “portanto, a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante. São inconstitucionais todos os dispositivos legais e regulamentares que pretendem condicionar a sua concessão de reajustes de preços, recomposição de preços, correção monetária a uma previsão no ato convocatório ou no contrato.” (JUSTEN FILHO, 2004).

Sobre isso, existe inclusive manifestação do TCU a respeito disso. Segundo descrito no Acórdão 313/2002 - Plenário:

31. Observo, ainda, que o princípio da **vinculação ao Edital não pode impedir o reconhecimento da incidência de hipótese de necessidade de alteração das condições originais de pagamentos**. Exatamente porque o próprio sistema positivado vigente à época dos fatos ora enfocados – e também que passou a vigorar como o advento da Lei n 8.666/93 – autoriza a modificação da avença original, quando se fizer necessária a retomada do equilíbrio econômico-financeiro. Assim sendo, **há de se reconhecer que, nas situações em que se fizer necessária a repactuação para restauração desse equilíbrio, o princípio da vinculação aos termos do Edital cederá – obrigatoriamente – as normas que buscam preservar a compatibilidade entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração**”. (grifo nosso.)

Por fim, cabe salientar que apesar desta exigência legal onde os institutos do equilíbrio econômico, neste fato incluindo todos, devem estar previstos nos contratos, entende a doutrina que mesmo que não exista previsão contratual estes têm respaldo direto na constitucional, tornando irrelevante a sua previsão no contrato. E difere do instituto da revisão, além da natureza, quanto a periodicidade, pois este pode ser feito a qualquer momento, já o reajuste não.

Orientação Normativa da AGU n 22/09 - 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. (BRASIL, 2009)

5.2.3.1 Reajuste de preços por índices (em sentido *strictu sensu*)

Este se confunde à espécie do reajuste (em sentido lato), mas além do fundamento legal está respaldado nos artigos 40, XI, 55, III e 65, § 8º, da Lei no 8.666/93, conforme já mencionado anteriormente, este instituto também tem amparo nos artigos 1º, inciso III, 2º e 3º da Lei no 10.192/01:

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

III - *correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais*, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

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**.

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.

Cabe ressaltar também pelo decreto nº 1.054/1994, o qual regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências.

O objetivo deste instituto é compensar os desequilíbrios econômico-financeiros do contrato resultante do aumento dos custos de execução causados pela inflação. Determina o estabelecimento prévio em edital de índices que reflitam a variação dos custos de execução do contrato.

De acordo com Silva (2016, p. 21), o reajuste de preços em sentido estrito aplica diretamente índices de preços (ex.: IGP-DI, INPC, IPCA, recaindo genericamente sobre os contratos administrativos.

Quanto a aplicabilidade exige-se interstício de um ano desde a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela. Como podemos observar na Lei no 10.192/01, afirma este fato, onde somente é admissível nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Por fim, de acordo com o entendimento de Kaur (2012, p. 343-344), o reajuste, em obediência ao que determina a legislação que implantou o Plano Real, não poderá ocorrer em período inferior a um ano da data da apresentação das propostas, e não da assinatura do contrato ou do início de sua vigência.

5.2.3.1 Repactuação

Em regra a repactuação é acionada com base na modificação dos custos abrangidos pelos acordos, convenções coletivas de trabalho ou dissídios coletivos, mas isto não exclui a demonstração da variação do custo por outros motivos decorrente de mercado, pois como citado no item 5.2.2, já existe a orientação normativa no caso em ocorra aumento de tarifas de transporte público como fato gerador da repactuação, por exemplo. Isto gerou dúvidas, por muitos anos, até a edição da orientação normativa 02/2014 da SLTI/MPOG a qual teve o papel de dirimir dúvidas em aplicações específicas da IN 02/2014.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA/SLTI Nº 2, DE 22 DE AGOSTO DE 2014

O SECRETÁRIO DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SUBSTITUTO, DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto no 8.189, de 21 de janeiro de 2014, e considerando o disposto no art. 54 da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, resolve expedir a presente Orientação Normativa, nos seguintes termos:

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; (**grifo nosso**).

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; e

d) as regras de repactuação devem observar as disposições contidas nos arts. 37 a 41 da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. (BRASIL, 2014).

Definir isto é importante pois os critérios e aspectos identificados irão ditar o rito necessário. No caso da repactuação em regra dispensa análise jurídica, deve atender a regra do interregno mínimo de 1 ano, pode ser feito por simples apostilamento e não gera desequilíbrio, apenas contribui para que isto não ocorra, como forma de recompor o equilíbrio.

Cabe destacar, que diante fato caracterizado pelo direito como líquido e certo, sendo este fato previsível e de impacto calculável ou aparente suportável, é justificável o uso de atos administrativos menos moroso para a administração (apostilamento, por exemplo), com fins de eficiência e economicidade, em substituição ao atos que demandam maiores formalidades (Termo aditivo, por exemplo qual demanda publicação em Diários oficiais, análise jurídica, demonstrativos, etc.).

Outros aspectos que ainda pairam dúvidas é quanto à concessão de insalubridade, periculosidade ou alguma rubrica não prevista anteriormente nos instrumentos decorrentes das negociações coletivas. A resposta é que às cortes vem decidindo da seguinte forma: deve se analisar a base legal, mas sempre atrelado a analisar os aspectos do fato concreto, pois até mesmo um fato claramente disposto na legislação pode ensejar no acionamento de outro instituto.

Por outro lado, neste trabalho, tratada como espécie de reajuste, a nomenclatura repactuação tem a sua origem no Decreto n. 2.271/1997, (atualmente revogado pelo decreto 9507/2018) art. 5º e parágrafo único, o qual dizia que:

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.

Mais à frente com base no artigo 8º do referido decreto, que dizia que “*o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado expedirá, quando necessário, normas complementares ao cumprimento do disposto neste Decreto*”, sendo que este, há época, o assim fez ao editar a **Instrução normativa n. 18 de 22 de dezembro de 1997**, onde a repactuação foi devidamente citada no item 7. Mais à frente esta norma foi substituída pela IN 02/2008 (e suas alterações), e está pela IN 05/2017, vigente atualmente.

Por outro lado, a dúvida pairou por muitos anos, sobre o real conceito do instituto e a sua classificação, uma vez que não foi explicitado na lei de licitações e contratos. Para Marçal Justen Filho 2005, a repactuação apresenta aspectos do reajuste e da revisão, segundo ele:

“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”.

Marçal Justen Filho, tem a sua parcela de razão ao tirar esta conclusão, pois a lei de licitações não deixa claro se os dispositivos sobre o reajuste ressalta a ideia do mesmo em sentido amplo ou estrito, gerando certa ambiguidade (principalmente art. 40, XI), no entanto, a jurisprudência já sinalizou que a repactuação se trata de uma espécie de reajuste (em sentido amplo), o que corrobora ao entendimento de que os dispositivos da lei 8666/93 refere-se em sua essência ao reajuste *lato sensu*. Mas, isso não é tão importante quanto à conscientização de que repactuação é de fato uma (sub) espécie de reajuste (em sentido amplo)

A IN 18/97 MARE, não explicitou este entendimento no bojo do seu texto, então coube à jurisprudência e mais à frente às normas substitutas a referida instrução normativa. O documento mais adequado para explicar isso é o Acórdão 1.309/2006 - Primeira Câmara - TCU, com fundamento legal no art. 40, XI, da Lei no 8.666/93:

10.5. Repactuação, diferentemente dos demais institutos mencionados, não tem sede na Lei n. 8.666/93, ao menos de forma expressa. Foi previsto pelo art. 5º do Decreto n. 2.271/97, na esteira de uma série de medidas adotadas pelo governo para desindexar a economia. O aludido Decreto n. 2.271/97 dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal Direta, **vedando a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a indexação de preços por índices gerais. (grifo nosso)**

10.6. A **melhor forma de interpretar a repactuação é como uma espécie do já mencionado instituto de reajuste**, pois a repactuação também se destina a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação. **(grifo nosso)**

10.7. A **diferença fundamental** entre os dois institutos é que, enquanto **no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços** previamente estipulados no edital, **na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços** e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua. **(grifo nosso)**

Para fins didáticos e para completar este entendimento, cabe destacar a texto da IN 02/2008 (alterada pela IN 03/2009) do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão - MPOG, que apesar de já revogada, pela IN 05/2017, foi a norma precursora após o entendimento descrito no acórdão supracitado. Então, segundo este documento:

Art. 54. 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. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009) (grifo nosso)

Neste sentido, a IN 05/2017 - MPOG, também manteve o mesmo entendimento, só que neste caso em seu art 53, apenas com tímidas alterações no texto geral. Por outro lado, recentemente foi publicado o decreto 9.507 de 21 de setembro de 2018 (revogando o 2.271 de 1997), o qual trouxe repactuação e reajuste (no capítulo IV), aparentemente, como coisas distintas. No entanto, neste caso, não especificou diretamente a repactuação como espécie de reajuste, porém, ao descrever sobre o reajuste acrescentou o termo “em sentido estrito”, o que leva a suposição de que o texto está tratando dos institutos em sentido strictu sensu, então a repactuação também é subespécie no texto.

DA REPACTUAÇÃO E REAJUSTE

Repactuação

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, [...]

Reajuste

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. (grifo nosso).

Um fato polêmico, acerca deste instituto, e que foi objeto de discussão por muito tempo, foi a questão em torno da periodicidade. Neste contexto, primeiramente, cabe ressaltar que de acordo com o decreto 2.271/1997:

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.

Observando este dispositivo, coube às instruções normativas da época disciplinar sobre o assunto delimitando essa contagem de 1 (um) ano, ou seja a contar de que data? Com o advento da IN 18/1997 o fato foi abordado sem problemas, de fácil entendimento e aplicabilidade, onde era possível usar a data-base da categoria nos acordos e convenções coletiva para contagem do interregno de um ano, evitando assim que somente a contratada assumisse o risco e suportasse o custo do aumento por longo período. Mas problema surgiu no advento da publicação da IN 02/2008, antes das alterações:

Art. 19 [...]

X - a forma como será contada a periodicidade para a concessão da primeira repactuação, nas contratações de serviços continuados, conforme definido no artigo 30 desta Instrução Normativa, evidenciando que eventuais repactuações subseqüentes deverão observar o interregno mínimo de um ano, **contado a partir da última repactuação contratual ocorrida;**

Art. 37. Será admitida a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano.

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a **primeira repactuação** será contado a partir:

I - **da data limite para apresentação das propostas** constante do instrumento convocatório; ou

II - **da data do orçamento a que a proposta se referir, admitindo-se, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente**, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculado às datas-base destes instrumentos.

Art. 39. Nas **repactuações subseqüentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data da última repactuação ocorrida.** (grifo nosso) **(BRASIL 2008)**

Cabe destacar que estes dispositivos não estão mais vigentes, pois devido a pressão jurisprudencial e dos problemas ocorridos, mais à frente foram alterados e/ou revogados pela (IN 03/2009, IN 06/2013 e atualmente totalmente substituído pela IN 05/2017). Estes trechos foram um equívoco à época, objeto de várias discussões, principalmente no campo constitucional, pois estava indo contra princípios basilares da administração pública, principalmente quando trazia à baila discussões sobre o enriquecimento ilícito da administração.

Por fim, cabe ressaltar que neste instituto o fator trabalho e suas particularidade são presentes. Desta forma, é essencial entender a relação entre eles, pois é neste ponto que a dinâmica jurídica e econômica é mais visível, pois a forma que relação trabalhista será organizada impactará economicamente nos preços e na organização do contrato. Com certeza este tema não será esgotado neste trabalho, mas para dinamizar o entendimento, este assunto merece atenção especial um capítulo específico, mesmo que de forma resumida.

6 DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E A REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

6.1 Fator Trabalho

Historicamente o trabalho tem suas raízes em conceitos penoso e humilhante, ou seja, era visto como algo ligado à punição ou sacrifício. Inicialmente, no contexto bíblico e na visão cristã, o trabalho foi dado à Adão e Eva como algo não pesado, não cansativo, não árduo, ou seja, sem dificuldades. Isso pois tudo lhes eram dado em abundância, lhes cabiam apenas cuidar do que Deus já tinha criado, no entanto, pela desobediência do homem e da mulher o trabalho foi utilizado como forma de punição.

Isto é pode ser observado em Gêneses 3-19: *No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás*, ou seja, devido o pecado cometido o homem deveria trabalhar para o seu sustento até a morte.

Por outro lado, além da Bíblia, é fato que a história humana, foi marcada pela *escravidão*. O trabalho era tido como punição, pois destinava-se unicamente aos escravos dos quais se distinguiam os servos na chamada sociedade pré-industrial (ALMEIDA, 2014). Também, em vários momentos do cristianismo, é possível verificar nas escrituras que o povo foi humilhado e escravizado por anos, seja por permissão ou não de Deus.

Esse tipo de desprezo pelo trabalho evidencia-se quando percebemos a extensão da escravidão na história humana, que por séculos foi o meio de produção utilizado pelas sociedades, onde os trabalhadores não eram vistos como homens, indivíduos pensantes e senhores de suas vontades, mas coisas, meros objetos a mercê dos desígnios de seus donos, não possuindo qualquer direito, apenas o dever de trabalhar. (SILVA, 2013, p. 16).

Essa conceituação inadequada do trabalho, está referenciada inclusive na própria definição etimológica da palavra. Neste sentido, de acordo Martins (2012, p. 4), “trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga, que pesava sobre os animais. Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho.”

No entanto, interpretando o contexto bíblico, principalmente durante e após a vinda de Jesus, a ideia em todo do trabalho se transforma, o qual passa a ser algo bom, inclusive cabendo destacar que este livro condena a preguiça (exemplo disso está em Provérbios 6:6-11; 13:4), e por outro lado incentiva a pessoa a ser próspera com o seu trabalho (exemplo disso está em Eclesiastes 2:24).

Por outro lado, já fora do contexto bíblico, surge a máxima: “*o trabalho dignifica o homem*” (talvez com simples variações na palavra principal, mudando para *edifica, enobrece, enaltece*, etc.). Alguns trabalhos atribuem esta frase à Benjamin Franklin, por outro lado existem em caso em que Max Weber foi o precursor, no entanto, o que importa é que o capitalismo à adotou, dentro da doutrinação econômica ou simplesmente para

justificar um dos seus fatores de produção (os outros são basicamente terra e capital, porém, atualmente utilizam-se também da tecnologia neste contexto), como lema.

No Brasil, a relação de trabalho passou por uma evolução recente, por muitos anos não acompanhou as mudanças internacionais, o que basicamente, é possível resumir o momento brasileiro em 2 (dois) eventos distintos:

Primeiramente é marcado pela longa período da sociedade agrária que inicia desde o descobrimento do Brasil e até meados do século XX, com um ligeira revolução para uma sociedade urbano industrial, a qual não dura muito, tendo início e fim no mesmo século. Este movimento industrial foi fracassado, pois não teve o acompanhamento, na mesma proporção, de reformas nas área tributária, social, política, jurídica, dentre outras. Fato que a migração do campo para as cidades, apesar das precárias condições de vida no meio rural, não significou melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Em um segundo momento, cabe destacar que o país passou por longos períodos ligados à governos autoritários e antidemocráticos, escravidão e com um tardio rompimento destes regimes. Em consequência, às normas trabalhistas são recentes, ou seja, ainda estão em processo de maturação, seja no contexto legislativo ou nas decisões das “jurídico-nacional”, por outro lado, ainda tiveram e têm pouca contribuição da atuação dos movimentos sociais.

Desta forma, pode se inferir que construção do sistema de relações de trabalho nacional não foi fruto de uma expressão social independente e espontânea. Muitos dos dispositivos e dos costumes que balizam a relação capital/trabalho no País foram delineados do Estado para o indivíduo, sempre com o objetivo de alijar, na fonte, o conflito social. Fato que em raros momentos da história da nação brasileira, observou-se a construção de condições para regulamentação do mercado de trabalho em virtude da luta de classes. (PORTO, 2012)

Por outro lado, cabe salientar, que há muitos anos, no Brasil o não trabalho de um indivíduo foi considerado contravenção penal de *vadiagem*. Ou seja, no código penal brasileiro, mas especificamente no decreto-lei 3.688/41, a vadiagem configura crime de quem habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que assegure

meios bastantes de subsistência, ou de prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita, com pena de 15 dias a três meses de detenção.

Outro fato interessante disso, é que em 1890 com o advento do decreto nº 847, conhecido como Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, foi incluído como vadiagem, a exibição pública da capoeira era considerada vadiagem, fato que perdurou até 1937.

Contudo, em 2012, o artigo 59 do decreto 3688/41, teve um marco de mudança com a aprovação na câmara do projeto de lei 4668/04, do então ex-deputado e ex-ministro da justiça, José Eduardo Cardoso, em síntese o projeto se justifica, pois em um país de desigualdade, desemprego, ou falta de oportunidades, não se pode considerar crime o que é provocado pelo próprio Estado.

Nas palavras de José Eduardo Cardoso, ao justificar o seu projeto: “Parece evidente que a simples pretensão de punir aqueles que a sociedade já condenou à exclusão social, à fome e ao desespero revela uma crueldade talvez insuperável em nosso ordenamento jurídico. Quando se percebe, ainda, que essa pretensão punitiva encontra na prisão sua concretude, tem-se a noção exata de um deboche às mais elementares pretensões de justiça.”

No entanto, esta matéria ainda carece de apreciação do senado, mas, na prática, é muito raro de se encontrar condenações desta natureza no contexto da sociedade brasileira atual.

Por fim, na sociedade atual, apesar de ainda ter lastros ligado ao contexto penoso da palavra (ou seja, aquele ligado à esforço, de submissão, etc.), o trabalho agora também tem uma visão de sobrevivência da espécie humana, meio para a prosperidade, responsabilidade, cooperativismo, crescimento e desenvolvimento individual e/ou da sociedade, onde os empregadores e empregados têm direitos e obrigações

Esta nova concepção do trabalho haveria de refletir-se, fatalmente, na própria posição do Estado que, de modo gradativo, passaria a intervir nas relações entre patrões e empregados, primido, sobretudo, pelos conflitos sociais. (ALMEIDA, 2005).

Nesta concepção, basicamente, é que surge às organizações jurídicas que regulam as relações do trabalho, ou seja, integram o Direito do trabalho . Mas, antes disso, cabe destacar o Direito do Trabalho, assim como outras áreas do direito, tem a sua origem mais remota no direito Romano.

Certamente que a esplendorosa sociedade romana demonstra um pioneirismo em vários aspectos jurídicos, de modo que, mesmo atualmente, muitos dos institutos das relações modernas bebem das fontes do Direito Romano. [...] Não tardou para que às relações de trabalho entrassem no *roll* de abrangência do Direito Romano. [...] O *Locatio Conduction* era, sob uma ótica mais superficial, um contrato de locação de coisas, inclusive escravos, que, como dito anteriormente, não passavam de objetos. Todavia, essas relações estabelecidas pelos contratos foram ficando mais complexas. Serviços passaram a ser prestados mediante o *locatio*, e às classes mais baixas da sociedade, aquela que tinha menos condições econômicas, acabaram aderindo ao modelo de contrato estipulado por essa operação, vendendo sua força de trabalho em troca de pagamento. Estava estabelecida, mesmo que de maneira etérea, uma organização jurídica para o trabalho do homem livre. (SILVA, 2013, p. 17)

No Direito Romano antigo, acabaram por existir três espécies de *Locatio Conduction*. Eram eles: *o rei, operis e operarum*. Sobre isso Silva (2013, p. 17-18) disserta dizendo que que:

No *Locatio Conductio rei*, uma das partes se obrigava a conceder à outra o gozo de uma coisa em troca de certa retribuição, sendo uma espécie de arrendamento. Já no segundo, o *Locatio conductio operis, ou Locatio operis faciendi*, o objeto era o resultado de uma determinada obra que uma pessoa se comprometia a executar a outrem. A *Locatio conductio operarum* consistia no pagamento, preferencialmente em dinheiro, por conta da prestação de um serviço.(grifo nosso).

Havia no *locatio* grande liberdade contratual, mas não se compara a encontrada no período do liberalismo, mas ainda assim apresenta-se como uma garantia jurídica de efetivação contratual para aqueles que vendiam ou alugavam sua força de trabalho. (SILVA, 2013)

Cabe destacar, que a regra para o período sempre foi a escravidão, sendo assim o *locatio conductio* se comporta exceção. Contudo, com decadência da sociedade romana, surge a idade média e junto se manifestou novas forma de relação de trabalho. Neste período, surge o feudalismo que apesar de herdar características da sociedade romana, teve forte influência principalmente dos povos germânicos, além de outros povos bárbaros.

Da decadência da idade média, vem a idade moderna com o comércio e a industrialização e o liberalismo, fato que trouxe também a ocorrência de grandes revoluções políticas e sociais como a francesa e a norte-americana. Estes movimentos, transformaram a relação de trabalho.

Com a Revolução Francesa de 1789, por exemplo, os cidadãos passaram a ser tratados de maneira isonômica, sendo regidos por uma legislação formalmente estabelecida, estabelecer garantias e direitos aos cidadãos, conseqüentemente foi permitido aos trabalhadores liberdades que não existiam até então. Porém, a legislação que surgiu ainda deixava os trabalhadores em uma visível posição de desvantagem nas relações contratuais. (SILVA, 2013) .

Porém, este pensamento liberal, advindo do iluminismo, se mostrou desigual e novamente o trabalhador é prejudicado. Então, apenas na revolução industrial, isso considerando a do século XVIII (primeira) e a do XIX (segunda), foi que passou a haver legislações mais específicas quanto à proteção do trabalhador frente ao poderio econômico dos patrões. Isso só foi possível, devido aos movimentos e conflitos sociais, atrelado a intervenção do estado na época.

De acordo com Silva (2013, p. 23) , “diante de abismo que separava empregados e patrões, fez-se necessária a intervenção estatal para conter as profundas desigualdades e as comuns revoltas da classe trabalhadora.”

O Estado em sua história, sempre foi agente intervencionista, ora de forma mais acentuada como aconteceu no absolutismo e mercantilismo, ora com quase nenhuma intervenção (Laissez-Faire) ou com menor frequência, com o liberalismo clássico e o neoliberalismo, respectivamente.

Como visto, o liberalismo tradicional, em seu histórico inicial, se demonstrou um instrumento falho e desigual, pelo individualismo, o que demandou modificações, fato que se solidifica com o neoliberalismo este se pauta além das garantia das liberdade individuais, um Estado Mínimo em prol do interesse social. Esta ideia é a majoritária no contexto socioeconômico atual, o qual permeia desde o liberalismo clássico, passando pela segunda revolução Industrial, chegando até os dias atuais. E é neste diapasão que se

retorna ao tema dos os conflitos sociais, os quais culminaram com maior frequência na revolução industrial. Nas palavras de André Luiz Paes de Almeida (2014):

Com a Revolução Industrial, entre fins do século XIX e início do século XX, surgem novos métodos de produção, acarretando a dispensa de centenas de trabalhadores. Frise-se que a Revolução Industrial em tema diz respeito à segunda Revolução Industrial ocorrida. O descontentamento dos obreiros dá início aos primeiros movimentos sociais, quando começam às greves, violentamente reprimidas pelo poder público.

A luta coletiva do operariado europeu e norte-americano, associada a fatores econômicos e políticos, ensejou a criação desse ramo do Direito. [...] As relações de trabalho mais justas e equânimes e uma suavização do contraste entre o capital e o trabalho dependem de vários fatores. É neste cenário de conflito de interesses, que então surge o Direito do Trabalho, o qual tem por objetivo diminuir o desequilíbrio presente nas condições de pactuação entre empregadores e empregados no sistema socioeconômico (PORTO, 2012)

Segundo Almeida (2014), o ramo de direito privado que disciplina juridicamente às relações entre empregados e empregadores, nasce o Direito do Trabalho como consequência do Estado intervencionista, no sentido de dar igualdade jurídica ao empregado, inequivocamente o hipossuficiente na relação laboral.

Os direitos trabalhistas são tidos como direitos sociais, sendo designados assim aquela legislação que visa igualar os homens. Diferentes dos direitos liberais, em que há uma ação negativa do Estado diante da liberdade dos cidadãos, um deixar fazer, deixar passar, os direitos sociais exigem a atuação estatal para que se estabeleça a igualdade entre eles. Dessa forma, percebe-se que o principal objetivo do Direito do Trabalho é minimizar as diferenças entre empregador e empregado (SILVA, 2013, p. 24).

Contudo, é de se observar que apesar do ensaio em torno do afastamento do Estado na economia, o mesmo sempre retorna para garantir os direitos da relações econômicas individuais e coletivas. Mas contudo, é uma importante ferramenta do mercado econômico o que de certa forma disciplina o comportamento dos agente econômicos, contribuindo para o preenchimento de lacunas e conflitos que a “mão-invisível” do mercado não consegue resolver, ou seja às falhas de mercado.

O direito contratual consiste em relevante ferramenta a fomentar o desenvolvimento dos mercados, na medida em que contribui para o cumprimento das promessas feitas pelos agentes econômicos e, consequentemente, gera um aumento da confiança e cooperação entre as partes. Contudo, em virtude da

existência de assimetria informacional entre as partes e dos custos de transação envolvidos na sua formação, os contratos são incompletos e exigem do intérprete o preenchimento de lacunas, visando à concretização do negócio jurídico pretendido pelas partes da forma mais eficiente possível. (CASCAES, 2017, p. 163).

6.2 Associativismo e os sindicatos

Esta intervenção Estadista, nunca foi, é atualmente ou será um aspecto de bel-prazer, a sua atuação foi motivada por movimentos sociais que culminaram nesta época, com o objetivo de reivindicar, inclusive lutar, em prol dos direitos dos trabalhadores, o que ensejou o surgimento de associações. Mas, nem sempre foi assim, pois estes movimentos e associações eram vistos pelo próprio Estado como balbúrdia, ensejando inclusive proibições.

De acordo com Porto (2012, p. 15) com o declínio do absolutismo e do mercantilismo, ascendeu um novo modelo de Estado com base na liberdade. O Estado Liberal, proibiu a associação sob o argumento de que assim poderia manter a ordem na sociedade.

Exemplo disso foi que o associativismo foi considerado crime pelo código de Napoleão, ou seja, o código penal Francês de 1819. Ainda, cabe ressaltar que a Lei Chapelier na França e o Decreto inglês sobre associações inauguram a fase de proibição do associativismo de classe (PEREIRA, 2006).

Contudo, é fato que a atuação coletiva sempre se fez presente na história do capitalismo, guardadas as particularidades de cada época. Mas, apenas com a supressão da legislação que proíbe o direito à associação, foi que o sindicalismo passou a ser tolerado pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Memic et al (2015, p. 6), “o associativismo é uma forma de organização que tem como finalidade conseguir benefícios comuns para seus associados por meio de ações coletivas e de formas democráticas”

Segundo Silva (2013, p. 25) como indivíduos que buscam a coletividade para garantir a própria existência, um dos fatores que mais une os homens em grupos é a busca

por interesses comuns. É nesta ideia, que a previsão legal e a consciência humana, se transforma e o direito à associação passa a se difundir por várias nações. Desta forma, é possível extrair da doutrina que o associativismo sindical tem o seu marco internacional em alguns momentos importantes da história, dos quais, em especial, cabe destacar os seguintes:

- 1833 - 1834: Na Inglaterra, o direito de associação sindical passa a ser reconhecido pelo estado, foi realizada uma conferência em Londres, que fundou a *Grand National Consolidated Trades Union*, iniciado por Robert Owen;
- 1884 - A França em 1824 também reconheceu o direito ao associativismo, com a lei Waldeck Rosseau;
- 1917 - No México, a Constituição desta época previa o direito de associação e greve;
- 1919 - Na Alemanha, em sua constituição elaborada no período pós-guerra, denominada, Constituição de Weimar reconheceu organizações sindicais de trabalhadores e empregadores;
- 1919 - Por fim, O termo sindicalismo surge no art. 427, II, do Tratado de Versalhes
- 1948 - foi aprovado a Declaração Universal dos Direitos do homem. O que teve, dentre outros pontos básicos, o Direito Sindical. Este direito, foi organizado da seguinte forma: Art. XX – “Todo homem tem direito à liberdade de reunião associação pacíficas, ninguém poderá ser obrigado a fazer parte de uma associação”; Art. XXIII – “Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses.

Em períodos mais recentes, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), é criada uma série de normas que tratam especificamente da legislação trabalhista, dentre elas, em 1944, foi reconhecido o direito à associação coletiva. (PORTO, 2012).

Nesse sentido, salienta Martins (2014, p. 772) que “as crises que importaram no desaparecimento das corporações de ofício acabaram propiciando o surgimento dos sindicatos”. Sobre corporações de ofício, Neves (2016, p. 28) conceitua dizendo que estas “foram criadas para a reunião dos trabalhadores, com o intuito de criar melhores condições de vida para os profissionais da corporação.”

Desta certo modo, do direito à associação sindical se extrai o aspecto de coletividade, ou seja, o indivíduo ao associar-se em um sindicato, torna-se mais forte para negociar direitos, que de certa forma são comuns aos membros desta organização, que em consequência desta atuação emerge às negociações coletivas.

[...] a negociação coletiva, resultado de atuação sindical eficaz – empregadores conscientes da importância da participação dos sindicatos no cenário de relações de trabalho, e Poder Público voltado para a promoção do valor trabalho na sociedade –, pode e deve ser uma ferramenta de atenuação da desigualdade social no Estado [...] e de reafirmação da importância do Direito do Trabalho. (PORTO, 2012, p. 11)

Então, é no âmbito do direito de associativismo sindical e das reuniões destas instituições que surge uma das ferramentas mais importantes no fortalecimento dos direitos trabalhistas e a organizar a relação empregado e padrão. Este instrumento foi denominado negociação coletiva, a qual trouxe grandes avanços à legislação trabalhista. Em consequência à esta negociação nascem documentos que se fazem lei (no sentido de regra, ou pacto) entre as partes envolvidas.

6.3 Direitos Direito do Trabalho e a Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil

A realidade é que a às instituições coletivas e a atuação sindical brasileira e estas instituições sempre foram vistas com certo descrédito. Ao contrário da vivência europeia,

não se observou no Brasil, o pacto social que enxergasse, nos sindicatos, como sujeitos legítimos e com credibilidade na relação capital trabalho (PORTO, 2012).

A legislação sindical brasileira tem origem no seio estatal não sendo fruto de reivindicações da classe trabalhadora, ao contrário da experiência europeia. A Constituição do Império de 1824 tratou de abolir as corporações de ofício. Já a Constituição da República de 1891 previu a liberdade de associação, mas não as garantias de exercício de tal direito. [...] As primeiras leis que tratavam de matéria sindical no Brasil se destinaram ao trabalhador rural, tendo em vista que este predominava no Brasil em vez da indústria, como ocorreu na Europa.[...] O Decreto 979 de 1903 tratava da atuação sindical dos agrícolas. Já a Constituição de 1934 tratou da pluralidade e autonomia dos sindicatos, além disso, instituiu a Justiça do Trabalho.[...] A Constituição de 1937 resgatou o modelo do sindicato único e instituiu a contribuição sindical compulsória. Vale a pena a transcrição de parte do art. 139 dessa Constituição que marginalizou a greve e o lockout: A greve e o lockout são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital, e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (PORTO, 2012. p. 21).

Por outro lado, no Brasil, como já sabido o movimento sindical, surgiu tardiamente em relação à Europa, pois no País o sistema econômico girava basicamente em torno do trabalho escravo e da agropecuária, onde, além de o fato de as relações de trabalho carecerem legislação, já que escravos não possuíam direitos, faltava a consciência de união entre os poucos trabalhadores livres. (SILVA, 2013)

Outro aspecto característico do aspecto Brasileiro é a legislação brasileira sempre teve origem no bojo estatal, não sendo fruto dos movimentos das classes trabalhadoras. Esta intervenção na vida sindical foi mais acentuada durante o Estado Novo, ou seja na era Vargas, quando da edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), decreto lei n. 5452 de 1943. De acordo com Porto (2012, p. 24):

“Vargas estruturou seu modelo desenvolvimentista sob a égide da paz social entre capital e trabalho. No que tange às questões trabalhistas, alicerçou esse modelo a partir de dois pilares regulatórios: aperfeiçoamento da legislação trabalhista e regulação detalhada da vida associativa dos trabalhadores, atrelando-a à burocracia estatal.

É possível extrair alguns aspectos históricos importantes da CLT quanto à organização sindical, dos quais pode-se destacar os seguintes:

- a) A legislação que antecedeu a CLT, já estabelecia os mecanismos de controle que estruturam a vida sindical no País, dentre outros, a proibição de existência de mais de um sindicato por categoria; o enquadramento estatal dos sindicatos conforme

lista preestabelecida; a investidura sindical pelo Ministério do Trabalho; a proibição de sindicalização no funcionalismo público; proibição da greve; a estrutura piramidal de hierarquia sindical sem a inclusão das centrais sindicais e a contribuição sindical compulsória. Tudo isso fruto da vontade do Estado e não de lutas do movimento sindical (NASCIMENTO, 2009).

- b) Durante este regime ditatorial de vargas, a CLT não foi eficiente e atingia apenas uma pequena parcela dos trabalhadores, pois não abrangia dos trabalhadores rurais, os quais eram a maioria na época, este eram mais de 70%.
- c) Em 1946, a nova Constituição Federal, restitui a liberdade associativa. Segundo Porto (2012) prevê a prerrogativa dos sindicatos de representação dos empregados na celebração de convenções coletivas, reconhece o direito de greve (regulamentado por lei).
- d) No regime militar, por incrível que pareça, a constituição de 1967, continua a prever esta liberdade associativa, manteve a contribuição sindical compulsória e o direito à greve. Mas, este último com algumas limitações;
- e) Atualmente a Constituição de 1988, prever todos esses direitos originários na era vargas, no entanto inovando em alguns casos como o fato de permitir a associação de servidores públicos (exceto militares). Por outro lado, cabe destacar que recentemente a reforma trabalhista 13.467/2017, retirou a obrigatoriedade da contribuição sindical. Mas, um fato interessante desta reforma é que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho agora se apresenta como prevalência sobre a lei, ou seja, o objeto negociado prevalece sobre o que foi legislado nas hipóteses previstas na própria legislação trabalhista.

No contexto internacional em 1981 na Genebra, o incentivo e fomento da negociação coletiva trabalhista surge do texto da Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, editado durante a 67ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho.

Além das convenções, a OIT possui uma série de recomendações em matéria sindical e de negociação coletiva, visando a promover a solução pacífica de conflitos na esfera laboral e a promoção do valor trabalho na sociedade. Para

citar algumas delas: n. 91 que dispõe sobre convenções coletivas de trabalho, n. 143 que dispõe sobre proteção dos representantes dos trabalhadores nas empresas e n. 163 que dispõe sobre o amplo direito de negociação e mecanismos de solução de conflitos trabalhistas. (PORTO, 2012, p. 19)

E no Brasil, a negociação coletiva foi acompanhada a partir desta mesma convenção, quando em 1992 este texto foi aprovado pelo Congresso Nacional, conforme Decreto legislativo nº 22, deste mesmo ano. Este fato demonstra de certo modo os efeitos da nova CF, mais democrática e a nova visão política do país na época, aquela de inserção no contexto internacionais com problemas comuns e em processo de globalização, preocupados dentre outros aspectos o fator trabalho.

Segundo Delgado (2014) “os diplomas negociais coletivos são instrumentos formais, solenes. Ou seja, devem ser expedidos por escrito, bem como submetidos à divulgação razoável, sendo que estes têm ritos e requisitos com certo grau de complexidade”. Diante disso, cabe destacar que no Brasil, as negociações podem resultar em dois institutos: o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho.

Acordo Coletivo de Trabalho (ACT): trata-se de um ato jurídico celebrado entre um sindicato representante de um grupo profissional e uma ou mais empresas que celebre contrato com a respectiva classe trabalhadora. A CF/88, diferentemente das constituições anteriores, reconhece os acordos coletivos (Art. 7º, XXVI), mas eles já ocorriam antes desse reconhecimento constitucional. Seus efeitos se restringem aos sujeitos acordantes (inter partes).

As Convenções Coletivas de Trabalho (CCT): aparecem nos textos constitucionais desde a Carta Magna de 1934 (Art. 121, §1º) e se mantêm desde então. Constitui-se de um ato jurídico que traduz um ajuste entre entidades sindicais (de empregadores e empregados), visando novas condições de trabalho. Sua eficácia se estende a todo âmbito das respectivas categorias. (erga omnes). (SILVA, 2012).

A CF de 1988, sem dúvida, é a que mais democratizou o sistema sindical no país, no entanto trouxe heranças no regime autocrático, ou seja, por um lado afasta em seu bojo a intervenção estatal, expande os direitos da negociação coletiva e garantia dos direitos individuais e coletivos, mas mantém o sistema da unicidade sindical, manteve por muito tempo o financiamento compulsório. Mas é com a CLT, que os termos são melhores organizados.

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.

Art. 611 § 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.

Sob outra perspectiva, cabe destacar também, que no século XX, mais especificamente durante a segunda metade dele, a economia brasileira caracterizou-se, dentre outros traços, por um recorrente e acentuado processo inflacionário, o qual coexistiu com generalizada indexação de preços e salários. Neste cenário, negociações salariais entre sindicatos de trabalhadores e de empregadores eram conduzidas sob os efeitos da inflação alta e crônica e da vigência de normas estatutárias de indexação dos salários. Já durante a estabilidade, abre-se um novo capítulo na história das negociações salariais do país (DIAS, 2012).

Dias (2012, p. 8), completa dizendo que o novo contexto de baixa inflação e desindexação alterou a dinâmica dos salários nominais. Os reajustes salariais passaram a ser definidos exclusivamente por negociação individual ou coletiva, sem arbitrariedade direta do governo, excetuando-se a determinação de salários mínimos, que continuaram a ser definidos em lei.

6.4 Os impactos econômicos e a flexibilização das negociações coletivas.

Há-se concordar com a importância sindical (com a sua liberdade de associação sindical, permitir a negociações coletivas, instrumento de solução de conflitos e garantia de direitos) para os direitos trabalhistas e a relação econômica do trabalho. Mas, apesar da história ter demandado a intervenção estatal na liberdade econômica, isso pacificado e aceito no neoliberalismo, o dinamismo liberal não aceita abusos e rigidez das normas trabalhistas, pois a essência da geração de riquezas é o trabalho.

Segundo Silva (2013, p. 40) a necessidade de proteção à classe operária com vistas a se alcançar "justiça social" vem sendo defendida ao longo da história. Acontece que, com o passar dos anos a rigidez das normas trabalhistas acaba por interferir diretamente na economia, pois não há geração de riqueza sem trabalho.

Sendo assim, o Estado, sempre esteve em um dilema: garantir o amparo às condições dos trabalhadores ou manter a ordem econômica em prol do desenvolvimento do país frente a um mundo globalizado. O fato é que neste cenário de globalização e avanços tecnológicos, ter a consciência a flexibilização das normas é essencial, mas a cautela deve sempre estar presente. De acordo com Silva (2013, p. 41) a flexibilização das leis do trabalho mostra-se uma alternativa para que haja uma ação normativa que vise compensar esse dinamismo das relações econômicas e, conseqüentemente, trabalhistas.

Da mesma forma Neves (2016, p. 55), relata que a realidade atual das relações trabalhistas requer maior maleabilidade, visando a efetiva e justa combinação entre os interesses dos parceiros sociais. Não se deve apenas perquirir a continuidade do emprego, mas, também, a sustentabilidade da empresa.

Por outro lado, apesar da necessidade de flexibilização esta é limitada, daí a necessidade de cautela. Segundo Neves (2016, p. 61) é de se concluir que os limites à flexibilização se encontram nas normas de ordem pública, que não podem ser modificadas pelos sujeitos coletivos, sendo um mínimo assegurado ao trabalhador, sem o qual este não é capaz de sobreviver com dignidade.

No Brasil, recentemente iniciou alguns ensaios, frente a esta flexibilização, onde a CLT passou por algumas reformas feita na lei n. 13.467/2017, além disso foi aprovada a da lei de liberdade econômica n. 13.874/2019 inclusive apelidada de “Mini-reforma trabalhista”, além disso é possível destacar a lei da terceirização n. 13.429/2017 (além do decreto 9.507/2018), aprovação da reforma da previdência através da PEC 06/2019.

Por fim, cabe destacar que isso é fato que já era objeto de discussões e conclusões em trabalhos acadêmico e estudos técnicos, exemplo disso é o que relata Neves (2016), ao dizer que “no Brasil, argumenta-se que a legislação laboral, esculpida na CLT, é detalhista, anacrônica e não condizente com a nova realidade imposta pela forte concorrência global, ou seja, *merecedora de um texto novo e atualizado*”. (grifo nosso).

6.5 Às Negociações Coletivas aplicada à Terceirização de mão de obra no Brasil

Nesta ideia de flexibilização da relações laborais, o tema da terceirização é talvez um dos mais polêmicos assuntos, o qual divide opiniões entre progressistas e sindicalistas (e/ou conservadores). Como já visto, o Brasil também acompanha esta tendência mundial, pois como também já mencionado, pela histórica fraqueza sindical a força estatal sempre esteve presente na regulação trabalhista, fato que atualmente o Brasil ampliou e ratificou a legalidade da terceirização com a edição da lei 13467/2017 e mais especificamente ao serviço público com a edição do decreto n. 9.507/2018.

“A resposta empresarial às privatizações e à abertura comercial dos anos 1990 foi a reestruturação produtiva, com redução de custos e melhoria da qualidade dos produtos, através da diminuição do contingente de mão de obra, de modificações nos métodos produtivos, da terceirização e da redução de estoques. O desemprego chegou a proporções inéditas e a terceirização alcançou amplos setores da produção, intensificando-se com o passar dos anos.[...] O governo estimulou a prática da negociação coletiva, por um lado, condicionando o contrato de trabalho por prazo determinado, o banco de horas e a participação nos lucros e resultados a acordos de negociação coletiva.” (DIAS, 2012, p 15 e 16).

Se contrapondo a ideia de desregulamentação, a questão da flexibilidade está mais associada ao novo modelo das relações de trabalho no interior das empresas, ou seja, está mais ligado a reestruturação produtiva, ou seja, é inevitável em um mundo globalizado e capitalista. Segundo afirma Porto (2012, p. 68) “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.”

“A terceirização é um fenômeno das sociedades capitalistas e, apesar de conservar características gerais que se reproduzem em todos os países nos quais é adotada, apresenta particularidades nas diferentes localidades onde se desenvolve.” (DIEESE, 2012, p. 3)

Como visto, no Brasil, a formação da questão do sindical teve forte interferência do Estado, o cenário muda com a CF/88. Sendo assim, “é certo que a grande conquista para o sindicalismo brasileiro foi a promulgação da CF/88, que segundo a qual o Estado deixou de interferir nas organizações sindicais. E autorizou a sindicalização dos servidores públicos” (VÁLIO, 2016, p. 27). Contudo, a carta magna ainda carrega raízes amargas

advindas da história vivida no cenário autocrático, enfrentado pelo país e o longo processo de rompimento de relações desumanas.

Apesar disso, neste novo contexto, é possível identificar outros aspectos de reações em face das dificuldades de representação do trabalhador, pois a fragilidade de representação sindical está pautada em virtude de fatores que, inclusive alguns, independem da atuação do Estado, tais como: a reestruturação produtiva, terceirização, precarização dos contratos de trabalho, globalização, individualismo dos trabalhadores e das baixas taxas de sindicalização (PORTO, 2012). Pois alguns dos fatores estão ligados, justamente às particularidades da economia, que fazem com que o próprio Estado, além dos sindicatos, sigam a dinâmica do mercado, isso claro, se desejam não sucumbir neste cenário competitivo.

Dos fatores relacionados, os quais merecem maior destaque é o do individualismo e da baixa taxa de filiação sindical, pois estes se comportam ora como causa ou ora como consequência da atuação sindical, ou seja a fraqueza sindical pode causar estes problemas, através da desestimulação do indivíduo, mas o enfraquecimento do sindicato pelo estado ao manter por exemplo a unicidade traz como consequência estes fatores, devido a fragmentação das classes trabalhistas e subdivisão destas instituições, fato que se acentua mais ainda com a terceirização.

Isso é corroborado, por exemplo, nos relatos do livro “Terceirização e negociações coletivas”, organizado pela Secretaria de Relações de Trabalho da CUT, o qual engloba além desses assunto, vários outros e de diversos autores. Literalmente, conforme descrito:

“A ação coletiva dos trabalhadores, seja por meio de organizações de representação por empresa ou sindicatos, seria uma forma eficaz de combater os malefícios da terceirização. Entretanto, a soma do formato da terceirização em prática no Brasil – pautada exclusivamente pela redução de custos – com a legislação que regulamenta a organização sindical, acaba por inviabilizar a defesa dos trabalhadores em relação à precarização e às desigualdades no mercado de trabalho. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) determina como parâmetros para a organização sindical a categoria profissional e a unicidade sindical. Ou seja, a representação por categoria impossibilita a existência de um mesmo sindicato para representar diferentes segmentos da classe trabalhadora, além de permitir apenas um único sindicato da categoria profissional em uma mesma base territorial (unicidade sindical). Estes dois aspectos da organização sindical formam uma estrutura pulverizada e fragmentada, com sindicatos divididos em inúmeras categorias profissionais e

com unidades que chegam ao nível municipal. ” (CUT E DIESEE, 2014, p 152 e 153)

De acordo com Porto (2012, p. 131), “na terceirização, pulveriza-se ainda mais a representação sindical, já que, em regra, há uma série de sindicatos representando cada um deles os trabalhadores de uma empresa terceirizada dentro de um mesmo ambiente de trabalho.”

Em consequência aos fatos, a negociação coletiva e os instrumentos derivados dela aparentemente se mostram prejudicados neste cenário, característico do contexto nacional. Segundo afirma a nota técnica n. 112, do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos:

“No Brasil, em particular, onde a negociação coletiva ocorre segundo critérios restritivos, especialmente no que tange aos limites legais de organização e negociação coletiva no âmbito das categorias profissionais, a terceirização representa um sério problema para os trabalhadores. Por esta razão, este tem sido um dos temas candentes das negociações coletivas de trabalho nos últimos anos.”

6.5.1 Negociações coletivas e às contratações públicas

Em síntese a Convenção Coletiva de Trabalho é a ferramenta capaz de formalizar os termos de um acordo entre os sindicatos dos trabalhadores e das empresas de um determinado ramo de atividade comercial. Ou seja, em condição de terceirização de mão-de-obra, o tomador do serviço não faz parte deste processo. Isso é o que afirma por exemplo Neumann (2015, p. 42):

“Trabalhadores terceirizados são regidos em sua relação laboral pela legislação trabalhista em vigor aplicável ao setor privado, e os seus salários e demais vantagens periodicamente renegociados entre os sindicatos e a classe patronal. Desta negociação a Administração Pública contratante não toma assento, ainda que seja parte interessada no processo, uma vez que os custos de qualquer avanço remuneratório serão transferidos aos tomadores dos contratos, entes públicos ou privados”.

Ainda Neumann (2015, p. 42) completa dizendo que desta forma, foge da Administração Pública o controle das despesas realizadas com contratação de mão de obra terceirizada, contabilizadas como “Locação de Mão de Obra”, restando tão somente a possibilidade de reduzir o número de postos de trabalho contratados.

Ou seja, 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. (MADELA, 2012 p. 64)

Contudo, é garantida a manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e, ao final, o impacto financeiro dos índices de reajuste concedidos pelas CCT's será todo suportado pela tomadora dos serviços, a Administração Pública. (MATOS, 2017, p. 56).

Isso ocorre pois em uma contratação em 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. Com isso, ainda segundo Matos (2017, p. 60):

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.

Particularmente, atrelado ao cenário das contratações públicas, é preciso conhecer os seus efeitos normativos nos contratos firmados pela Administração, há que se averiguar, por exemplo, se a concessão de reajustes salariais está condizente com aos índices inflacionários apurados para o período, pois como consequência lógica, o lucro das empresas é elevado no mesmo percentual dos custos observados no período. (MATOS, 2017).

De acordo com Madela (2012, p. 7) às majorações impactarão diretamente os respectivos contratos administrativos devido ao mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico financeiro, aumentando as despesas que, por serem fixadas no orçamento federal, podem não suportar tais acréscimos.

[...] “há nuances que devem ser observadas em toda cadeia de fatos/atos que, ao cabo, se concretizam no deferimento da repactuação e restabelecimento do

reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Há, portanto, que se observar, primeiramente, que a Administração Pública, como tomadora dos serviços prestados, não participa das negociações das Convenções Coletivas de Trabalho”. (MATOS, 2017, p. 60).

7 ANÁLISE ECONÔMICA DOS ADITIVOS E APOSTILAMENTOS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA DA UNB

7.1. Delimitação do objeto de pesquisa

O objeto de estudo deste trabalho foi analisar o tratamento jurídico e econômico dado no contexto histórico das alterações de contratos terceirizados, dando ênfase principalmente às repactuações, atrelado à isso examinar o fenômeno ocorrido no orçamento da Universidade de Brasília.

Por outro lado, o escopo do objeto de análise foi restringida à análise serviços limpeza/conservação e vigilância desarmada, os quais são atividades comuns à maioria dos órgãos públicos independente da semelhança da atividade principal (inclusive estendido à iniciativa privada). Então apesar de na prática o fato delimitar a pesquisa no trabalho, por outro lado, se justifica estrategicamente na ampliação das possibilidades de abrangência para outras organizações, diante da similaridade das atividades.

Contudo. a UnB passou um longo processo de adequação de suas contratações, então antes deste contratos muitos foram realizados de maneira emergencial, então esta escolha não se justifica pela simples adaptação à metodologia aplicada na pesquisa ou escolha aleatória, mas sim pela característica empírica do objeto da pesquisa, pois a AED é aplicável aos contratos de serviços continuados, dos quais geralmente são de médio e longo prazo, ou seja, são justamente estes os objetos de estudo da análise econômica do direito quando aplicada aos contratos.

7.1.1 Breve relato sobre a terceirização de mão-de-obra na UnB.

A Universidade de Brasília, criada pela lei 3.998/1961 e fundada em 21 de abril de 1962, é uma instituição pública de ensino superior categorizada como fundação

autárquica. Atualmente tem 4 campi no Distrito federal, onde o campus Darcy Ribeiro, que é o principal, está localizado em praticamente toda a extensão da asa norte, mas atualmente a UNB com unidades em Goiás como é o caso da UnB Cerrado em de Alto Paraíso-GO.

Somando todos 4 campi e outras unidades unidades fora destes, a UNB soma uma área total de mais ou menos 400 hectares e mais de 500 mil m² de área construída, com uma população universitária de mais de 50 mil pessoas, incluindo neste quantitativo alunos (os quais são a maioria, somando quase 93% deste total), além docentes, técnicos administrativos, funcionários terceirizados, estagiários (que juntos somam os outros 7% em média).

Segundo o Anuário Estatístico da UNB - 2018, esta área está dividida conforme componentes institucionais, da seguinte forma:

Tabela 1 - Divisão e organização das unidades institucionais da UNB

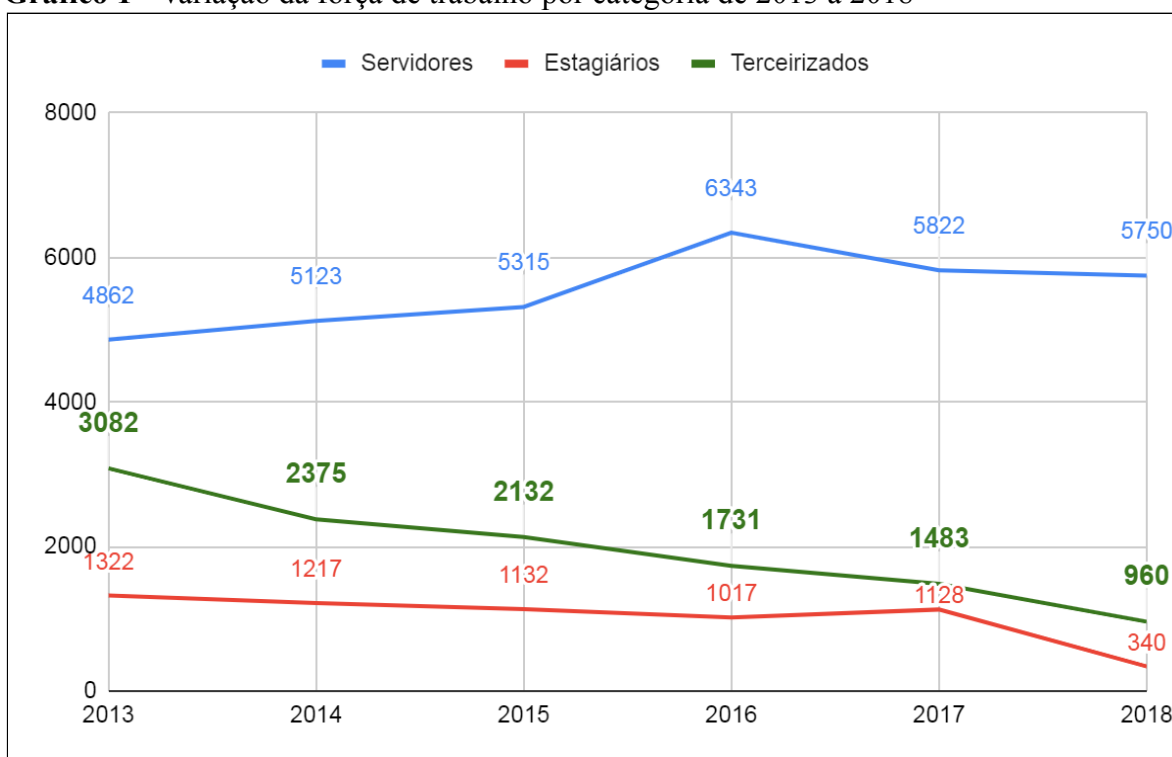
Componentes Institucionais	Totais
Decanatos	8
Institutos	12
Faculdades	14
Departamentos	53
Centros de pesquisa	12
Centros de Ensino e Pesquisa	4
Núcleos	36
Secretarias	4
Órgãos Complementares	6
Órgãos Diversos	10
Hospital Universitário	1
Hospitais Veterinários	2
Bibliotecas	4
Fazenda Água Limpa	1
Campi	4
Total	171

Fonte: Anuário Estatístico da UNB - 2018

Para o atendimento destas unidades, são demandado um grande volume de mão-de-obra e seus mais diversos níveis e áreas de qualificação profissional (dentre

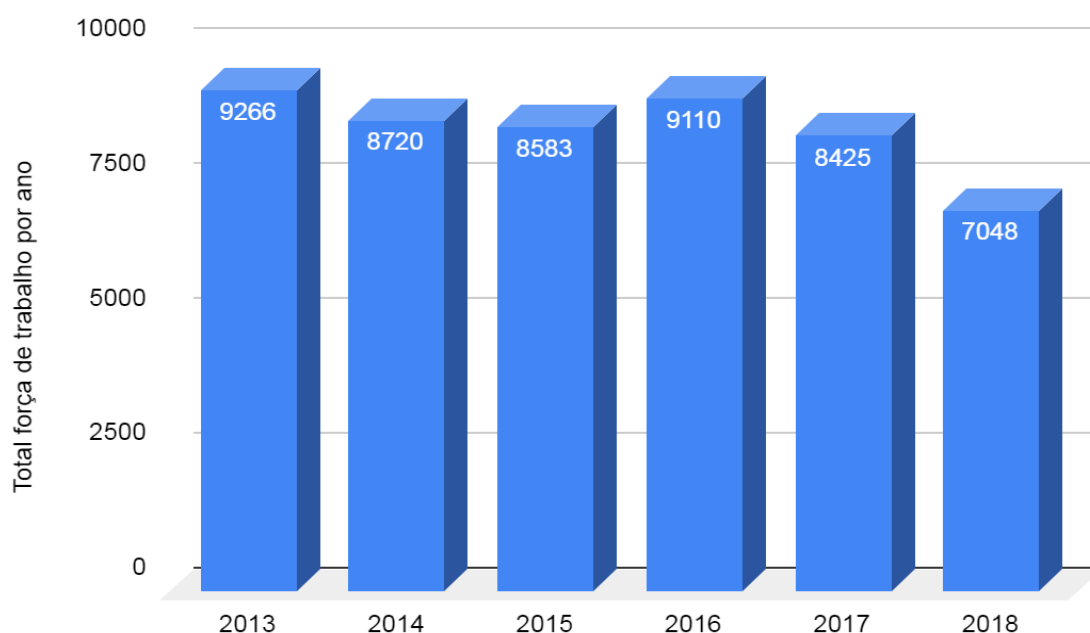
docentes, técnicos administrativos, estagiários e pessoal terceirizado). Segundo os dados dos relatórios de gestão de 2013 a 2018, a força de trabalho na UNB variou, nos últimos anos da seguinte forma:

Gráfico 1 - Variação da força de trabalho por categoria de 2013 a 2018



Fonte: Elaboração do autor. Dados extratidos dos relatórios de gestão da UNB de 2013 a 2018. Disponíveis em: www.dpo.unb.br

A partir do gráfico 1, é possível perceber que a única categoria da força de trabalho da UNB que teve aumento em sua quantidade foi a de servidores, quando comparado os valores de 2013 e 2018, houve um aumento de 18,26%, mesmo com duas quedas sucessivas entre os períodos de 2016 a 2018. Por outro lado, o quantitativo de estagiários e terceirizados apresentou uma queda significativa, os percentuais redução chegaram à 78,28% e 68,85%, respectivamente.

Gráfico 2 - Variação referente ao quantitativo do total da força de trabalho - por ano

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos dos relatórios de gestão da UNB de 2013 a 2018. Disponíveis em: www.dpo.unb.br

Até o momento, esses dados servem apenas para mostrar o grau de importância do quantitativo de terceirizado frente aos outros grupos de mão-de-obra da Universidade. Por outro lado, já delimitando o objeto de pesquisa cabe destacar os aspectos históricos da UnB quanto ao seu processo de terceirização. No entanto, primeiramente cabe destacar que alguns dos fatos narrados a seguir são polêmicos, diante disso, é necessário salientar que o objetivo deste trabalho não foi denegrir a imagem da instituição por estes fatos elencados, foi apenas construir um aspecto histórico quanto a evolução da terceirização da mão-de-obra da instituição

O arquivo institucional da UNB se demonstrou insuficiente no quesito histórico documental em anos anteriores, o que necessitou se complementado por relato de servidores mais antigos, dos quais descreveram que historicamente a UnB tem um o processo de terceirização muito recente, que iniciou mais ou menos nos últimos 20 anos, isso ocorreu pois o processo de extinção de cargos de carreira no entanto terceirizáveis foi tardio ou pela significativa quantidade de trabalhadores, inclusive cabe destacar que até

hoje a instituição tem diversos cargos desta natureza e em efetivo exercício, tais como: auxiliar de serviços gerais, porteiro, vigilantes, telefonista etc.

Por outro lado, a instituição foi marcado por diversas contratações sem concurso público, fato que ensejou em diversas discussões polêmicas entre instituições órgãos de controle e sindicatos, decorrente de sucessivos indícios de ilegalidade. Muitas dessas irregularidades aconteceram após a criação da FUBRA - Fundação Universitária de Brasília (diferente da atual FUB), que pela dificuldade documental não se encontrou data exata da sua criação e extinção, o que se sabe é que esta instituição aparece nos relatórios de gestão da Universidade apenas o nome surge a citação meados do ano de 2000 e desaparece por volta de 2010/2011, mas não descreve detalhadamente às justificativas e dados históricos sobre sua criação e/ou extinção, tão informações de gestão de recursos (pessoais e financeiros) e prestação de contas.

Conforme relato de servidores da época, esta fundação era responsável pela gestão administrativa da universidade, com a contratação de pessoal “terceirizados” (ou os chamados servidores contratados), onde estes eram contratados diretamente pela fundação, além de ser responsável pela contratação e administração de algumas obras e reformas da UnB (inclusive o hospital universitários). Ou seja, era um organismo à parte da UnB contratado por meio de convênio e com funções específicas, muitas vezes sem a competência e amparo legal devido para a delegação desses serviços. Esses fatos inclusive foram objetos de muitas intervenções de órgãos de controle, principalmente na contratação de serviços e obras sem licitação ou contratação de pessoal sem concurso.

Sobre a contratação de pessoal, o fato polêmico está ligada a admissão direta de colaboradores, Secretaria de Recursos Humanos-SRH/UnB ou pela Fundação Universitária de Brasília (FUBRA), estes colaboradores era conhecidos, popularmente no rol de jargões da instituição, como SICAPs (devido a forma de cadastro no Sistema de Cadastramento Unificado de Prestação de Serviço, neste caso mantido pela SRH/UnB), também conhecidos como “precarizados” (apesar de muitas vezes terem bons subsídios, não tinha direitos básicos trabalhistas e previdenciários garantidos), por outro lado, para órgãos de controle essa prática era conhecida mesmo como terceirização irregular de pessoal. Segundo o relatório de auditoria da CGU n. 201305679, realizado em 2012:

“Com base nas informações do Relatório de Gestão de 2012, cujas informações foram extraídas do Sistema de Pessoal-SIPES, comparadas com as do SIAPE e com as do próprio SIPES de dezembro de 2012, verificou-se que os dados do quadro de pessoal apresentados no Relatório de Gestão estão inconsistentes. Não sendo possível inferir sobre a real força de trabalho da unidade. Essa inconsistência de informações também ocorre em relação ao número de servidores terceirizados irregulares, SICAP.”

Esta categoria de trabalhadores faziam parte da folha de pagamento da instituição, contudo aparente eram pagos com valores de projetos e receitas próprias, segundo relato de servidores. Mas este cenário mudou, diante de várias tratativas junto aos órgãos de controle, pois passaram a ser substituídos servidores do quadro q que após realização de sucessivos concursos públicos entre os períodos de 2013 a 2015, a regularização desta situação foi efetivamente resolvida.

Em sequência, de acordo com informações e documentos fornecidos pela Coordenação de Contratos de Serviços por Postos de Trabalho com Dedicção (CDE) subordinada à Diretoria de Contratos Administrativos (DCA), que por sua vez está ligado ao Decanato de Administração e Finanças (DAF), a primeira licitação de mão-de-obra terceirizada e realizada forma legal, foi a de n. 601/2001 firmado através da licitação na modalidade concorrência n. 102/2000 com a empresa CONSERVO SERVIÇOS GERAIS LTDA, cujo objeto abarcava praticamente todas as funções necessárias e passíveis de terceirização à época, dentre elas limpeza, conservação, manutenção, suporte operacional, proteção patrimonial, conforme descrito no objeto do contrato. Esta contratação teve um valor mensal estimado de R\$ 712.240,89 (Setecentos e doze mil, duzentos e quarenta reais e oitenta e nove centavos).

Este contrato durou até 2007, e maior problema neste contrato n.602/2001, observado no processo de contratação, gestão e fiscalização, foi na aparente inexperiência em gestão e fiscalização desses serviços, pelos agentes envolvidos à época. Cabe destacar que os valores pagos à referida empresa Conservo, variaram muito do valor estimado previsto, bem como o quantitativo de pessoal. Esta ineficiência gerencial, inclusive ensejou na obrigação da quitação por parte da UnB à empresa na rubrica mais de 2,6 milhões (dividido em parcelas), isso por orientação jurídica e após acordo, decorrente da

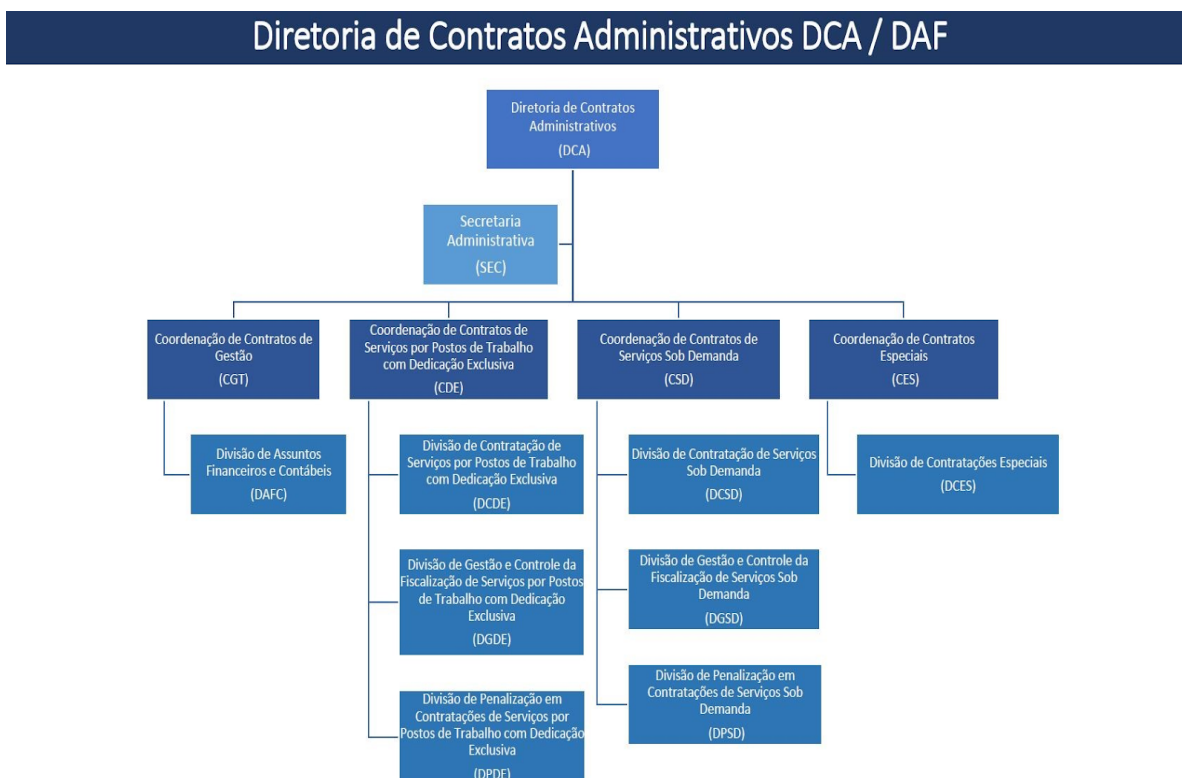
não concessão de repactuação no período adequado, o que ensejou inclusive a *correção por índice inflacionário, devido ao atraso provocado*.

Às atribuições referente a gestão e fiscalização dos contratos terceirização de mão-de-obra ficavam a cargo da Secretaria de Recursos Humanos - SRH da instituição, onde esta unidade foi em substituída 2010 pelo Decanato de gestão de pessoas (DGP), que continuou com esta atribuição, ou seja, a administração dos funcionários terceirizados sempre foi feita junto com o servidores do quadro e estagiários.

Até que em 2013, foi instituída a Diretoria de terceirização decorrente do ato da reitoria n. 1104/2013, agora não mais ligada à área de gestão de pessoa e sim ao Decanato de Administração e Finanças (DAF), onde suas atribuições passam a ter uma função mais impessoal e direta dos trabalhadores sem a subordinação destes com a instituição contratando, ou seja, passando a ter uma postura mais direta às regras do contrato firmado e trativas direito com a empresa, apenas com a função de fiscalizar a gestão de empresa com os seus funcionários.

Contudo, em 2019 a DTER foi extinta após a aprovação da estrutura organizacional da Diretoria de Contratos Administrativos (DCA), com o objetivo de centralizar às atividades de apoio ao planejamento, fiscalização e gestão de várias tipos de contratos administrativos, sejam eles terceirização e/ou gestão, com ou sem dedicação exclusiva de mão-de-obra, sendo assim, às funções da antiga diretoria de terceirização foram integralmente repassadas à Coordenação de Contratos de Serviços por Postos de Trabalho com Dedicção (CDE).

Atualmente a DCA está dividida em 3 (três) coordenações, às quais por sua vez se subdividem em Divisões. Especificamente a CDE, está subdividida em outras três divisões conforme organograma a seguir:

Figura 2 - Organograma da Diretoria de Contratos Administrativo (DCA) da UNB

Fonte: site DAF/DCA. Disponível em: <http://www.daf.unb.br/>

Atualmente a UnB, terceiriza diversas áreas ora com a necessidade exclusiva de mão-de-obra, ou seja aquela que necessita a presença humana todos os dias em horários devidamente estipulados e de maneira contínua, incluindo neste rol limpeza, portaria, vigilância, serviços agropecuários (tratador de animais, trabalhador agropecuários, vaqueiro, mecânico de máquinas agrícolas etc.), vigilância desarmada, copeiro, contínuo, recepcionista, vendedor (para a editora da unb), coletor de resíduos sólidos, por outro lado, tem os serviços que muito tempo foram de dedicação exclusiva no entanto, a evolução das contratações da universidade trouxe o surgimento das contratações de prestação de serviços sem a necessidade de dedicação exclusiva, ou seja, o preço é dado pelo serviço prestado diante de ordem de serviço devidamente autorizada, este é o caso de serviços de manutenção, tais como: Jardinagem, serviços elétricos, hidráulica, alvenaria, pintura, instalação e manutenção de ar-condicionado, serviços de telecomunicações e internet etc. Sendo assim cabe destacar, na tabela abaixo, os contratos referente a locação de mão-de-obra, vigentes em 2019:

Tabela 2 - Contratos de locação de mão-de obra vigentes até nov/2019.

EMPRESA	CONTRATO	OBJETO	VALOR MENSAL PREVISTO DO CONTRATO	VALOR GLOBAL DO CONTRATO	Total de Trabalhadores Previstos no Contratado
Life Defense Segurança LTDA	206/2014	SERVIÇOS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	R\$ 1.288.535,49	R\$ 15.462.425,94	180
RCA Produtos e Serviços LTDA	200/2015	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	R\$ 1.487.512,09	R\$ 17.850.145,12	283
Ágil Serviços Especiais Ltda	025/2016	SERVIÇOS DE MOTORISTAS E OP. DE TRATOR	R\$ 252.831,92	R\$ 3.033.983,04	43
Liderança Limpeza e Conservação LTDA	028/2016	APOIO À EDITORA DA UNIVERSIDADE	R\$ 22.584,98	R\$ 271.019,76	6
Ágil Serviços Especiais Ltda	074/2016	SERVIÇOS AGROPECUÁRIOS	R\$ 336.394,78	R\$ 4.036.737,36	54
SS Empreendimentos e Serviços Eireli	171/2016	SERVIÇOS DE PORTARIA	R\$ 1.134.963,36	R\$ 13.619.560,32	276
Ágil Serviços Especiais Ltda	166/2017	APOIO E COPEIRAGEM	R\$ 244.485,84	R\$ 2.933.830,08	70
Ágil Serviços Especiais Ltda	167/2017	ALMOXARIFE E MOVIMENTAÇÃO DE MÓVEIS E MATERIAIS	R\$ 81.000,36	R\$ 972.004,32	22
Ágil Serviços Especiais Ltda	001/2017	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO (SGP)	R\$ 243.446,20	R\$ 2.921.354,40	48
Ágil Serviços Especiais Ltda	002/2017	PORTARIA (SGP)	R\$ 427.527,38	R\$ 5.130.328,56	105
RCA Produtos e Serviços Ltda	024/2019	COLETORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS	R\$ 22.236,01	R\$ 266.832,12	4
Griffo Serviços Gerais Ltda	032/2019	RECEPCIONISTA	R\$ 91.344,54	R\$ 1.096.134,42	21
			R\$ 5.632.862,95	R\$ 67.594.355,44	1112

Fonte: Diretoria de contratos administrativos. Disponível em: <http://www.daf.unb.br>

Com o passar dos anos, como visto, já está consolidada a cultura de terceirização na instituição, mas os últimos grande problemas envolvendo a instituição foi referente a sucessivas contratações emergenciais e impasses no, planejamento de contratação, fiscalização e gestão, período marcado por empresas que decretaram falência ou omitindo informações de quitação de obrigações trabalhista e previdenciárias, acarretando inclusive no prejuízo a trabalhadores terceirizados, em consequência de inúmeras reclamações trabalhistas. Contudo, estes fatos vêm sendo superados pela instituição, como pode se observar na tabela.

Cabe destacar que o números de trabalhadores aumentaram nos contratos vigentes em 2019, pois antes não se contabilizava os trabalhadores que prestam serviços aos prédios comerciais e residenciais da universidade, pois o pagamento é feito com recurso de outra fonte, ou seja, recursos próprios decorrente justamente da atividade comercial dessas

unidades. No entanto, estes contratos tiveram a sua gestão repassada à DCA justamente no ano de 2019.

Por fim, cabe ressaltar que o objetivo deste histórico relato temporal, não foi expor os problemas internos da instituição no passado, mas apenas construir uma *timeline* da biografia institucional da UnB e assim formar um conhecimento histórico, acerca da experiência na terceirização, a partir de fatos documentais e relatos pessoais. Contudo, este autor se resguarda do direito de não exposição dos responsáveis pelos fatos e dos relatores dos casos, pois cabe aos órgãos responsáveis apurar e punir irregularidade, neste ponto o trabalho tem como meta mostrar que apesar dos problemas encontrados, a UnB evoluiu na gestão de suas contratações, como será relatado mais à frente.

7.1.2 Os serviços de vigilância desarmada e Limpeza/conservação na UNB

Após o encerramento do contrato da empresa Conservo, a Unb passa a ter uma postura de especializar mais a contratação dos seus serviços, ou seja, subdividindo os referidos serviços em áreas específicas de atuação. No que se refere ao objeto deste trabalho, escolheu por analisar duas áreas distintas da universidade, mas que é comum e passível de terceirização em quase todos os órgãos públicos, inclusive na iniciativa privada, que são os serviços de limpeza/conservação, que geralmente é responsável pela higienização dos ambientes acadêmicos, administrativo e de uso comum, bem como a conservação de móveis e pequenos equipamentos, com a sua limpeza superficial (mesas, computadores, microondas), já a área de vigilância (no caso da unb é desarmada), fica responsável basicamente em manter a ordem e a segurança das pessoas e do patrimônio na instituição.

Conforme consta no arquivo documental mantido pela CDE/DCA/DAF os contratos de terceirização de limpeza/conservação e de vigilância, tem sequência lógica, após encerramento do contrato n. 602/2001, conforme quadro abaixo:

Quadro 1 - Relação de contratos já firmados pela UNB referente aos serviços de Vigilância desarmada.

EMPRESA	CONTRATO	OBJETO	PREGÃO	ASSINATURA DO CONTRATO	TÉRMINO EFETIVO DO CONTRATO
Higirtec	604/2007	Proteção Patrimonial (segurança e portaria)*	426/2006	01/03/2007	**
Patrimonial Segurança Integrada LTDA	621/2009	SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	415/2009	01/10/2019	20/04/2012
ZEPIM Segurança e Vigilância LTDA	1551/2012	SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	Emergencial	21/04/2012	20/10/2012
ZEPIM Segurança e Vigilância LTDA	288/2012	SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	Emergencial	21/10/2012	20/04/2013
ZEPIM Segurança e Vigilância LTDA	4240/2013	SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	Emergencial	21/04/2013	21/10/2013
ZEPIM Segurança e Vigilância LTDA	733/2013	SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	Emergencial	25/11/2013	26/05/2014
Life Defense Segurança LTDA	206/2014	SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DESARMADA	023/2014	27/05/2014	Vigente

Fonte: Diretoria de Contratos administrativos UNB

* O referido contrato contemplava além do serviço de vigilância desarmada, também o de portaria

** Os documentos são insuficientes para afirmar a data exata do término do contrato

Quadro 2 - Relação de contratos já firmados pela UNB referente aos serviços de Limpeza e conservação

EMPRESA	CONTRATO	OBJETO	PREGÃO	ASSINATURA DO CONTRATO	TÉRMINO EFETIVO DO CONTRATO
ZL Ambiental LTDA	602/2007	Serviços de Limpeza e Conservação, Parques e Jardins *	426/2006	01/03/2007	*
PH Serviços e Administração LTDA	611/2009	Serviços de Limpeza e Conservação, Parques e Jardins *	417/2009	15/08/2009	11/02/2010
AST Assessoria em Serviços Terceirizados LTDA	605/2010	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	431/2009	12/02/2010	*
PH Serviços e Administração LTDA	514/2012	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	Emergencial	13/02/2012	12/08/2012
PH Serviços e Administração LTDA	268/2012	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	Emergencial	10/08/2012	12/05/2013
Fortaleza Serviços Empresariais LTDA	3834/2013	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	Emergencial	13/05/2013	09/11/2013
Apece Serviços Gerais LTDA	1994/2013	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	Emergencial	25/11/2013	23/05/2014
Apece Serviços Gerais LTDA	6370/2014	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	Emergencial	23/05/2014	31/08/2014
Apece Serviços Gerais LTDA	179/2014	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	024/2014	01/09/2014	14/01/2016
RCA Produtos e Serviços LTDA	200/2015	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	016/2015	15/01/2016	Vigente

Fonte: Diretoria de Contratos administrativos UNB

* Os referidos contratos contemplava além dos serviços de limpeza/conservação, também o jardinagem.

** Os documentos são insuficientes para afirmar a data exata do término do contrato

Na UnB apesar do cenário inicial de contratações terem seguido corretamente os ditames licitatórios, houve contratos com curta duração (devido problemas causados por quebra de empresas ou rescisão unilateral), fato que ensejou na apresentação de um cenário de sucessivos episódios de contratações emergenciais, conforme pode se observar no quadro 2. Desta forma, para adaptar o objeto de pesquisa à abordagem AED e aos

estudos de incompletude contratual ou assim como o da teoria da imprevisão, entendeu ser razoável estudar os 2 últimos contratos vigentes (sendo um de limpeza/conservação e outro de vigilância desarmada), pois estes apresentam um perfil de longo prazo e com diversas alterações (sendo as maiores em quantidade no rol do quadro) no decorrer da sua execução contratual. Sendo assim, os contratos escolhidos para análise foram os seguintes:

Quadro 3 - Delimitação dos contratos referente aos serviços de limpeza/conservação e vigilância desarmada escolhidos para aplicação da pesquisa

EMPRESA	CONTRATO	OBJETO	PREGÃO	ASSINATURA	SITUAÇÃO
Life Defense Segurança LTDA	206/2014	SEG. E VIGILÂNCIA DESAR.	023/2014	27/05/2014	Vigente
RCA Produtos e Serviços LTDA	200/2015	LIMPEZA E CONSERVAÇÃO	016/2015	15/01/2016	Vigente

Fonte: Diretoria de Contratos administrativos UNB

7.1.3 Orçamento da UNB e a parcela para locação de de mão-de-obra.

O orçamento público é um dos instrumentos de controle mais antigos na administração pública. De acordo com Faria (2009, p. 14) as instituições orçamentárias remetem, em seus primórdios, ao progressivo controle que o Poder Legislativo estabelece em face das finanças públicas.

Não mais importante do que os outros princípios, cabe destaque os que são mais inerentes à administração pública, o qual se destaca o da legalidade está expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, onde não haverá orçamento sem lei anterior que o defina, outro importante princípio é o da indisponibilidade das receitas públicas o qual é corolário do princípio da legalidade, a sua definição se baseia em que os bens e o patrimônio público pertencem à coletividade, de modo que ninguém pode utilizá-los livremente (PASCOAL, 2009).

Dentre estes ainda têm os princípios da unicidade, transparência, equilíbrio, clareza, programação, exclusividade, especialização, não afetação da receita, orçamento bruto, universalidade, publicidade, dentre outros.

No Brasil, o orçamento surge desde a vinda da família real . Mas a formalização se dá desde a Constituição do Império de 1824. (FARIA, 2009). O orçamento público brasileiro é cheio de peculiaridades e muitas vezes burocrático. Deste modo, é mister saber que este trabalho não esgota este assunto, pois o intuito é simplesmente estudar o orçamento delimitando ao tema, sendo assim se concentra em estudar apenas a parcela do orçamento destinado aos contratos terceirizados e no máximo adentrando em outros conceitos e rubricas, apenas se necessários para a construção lógica do conhecimento sobre o tema em específico

De acordo com Madela (2012, p. 7) o orçamento federal deve conter todas as receitas e despesas do governo para o exercício financeiro. Neste diapasão, é possível destacar que no brasil, basicamente o orçamento é divididos em 3 (três) categorias de despesas: Despesas correntes (Pessoal, outras despesas correntes, etc.), despesas de capital (Investimentos, etc) e do lado das receitas correntes (receitas orçamentária advinda de impostos, ou receitas próprias advinda de locação de imóveis, etc.) e receitas de capital, próprios essa lógica inclusive é seguida pelos órgãos de forma descentralizada.

Figura 3 - Classificação Econômica das Receitas e Despesas

Receitas	Despesas
Receitas Correntes <ul style="list-style-type: none"> • Tributárias • Contribuições • Patrimonial • Transferências Correntes • Outras Correntes 	Despesas Correntes <ul style="list-style-type: none"> • Pessoal • Juros • Custeio
Receitas de Capital <ul style="list-style-type: none"> • Operações de crédito • Alienações • Amortização e empréstimos • Transferências de Capital • Outras Capital 	Despesas de Capital <ul style="list-style-type: none"> • Investimentos • Inversões Financeiras • Amortização

Fonte: Instituto Braudel.

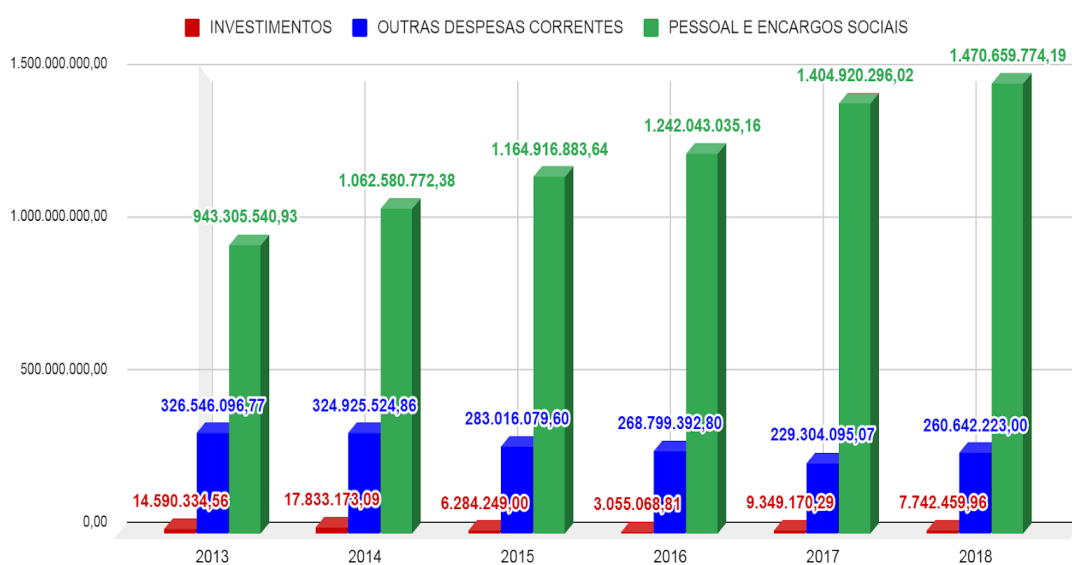
Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/12/07/capacidade-de-investir-com-recursos-proprios-dos-estados/>

O objetivo deste trabalho, está baseado em avaliar a o lado da despesa da Universidade de Brasília, mais especificamente a parcela destinada aos contratos destinados a locação de mão-de-obra. Desta forma, sabendo embasado no princípio do

equilíbrio onde toda a despesa deve ser atrelada a uma previsão de receita, sendo assim é mais didático analisar diretamente a despesa. Por outro lado, como o objetivo principal é analisar o evento fático (aí sim ser possível fazer previsões), ou seja, o impacto causado por uma regra jurídica orçamento, optou-se por apresentar os dados das despesas executadas e não às previstas.

Dessa forma, já considerando esta delimitação, segue abaixo o quadro resumo da despesa liquidada na UNB de 2013 a 2018, subdividida em investimentos, outras despesas e pessoal:

Gráfico 3 - Despesas executadas pela UNB de 2013 a 2018



Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do sistema SIAFI Gerencial

Cabe ressaltar que escolha dos dados da despesas liquidada se justifica pois a portaria do tesouro nacional n. 883/2011, item 3.2, diz que o empenho de despesa não liquidada deverá ser anulado antes do processo de inscrição de Restos a Pagar, salvo algumas excessos, sendo assim, como não foi possível distinguir isso nos dados brutos fornecido pelo sistema SIAFI, optou-se por pela despesas liquidadas, pois mesmo que não tenham sido pagas foram inscritas em resto a pagar do ano subsequente, fato que também dispensa o uso da rubrica despesas pagas, que pode não demonstrar fidedignamente a realidade executada no ano.

Por outro lado, vale destacar que às despesas com locação-de-mão de obra estão sub discriminadas, dentro da rubrica outras despesas correntes. Considerando isso, cabe especificar às despesas com locação de mão de obra executada pela UNB nos períodos de 2013 a 2018:

Tabela 3 - Despesas executadas com terceirização de mão-de-obra na UnB de 2013 a 2018

Ano	Despesa total anual executada com serviços terceirizados de locação de mão de obra	Variação(%) do período anterior	Variação (%) acumulada em relação ao valor em 2013
2013	R\$ 104.904.942,99	-	-
2014	R\$ 106.398.661,60	1,42%	1,42%
2015	R\$ 120.508.701,01	13,26%	14,87%
2016	R\$ 104.785.811,67	-13,05%	-0,11%
2017	R\$ 71.539.444,84	-31,73%	-31,81%
2018	R\$ 71.671.276,49	0,18%	-31,68%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do site da CGU - Portal da transparência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

Percebe-se a partir de 2016, a parcela de orçamento destinada ao cumprimento das obrigações com serviços terceirizados de locação de mão-de-obra, teve uma queda significativa no percentual, fato que impactou no acumulado dos anos analisado. Este fenômeno já vinha ocorrendo, desde antes de 2016 com toda a rubrica “Outras despesas”, como pode ser verificar no gráfico 3.

Com isso, ao verificar peso da a parcela destinada a locação de mão de obra sobre a rubrica outras despesas, percebe-se que em média esta despesa representou 34%, mas que teve um período de aumento em 2013, 2014 e 2015 e decresceu nos períodos seguintes conforme tabela abaixo:

Tabela 4 - Peso da parcela de serviços de terceirização de mão-de-obra comparado à rubrica outras despesas.

Ano	Rubrica Outras despesas	Despesas com Locação de mão-de-obra	Peso(%)
2013	326.546.096,77	R\$ 104.904.942,99	32,13%
2014	324.925.524,86	R\$ 106.398.661,60	32,75%
2015	283.016.079,60	R\$ 120.508.701,01	42,58%

2016	268.799.392,80	R\$ 104.785.811,67	38,98%
2017	229.304.095,07	R\$ 71.539.444,84	31,20%
2018	260.642.223,00	R\$ 71.671.276,49	27,50%
		Média	34,19%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do site da CGU - Portal da transparência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

Por outro lado, ao observar a tabela 4, a seguir, quando comparado o peso da parcela destinada a locação de mão de obra sobre a despesa total, percebe-se que em média esta despesa representou 6,5%, com certa volatilidade nos anos, porém acompanha a queda nos últimos 3 (três) anos, fato igualmente percebida na tabela anterior.

Tabela 5 - Peso percentual da parcela de serviços de terceirização de mão-de-obra comparado à despesa total executada.

Ano	Despesa total	Despesas com Locação de mão-de-obra	Peso(%)
2013	R\$ 1.284.441.972,26	R\$ 104.904.942,99	8,17%
2014	R\$ 1.405.339.470,33	R\$ 106.398.661,60	7,57%
2015	R\$ 1.454.217.212,24	R\$ 120.508.701,01	8,29%
2016	R\$ 1.513.897.496,77	R\$ 104.785.811,67	6,92%
2017	R\$ 1.643.573.561,38	R\$ 71.539.444,84	4,35%
2018	R\$ 1.739.044.457,15	R\$ 71.671.276,49	4,12%
		Média	6,57%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do site da CGU - Portal da transparência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

Sobre esta diminuição orçamentária para os serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão-de-obra, pode se aferir que está diretamente ligado a situação de recessão econômica do país e em consequência de ajuste das contas públicas neste período observado. Fato este que ensejou, adequação do governo com a edição da Emenda constitucional n. 95, sobre este instrumento cabe destacar o texto descrito para o artigo 107 §1º:

- 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.

Apesar desta tão necessária limitação orçamentária, existe o contraponto de que os contratos de terceirização que envolvam mão-de-obra são majorados anualmente por força das convenções coletivas de trabalho. Segundo Matos (2017, p. 65) a ideia é que os pedidos de repactuação sejam conhecidos e os encargos majorados promovam a correção dos valores contratuais, até o limite de sua variação acumulado com o IPCA. Com esta medida, garantir-se-ia, pelo menos em parte, o direito ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato dentro do meio possível e pautado pela Emenda Constitucional.

Mas de acordo com o próprio autor com Matos (2017, p. 65) como efeito prático das medidas trazidas pelo Novo Regime Fiscal, a Administração Pública não irá dispor de meios para conceder repactuações com índices superiores àqueles obtidos no IPCA, sob pena de ser obrigada a corroer outras rubricas de seu orçamento para fazer frente a essas despesas. Ou mesmo, reduzir os contratos, renegociar os termos, re-adequar o planejamento das novas contratações.

Neste diapasão, antes da EC 95, esta imprevisão no percentual das negociações e/ou lacuna na elaboração orçamentária poderiam impulsionar os orçamentos com vista a conter certa margem de segurança no lado da despesa, fato que de certo modo contraria o princípio da exatidão orçamentária. Em consequência, ainda obrigava os governos a superestimarem o volume de receitas a serem arrecadadas.

Diante dos fatos, do ponto de vista jurídico-orçamentário, é possível observar que devido possível impacto das negociações coletivas de trabalho, as normas orçamentárias, da forma como estão, vinculam e obrigam o poder público a fixar suas despesas, mas simultaneamente garantem que negociações coletivas impactem diretamente nas despesas com contratos administrativos, o fato é previsto anualmente, mas na prática o seu impacto financeiro é de difícil mensuração.

7.1.4 Classificação da AED aplicada ao objeto de pesquisa

Trazendo a Análise Econômica do Direito ao contexto metodológico, cabe destacar que existe certa confusão na classificação do tema, pois várias são as maneiras de rotulagem do termo. Alguns autores tratam-a como: escola de pensamento, teoria (corrente doutrinária), ciência, método (em sentido estrito de formas ou caminho), metodologia, ferramenta (instrumento, técnica etc), ou ainda um método de abordagem (sentido lato de . De antemão, já cabe ressaltar que não existirá consenso na doutrina, pois irá depender do contexto que o termo esteja empregado.

No entanto, se baseou no estudo pelo viés da exclusão, ou seja, o que a análise econômica do direito não deve ser classificada. Primeiramente, cabe destacar que a análise econômica do direito ou Law and Economics é uma escola de pensamento quanto estudado o seu contexto histórico, mas não pode se limitar a apenas uma simples definição, pois como visto o próprio estudo *law and economics* não se limitou à escola de Chicago (a qual tinha uma visão voltada ao problema ao custo de transação), pois antes disso teve grande contribuição também na escola de Yale (esta já tinha uma visão mais progressista ou seja da minimização dos referidos custos). Desta forma conclui-se que é de grande valia a construção do conhecimento, sendo assim é muito mais do que um simples movimento contemporâneo.

Por outro lado, também não se deve limitar a uma técnica, (instrumentos, formas, ferramenta de análise), pois análise econômica do direito não tem uma forma definida, é um modelo exato ou indicado. A única certeza é que estes itens podem ser usados pela AED na busca desta análise econômica, mas isso dependerá da forma escolhida e empregada

Apesar da sua contribuição na ampliação do conhecimento, não chega a ser uma ciência, mas faz parte desta, mais especificamente voltado às ciências humanas e sociais (englobando direito ou economia, inclusive podendo se dissipar por outras áreas, como é o caso da sociologia). Então, neste diapasão, ela também não pode ser considerada uma metodologia pois essa é de fato uma ciência.

Tem muitos autores que a considerada uma teoria, mas este termo é bem mais amplo que os atuais estudos sobre AED, pois o conhecimento sobre ela está em construção, mas isso não impede a de ser uma teoria em algum momento. Assim, como não impede de ser considerada teoria, para este trabalho, mas apenas quando da sua construção conceitual no embasamento teórico, e não na aplicação da pesquisa. No entanto, cabe lembrar que a AED está inserida dentro de algumas “teorias econômicas” quando para entender a normas do direito e também delas se utiliza para explicar certos fenômenos. Em suma, neste trabalho e em outros, para o conceito é aceito o uso da terminologia do termo como teoria, mas para a pesquisa outras classificações podem ser mais adequadas, fato a ser explicitado mais adiante.

Segundo afirma Carvalho e Jobim (2008) que o Direito e Economia é um ramo interdisciplinar do conhecimento que não busca só aplicar a teoria econômica ao Direito, mas também desenvolver ferramentas epistemológicas não originalmente disponíveis na Ciência Jurídica ou na Ciência Econômica.

Contudo, a AED está mais próxima dos termos métodos e/ou abordagem. Sobre abordagem cabe ressaltar que se trata de uma reflexão de um modelo ou teoria, segundo Edward (2011) dentro de uma abordagem pode haver muitos métodos.

De acordo com Redondo (2016) “o método é o estágio intermediário entre a abordagem de ensino e a técnica utilizada pelo professor”. Ou seja, a palavra método está ligada a caminho, forma, modos de proceder a fim de atingir determinado objetivo.

Cabe destacar ainda ser muito comum o uso do termo AED como uma disciplina o que de fato não está errado a depender do contexto, ou seja, caso esta esteja sendo usada de maneira conceitual e isolada, ou seja sem aplicabilidade prática ou para embasar uma aplicabilidade.

Sendo assim, a classificação mais adequada para a análise econômica do direito, no campo da pesquisa aplicada, é sendo uma “abordagem”, pois permite a inserção de métodos e técnicas, não se limitando aos mesmo. Diante desta liberdade científica da

abordagem, a metodologia será constituída a partir dos objetivos e da problemática do trabalho em questão.

Por fim, cabe destacar que nesta pesquisa a abordagem se tratada com base no instrumental da Nova economia Institucional, a qual segundo rejeita às premissas neoclássica, que rejeita escolha hiper-rationais e comportamento maximizador, mas adota conceitos como racionalidade limitada (ZYLBERSZTAJN E SZTAJN, 2005), além comportamentos oportunistas, problemas de informação, fatores típicos dos estudos abrangentes instituições, que defendem que a economia não pode ser separada dos sistemas políticos e sociais.

7.2 Objetivos da pesquisa

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar economicamente os efeitos das negociações coletivas sobre o orçamento da UNB, em decorrência das repactuações e comparando-a às outras alterações dos contratos terceirização de mão-de obra de vigilância e limpeza/conservação.

De forma específica, este trabalho buscou-se:

- a) descrever os aspectos gerais e doutrinários sobre contratos;
- b) demonstrar a interdisciplinaridade e a importância dos estudos integrados entre direito e economia aplicada aos estudos das contratações públicas, através da Análise Econômica do Direito;
- c) analisar os principais problemas (atrelados à imprevisibilidade e à incompletude) que possam afetar a continuidade e a execução eficiência dos contratos de longo prazo;
- d) contribuir com a organização um breve estudo sobre contratações públicas e terceirização com dedicação exclusiva de mão de obra no Brasil, a partir dos principais estudos sobre o assunto;

e) organizar os principais estudos sobre princípio do equilíbrio econômico financeiro e seus institutos, a partir dos embasamentos doutrinários e legais.

f) Analisar as alterações dos últimos contratos de vigilância desarmada e limpeza/conservação, dando ênfase ao impacto da repactuação em decorrência das negociações coletivas de trabalho, comparando esta aos outros tipos de alterações.

7.4 Metodologia

Como observado acima, a conceituação sobre Análise Econômica do Direito não se mostrou suficiente para classificá-la como sendo a própria metodologia de pesquisa, ou um método específico, tipo de pesquisa, modelo matemático ou mesmo uma técnica (ferramenta) a ser seguida. Por outro lado, a definição da AED como abordagem se demonstra a mais adequada, quando direcionada ao estudo aplicado de um fato prático, mas podendo ser classificada como uma disciplina ou escola de pensamento, quando do seu estudo teórico histórico e conceitual.

Com isso, a abordagem é maneira através da qual um assunto é entendido, abordado, ou seja, é a mudança paradigmas quanto ao pensamento e dissipação do conhecimento acerca dos estudos em direito e economia, os quais antes eram entendidos isoladamente. Essa definição genérica (*lato sensu*) leva a conclusão de que a AED permite o acolhimento de várias técnicas de estudos, ferramentas, modelos matemáticos, ou seja, demonstra ser um conhecimento em formação por isso não apresenta um rol taxativo ou exaustivo de instrumentos, capazes de explicar os seus diversos fenômenos. Em suma a AED, se refere, comumente, à aplicação de métodos econômicos, geralmente da microeconomia, ao Direito.

No decorrer da construção deste trabalho, foram verificados muitos modelos e técnicas usadas em outros trabalhos, tais como teoria dos jogos, eficiência de pareto, além do modelo de eficiência Kaldon -Hicks, análise de custo benefício e etc. O importante destacar é que todos estes benefícios buscam a eficiência, mas cada qual com suas particularidades e enfoques dentro da teoria.

No entanto, neste trabalho optou-se por analisar qualitativamente o tratamento jurídico e legal dos agentes responsáveis pelo objeto de pesquisa delimitado, assim como identificar os efeitos causados por essas tomadas de decisões, sejam elas certas ou erradas. A pesquisa está organizada de acordo com as seguintes etapas:

a) Primeira Fase - Elaboração de parâmetros de análise

Etapa 1a - Primeiramente buscou-se elaborar uma lista com um rol de requisitos jurídicos e teóricos exigidos na repactuação (prazo, instrumento de formalização, fato gerador, rubricas aceitas ou não etc.), a partir das regras definidas pela legislação de contratos vigente na época da assinatura do instrumento de formalização e caso não exista modificações significativas, buscou-se usar de normas mais atualizadas. (isso está elencado no Apêndice - A)

Etapa 2a - Em um segundo momento, a partir das informações levantadas na etapa anterior, elaborou-se um documento (check list), de autoria própria (no entanto, com base em modelos já existentes por outros órgãos), com o objetivo de verificar se a instituição vem seguindo os parâmetros exigidos pela legislação quanto aos critérios específicos em cada tipo de alteração. Contudo este instrumento foi aplicado (isso está elencado no Apêndice - B)

Etapa 3a - Por outro lado, também buscou-se, a previsão de cenário econômico a partir da doutrina e na legislação aplicável no caso concreto. Além de descrever os principais riscos jurídicos e econômicos, que possam ocorrer (previsão), isso com base na observação empírica e na leitura de outros resultado resultado de outros trabalhos, (isso está elencado no Apêndice - B)

b) Segunda Fase - Quadro comparativo

Etapa 1b - A partir dos dados levantados na primeira fase, (etapa 1a e 3a) foi construída uma tabela com os principais fatos ocorridos no contrato sob o enfoque jurídico e econômico, esta tabela busca demonstrar o perfil do contexto do ocorreu com base no que é conhecido na doutrina e/ou legislação, comparando estes dados, ao que também foi

foi levantado na primeira fase (na etapa 2a), pois neste momento foi possível verificar a situação fática dos contratos

Etapa 2b - Em seguida, foi realizado uma análise da qualidade quanto ao grau de segurança jurídica do agente que analisou o instrumento, com base na legislação existente, análise jurídica quando for o caso e pela observação empírica deste autor (com base na construção de conhecimento e resultados adquiridos durante a construção deste trabalho.). Os níveis de segurança jurídica, como grau de avaliação da aplicabilidade jurídica, estarão distribuídos da seguinte forma:

- **Integral**- a legislação cobriu todas as possibilidades sem dúvidas na aplicabilidade.
- **Médio** - Ocorreu uma ou mais dúvidas de aplicabilidade das normas. Existe normas que não foi aplicada, mas o efeito jurídico é inexistente ou não é significativo (ou vício foi sanado mesmo que por outra forma de aplicabilidade do direito)
- **Baixa** - nenhuma legislação sobre a situação, existência de entendimentos divergentes. Existência de norma não aplicada e efeito jurídico significativo ao gestor ou vício não sanado por outro instrumento aplicado.

c) Terceira fase - Análise dos dados e apresentação dos resultados

Etapa Única- Em seguida, foi possível discutir os resultados dos possíveis impactos e efeitos dos riscos ocorridos e/ou previstos. Ainda comprando a repactuação aos outros tipos de alterações (acréscimo, supressões, prorrogações, negociações, revisão etc), assim como aos fenômenos intrínsecos (inovações na legislação fiscal, contratual, trabalhista e orçamentária, índices inflacionários, variações remuneratórias etc), que podem ter impactos significativos.

Diante da metodologia apresentada, cabe destacar que não foram identificado estudos idênticos sobre este tema e desta forma, fato que justifica a pesquisa qualitativa, pois optou-se primeiramente conhecer o cenário de pesquisa, e a partir disso este trabalho poderá ser base para outros trabalhos, podendo inclusive facilitar a construção de modelos matemáticos que consigam explicar os fenômenos encontrados.

7.4.1 Tipificação da pesquisa

a) Do ponto de vista da sua natureza

Este trabalho é uma **pesquisa aplicada e descritiva**. O primeiro caso se justifica pois pretendeu gerar conhecimento teórico para a aplicação prática, fato que poderá ser dirigido à solução de um problema evidente na relação entre a gestão de contratos e orçamento da UnB, podendo ser replicado em outros órgãos e instituições semelhantes ou que tenha a mesma estrutura de contratos/orçamento, ou seja, se assemelha ao objeto delimitado, por outro lado, este método se justifica pois atualmente não se tem informações acerca de estudos deste tema trabalhado desta forma. Já no segundo caso, se justifica pois ensejará na reunião de várias informações a fim de discorrer sobre a realidade dos efeitos econômicos, decorrente dos contratos específicos da UNB.

Pesquisa prática, também conhecida como aplicada, é a investigação que procura soluções para problemas concretos. Goza de vida própria, pois fica patenteadada pelo tempo, muitas vezes longo período, no curso da história da ciência, decorrido desde a formulação teórica até a sua aplicação. (RODRIGUES, 2007).

Já a pesquisa descritiva exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar. Esse tipo de estudo pretende descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade. (TRIVIÑOS, 1987).

Desta forma, esta pesquisa buscou reunir os conhecimentos existentes na teoria acerca da análise econômica do direito trazendo este contexto à aplicabilidade prática, ou seja, ao analisar o impacto de modificações dos contratos de mão de obra da UNB, dando ênfase a observação e interpretação do fenômeno da repactuação.

b) Do ponto de vista do problema

Será do tipo **qualitativa**, quanto ao segundo aspecto, foi caracterizado assim, pois buscou fazer uma qualificação dos dados coletados e a partir disso fazer a análise do problema.

E por pesquisa qualitativa é aquela predominantemente, pondera, sopesa analisa e interpreta dados relativos à natureza dos fenômenos, sem que os aspectos quantitativos sejam a sua preocupação precípua, a lógica que conduz o fio do seu raciocínio linguagem que expressa às suas razões. (RODRIGUES, 2007)

Neste trabalho, para esta análise foi utilizado como instrumento um quadro comparativo, o qual permitiu avaliar das alterações contratos de vigilância e limpeza, conforme delimitado no tópico 8.1 e correlatos, no seu contexto jurídico e econômico.

7.4.2 Métodos de pesquisa

Como já observado, o embasamento teórico foi construída em torno de um modelo bibliográfico, por outro lado, no que tange a pesquisa está será documental.

Bibliográfica é a pesquisa limitada na busca de informações em livros e outros meios de publicação. [...] Pesquisa documental é a que vale, se não unicamente, pelo menos básica ou predominantemente de documentos como fonte de informação. [...]

Como poderá ser observado, nos resultados e na análise, que apesar da apresentação de dados numéricos, esta pesquisa é predominantemente qualitativa e documental, pois pretendeu, neste momento, apenas verificar se a Universidade de Brasília, vem aplicando corretamente os institutos jurídicos e avaliar como se comportou os fenômenos no contexto orçamentário e econômico da universidade nos últimos anos, sem a necessidade, no momento, de investigação dos fatos.

O método da pesquisa adotado será o hipotético-dedutivo, ao trazer para a aplicabilidade prática do objeto, o conhecimento se comportou insuficiente, ou seja, não se existe uma verdade indiscutível. Fato que difere este do método dedutivo, pois enquanto o método dedutivo procura confirmar a hipótese partindo se de uma verdade geral para explicar um caso específico, o hipotético-dedutivo procura, além disso, busca evidências empíricas para derrubá-las ou provisoriamente corroborada a partir de testes.

Sendo assim, para explicar um fenômeno, surge o problema e para expressar as dificuldades deste problema são formuladas hipóteses, ou seja, das hipóteses deduzem-se consequências a serem testadas ou falseadas (tornar falsas as consequências deduzidas das hipóteses).

a) Quais os impactos encontrados pela análise econômica nas repactuação nos contratos de vigilância desarmada e limpeza/conservação da FUB, decorrente das negociações coletivas de trabalhos?

Hipóteses:

- A não aplicação correta das normas jurídicas, enseja prejuízo econômico ou jurídico, enriquecimento ilícito da administração, prejuízo ao erário ou desorganização orçamentária.
- A utilização correta dos ditames legais nas repactuações, gera impacto econômico e financeiro sempre acima dos em índices nacionais se às remunerações forem realizada acima destes índices, inclusive tem impacto acima do previsto no orçamento anual destinado aos serviços de locação de mão-de-obra dos órgãos.
- O crescimento efetivo do percentual da repactuação é significativamente superior ao total gasto com outras despesas na parcela do orçamento que ela se insere.
- A limitação fiscal dos gastos públicos, exigem contratos menos completos porém legislações capazes de suprir, com clareza o máximo de ocorrência, sempre observando o fato concreto.
- A Análise Econômica do Direito (AED) é por si só, suficiente para explicar os fenômenos causados pelas negociações coletivas de trabalho no orçamento, sendo que o seu resultado é capaz de propor modificações e ajustes nas lacunas e imprevisibilidades destacadas na análise.

7.5 Análise econômica das repactuações e outras alterações nos contratos de vigilância e limpeza da UNB.

Conforme devidamente justificado no item 7.1 e observado no quadro 3 deste capítulo, os contratos escolhidos como objeto de análise foram os contratos de serviços de vigilância desarmada n. 206/2014 e limpeza/limpeza n. 200/2015, os quais ainda se encontram em vigência no momento da elaboração deste trabalho. Considerando isso é possível apresentar os dados necessários para a análise econômica do direito de repactuação.

7.5.1 Apresentação dos critérios, parâmetros e dados para análise

Neste tópico, optou-se primeiramente por apresentar os critérios e parâmetros, a fim de direcionar em um segundo momento a apresentação dos dados da pesquisa. Então é desta forma que está organizado os itens a seguir.

a) Dados gerais necessários para a parametrização dos critérios de análise.

É preciso saber que na apresentação da proposta para contratação de serviços terceirizados com dedicação de mão de obra exclusiva os licitantes devem apresentar suas propostas em uma planilha padrão (Vide modelo descrito no anexo VII-D da IN 05/2017), que possa demonstrar os custos e a formação de preço em que a empresa aspirante a contratada está disposta a fornecer, desde que acordo com o objeto solicitado da parte contratante.

PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS: documento a ser utilizado para detalhar os componentes de custo que incidem na formação do preço dos serviços, podendo ser adequado pela Administração em função das peculiaridades dos serviços a que se destina, no caso de serviços continuados (item XV do Anexo I, da instrução normativa 05/2017 ME)

O preenchimento deste instrumento deve ter como base legal a legislação trabalhista, tributária e previdenciária, além das Convenções Coletivas de Trabalho. Esta

planilha também serve como ferramenta de apoio para composição dos custos estimados de contratação, ou seja pesquisa de mercado anterior à licitação. Por outro lado, contribui no fato de auxiliar no processo de repactuação, permitindo a apreciação e discussão de itens de composição do custo. O instrumento é dividido em módulos e submódulos, os quais estão classificados da seguinte forma:

Quadro 4 - Módulos da Planilha de Custo e formação de preços

Módulos	Finalidade
Módulo 1 - Composição da Remuneração	Este módulo refere-se ao valor mensal devido ao empregado pela prestação do serviço no período de 12 meses. Devendo especificar itens como salário-base, adicional de Periculosidade e/ou Insalubridade, adicional Noturno (além do adicional de hora noturna reduzida, dentre Outros (a especificar).
Módulo 2 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários	Submódulo 2.1 - 13º (décimo terceiro) Salário, Férias e Adicional de Férias. Nesta rubrica cabe destacar que como a planilha de custos e formação de preços é calculada <u>mensalmente</u> , provisiona-se proporcionalmente 1/12 (um doze avos) dos valores referentes a gratificação natalina, férias e adicional de férias.
	Submódulo 2.2 - Encargos Previdenciários (GPS), Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e outras contribuições. Incluindo os encargos com INSS (patronal), salário Educação, SAT (seguro de acidente de trabalho), Contribuição ao sistema S (Sesc ou Sesi, Senai - Senac, Sebrae), Inkra, Fgts.
	Submódulo 2.3 - Benefícios Mensais e Diários, é englobado às despesas com transporte do funcionário, auxílio-Refeição/Alimentação, assistência Médica e Familiar, dentre outros (a especificar)
Módulo 3 - Provisão para Rescisão	Descreve os custos de uma possível rescisão contratual, tais como: Aviso Prévio Indenizado, incidência do FGTS sobre o Aviso Prévio Indenizado, multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Indenizado, aviso Prévio Trabalhado e incidência de GPS, FGTS e outras contribuições sobre o Aviso Prévio Trabalhado e multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Trabalhado.
Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente,	Submódulo 4.1 - Substituto nas Ausências Legais, os custos com substituto na cobertura de Férias, na cobertura de ausências legais, na cobertura de Licença-Paternidade, na cobertura de ausência por acidente de trabalho, na cobertura de Afastamento Maternidade, dentre Outras ausências (a especificar).
	Submódulo 4.2 descreve o custo com substituto no caso de cobertura de Intervalo para repouso ou alimentação (intra jornada)
Módulo 5 - Insumos Diversos	Retrata custo com uniformes, materiais e equipamentos, dentre outros
Módulo 6 - Custos Indiretos, Tributos e Lucro	Traz espaço para os tributos (federais, estaduais e municipais) bem com o lucro da empresa contratada e seu custo indireto (preposto, material administrativo, gasolina etc)

Cabe salientar que no caso específico dos serviços de vigilância e limpeza existem algumas particularidades específicas quanto o cálculo do custo e a formação de preços, pois devem observar além da regra geral (Anexo VII-D), deve seguir uma continuação do específica contida neste dispositivo (Anexo VII-D itens 5 para vigilância e item 6 e 7 para limpeza). Por outro lado, para os serviços de vigilância e limpeza devem ser observado os parâmetros técnicos dos limites disciplinado pela Portaria nº 213, de 25 de setembro de 2017, e conforme cadernos técnicos elaborados pela Secretaria de gestão (SEGES), em atendimento ao disposto do Art.1º da referida portaria.

Está consolidado o conhecimento de que repactuação é uma espécie de reajuste (em sentido lato ele retrata a variação efetiva do custo de produção) e que esta se aplica tão somente aos contratos continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra. Ao contrário da espécie reajuste de preços (em sentido estrito) a qual tem a variação calculada por índice econômico previamente definido no edital, a repactuação tem sua variação direcionada pelas convenções coletivas originárias das negociações coletivas, ou assemelhados, além de decreto com aumento de tarifas conforme justificado no itens 5.2.2 e 5.3.2.1 deste trabalho.

Em observação a planilha de custo e formação de preços, a legislação pertinente e a observação empírica, é possível afirmar que o principal custo na formação de preço deste tipo de contratação, está atrelado a folha de pagamento (remuneração, benefícios, encargos trabalhistas e previdenciários) justamente os componentes disciplinado por acordo, CCT, dissídio coletivo ou documento legal de aumento de tarifa de transporte. Contudo, este custo ainda é base para o cálculo das outras rubricas.

Diante disso, é necessário conhecer, a priori, a variação dos aumentos salariais das categoria e a composição remuneratória e benefícios destas, para então iniciar esta análise de fato. Porém, é necessário demonstrar o comportamento inflacionário (ou deflacionário) das principais variáveis relacionados à composição remuneratória, assim como, esta rubrica se comporta aos índices econômicos do consumo. Apesar da contra indicação, por parte de muitos especialistas, quanto ao uso, em alguns casos, do salário mínimo como indexador, cabe destacar que este é um parâmetro relevante quando utilizado

como critério de análise comparativa com a variação dos outros salários no país. Sendo assim, foi construído a tabela abaixo que demonstra a variação nominal do salário mínimo.

Tabela 6 - Variação nominal do salário mínimo

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Salário mínimo	R\$ 678,00	R\$ 724,00	R\$ 788,00	R\$ 880,00	R\$ 937,00	R\$ 954,00	R\$ 998,00
Variação nominal (%)	9,00%	6,78%	8,84%	11,68%	6,48%	1,81%	4,61%
Ganho real (%)	2,64%	1,16%	2,46%	0,36%	-0,10%	-0,25%	-

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do Ipeadata e Dieese

Observa-se que o período dos dados apresentados engloba 3 (três) governos presidenciais (Dilma até 2016, Temer 2017 e 2018 e a partir de 2019 Bolsonaro), visto isso cabe destacar que atualmente vigora a regra do aumento real do salário mínimo que foi estabelecida em 2011 no governo Dilma, onde a atualização do salário mínimo é medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) do ano anterior, mais a variação do Produto Interno Bruto (PIB) de dois anos anteriores, esta regra foi prorrogada até 2019 pela MP 672/2015, que foi convertida na lei 1315. Contudo, deve se observar que no governo Temer entre 2017 e 2018 ocorreu uma perda real no salário mínimo, justamente pelo fato de que houve retração em 2015 e 2016, a regra aplicada foi apenas o INPC do ano anterior.

Atualmente, este cálculo do salário mínimo é considerado um grande problema para às contas públicas, pois basicamente o aumento dele impacta diretamente a previdência social, que é hoje o maior gastos corrente do governo. Em contraposto a isso, cabe lembrar que a EC n. 95 limitou o aumento do gasto público à variação da inflação por 20 anos pelo IPCA sem considerar o crescimento econômico (PIB). Diante destes fatos, é justificável a necessidade de conhecer os principais índices econômicos atrelados ao tema deste trabalho.

Tabela 7 - Peso percentual da parcela de serviços de terceirização de mão-de-obra comparado à despesa total executada.

Índices/Ano	2013	2014	2015	2016	2017	2018
IPCA	3,74%	2,21%	6,29%	10,67%	6,41%	5,91%
INPC	3,43%	1,62%	6,58%	11,28%	6,23%	5,56%
IGP-M	7,55%	-0,53%	7,19%	10,54%	3,67%	5,52%
INCC	3,83%	4,24%	6,11%	7,49%	6,94%	8,08%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos.html>

Os índices IPCA e INPC têm metodologias semelhantes, ambos de responsabilidade do IBGE, diferenciando em alguns aspectos como tamanho da cesta analisada (ou peso dos itens) ou faixa salarial considerada, o primeiro o primeiro é considerado o índice oficial que mede a inflação do país e o segundo esta questão do salário mínimo e a inflação das classes mais baixas do país. Talvez esta semelhança metodológica, pudesse ser suficiente para justificar o comportamento de variação mínima entre eles deles na tabela 7, mas isso não deve ser uma verdade absoluta, apenas por observação empírica, pois esta variação depende do comportamento da renda, a qual é essencial para determinar a quantidade, a qualidade e os preços das escolhas das famílias sejam elas às mais pobres ou às mais ricas.

Contudo, em suma, o que deve se ter em mente é que para este trabalho o INPC é utilizado para aumento do salário mínimo, podendo ser usado para outros salários, e o IPCA é o índice nacional da inflação e atualmente está sendo utilizado como parâmetro para definição do orçamento das despesas primárias do governo, conforme EC n. 95.

Os outros índices IGP-M e INCC, foram apresentados na tabela 7 apenas para demonstrar como a escolha certa do índice é essencial para um melhor resultado, pois além destes existem vários outros, isso dependerá do objetivo a que se almeja aferir e/ou analisar.

Apesar do conhecimento até o momento, deve se considerar que na planilha de custo e formação de preço das contratações de mão-de-obra, a principal rubrica são às

remunerações e que esta é base para os outros itens da formação do preço, sendo assim, cabe destacar que o conceito de remunerações é diferente do de salários.

Remuneração engloba além do salário base, outros itens como, horas extras, benefícios corporativos, participação acionária, adicionais noturnos, adicionais de periculosidade ou insalubridade, premiações, gratificações, comissões, gorjetas. Não considerando neste rol benefícios assistenciais como auxílio transporte, alimentação, assistência médica, funeral, além de parcelas, ainda que habituais, relacionadas abonos, prêmios (assiduidade, triênio, anuênio, biênios, quinquênios), ajuda de custos (qualquer valor), abonos habituais Salário in Natura – fornecimento habitual de qualquer vantagem concedida ao empregado (aluguel de casa, carros, escola de filhos, etc.), diárias para viagem, ainda que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário recebido pelo empregado, segundo disciplina a lei, conforme disciplina a lei 13467/2017, a qual reformou recentemente a norma trabalhistas.

Diante disso cabe destacar também a variação remuneratória média no país conforme tabela abaixo:

Tabela 8 - Variação da remuneração média real do Brasil

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Remuneração real média no Brasil	R\$ 3.013,49	R\$ 3.066,44	R\$ 2.988,04	R\$ 3.011,56	R\$ 3.075,33	3060,88	-
Variação (%) da rem. média real	3,18%	1,76%	-2,56%	0,79%	2,12%	-0,47%	-

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos da RAIS ano base 2018. Disponível em <http://pdet.mte.gov.br>
Obs.: Valores deflacionados pelo INPC-IBGE

b) Dados sobre o Contrato de Vigilância desarmada

Sobre o contrato n. 206/2014 de vigilância desarmada, cabe destacar que ele foi firmado em 27/05/2014 e com início efetivo no mesmo dia, com uma previsão inicial de 168 trabalhadores distribuídos em 85 postos de trabalho (tendo em vista que este contrato contempla trabalhadores em jornada 12x36, fato que demanda no mínimo 2 colaboradores, para um posto), ao custo de mensal de R\$ 999.985,60 (Novecentos e noventa e nove mil, novecentos e oitenta e cinco reais e sessenta centavos), perfazendo um total de R\$

11.999.827,24 (Onze milhões, novecentos e noventa e nove mil, oitocentos e vinte e sete reais e vinte quatro centavos). Sendo assim, após diversas alterações, atualmente o contrato corresponde à seguinte composição:

Tabela 9 - Composição do contrato de vigilância desarmada até dezembro de 2019 (conforme 2º termo de apostilamento)

Nome do Posto:	Qtd de Postos	Qtd de Trab.	Carga Horária	Valor do Posto	Valor da Remuneração
Vigilante Diurno 44 horas semanais	18	18	44 horas	R\$ 7.051,03	R\$ 2.670,45
Vigilante Diurno 44 horas semanais (15h às 24h)	17	17	44 horas	R\$ 7.284,87	R\$ 2.777,26
Vigilante diurno 12x36 horas	31	62	12x36 horas	R\$ 13.317,03	R\$ 2.670,45
Vigilante noturno 12x36 horas	36	72	12x36 horas	R\$ 14.956,18	R\$ 3.044,84
Vigilante móvel diurno moto 12x36 horas*	0	0	12x36 horas	-	-
Vigilante móvel noturno moto 12x36 horas*	0	0	12x36 horas	-	-
Vigilante diurno veículo 12x36 horas	3	6	12x36 horas	R\$ 15.416,16	R\$ 2.937,49
Vigilante móvel noturno veículo 12x36 horas*	0	0	12x36 horas	-	-
Vigilante móvel diurno veículo 44h (14h às 23h)	3	3	44 horas	R\$ 8.229,20	R\$ 2.996,24
Supervisor 12x36 horas diurno	1	2	12x36 horas	R\$ 15.587,67	R\$ 3.203,14
Supervisor 12x36 horas noturno*	0	0	12x36 horas	-	-
Subtotal	109	180	C. mensal	R\$ 1.288.835,49	-

* Cargos previstos no início do contrato mas foram suprimidos no decorrer da gestão contratual
Fonte: Diretoria de contratos administrativos. Disponível em <http://www.daf.unb.br>.

A base salarial dos cargos vigilantes do contrato n. 206/2014 é praticamente o mesmo e sabendo que todos recebem adicional de periculosidade de grau médio, cabe destacar apenas que a remuneração varia em apenas determinadas rubricas das quais dependerão das especificidades do cargo, como se necessita dirigir veículo ou trabalho noturno. Isso pode ser observado na tabela abaixo:

Tabela 10 - Variação das rubricas remuneratórias dos cargos de vigilantes desarmados abrangidos pelo Sindesv/DF.

ANO BASE	SALÁRIO BASE	VARIAÇÃO(%) RELATIVA SALÁRIO BASE	VIGILANTE MOTORIZADO (10%)	ADICIONAL NOTURNO ESCALA 12X36	ADICIONAL NOTURNO 44 HORAS COM 1 HORA NOTURNA**	ADICIONAL NOTURNO 44 HORAS COM 2 HORAS NOTURNAS**	RISCO DE VIDA (30%)
2013	R\$ 1.473,08	6,72%	R\$ 147,31	R\$ 176,77	-	-	R\$ 441,92
2014	R\$ 1.575,46	6,95%	R\$ 157,55	R\$ 287,13*	-	-	R\$ 472,64
2015	R\$ 1.693,62	7,50%	R\$ 169,36	R\$ 308,68*	-	-	R\$ 508,09
2016	R\$ 1.888,29	11,49%	R\$ 188,83	R\$ 344,16*	-	-	R\$ 566,49
2017	R\$ 2.012,54	6,58%	R\$ 201,25	R\$ 366,81*	R\$ 57,56	R\$ 104,65	R\$ 603,76
2018	R\$ 2.054,20	2,07%	R\$ 205,42	R\$ 374,40*	R\$ 58,75	R\$ 106,82	R\$ 616,26
2019	R\$ 2.124,65	3,43%	R\$ 212,47	R\$ 301,31	R\$ 60,76	R\$ 110,48	R\$ 637,40

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos das convenções coletivas do Sindesv/DF e planilha de custo e formação de preços do contrato n. 206/2014 no site da DCA

* Nestes períodos os custo com adicional noturno foram calculados aplicando o percentual fixo de 14,02%, divergindo da regra geral descrita na seção IV da CLT.

** Para estes valores foram utilizados da planilha de custo e formação de preço do contrato n. 206/2014

Como visto, o salário base dos vigilantes contemplado nos contratos em análise é praticamente o mesmo, o que determinará a remuneração são as particularidades do cargo. Por outro lado, o contrato contempla o cargo de supervisor, que aí sim, neste caso, tem uma estrutura salarial diferente.

Tabela 11 - Variação das rubricas remuneratórias dos cargos de Supervisores, fiscais e encarregados de outros vigilantes abrangidos pelo Sindesv/DF.

ANO BASE DA CCT	SALÁRIO BASE	VARIAÇÃO(%) RELATIVA SALÁRIO BASE	ADICIONAL NOTURNO ESCALA 12X36	RISCO DE VIDA (30%)
2012	R\$ 1.655,53	*	R\$ 180,60	R\$ 248,33
2013	R\$ 1.766,85	6,72%	R\$ 212,02	R\$ 530,06
2014	R\$ 1.889,65	6,95%	R\$ 344,41*	R\$ 566,90
2015	R\$ 2.031,37	7,50%	R\$ 370,24*	R\$ 609,41
2016	R\$ 2.264,96	11,50%	R\$ 412,81*	R\$ 679,49
2017	R\$ 2.413,99	6,58%	R\$ 439,97*	R\$ 724,20
2018	R\$ 2.463,93	2,07%	R\$ 449,08*	R\$ 739,18
2019	R\$ 2.548,46	3,43%	R\$ 361,42	R\$ 764,54

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos das convenções coletivas do Sindesv/DF de 2013 a 2019. Disponível em: <https://sindesvdf.com.br/> e planilha de custo e formação de preços do contrato n. 206/2014 no site da DCA. * idem tabela 10. ** Ibidem tabela 10

Por outro lado, a planilha de custos e formação de preços além de apresentar um módulo destinado à composição das remunerações, abrange espaço específicos, no submódulo 2.3, para apresentação das rubricas de benefícios e assistenciais. Estes itens merecem destaque pois são justamente os componentes disciplinados pelas CCT, acordos ou dissídios coletivos.

Tabela 12 - Evolução das rubricas benefícios assistenciais às categorias abrangidas pelo Sindesv/DF.

ANO BASE DA CCT	TÍQUETE REFEIÇÃO	AUXÍLIO ODONTOLÓGICO	SEGURO DE VIDA, INVALIDEZ E FUNERAL	PLANO DE SAÚDE
2013	R\$ 19,50	R\$ 7,00	R\$ 11,00	R\$ 63,00
2014	R\$ 23,00	R\$ 8,00	R\$ 12,00	R\$ 90,00
2015	R\$ 28,00	R\$ 9,00	R\$ 13,00	R\$ 125,00
2016	R\$ 32,00	R\$ 10,00	R\$ 14,00	R\$ 140,00
2017*	R\$ 34,11	R\$ 10,00	R\$ 14,00	R\$ 140,00
2018*	R\$ 34,84	R\$ 10,00	R\$ 14,00	R\$ 140,00
2019	R\$ 36,50	R\$ 9,00	R\$ 14,00	R\$ 140,00

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos das convenções coletivas do Sindesv/DF de 2013 a 2019. Disponível em: <https://sindesvdf.com.br/>

* Nestes anos, em específico, não houveram acordos e sim sentenças normativas oriundas de dissídios coletivos, junto à justiça do trabalho.

Por fim, cabe destacar todas às alterações contratuais ocorridas no contrato de vigilância desarmada n. 206/2014. Sendo assim, a tabela abaixo tem este papel, no entanto, para entendimento cabe destacar que como critério os dados foram apresentados exatamente conforme informações do site da DCA/UnB, inclusive a descrição do objeto de alteração, salvo pequenas adequações de formatação. Há de se considerar ainda que a tabela apresenta informações atualizadas no site até dezembro de 2019.

Tabela 13 - Alterações ocorridas no contrato de vigilância desde a contratação.

INSTRUMENTO	DESCRIÇÃO	V. MENSAL PREVISTO	Variação (%) em relação ao valor anterior	Variação (%) em relação ao valor inicial
Início do Contrato	Início do Contrato	R\$ 999.985,60	-	-
1º Termo Aditivo	Prorrogação e Repactuação 2015	R\$ 1.107.024,54	10,70%	10,70%
2º Termo Aditivo	Acréscimo de Postos	R\$ 1.347.239,63	21,70%	34,73%
3º Termo Aditivo	Prorrog. e Reeq. Econômico ref. a passagens	R\$ 1.346.308,93	-0,07%	34,63%
1º T. de Apostil.	Repactuação 2016	R\$ 1.489.888,72	10,66%	48,99%
4º Termo Aditivo	Prorrogação de contrato	R\$ 1.489.888,72	0,00%	48,99%
5º Termo Aditivo	Prorrogação de contrato	R\$ 1.453.799,58	-2,42%	45,38%
6º Termo Aditivo	Prorrogação e reequilíbrio econômico	R\$ 1.465.610,10	0,81%	46,56%
7º Termo Aditivo	Prorrog., supressão, repact. 2017 e ajuste nas escalas de trab.	R\$ 1.250.899,75	-14,65%	25,09%
8º Termo Aditivo	Prorrogação excepcional	R\$ 1.250.899,75	0,00%	25,09%
2º T. de Apostil.	Repactuação 2018	R\$ 1.288.535,49	3,01%	28,86%

Fonte: Diretoria de Contratos administrativos da UNB. Disponível em: www.daf.unb.br

Há de se observar ainda, que a gestão dos contratos da UNB utilizou-se do termo reequilíbrio econômico em dois momentos (3º termo aditivo e 6º termo aditivo), como sendo o instituto aplicado no caso de reajuste de passagens de ônibus, no entanto como observado nos itens 5.2.2 (Revisão de preços - reequilíbrio econômico financeiro) e 5.2.3.1 (Repactuação), este fato gerador deverá ensejar em repactuação e não em reequilíbrio. Apesar da nomenclatura usada ser aparentemente equivocada, a análise da aplicabilidade dos critérios legais serão feitas no tópico seguinte (7.5).

Por fim a de se observar também que considerando todas alterações (e/ou renovações contratuais), incluindo todas as ocorrências (repactuações, prorrogações, acréscimos supressões, negociações etc), a empresa apresentou um aumento acumulado até dezembro de 2018 de 28,86% (até o 2º termo apostilamento), comparado ao valor do contrato desde o seu início. Na metodologia de comparação, é possível afirmar que houve um aumento no número de postos de trabalho em 28,23% (de 85 para 109), devido ajustes nas categorias de trabalhadores (optando se por aumentar postos mais baratos ou seja com escala de 44 horas e diminuir os de escala 12x36, considerados mais caros, pelo adicional noturno e a necessidade de no mínimo dois trabalhadores), quanto ao número de trabalhadores o percentual de aumento variou apenas 7,14%.

c) Dados sobre o Contrato de Limpeza e Conservação

Já sobre o contrato de limpeza/conservação, este foi assinado em 15/01/2016 com início efetivo em 16/01/2016, é necessário destacar que em sua essência o contrato demanda mão-de-obra, no entanto, apesar do cálculo da contratação englobar das rubricas remuneratórias (com a mesma planilha de custo e formação de preços, para se formar o preço unitário), a contratação é dada pelo preço da metragem quadrado limpa ou conservada, o que quando combinado com a produtividade e frequência chega ao resultado total (mínimo) de pessoal necessário para entrega do objeto contratado, esta metodologia está de acordo mas a IN 02/2008 (vigente à época) e mantida pela IN 05/2017. Destacado esta particularidade, atualmente o contrato exige no mínimo um total aproximado de 283

trabalhadores (isso na teoria, pois a empresa pode variar para mais) conforme tabela a seguir

Tabela 14 - Composição de trabalhadores e remuneração no contrato de limpeza e conservação até dezembro de 2019 (conforme 9º termo aditivo)

Nome do Posto:	Qtd de Postos	Qtd de Trab.	Carga Horária	Valor do Posto	Valor da Remuneração
Encarregado	9	9	44 horas	R\$ 6.527,93	R\$ 2.312,18
Servente de Limpeza	213	213	44 horas	R\$ 5.061,98	R\$ 1.156,09
Servente de Limpeza (INS 20%)	26	26	44 horas	R\$ 5.492,66	R\$ 1.346,89
Servente de Limpeza (INS 40%)	35	35	44 horas	R\$ 5.923,32	R\$ 1.537,69
Subtotal	283	283*	-	-	-

Fonte: Diretoria de contratos administrativos. Disponível em <http://www.daf.unb.br>.

* Cálculo vide anexo-VI da IN 05/2017

Contudo, é preciso saber que este tipo de contrato é idêntico aos demais tipos de contratação de mão-de-obra, pois demandam os mesmos ritos e critérios de gestão e fiscalização. Por outro lado, o grande diferencial está justamente nesta forma de cálculo da contratação e que a composição prática de pessoal não demanda tanto rigor em cobertura de postos e sim que a o espaço contemplado foi limpo com a frequência contratada.

Entendido isso, cabe informar que o objeto contratado inicialmente teve uma previsão de limpeza e conservação de 642.121,11 M² de área, a um total de R\$ 2.511.622,84 (Dois milhões quinhentos e onze mil, seiscentos e vinte e dois reais e oitenta e quatro centavos), perfazendo um total de R\$ 30.139.474,08 (Trinta milhões, cento e trinta e nove mil quatrocentos e setenta e quatro reais e oito centavos), o que demandou um total mínimo de 643 colaboradores distribuídos entre os dos cargos de servente de limpeza (com graus de insalubridade ou não) e encarregados. Mas, após todas as devidas alterações ocorridas no decorrer da execução, atualmente este contrato tem a seguinte composição:

Tabela 15 - Metragem contratada no contrato de limpeza e conservação até dezembro de 2019 (conforme 9º termo aditivo)

TIPO DE ÁREA	ÁREA (M) (1)	Preço Unitário Mensal (R\$/m²) (2)	Total Mensal (R\$) (3)=(1)x(2)	PROD.	FREQ.
1.1. Área interna - Pisos Frios e Acarpetados(diário)	126.202,26	R\$ 6,57	R\$ 829.355,14	800	DIÁRIA
1.2. Área interna - Pisos Frios e Acarpetados (semanal)	181.800,73	R\$ 0,88	R\$ 159.297,06	800	SEMANAL
1.3. Área Interna - Almoarifado/Galpões	35.528,33	R\$ 0,52	R\$ 18.447,74	1350	DIÁRIA
2. Área Hospitalar e Assemelhados					
2.1 Com insalubridade grau 20%	8.519,12	R\$ 17,24	R\$ 146.838,85	330	DIÁRIO
2.2 Com insalubridade grau 40%	11489,18	R\$ 18,54	R\$ 213.026,03	330	DIÁRIO
3. Esquadria Externa	67.810,50	R\$ 0,17	R\$ 11.288,45	220	SEMESTRAL
4. Area Externa	233.800,62	R\$ 0,47	R\$ 109.258,83	1500	SEMANAL
Total de áreas	665.150,74	-	-	-	-
TOTAL-Mensal			R\$ 1.487.512,09		
TOTAL GLOBAL-(12 MESES)			R\$ 17.850.145,12		

Fonte: Diretoria de contratos administrativos. Disponível em <http://www.daf.unb.br>.

Como já sabido, às repactuações decorrem dos instrumentos acordo ou convenção coletivas, frutos das negociações coletivas entre o sindicato de certa categoria dos operários e a sindicato representante do ramo negocial que é o dos empregadores, também é de conhecimento que estes instrumentos majoram os salários e outras despesas assistenciais. Sendo assim, é necessário conhecer a composição da remuneração dos cargos contemplados no referido contrato. Então primeiramente cabe destacar o salário base da categoria.

Tabela 16 - Variação do salário base dos cargos de servente de limpeza e encarregado do Sindiserviços/DF

CCT/Ano Base>	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
Servente de Limpeza	Salário Base	R\$ 780,00	R\$ 873,60	R\$ 952,22	R\$ 1.052,20	R\$ 1.121,33	R\$ 1.156,09	R\$ 1.198,87
	Variação (%) do sal. base	20,38%	12,00%	9,00%	10,50%	6,57%	3,10%	3,70%
Encarregado	Salário Base	R\$ 1.535,54	R\$ 1.747,20	R\$ 1.904,44	R\$ 2.104,40	R\$ 2.242,66	R\$ 2.312,18	R\$ 2.397,73
	Variação (%) do sal. base	20,38%	13,78%	9,00%	10,50%	6,57%	3,10%	3,70%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos das convenções Coletivas de Trabalho Sindiserviços DF de 2013 a 2019. Disponível em:<http://sindiservico.org.br/>

Sobre as remunerações cabe destacar que em regra todos os cargos da mesma categoria tem uma composição remuneratória básica, diferenciando apenas em algumas particularidades atinentes à execução contratual, como é o caso de insalubridade ou periculosidade, adicional noturno, gratificações.

Para o contrato 200/2015, os cargos de servente de limpeza se diferenciam apenas pelo grau de exposição à condição insalubre, (Isto exclui os cargos de encarregado, pois salário base coincide com o valor da remuneração, justamente pela inexistência de insalubridade). Cabe destacar que a insalubridade é calculada sobre o salário mínimo, conforme art 192 da CLT (vide sobre a constitucionalidade deste dispositivo na súmula vinculante n. 4 STF e recurso de revista n. 795 do TST) Esclarecido isso, é possível destacar a variação da remuneração dos cargos inseridos no contrato de limpeza para o contrato 200/2015, tem a composição salarial base mais adicional de insalubridade. Desta forma cabe destacar na tabela abaixo, às variações da insalubridade no decorrer dos últimos anos.

Tabela 17 - Custo nominal da rubrica insalubridade

Ano Base =>	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Salário mínimo (a)	R\$ 678,00	R\$ 724,00	R\$ 788,00	R\$ 880,00	R\$ 937,00	R\$ 954,00	R\$ 998,00
insalubridade grau baixo (a*10%)	R\$ 67,80	R\$ 72,40	R\$ 78,80	R\$ 88,00	R\$ 93,70	R\$ 95,40	R\$ 99,80,60
insalubridade grau média (a*20%)	R\$ 135,60	R\$ 144,80	R\$ 157,60	R\$ 176,00	R\$ 187,40	R\$ 190,80	R\$ 199,60
Insalubridade grau máximo (a*40%)	R\$ 271,20	R\$ 289,60	R\$ 315,20	R\$ 352,00	R\$ 374,80	R\$ 381,60	R\$ 399,20

Fonte: Elaboração do autor. Base legal NR 15 - Norma regulamentadora 15 - atividades e operações insalubres.

Disponível: <http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres>

Por outro lado, assim como apresentado no item relacionado ao serviços de vigilância e com base na orientação do item “a” (parâmetros e critérios), é sabido que os instrumentos oriundos das negociações coletivas, são responsáveis por disciplinar, além da composição remuneração, os componentes atrelados aos benefícios assistenciais. Neste diapasão, é necessário apresentar também a composição e evolução das rubricas

relacionada aos benefícios e assistências, conquistado pelas categorias abrangidas pelo Sindiserviços/DF nos últimos anos.

Tabela 18 - Evolução das rubricas benefícios assistenciais às categorias abrangidas pelo Sindiserviços/DF

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Plano de saúde	-	R\$ 150,00	R\$ 150,00	R\$ 160,00	R\$ 170,00	R\$ 139,00	R\$ 149,00
Aux. alimen./refeição	R\$ 18,00	R\$ 20,00	R\$ 24,00	R\$ 27,50	R\$ 29,50	R\$ 31,50	R\$ 33,00
Auxílio odontológico	R\$ 4,00	R\$ 4,50	R\$ 4,50	R\$ 5,00	R\$ 5,00	R\$ 9,90	R\$ 10,30
Auxílio Funeral	-	R\$ 2,50	R\$ 2,50	R\$ 2,50	R\$ 1,50	R\$ 1,50	R\$ 2,00
Subtotal	R\$ 22,00	R\$ 177,00	R\$ 181,00	R\$ 195,00	R\$ 206,00	R\$ 181,90	R\$ 194,30
Variação (%) do custo assistencial em relação ao anos base anterior	10%	704,55%*	2,26%	7,73%	5,64%	-11,7%**	6,82%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos das convenções coletivas de trabalho de 2013 a 2019 do Sindiserviços/DF. Disponíveis em: <http://sindiservico.org.br/>

* Esta variação percentual significativa se deu devido a instituição do plano de saúde, que era algo que não era inserido em 2013.

**Esta variação percentual ocorreu pela mudança do plano de saúde por um plano ambulatorial.

Diante do entendimento e antes de iniciar a análise de fato, é possível apresentar, na tabela abaixo, todas às alterações contratuais (e/ou renovações), promovidas no contrato de limpeza e conservação n. 200/15.

Tabela 19 - Alterações ocorridas no contrato de Limpeza/conservação desde a contratação.

INSTRUMENTO	DESCRIÇÃO	V. MENSAL PREVISTO	Variação (%) em rel. ao v. anterior	Variação (%) em relação ao valor inicial
Início do Contrato	Início do contrato	R\$ 2.511.622,84	-	-
1º Termo Aditivo	Supressão de 1,77% do valor do contrato	R\$ 2.467.280,91	-1,77%	-1,77%
1º T. de Apostil.	Repactuação 2016	R\$ 2.603.227,61	5,51%	3,65%
2º Termo Aditivo	Prorrog. do Contrato e supressão de áreas	R\$ 2.599.094,99	-0,16%	3,48%
3º Termo Aditivo	Alteração na freq.de limp. e ajuste de áreas	R\$ 1.870.699,31	-28,02%	-25,52%
2º T. de Apostil.	Repactuação 2017	R\$ 2.088.939,82	11,67%	-16,83%
4º Termo Aditivo	Prorrogação	R\$ 2.088.939,82	0,00%	-16,83%
5º Termo Aditivo	Inclusão de Insalubridade	R\$ 2.189.094,01	4,79%	-12,84%
6º Termo Aditivo	Alter. na frequência de limp. e Repac. 2018	R\$ 1.439.573,53	-34,24%	-42,68%
7º Termo Aditivo	Prorrogação	R\$ 1.439.573,53	0,00%	-42,68%
8º Termo Aditivo	Acréscimo, transf. e supressão de áreas	R\$ 1.464.942,48	1,76%	-41,67%
9º Termo Aditivo	Acréscimo de áreas	R\$ 1.487.512,09	1,54%	-40,77%

Fonte: Diretoria de contratos administrativos da UNB. Extraído do site www.daf.unb.br

Algumas simples conclusões empíricas que se podem extrair da planilha acima, no momento, é que com todas às alterações (incluindo neste rol, repactuações, prorrogações, supressões, ajuste de frequência e inclusão de insalubridade), ocorreu uma redução no contrato, comparando o cenário atual do contratado e os especificidade do objeto contratado em 2015, e esta redução representa 40,77% do valor inicialmente contratado. Por outro lado, ocorreu um aumento no total de áreas contratadas em 3,59% (resultado da diferença nos ajustes entre acréscimos e supressões de áreas), mas no que se refere ao total de pessoas necessárias para a entrega do objeto teve uma redução de 55,99%, este fenômeno só foi possível devido a mudança de frequência na limpeza e conservação de alguma áreas.

7.5.2 Análise econômica do direito de repactuação

a) Requisitos jurídicos previstos para concessão da repactuação e classificação do objeto de análise

É prudente destacar que os contratos, objetos de análise deste trabalho, tiveram a sua fase interna à licitação iniciada em meados entre 2013 e 2014, dado por finalizado a fase externa e iniciado a contratação entre 2014 (o serviço de vigilância) e 2015 (o serviço de Limpeza). Observando isso cabe destacar, que neste período os contratos foram abrangidos tanto pela Instrução normativa n. 02/2008 MPOG e decreto 2.271/97 (os quais se encontram revogados), e atualmente são disciplinados pela IN 05/2017 e Decreto 9.507/2008. Sendo assim, apesar dos contratos escolhidos terem respaldo em legislações anteriores, às novas legislações em nada inovou o instituto da repactuação, apenas melhorou a redação jurídica de alguns dispositivo.

Considerando estes argumentos e cumprindo a primeira etapa da primeira fase, descrita na metodologia (item 7.4), foi elaborado um quadro (Apêndice-A) para fins de direcionamento na classificação do objeto, e na análise quanto efetividade no uso das regras do direito à repactuação, mas para isso foi seguido os seguintes critérios:

- a) Já que em quase nada foi atualizado os requisitos da repactuação, optou-se por utilizar a base legal atualizada (IN 05/2017 e decreto 9507/2018);
- b) Foi diferenciado os requisitos elencados na base legal dos conceitualmente teóricos (e doutrinários), ou seja aqueles descritos em normas jurídicas, daqueles transcritos apenas na teoria, doutrina ou jurisprudências

Por outro lado, com base no quadro com a descrição dos requisitos (Apêndice I) buscou-se a classificação dos instrumentos de alteração contratual realizados nos contratos escolhidos, cumprindo a etapa 2a da primeira fase. Para esta classificação, utilizou-se do check list elaborado no Apêndice B, considerando os seguintes critérios.

- a) A pesquisa se limitou em analisar apenas alterações decorrentes de repactuação, excluindo então os outros tipos de modificação contratual , salvo se estiver interrelacionado com o assunto ou o procedimento foi realizado no mesmo instrumento;
- b) O período escolhido será a repactuação até a data-base de 2018 (mesmo sido concedido em 2019), pois a repactuação de 2019 ainda estava em negociação no momento da finalização deste trabalho
- c) Para classificação das situações que ensejaram ou ensejaram repactuação, utilizou se dos contendo os requisitos jurídicos e teóricos embasados teoricamente deste trabalho (principalmente os estudado no tópico 5.3.2.1) e com base na classificação descrita no referido quadro ou com base nos pareceres jurídicos elaborados para disciplinar às alterações dos contratos da UnB.
- d) repactuação será considerado às situações decorrente de pedido de correção dos preços, decorrente de:
 - Instrumentos de negociação coletiva;
 - Preço de mercado para materiais e equipamentos necessários à execução do serviço
 - Decorrente de alteração no preço de tarifas públicas;
 - Ou de itens previamente definidos no contrato.

Considerando as Tabelas 13 e 19 (Vigilância e limpeza/conservação, respectivamente), percebe-se que ocorreram diversos tipos de alterações contratuais (prorrogações, acréscimos, supressões, revisão, negociações, ajustes quantitativos e qualitativos etc.). Mas com base nos requisitos e na orientação da classificação foi possível escolher os instrumentos no quadro abaixo a serem analisados.

Tabela 20 - Repactuações realizadas no contrato de vigilância desarmada

INSTRUMENTO	DESCRIÇÃO	V. MENSAL PREVISTO	Data de Assinatura	Vigência Oficial - Publicação de:	Vigência Oficial - Publicação até:
1º Termo Aditivo	Prorrogação e Repactuação 2015	R\$ 1.107.024,54	26/05/2015	26/05/2015	21/11/2015
3º Termo Aditivo	Prorrog. e Reeq. Econômico ref. a passagens*	R\$ 1.346.308,93	21/11/2015	21/11/2015	19/05/2016
1º T. de Apostil.	Repactuação 2016	R\$ 1.489.888,72	18/03/2016	-	-
6º Termo Aditivo	Prorrogação e reeq. econômico aumento de passagens*	R\$ 1.465.610,10	12/05/2017	12/05/2017	12/05/2018
7º Termo Aditivo	Prorrog., supressão, repact. 2017 e ajuste nas escalas de trab.	R\$ 1.250.899,75	11/05/2018	12/05/2018	12/05/2019
2º T. de Apostil.	Repactuação 2018	R\$ 1.288.535,49	11/08/2019	-	-

Fonte: Diretoria de contratos administrativos da UNB. Disponível em: www.daf.unb.br

* A descrição fornecida pela Diretoria de contratos administrativos está como reequilíbrio econômico, mas a situação é aumento de passagem, sendo assim de acordo com a legislação, inclusive o parecer jurídico desta alteração indica o uso do instituto repactuação

Tabela 21 - Repactuações realizadas no contrato de limpeza e conservação

INSTRUMENTO	DESCRIÇÃO	V. MENSAL PREVISTO	Varição (%) em rel. ao v. anterior	Varição (%) em relação ao valor inicial
1º T. de Apostil.	Repactuação 2016	R\$ 2.603.227,61	5,51%	3,65%
2º T. de Apostil.	Repactuação 2017	R\$ 2.088.939,82	11,67%	-16,83%
5º Termo Aditivo	Inclusão de Insalubridade	R\$ 2.189.094,01	4,79%	-12,84%
6º Termo Aditivo	Alter. na frequência de limp. e Repac. 2018	R\$ 1.439.573,53	-34,24%	-42,68%

Fonte: Diretoria de contratos administrativos da UNB. Disponível em: www.daf.unb.br

b) Análise dos da situação dos jurídicos e econômicos das repactuações contratos de vigilância desarmada e limpeza/conservação

Análise da Aplicabilidade jurídica nas repactuações do contrato de <u>Vigilância desarmada</u>	
1º Termo Aditivo	<p>Objeto: <u>Prorrogação e Repactuação 2015</u> - A empresa fez o Pedido dia 20/03/2015, fato que está de acordo com o interregno mínimo de 1 (um) ano do orçamento a que a proposta se referir, e conforme legislação da época (considerando que a atual não inovou) para a primeira repactuação. O pedido foi acompanhado de planilha de custo e convenção coletiva de trabalho do Sindesv/DF, neste pedido foi solicitado o reajuste do salário normativo da categoria em 10,69%, além da majoração dos custos com auxílio alimentação (de R\$ 23,00 para R\$ 28,00), reajuste do auxílio saúde, (de R\$12,00 para R\$13,00) e fundo odontológico (de R\$ 90,00 para R\$ 125,00), fundo de indenização de aposentadoria por invalidez (de R\$ 8,00 reais para 9,00), a empresa ainda solicitou revisão dos preços decorrente da Medida provisória 664/2014 o que alterou o custeio da empresa de 15 para 30 dias do auxílio doença fato que majorou o percentual de 1,94% para 3,88% , além do pedido da variação do FAP - Fator Acidentário de Prevenção de 1,94% para 3,88%. A decisão sobre o pedido de repactuação se deu em 22/04/2015, no entanto devido o processo de prorrogação por 180 dias realizado juntamente (fato que justifica o uso do instrumento termo aditivo (conforme art 57§4º da IN 05/2017), e foi dispensado análise jurídica da área de gestão. O referido instrumento foi assinado e publicados em 26/05/2015. O contrato passou de R\$ 999.985,60 (novecentos e noventa e nove mil novecentos e oitenta e cinco reais e sessenta centavos), para o valor de R\$ 1.107.024,54 (um milhão cento e sete mil vinte e quatro reais e cinquenta e quatro centavos), perfazendo um total global anual de R\$ 13.284.294,48 (treze milhões duzentos e oitenta e quatro mil duzentos e noventa e quatro reais e quarenta e oito centavos).</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: <u>Médio</u> - pois apesar da não indagação da unidade que analisou o pedido (e a segurança do gestor na concessão do objeto solicitado), no processo não ficou claro quanto a concessão e o procedimento utilizado no caso da variação do FAP e da medida provisória.</p>
3º Termo	<p>Objeto: <u>Prorrog. e Reeq. Econômico ref. a passagens</u> - o pedido foi realizado em 28/09/2015 devido o aumento da tarifa de transporte coletivo a partir do decreto 36.762, o pedido foi de reequilíbrio econômico (sinônimo de revisão), a empresa embasou o pedido no art 65 §5º, acionando ainda o princípio da imprevisibilidade, mas na época já existia orientação normativa normatizando o pedido com sendo repactuação (Orientação normativa n. 05/2014 22/08/2014). No entanto, neste momento também</p>

<p>Aditivo</p>	<p>foi constatado que às regras quanto ao acidente de trabalho constante na MP 664/2014 não foi convertida em lei, devendo assim voltar aos percentuais anteriores. Então ao invés do valor contratual aumentar com o aumento da tarifa de transporte o valor foi reduzido, passando do valor de R\$ 1.347.239,63 (um milhão trezentos e quarenta e sete mil duzentos e trinta e nove reais e sessenta e três centavos) para R\$ 1.346.308,93 (um milhão trezentos e quarenta e seis mil trezentos e oito reais e noventa e três centavos). Como se tratou de pedido de reequilíbrio o processo foi submetido a análise jurídica a qual emitiu parecer totalmente desconexo do objeto. O referido termo aditivo foi assinado em 21/11/2015.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: <u>Médio</u>: Já existia Orientação normativa referente ao aumento de tarifas conforme orientação normativa/SLTI 02 de 22 de agosto de 2014, fato que não foi observado nem pela empresa, nem pela unidade que analisou, nem mesmo pela unidade jurídica, mas o efeito jurídico foi insignificante já a única coisa que mudou foi o procedimento de formalização (que por sinal é mais seguro). No entanto, ocorreu juntamente a necessidade de reversão dos custo da MP 664/2014 a qual foi instituída por repactuação. Não ficou claro qual instituto usar no caso da MP ou não se usou corretamente uma norma existente no caso do aumento das passagens. Mas o efeito jurídico não trouxe consequências significativas ao gestor</p>
<p>1º T. de Apostil.</p>	<p>Objeto: <u>Repactuação 2016</u> - o pedido foi realizado em 02/02/2016, contemplando às rubricas de aumento do salário normativo: em 11,5%, além do auxílio alimentação (R\$ 28,00 para R\$ 32,00), Plano de saúde, de (R\$ 125,00 para R\$ 140,00), indenização decorrente de aposentadoria por invalidez e por doença de qualquer natureza, de (R\$ 13,00 para R\$ 14,00) e do fundo social e odontológico (de R\$ 9,00 para R\$ 10,00). Além disso a empresa solicitou a alteração para baixo da rubrica SAT dos encargos sociais de 2,39% para 2,22% decorrente da alteração do FAP . a resposta de concessão do pedido foi favorável em 16/06/2016. Como ocorreu apenas repactuação foi utilizado simples apostilamento, o interregno mínimo de 1 (um) ano com base no instrumento que ensejou a última repactuação foi cumprido (conforme art. 56 in 05/2017), a decisão sobre a concessão foi realizada dentro do período de sessenta dias. Os trâmites processuais do termo foi encerrado com a assinatura em 18/03/2016, passando o contrato de R\$ 1.346.308,93 para R\$ 1.489.888,72. Sem a necessidade de análise jurídica da procuradoria jurídica junto à UNB.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: <u>Integral</u> - pois mesmo apesar da dúvida quanto às tratativas formais quanto ao FAP, pois a unidade gestora (a</p>

	<p>qual analisou o instrumento) seguiu os mesmos entendimentos anteriores, no entanto, a classificação da segurança jurídica é integral, pois neste caso o valor percentual foi reduzido então esta rubrica não teve impacto financeiro de majoração e sim de redução.</p>
<p>6º Termo Aditivo</p>	<p>Objeto: <u>Prorrogação e reeq. econômico aumento de passagens</u> - Em 07/02/2017 a empresa fez solicitação de reequilíbrio econômico financeiro do contrato decorrente do aumento das tarifas do transporte público após edição do decreto n. 37.940, embasando o seu pedido na teoria da imprevisão, com base no art. 65 § 5º 8666/93. O pedido foi devidamente analisado, mas este período coincidiu com a necessidade de prorrogação, então às duas situações foram feitas em conjunto e submetida a procuradoria federal (junto à UNB), para análise jurídica, só que neste momento o órgão tem o posicionamento conforme às normas vigentes, concluindo da seguinte forma: <i>Assim, parece-me que estamos diante de situação que avoca a aplicação do instituto da repactuação, que é a espécie de reajuste contratual que deve ser utilizada para serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato[...].</i> o órgão cita a orientação normativa/SLTI n. 02/2014 e resume os seguintes requisitos:</p> <p><i>Portanto, a repactuação deve atender os seguintes requisitos: majoração da tarifa de transporte público; incide apenas sobre item relativo aos valores pagos a título de valetransporte; anualidade refere-se a data do último reajuste de tarifa de transporte público; efeitos financeiros a partir da efetiva modificação do valor da tarifa de transporte público. e</i></p> <p>Em análise ao processo todos os requisitos acima foram cumpridos pela unidade gestora do processo, inclusive quanto ao prazo de concessão. Por outro lado, cabe destacar que por se tratar de uma repactuação conjunta com uma prorrogação justificativa o uso de termo aditivo. Por fim o contrato passou de R\$ 1.453.799,58 para R\$ 1.465.610,10.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: Integral - Pois mesmo com o uso da nomenclatura reequilíbrio econômico financeiro, o vício é superado pelo parecer jurídico e o uso do instrumento termo aditivo ao invés de apostilamento se justifica pelo fato de ter sido feito neste mesmo momento uma prorrogação contratual, conforme disciplina a base legal resumida no apêndice A.</p>
	<p>Objeto: <u>Prorrog., supressão, repact. 2017 e ajuste nas escalas de trab</u> - Cabe destacar no 5º termo aditivo que houve a exclusão do plano de saúde dos contratos em decorrência de consulta da auditoria interna à procuradoria jurídica junto à UNB, fato</p>

<p>7º Termo Aditivo</p>	<p>que ensejou a redução do contrato de R\$ 1.489.888,72 para R\$ 1.453.799,58, fato que impactará, mesmo que a rubrica ainda estivesse constatando nas convenções coletivas de trabalho. Em 2017 não ocorreu o acordo coletivo de trabalho, então foi para dissídio na justiça do trabalho, mas empresa fez o registro do direito ao pedido em 17/03/2017, evitando assim incorrer na perda do direito de repactuação com a assinatura do contrato da prorrogação ou o encerramento do contrato conforme art. 57§ 7º IN 05/2017. Com base neste fato, o pedido foi realizado em 19/02/2018 por força do Julgamento do Dissídio coletivo n.003/2018. Só que este instrumento contemplou apenas, A majoração dos salários da categoria em 6,58% sobre os salários, reajuste do vale alimentação para R\$ 34,11 por dia trabalhado, além da empresa ter solicitado à parte a alteração a Risco Ambiental de Trabalho (SAT x FAP) em virtude de aumento do FAP, passando o RAT de 2,22% para 2,28%. Mas, este pedido foi realizado com a necessidade de supressão de postos, ajuste de escalas de trabalho e a repactuação. A Unidade gestora seguiu todos os trâmites e requisitos de análise, exceto o prazo de 60 dias para análise quanto a concessão do pedido de repactuação, inclusive não foi objeto de análise quando submetido a apreciação jurídica.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: Médio - Seguiu todos os trâmites, mas não cumpriu o prazo máximo de 60 dias para concessão do pedido, no entanto o ato não teve consequências significativas à quem deu causa.</p>
<p>2º T. de Apostil.</p>	<p>Objeto: Repactuação 2018 - pedido realizado em 21/01/2019, novamente devido a demora no julgamento de dissídio coletivo, mas cabe ressaltar que a empresa manifestou o seu direito de repactuação quando foi indagada quanto a necessidade de prorrogação, além do fato do pedido ter sido feito antes na próxima prorrogação (ou encerramento). O fato gerador foi a sentença normativa de dissídio coletivo de trabalho, foi majorado apenas os salários da categoria em 2,07% sobre os salários e reajuste do vale alimentação para R\$ 34,84 por dia. Diante a análise foi tentado negociação com a empresa quanto aos custos, diante da restrição orçamentária que a UNB vinha passando com base no artigo Por ocasião do citado termo de apostilamento, o valor mensal passará de R\$ 1.250.899,75 (um milhão, duzentos e cinquenta mil oitocentos e noventa e nove reais e setenta e cinco centavos) para R\$ 1.288.535,49 (um milhão, duzentos e oitenta e oito mil quinhentos e trinta e cinco reais e quarenta e nove centavos) mensais.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: Integral - foi seguido todos os trâmites legais e requisitos do processo legal.</p>

Análise da Aplicabilidade jurídica nas repactuações do contrato de Limpeza e Conservação	
1º T. de Apostil.	<p>Objeto: Repactuação 2016 - Pedido realizado em 15 de março de 2016. o aumento em 10,5%, Às rubricas solicitadas pela empresa foi de , 14,58% do auxílio alimentação, 6,67% do auxílio saúde e 11,11% da assistência odontológica, além do custo com majoração da tarifa de transporte público com base no decreto n. 36.762/2015. No entanto com base nos entendimento procuradoria-geral federal junto à UNB e outros órgãos correlatos, a rubrica plano de saúde deverá ser suprimido , mas como a empresa comprovou que vinha repassando o valor aos trabalhadores isto foi considerado no pagamento do valor retroativo. Neste caso, foram feitos muitas alterações além das pedidas, como alteração da base de cálculo da insalubridade (que estava sobre o salário base, divergindo do artigo 192 da da CLT e recurso revisionário do TST), alteração no percentual dos custos indiretos e lucros para baixo e modificação do quantitativo de encarregados. a decisão quanto ao pedido foi realizada em 11/08/2016, e o contrato foi assinado em 08/09/2019, passando o valor mensal de R\$ 2.467.280,89 para R\$ 2.603.227,61.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: Médio - Não foi cumprido o prazo máximo de sessenta dias para decisão ao pedido, devido suspensão decorrente de restrição orçamentária do órgão, sem efeito ao agente causador. Teve outras alterações simples no contrato, mas que mexeram em valores (para baixo), neste caso não ficou claro na norma jurídica se deveria ou não utilizar a repactuação.</p>
2º T. de Apostil.	<p>Objeto: Repactuação 2017 - pedido realizado em 28 de março de 2017, foi solicitado o reajuste dos preços contratado referente aos insumos e materiais conforme a variação do IPCA/IBGE nos últimos 12 meses, a contar de janeiro/2017 em 5,97%. E a repactuação decorrente de convenção coletiva de trabalho, a partir da data base da categoria, janeiro de 2017, contemplando o reajuste salarial da categoria de 6,57%, auxílio alimentação e funeral . Por outro lado, a área gestora decidiu fazer ajuste na passagem em virtude do decreto 37.940/2016, a qual com a integração do transporte possibilitou a redução do custo com a rubrica. Cabe destacar que neste processo estava sendo tratado também a situação de insalubridade, mas optou se por tratar em outro momento devido dificuldade do tema. A análise foi concluída em 22/09/2017, ou seja fora do prazo máximo estipulado no art 57. § 3º, no entanto como teve várias negociações os prazo foi suspenso conforme § 4º.</p>

	<p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: Integral - todos os ditames legais foram seguidos pela unidade que analisou o processo</p>
<p>5º Termo Aditivo</p>	<p>Objeto: Inclusão de Insalubridade - o pedido de repactuação analisada inicialmente juntamente com às rubricas aprovadas no 2º termo de apostilamento, mas não foi dado andamento devido a complexidade do assunto, então o pedido foi novamente retomado. Cabe destacar que esta situação está relacionada a transferência de áreas simples para valores aplicado às áreas com insalubridade de 40%, devido súmula 448, a qual institui obrigatoriedade de grau máximo de insalubridade para trabalhadores de banheiros de grande circulação. Esta análise encerrou com a emissão do parecer em 28/11/2017. Passando de R\$ 2.088.939,82 para para R\$ 2.189.095,01. No entanto, houve devido a forma de cálculo do contrato de limpeza o retroativo geraria um valor vultoso (pois incidiria rubricas que não relacionadas o papel da insalubridade), então a situação foi submetida à jurídica, e foi orientado uma negociação junto a empresa a qual foi bem sucedida e o valor retroativo passou de R\$ 2.309.382,50 para R\$ 1.233.539,48.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: Baixo - Diante da incerteza na análise, pelos responsáveis, tendo em vista a apuração de um alto valor retroativo, achou prudente submeter o caso à uma consulta jurídica. Esta lacuna (incompletude) se deu na metodologia (contratação por metro quadrado) existente para os cálculos do contrato em questão, neste item incidiria outras rubricas como custo indireto, lucro, que no resultado final superaria o valor necessário para cobrir os gastos efetivos com insalubridade e impostos. Contudo, cabe destacar que este instrumento só foi analisado dentro do rol de possibilidades de repactuação, pois a procuradoria jurídica junto à UNB citou-o como, ao afirmar o seguinte:</p> <p><i>[...] No caso vertente, não há propriamente alteração do valor inicial, mas adequação do mesmo à previsão editalícia. Seria o caso puro e simples de apostilamento se não houvesse a dívida levantada pela COSTE, o que exige maiores diligências.[...]. Ou seja, afirma que a regra para este caso é que deveria ser feito por simples apostilamento (caso puro de reajuste/repactuação, pelo fato de não existir índice específico ou setorial) mas, diante do fato de o insegurança e o impacto econômico causado, a própria procuradora, achou sensato a sua interferência jurídica, neste caso. O parecer consultivo, foi embasado em entendimentos da AGU e TCU, no entanto, ao citar que o fato se trata de uma adequação a previsão editalícia, corrobora com outra decisão (desta vez do MPU), que diz que: “Acerca da possibilidade de inclusão de adicional de insalubridade nas planilhas de custos com base somente na Súmula 448 do Tribunal Superior do Trabalho –</i></p>

	<p><i>TST(enunciado orientativo), [...] resta inviabilizada qualquer possibilidade de concessão, nos termos do art. 40, § 1º, da IN SLTI/MPOG N° 02/2008, suso descrito, o qual veda a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de lei ou instrumento coletivo[...]” (PARECER SEORI/AUDIN-MPU N° 1.852/2016).</i></p> <p>Esta classificação à situação se justifica, pois não existe norma disciplinadora ou lei sobre o caso em questão, apenas jurisprudências. Por outro lado, os aspectos de periodicidade, metodologia de cálculo não foram discutido, e neste caso da UnB foi realizado uma negociação com a empresa do valor retroativo para cobrir apenas os custos efetivos, elogiado no parecer da procuradoria jurídica, mas não tem base jurídica para tal fato, e por fim a metodologia de metro quadrado demonstrou-se defeituosa e a disciplina jurídica insuficiente, para justificar o fenômeno do alto valor ocorrido.</p>
<p>6º Termo Aditivo</p>	<p>Objeto: <u>Alter. na frequência de limp. e Repac. 2018</u> - Pedido realizado em 02/02/2018, com vista a solicitação de reajuste de preços de materiais e insumos pela variação do IPCA de 2,94% e repactuação dos preços decorrente de convenção coletiva de trabalho reajuste do salário normativo da categoria de 3,10%, auxílio alimentação para 31,50 e auxílio odontológico para 9,90. No entanto, foi realizado juntamente o pedido de alteração da frequência de limpeza, fato que em consequência gerou um redução (supressão) contratual drástica, em torno de 54,3% do valor inicial atualizado, no contrato diante da situação orçamentária da instituição fato que ensejou o contrato passando de R\$ 2.189.095,01 a R\$ 1.439.573,53.</p> <p>Nível da segurança jurídica para aplicabilidade jurídica: <u>Integral</u> - todos os ditames legais foram seguidos pela unidade que analisou o processo</p>

Nesta análise qualitativa, percebeu-se que à área de gestão e fiscalização de contratos da Universidade de Brasília está bastante alinhada e adequada quando aos ditames legais no que se refere à repactuação de preço dos contratos, salvo o caso específico da insalubridade no serviço de limpeza e conservação, que apresentou baixo nível de segurança jurídica, pois a norma e a metodologia aplicada não é suficiente para disciplinar a situação e apresentou certa anomalia no cálculo, além do que a decisão tomada pelo gestor, quanto à negociação do valor retroativo, não tem respaldo legal, apesar de que o fato teve a concordância da contratada. Por outro lado, esta decisão demonstrou ser a decisão mais sensata, quanto analisado economicamente, pois teve a

redução do valor devido em quase 1 milhão de reais.

Quanto ao erro na nomenclatura reequilíbrio econômico e a escolha no procedimento adequado ao caso, cabe destacar que para estes contratos não tiveram impactos significativo, pois o vício foi sanado quando realizado em conjunto com outra situação como prorrogações (3 e 6 termo aditivo - Prorrogação e aumento de passagem - Contrato de vigilância), mas com às orientações jurídicas percebe-se que a área responsável se adequou, pois conforme analisado em um instrumento do serviço de limpeza, esta situação foi tratada como repactuação (Repactuação 2017 - Limpeza/conservação 2 termo de apostilamento). Contudo, caso tenha sido objeto de alteração contratual, de forma individualizada, em outro contrato, cabe destacar que pelo que foi estudado neste trabalho, o agente usou-se apenas de burocracia desnecessária, quando se poderia usar caminho mais simples, ou seja, pela prudência errou-se para mais, por fim, cabe destacar que não foi encontrado nem nos contratos analisados, em consulta à área responsável pela gestão destes tipos contratos na UNB ou nem mesmo casos concretos em outros órgãos, de alguém que tenha sido penalizado por isto.

Outro fato, que merece destaque é que a partir da análise dos contratos foi verificado, várias particularidades elencadas em outras alterações contratuais, principalmente no que se refere a possibilidade de negociações, como é o caso dos custos fixos não renováveis ou variáveis, onde a legislação apenas cita a possibilidade de negociação, mas não disciplina a forma que deve-se proceder, ou quais custos merecem ser negociados. Ainda no rol das negociações, a UnB desde 2016 aplica a política de não concessão de plano de saúde em seus contratos a partir de parecer consultivo emitido pela Procuradoria federal junto à FUB, à pedido da auditoria interna. E recentemente em nova consulta feita pela DCA esta decisão se estendeu para das rubricas assistenciais, tais como: auxílio funeral (ou seguro de vida, ou seguro aposentadoria), auxílio odontológico, fundo social etc. Este fato, ainda gera certa dúvida em muitos órgãos e ainda não é fato superado, mas para a UNB foi relevante para adequação dos gastos com locação de mão-de-obra.

7.5.3 Discussão dos Resultados

Da análise descrita acima e pela observação analítica dos contratos estudados (inclusive outras alterações) , é possível extrair alguns resultados, dos quais serão elencados por tópico abaixo:

- a) O ordenamento jurídico relacionado a repactuação é suficiente para preencher às lacunas contratuais relacionados à repactuação diante da majoração de custo através de acordo, convenções coletivas e dissídios coletivos, No entanto, é insuficiente para explicar os custos não trabalhistas, como é o caso das situações ocorrida em outra alterações plano de saúde, auxílio odontológico, funeral etc. E casos de negociação contratual em prorrogações, apesar de permitir não disciplina ou orienta às a formas que se podem proceder.
- b) A legislação aplicada à situação de insalubridade é insuficiente, pois alguns órgãos disciplinam que devem ser por meio de repactuação e outros por meio de revisão (reequilíbrio econômico), no entanto este fato é insignificante, quando comparado a metodologia do cálculo aplicada ao serviço de limpeza e conservação.
- c) Análise econômica geral das situações descritas, O custo e o impacto econômico mais significativo para a administração pública, não está na formalização e regras jurídicas da repactuação (periodicidade, instrumento a ser utilizado, prazo de análise, etc) e sim na essência do pedido, que engloba neste rol:
 - O valor e o peso (percentual) das rubricas majoradas (remuneração);
 - Custos fixos não renováveis ou custos variáveis;
 - Quais custos podem ser ou não repassados para a administração;
 - Quais os limites dos sindicatos;
 - Análise da metodologia utilizada no contrato de limpeza e conservação;
 - Limites dos casos possíveis de negociação;

Para exemplificar estes resultados, cabe destacar que, por exemplo, que no caso da insalubridade do serviço de limpeza o aumento contratual representou uma majoração de

4,79% (Valor antes da insalubridade 2.088.939,82 e após a insalubridade R\$ 2.189.094,01), sem considerar o valor de retroativo de R\$ 1.233.539,48 (Um milhão duzentos e trinta e três mil, quinhentos e trinta e nove reais e quarenta e oito centavos. Sobre isso cabe destacar o que relatou o parecer jurídico sobre o caso em questão:

No caso vertente, houve relevante atuação da administração pública, possibilitando significativa redução dos valores pretéritos de R\$ 2.309.382,50 (4ª cláusula do documento SEI n. 2005702) para R\$ 1.233.539,48 (4ª cláusula do documento SEI n. 2217134).

O fato aqui demonstrou que metodologia jurídica, em forma de instrução normativa, se mostrou anormal ao caso específico. Por outro lado, a expertise do agente público em uma simples negociação (neste caso sem respaldo jurídico), foi mais eficiente pois supriu um problema futuro, onde o não pagamento (aos funcionários em condições insalubres) poderiam ensejar em condenações trabalhistas, por outro lado, o fato trouxe relevante economicidade aos cofres públicos que deixou de pagar mais de 1 milhão de reais, em rubricas que não seriam aplicadas ao custeio da insalubridade (Lucro, auxílio paternidade, maternidade, custo indireto, custo de reposição do profissional ausente), pois seriam usufruídas pela empresa na forma de lucro.

Os ajustes ocorridos nas passagens não tiveram aspecto relevante nem do valor, nem no procedimento utilizado. No caso do serviço de vigilância no 3 termo aditivo, houve um aumento na passagem (passando de R\$ 5 reais para 7 reais em todos os cargos), fato que ensejou um aumento no valor do contrato em apenas 1,05%. Já no caso do 6 termo aditivo houve uma redução do valor (retornando dos mesmo 7 reais para os R\$ 5 iniciais, devido a instituição do bilhete único no DF), representando apenas 0,99% de redução no contrato.

Desta forma, às rubricas mais significativas estão ligadas diretamente à remuneração (incluindo a insalubridade). Em análise aos parâmetros descritos no item 7.5.1 e anexos I e II, percebe-se que às remunerações dos cargos contemplados tiveram a seguinte variação média.

Tabela 22 - Comparação da variação média das remunerações com os principais índices nacionais

	Varição média remunerações limpeza/ conservação	Varição média remunerações Vigilância Desarmada	INPC	IPCA	Varição do salário mínimo
2014*	-	6,95%	1,62%	2,21%	6,58%
2015	-	7,50%	6,58%	6,29%	8,84%
2016**	10,53%	11,49%	11,28%	10,67%	11,68%
2017	6,52%	6,58%	6,23%	6,41%	6,48%
2018	3,15%	2,07%	5,56%	5,91%	1,81%

* Início efetivo do contrato 206/2014 - vigilância desarmada

** Início efetivo do contrato 200/2015 - Limpeza e conservação

Fonte: Elaboração do autor

Sabendo que geralmente às remunerações são às maiores despesas da planilha de custo e formação de preços, não apenas pelo valor que esta representa, mas pelo fato de ser base de incidência para outros itens da planilha, como: impostos, demais encargos e custos trabalhistas (auxílio maternidade, ausências, rescisão, adicional de férias) , lucro, custo indiretos, dentre outro. Percebe-se que a variação média das remunerações, sempre estiveram acima dos índices inflacionários e bem próximas a variação do salário mínimo, salvo em 2018, talvez devido o impacto das reformas fiscal e trabalhistas ocorridas em 2016/2017 e em decorrência do início da retomada econômica e do emprego, após o forte cenário de crise. Contudo, este fato fica de sugestão para novos trabalhos nesta área.

Por outro lado, os benefícios assistenciais por muitos anos tiveram impacto significativo nestes e outros contratos, apesar de não serem base de incidência para outros itens da planilha de custos e formação de preços. No entanto, após consulta formulada pela auditoria interna da UNB, foi determinado a retirada da rubrica plano de saúde de todos os contratos a partir de 2017 durante às prorrogações, da mesma forma, agora em 2019 em nova consulta da DCA, os outros benefícios assistenciais tiveram o mesmo entendimento, fato que já se iniciou com a negociação dos termos em alguns contratos que estão em processo de prorrogação. Cabe ainda, ressaltar que em 2017 e 2018 no contrato de vigilância está rubricas não foram alteradas, mantendo os valores de 2016, este cenário

atípico se justifica pelo fato de que em 2017 e 2018 não existiu acordo e/ou convenção coletiva e sim um dissídio junto a justiça do trabalho.

Levando em consideração estes fatos, e com base nos dados sobre o valor inicial atualizado dos contratos em questão, fornecidos pela Diretoria de contratos administrativos, foi possível construir as tabelas abaixo. Estes dados levaram em consideração a atualização do valor inicial do contrato, com base nas situações que possam ensejar repactuação (Aumentos/ajustes decorrente de acordo ou convenção coletiva de trabalho, aumento ou ajuste no auxílio de transporte, insalubridade), além de negociações como foi o caso da retirada do plano de saúde. Estes valores inicial atualizado servem como base para avaliar os limites de acréscimos e supressões, em atendimento ao §1º do artigo 65.

Tabela 23 - Variação do valor inicial atualizado do contrato de Vigilância

Repactuações	Valor mensal do contrato	Variação (%) do ano anterior	Variação (%) em relação ao valor inicial
Valor Inicial =>	R\$ 999.985,60	-	-
2015	R\$ 1.107.025,25	10,70%	10,70%
2016	R\$ 1.223.635,97	10,53%	22,37%
2017	R\$ 1.277.979,25	4,44%	27,80%
2018	R\$ 1.302.729,31	1,94%	30,27%

Fonte: Diretoria de contratos administrativos UNB

Nota: estes valores não representam o valor efetivo do contrato, mas apenas uma previsão caso não tivesse ocorrido alterações decorrente de acréscimos e supressões.

Analisando a tabela acima, do valor inicial atualizado do contrato de vigilância, percebe-se que variação percentual só superou a inflação em 2015, fato que reflete o aumento 13,26% da despesa com serviços terceirizados conforme Tabela 3, contraposto a isso o período demonstrou uma redução orçamentária com a rubrica “outras despesas” no total de 12,9%, (conforme Gráfico 3). Caso esta situação de aumento fosse generalizado à média para todos os contratos, e a EC 95 fosse aprovada antes deste circunstância, o fato poderia ser um problema não só orçamentário mais também fiscal.

Para se ter uma ideia deste impacto, comprando a parcela gasta com serviços terceirizados de locação de mão-de-obra, com o valor orçamentário destinado para a rubrica Outras despesas, percebe-se que em média esta parcela representou 34,2%, no entanto no de 2015, este percentual chegou a 42%, desta forma é possível inferir que a administração necessitou retirar de outras ações para cobrir o gasto com terceirização, conforme pode ser observado na tabela 4.

Por outro lado, já com base nos dados levantados ao serviço de limpeza, foi possível elaborar a tabela abaixo:

Tabela 24 - Variação do valor inicial atualizado do contrato Limpeza

Repactuações	Valor mensal do contrato	Variação (%) do ano anterior	Variação (%) em relação ao valor inicial
Valor Inicial =>	R\$ 2.511.622,83	-	-
2016	R\$ 2.603.227,61	3,65%	3,65%
2017	R\$ 2.799.191,57	7,53%	11,45%
2018*	R\$ 3.148.546,90	12,48%	25,36%

Fonte: Diretoria de contratos administrativos da UNB

Nota: estes valores não representam o valor efetivo do contrato, mas apenas uma previsão caso não tivesse ocorrido alterações decorrente de acréscimos e supressões.

Diferentemente do serviço de vigilância, o cenário de aumento do valor inicial do contrato de limpeza superou os índices inflacionários em 2017 e 2018. Com esta volatilidade nos resultados ocorrida nos dois contratos não é possível afirmar que sempre que ocorrer um aumento acima da inflação nas remunerações isto também refletirá no aumento dos contratos acima destes índices, apesar da rubrica ser a mais importante da planilha de custo e formação de preços, e que os os itens que a compõem são disciplinados nas negociações coletivas de trabalho, além dos benefícios assistenciais.

Por outro lado, é sabido que às tabelas de valores iniciais do contrato levaram em consideração alterações decorrente de decisão jurídica e de auditoria quanto ao plano de saúde, insalubridade e aumento de passagem como repactuação e negociações de custos fixos e não renováveis ou variáveis quando em processo de prorrogação, sendo assim, cabe ressaltar que não foi possível verificar apenas o impacto das remunerações e todos os outros itens dos instrumentos coletivos (pela insegurança jurídica, de obrigatoriedade ou

não de alguns desses itens), mas também, vale lembrar que, como visto, os outros itens não tão significativo no contrato (salvo insalubridade e plano de saúde), como foi o caso das remunerações.

Contudo, apesar deste contratos não terem superado a inflação, mesmo em cenário de previsão, o maior desafio da UNB, neste período, esteve diretamente ligado à gestão dos contratos com base na variação do orçamento, o qual se comportou da seguinte forma:

Tabela 25 - Evolução da rubrica outras despesas

	Orçamento- outras despesas	Variação (%)relação ao período anterior	Variação (%) em relação à 2014
2014	324.925.524,86	-0,50%	-
2015	283.016.079,60	-12,90%	-12,90%
2016	268.799.392,80	-5,02%	-17,27%
2017	229.304.095,07	-14,69%	-29,43%
2018	260.642.223,00	13,67%	-19,78%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do site da CGU - Portal da transparência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

Como percebido, caso o cenário atual fosse baseado apenas nos ajustes do valor inicial do contrato conforme tabelas 23 e 24 e esta média refletisse na mesma proporção por todos, a UNB teria grandes problemas em honrar os seus compromissos. Contudo, analisando os valores efetivos dos contratos (tabelas 13 - vigilância e 19- limpeza), agora considerando alterações referente a acréscimos e supressões, percebe-se que o contrato de limpeza teve uma redução no valor inicialmente contratado em aproximadamente -41%, por outro lado, o contrato de vigilância teve um aumento em seu valor de 29%. Este aumento no contrato de vigilância foi atípico, pois este cenário não se repetiu em outros contratos, fato este que considerando os acréscimos e supressões, percebe-se que a UnB fez o seu papel quando se analisa a tabela abaixo, pois teve uma redução significativa.

Tabela 26 - Despesas executadas com terceirização de mão-de-obra na UnB de 2014 a 2018

	Orçamento outras despesas	Variação (%) relação ao período anterior	Variação (%) em relação à 2014
2014	R\$ 106.398.661,60	1,42%	-
2015	R\$ 120.508.701,01	13,26%	13,26%
2016	R\$ 104.785.811,67	-13,05%	-1,52%
2017	R\$ 71.539.444,84	-31,73%	-32,76%
2018	R\$ 71.671.276,49	0,18%	-32,64%

Fonte: Elaboração do autor. Dados extraídos do site da CGU - Portal da transparência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

Sobre o aumento no valor efetivo do contrato de vigilância, a DCA informou que pela necessidade do serviços este foi majorado, mas com a redução de outros contratos, inclusive com a eliminação de alguns serviços ou mesmo a mudança de forma de contratação de outros foi possível compensar este aumento, inclusive representando um saldo de redução na despesa anual total com mão de obra terceirizada, reduzindo inclusive o percentual médio de impacto da ação rubrica outro orçamentos, representando por exemplo 31,20% em 2017 e apenas 27,50% em 2018 (conforme tabela 4), e da mesma forma isto refletiu no orçamento global o qual passou de uma média de 6,57%, para 4,35% em 2017 e 4,12% em 2018 (conforme tabela 5).

7.6 Resposta à questão problema

- Nos contratos em questão a não aplicação dos instrumentos de formalização jurídico, além do cumprimento dos prazos, não foram suficiente para penalização do agente, talvez pelo impacto e relevância das consequências, no entanto, isso não significa que em toda falta o agente não será responsabilizado, principalmente quando envolver ato gravoso ao erário (economicamente) e ao contratado.
- A utilização correta dos ditames legais nas repactuações, gerou impacto econômico e financeiro porém apresentou certa volatilidade, quando comparado mês a mês, desta forma, já que não foi possível aferir apenas o impacto dos itens

de responsabilidade dos instrumentos coletivos, apesar que comparado o aumento total do período o valor superaria a inflação, com volatilidade não é possível afirmar categoricamente o aumento do valor do contrato irá ser superior aos índices inflacionários e remuneratórios. Mas o impacto é sim significativo.

- Como visto os contratos terceirizados representam uma boa parcela do orçamento das despesas discricionária, inclusive orçamento global. Este fato demonstra a sua significância em relação às outras ações nas despesas discricionárias, sendo inclusive um dos maiores senão o maior dentre elas, pois como maior parte do orçamento global é com despesas obrigatórias.
- A limitação fiscal dos gastos públicos, exigem contratos menos completos pois este fato possibilita a não inflação da dos preços na licitação, por outro lado, este mesmo cenário de incerteza exige que a legislação seja capaz de suprir lacunas e imprevisão existente. Sendo assim, como foi demonstrado no trabalho, em várias situações envolvendo os contratos em análise, ainda tem carecem de normas reguladoras e disciplinadoras.
- A Análise Econômica do Direito (AED) é uma forma de abordagem, sendo assim necessita de técnicas e métodos adequados, para explicar o fato determinado no estudo em análise. Para esta trabalho a abordagem se mostrou satisfatoriamente adequada ao caso, no entanto, o método utilizado não foi suficiente para explicar algumas particularidades que ocorre , principalmente em questões que envolve a indecisão jurídica de algumas situações, o que prejudicou certeza quanto aos resultados dos fenômenos causados pelas negociações coletivas de trabalho no orçamento. Por outro lado, um ponto positivo é que o modelo se demonstrou flexível à integração de outras disciplinas como administração e outros métodos, inclusive qualitativo. Contudo, cabe ressaltar que mesmo com os resultados auferido, ou seja sem necessidade outras abordagens, métodos, metodologia, este trabalho consegue ser é capaz (porém não suficiente) apresentar e analisar às consequência ocorridas, bem como, propor modificações e inovações na legislação.

CONCLUSÃO

A ideia inicial deste trabalho surge da problemática de que o ordenamento jurídico permite que o orçamento estabeleça limites máximos a serem despendidos com cada ação estatal, por outro lado percebe-se que existe uma parcela de gastos do governo cujo montante a ser pago pode ser alterado livremente através de negociações coletivas, sem qualquer participação do poder público.

Mas foi possível aferir que assim como acontece nos contratos, a boa-fé como princípio basilar deve prevalecer nas negociações coletivas, ou seja, não deve haver prevalecimento do interesse de classe sobre o interesse público já que os custos são repassados ao tomador de serviço, no caso a administração pública.

Com isso, é fato que o direito do trabalhador e o direito coletivo devem ser garantido, devendo reger nas negociações e seguida por todas as partes envolvidas, os quais devem primar pela indisponibilidade de direitos básicos do trabalhador. Sendo assim, cabe destacar que nunca esses interesses devem ser usados em contraposto, já que a lucratividade do contratado é baseado nestes itens.

No referido contrato 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 assistências tem grande relevância no preço contratual.

Por outro lado, quando comparado a variação salarial, com os índices do IPCA e INPC, percebe-se na média os salários sempre aumentam em percentual maior que a inflação, no entanto, quando comparado a variação no aumento do valor inicial do contrato aplicado

às alterações contratuais, percebe-se certa volatilidade, fato que não permite afirmar categoricamente que sempre que o aumento remuneratório acima da inflação, isto irá impactar no aumento do preço do contrato em índices superiores o da inflação.

Esta conclusão se justifica pois como o valor inicial atualizado fornecido pela DCA, engloba não só às repactuações contratuais decorrente de fatores remuneratórios (ou itens da CCT), ele representa também outra alteração, ainda deve levar em consideração a insuficiência jurídica quanto às decisões referente a plano de saúde, insalubridade, e outros itens,. Desta forma, afirmar a hipótese de que majorada a repactuação acima da inflação, irá impactar conseqüentemente no resultado de uma aumento do contrato na mesma proporção, seria no mínimo imprudente

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. A maneira mais adequada e que tem respaldo legal seria o controle de risco do orçamento, isso evitaria a ineficiência de gestão quando da superestimar às receitas. Cabe ressaltar que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) prevê a existência do Anexo de Riscos Fiscais.

A AED se comportou muito bem, aplicada a objeto de análise, no entanto, como sugestão para continuidade deste trabalho, necessitaria de mais estudos diretamente voltado a estudar o campo trabalhista e das negociações coletivas. Esta abordagem pode contribuir para agregar eficiência do ponto de vista da concretização de melhores condições de trabalho através de métodos mais eficazes de negociação sempre pautada na boa-se, mas devendo levar em consideração os problemas de assimetria de informação, racionalidade limitada, oportunismo antissindicais etc.

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.

Por outro lado, apesar de que em um ambiente de inflação sob controle espera-se que ela não produza uma mudança radical no valor efetivo do contrato, contudo, deve se porém ressaltar que dada a natureza do mercado mesmo às pequenas variações de preço se não compensados podem comprometer a sustentabilidade da execução do serviço.

Então é por este e outros fatos que se justifica o uso da análise econômica do direito, pois ela busca avaliar os incentivos causados pelas normas e sempre busca propor soluções mais eficientes para os fins pretendidos, pois nem sempre, o direito acerta, podendo inclusive gerar consequências ruins, das quais não traduzem a realidade econômica, como é o caso contraposto entre emenda constitucional n. 95 e direito vinculado à repactuação. Contudo, cabe a análise econômica do direito encontrar, soluções capazes de preencher às lacunas existentes da forma mais eficiente possível, ou seja, com o menor custo de transação possível

A ideia do Teorema de Coase consiste no fato de que, se não há custos de transação, parte-se da premissa de que todos os ganhos mutuamente benéficos serão

obtidos e o resultado será a melhoria de Pareto. Com isso, a contribuição do trabalho seria propor:

- a) Normas mais esclarecedoras quanto às permissões e os deveres na negociação contratual (incluindo às repactuações);
- b) Norma disciplinadora em caso como insalubridade;
- c) Disposições normativas mais claras, quanto aos benefícios assistenciais

Por fim, a teoria dos contratos incompletos, sob o enfoque da análise econômica do direito, se mostrou a ferramenta (econômica) mais eficiente e mais abrangente do que o estudo da teoria da imprevisão por si só, fato que corrobora a necessidade de mudança do pensamento dos juristas e legisladores sobre o uso com maior frequência da ferramenta econômica aplicada ao direito.

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.

ALMEIDA, A. L. P. de . **Direito do trabalho: material, processual e legislação especial** - 15. ed. - São paulo: Rieel 2014.

ALMEIDA, A. L. P. de. **Curso prático de processo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

AUGUSTO, C.A.; SOUZA, J. P.; CARIO, S. A. F. Nova Economia Institucional: Vertentes Complementares. **Revista Ibero-Americana de Estratégia - RIAE**, v. 13, n. 1. Jan./Mar., 2014.

AZEVEDO, Á. V.. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos** : curso de direito civil. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2009.

BANDEIRA, P. G.; **Contrato Incompleto**. 2014, f. 255. Tese (Doutorado em Direito), Centro de ciências sociais, Faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

BIAVASCHI, M. B; DROPPA, A. A dinâmica da regulamentação da terceirização no Brasil: as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, os projetos de lei e as decisões do Supremo Tribunal Federal . **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, n. 41, p. 121-145, out. 2014.

BIAVASCHI, M. B; DROPPA, A. A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, v. 16 n. 01, p. 124-141, jan/maio. 2011.

BIAVASCHI, M. B; DROPPA, A. Os entendimentos sumulados pelo tribunal superior do trabalho sobre terceirização. In: RAMOS, Lauro (org.) **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**. Instituto de Pesquisa Econômica aplicada, v. 1 n. 0, p. 29-39, nov. 2011.

BORGES, A. G. **Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/7509/reflexos-do-codigo-civil-nos-contratos-administrativos>> . Acesso em: 02 ago. 2019.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Disponível em: <bibliaonline.com.br> Acesso em 25 de nov. 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa n. 22**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189183>>. Acesso em 17 de ago. 2019

BRASIL. **Constituição de (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso 18 de jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 20, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em 12 de ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688/41 de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais . Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 25 de nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.054 de 7 de fevereiro de 1994**. Regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1054.htm >. Acesso em:18 de out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2.271 de 07 de julho de 1997**. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências (Revogado pelo Decreto nº 9.507 de 21 de setembro de 2018). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em 22 de out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.507 de 21 de setembro de 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 22 de out. 2019.

BRASIL. **Instrução normativa n. 02 de 30 de abril de 2008 e alterações** . Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não (Revogada pela Instrução normativa n. 05 de 26 de maio de 2017). Disponível em: <

<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>>. Acesso em 08 jun. 2019.

BRASIL. Instrução normativa n. 05 de 26 de maio de 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.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>>. Acesso em 08 jun. 2019.

BRASIL. Instrução normativa n. 18 de 22 de dezembro de 1997. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não (Revogada pela Instrução normativa n. 02 de 30 de abril de 2018). Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/431-instrucao-normativa-n-18-de-22-de-dezembro-de-1997-revogada-pela-in-n-2-de-30-de-abril-de-2008>>. Acesso em 08 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm> 12 de ago. 2019.

BRASIL. Lei 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em 12 de ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em 14 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Altera dispositivos da Lei n o 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm>. Acesso em 14 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do consumidor. Brasília, DF, set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> acesso em 13 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Lei de licitações e contratos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 05 jul-dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.880 de 27 de maio de 1994**. Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8880.htm> Acesso em: 22 de set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Lei de concessões e permissões. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm>. Acesso em 05 jul-dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.192 de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm>. Acesso em: 23 de ago. 2019.

BRASIL. **Projeto de lei nº 4668/2004**. Objetiva Revogar os arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941, Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273651>>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de contas da união. **TCU Acórdão 1.309/2019 - Primeira Câmara**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-29646/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 25 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal de contas da união. **TCU Acórdão 313/2002 - Plenário**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-13794/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 23 de set. 2019.

BRASIL. Tribunal de contas da união. **TCU Acórdão 3.495/2012 - Plenário**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1116401/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 25 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST Súmula n. 256 e Revisão dada pela Súmula 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> acesso em 22 de jun. 2019.

BORGES, A. G.. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 846, out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7509>> Acesso em: 9 de agosto. 2019.

BRESSER-PEREIRA, L. C. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista da Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro, v 34 n. 4, p 7-26, Jul./Ago. 2000.

CARMO, M. M. A lesão, a teoria da imprevisão e a resolução por onerosidade excessiva como instrumentos para a efetivação do princípio da solidariedade no Direito Contratual. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3478, 8 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23400>. Acesso em: 17 set. 2019.

CAMINHA, U.; LIMA, J. C. **Revista Direito GV**, SÃO PAULO. V. 10, n. 1, p. 155-200, Jan-Jun. 2014.

CARVALHO, C.; JOBIM, E.. O Direito Tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custo de conformidade e custos de transação. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia.(Org.). Revista e atualizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Nathalie de Paula. A análise econômica do Direito e a moderna atividade empresarial. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 6, n. 1, p. 229-244, abr. 2009.

CASCAES, A. C. Análise econômica do contrato incompleto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 3, nº 1, p. 163-196. 2017.

CATEB, A. B e GALLO, J. A. A. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. **Revista da AMDE**. v. 1, p. 1-11, 2009.

CGU - CONTROLADORIA-GERAL A UNIÃO. Relatório de auditoria anual de contas n. 201305679. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/relatorios-antigos/ra201305679>>. Acesso em 27 de nov. 2019;

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil**: contratos - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

COLEMAN, S. M. Q.; SPROESSER, R. L.; LIMA FILHO, D. O.; TREDEZIN, C. A. Mecanismos de governança em sistemas agroalimentares - um enfoque nos custos de mensuração. **Revista de economia e agronegócio**. v. 4, n. 2, p. 219-240, 2006.

COUTO E SILVA, A. D. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

CUT - CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES; DIEESE - DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos**. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores (org.), 2014.

DELGADO, M. G.. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

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.

DIEESE - DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Terceirização e negociação coletiva: velhos e novos desafios para o movimento sindical brasileiro**. Brasília: Ministério do Trabalho e empresa MTE, 2012 (Nota técnica, n. 112, jun 2012).

DIEESE. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. 2007. (Relatório Técnico. Convênio SE/MTE nº 04/2003).

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado** - 15 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

DRUCK, G; SENA, J.; PINTO, M. M. ARAÚJO, S. A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: CAMPOS, A. G. (org) **Terceirização do trabalho no Brasil : novas e distintas perspectivas para o debate**. Brasília : Ipea, 2018.

ESPÍNDOLA, A. A. **Análise dos Índices no Equilíbrio Econômico- Financeiro nos Contratos da Administração Pública Estudo de caso da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina/UEDESC**. 2007. 61 f. Monografia (Graduação Ciências Econômicas), Departamento de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2007.

FARIA, R. O. **Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária**. 2009, 288 f. Dissertação (Mestrado em direito) Faculdade de direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FARINA, E. M.M.Q. Competitividade e coordenação de sistemas agroindustriais: um ensaio conceitual. **Revista Gestão e produção**, v.6, n.3, p. 147-161, dez. 1999.

FRANTZ, L.C. **Revisão dos Contratos**: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEREDO, E. F.; GIBRAN Sandro M.. A análise econômica do contrato e às implicações do princípio da função social do contrato no comércio internacional. **Revista Unicuritiva**. Curitiba, v. 2, n. 19, p. 14-37, 2016.

GALLO, J. A. A. Contratos Incompletos. 2009. 70 f. Dissertação (Mestrado Direito), da Faculdade de Direito Milton Campos. 2009.

GALVANI, L. Análise econômica do contrato e eficiência contratual. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS**. Brasília, V. 4, n. 2, p.1-22, Jul-Dez, 2017.

GICO JÚNIOR, I. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review- EALR**, v. I, n. 1, p. 7-33, Jan./Jun. 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. - 15. ed. v. 3 - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUSMÃO, Gustavo. **Os Fatos Jurídico e sua Classificação**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, n. 1. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/97/os-fatos-juridico-classificacao>> Acesso em: 6 set. 2019.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** - 10. ed. - São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** - 14. ed. - São paulo: Dialética, 2010.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** - 15. ed. - São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo** - 11. ed. rev. atual. e ampl. - São paulo: Revista dos tribunais, 2015.

KAUR, D. N. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços – uma nova abordagem jurídica. **Revista controle - Doutrina e artigos**. Fortaleza: v. 10, n. 2, p. 339-354, jul./dez.. 2012.

KLANN, R. C.; GOMES, E. do C. O.; GREUL, M. A.; BEZERRA, F. A. **Revista Contabilidade Vista & Revista**, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 99-118, jan./abr. 2014.

LIMA, D. **Primeira norma de licitações foi editada no Império**. Disponível em : <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>>. Acesso em 09/10/2019.

LIMA, R. F. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual**: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES, P. A.; GALVÃO, S. M. A incidência da teoria da imprevisão nos contratos aleatórios na perspectiva dos contratos futuros agrícolas. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, vol. esp., n. 37, p. 40-55, out. 2017.

LOUREIRO, C. G. da S. **Liberdade contratual e discriminação em função do sexo**: a Lei nº 14/2008. Revista de Estudos Politécnicos, 2010, v. 7, n. 13, p. 241-255, 2010.

NASCIMENTO, A. M. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 6ª Ed., 2009.

NASCIMENTO, E. S. **Curso de Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2013.

NEVES, J. **Limites jurídicos nas negociações coletivas trabalhistas**. 2016. 71 f. Monografia (Graduação em direito), Centro Universitário Univitas, Lajeado, 2016.

NITSCHKE, G. C. M. “**Integração**” de lacunas contratuais: em busca de um método. 2018, 572 f. Tese (Doutorado em Direito civil) - Faculdade de Direito, da Universidade de São paulo, São paulo, 2018.

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.

MAO, Aliele A., Noções Preliminares sobre a teoria geral dos contratos. In: ENCONTRO TOLEDO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA PROF. DR. SEBASTIÃO JORGE CHAMMÉ, 09, 2016, São Paulo. **Anais eletrônicos**. São paulo: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2016. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5653/5374>> Acesso em : 22. ago. 2019.

MARTINS, S. P.. **Direito do Trabalho**. 8a ed. São Paulo-SP. Editora Atlas, 2012.

MARTINS, J. E. F. A. Análise Econômica do Direito é instrumento de Justiça social. **Revista consultor jurídico** de 10 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opiniao-analise-economica-direito-meio-justica-social>>. Acesso em 28 de agosto de 2019.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho** - 30 ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

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 ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2017.

MCGUIGAN, J. R.; MOYER, R. C. **Economia de empresas**: aplicações, estratégia e táticas. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

MEIRELLES, H. L.. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, H. L.; Reajustamento e Recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 139, p. 11-21, Jan-Mar., 1980.

MEIRELLES, H L.; e BURLE FILHO, José E.. **Direito administrativo brasileiro - 42. ed atual. até a Emenda constitucional 90 de 15.9.2015**. - São paulo. Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo** - 28. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO FILHO, L. F. B. A licitação na Constituição de 1988. in Constituição de 1988 : O Brasil 20 anos depois - O Exercício da Política, **Publicação e documentação do Senado federal**, Brasília, v. 2. Mai. 2013

MELO, M. M. A natureza jurídica da repactuação e sua regulamentação pela instrução e sua regulamentação pela instrução normativa nº 02/08. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Mayrink (Coord.). **Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público – PUC-MG: coletânea de artigos**, Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

MILIONI, K. C.; BEHR A.; GOULART, J. L. L. G.; Análise do processo de elaboração da proposta de lei orçamentária anual em uma instituição pública federal de ensino superior. **Revista Gestão Universitária da América Latina - GUAL**, Florianópolis, v. 8, n. 4, p. 164-188, Edição Especial, 2015.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral dos Contratos. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 2, n. 2, p. 1-15, dez., 2008.

MONTEIRO, R. L. Análise econômica do direito: uma visão didática. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 18. 2009, São Paulo. **Anais...** São Paulo: CONPEDI, 2009. p. 1087-1100.

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, p. 245-260, Jul./Set. 2003.

MOREIRA, E. B. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan./mar. 2009.

MOREIRA, J. A. **Repactuação de contratos de prestação de serviços de execução continuada**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/43649429/repactuacao-de-contratos-de-prestacao-de-servicos-de-execucao-continuada>> Acesso em 22 jul. 2019.

MORÉ, R. P. O.; GONÇALO, C. R. A estrutura de governança como estratégia de inovação em Habitats de Inovação. In: CONFERÊNCIA APROTEC. 26. 2016, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: APROTEC, 2016. p. 373-396.

MUMIC, A. L. A Importância do associativismo na organização de produtores rurais. **Revista de iniciação científica da libertas**. São Sebastião do Paraíso, v. 5, n.1, dez. 2015.

NEUMANN, M. S.; **Serviços Terceirizados na Administração Pública**: Enquadramento contábil e a burla à Lei de Responsabilidade Fiscal. 2015. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Departamento de Ciências Contábeis e Atuarias, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

NICODEMOS, Erika. O contrato e sua revisão: imprevisibilidade e onerosidade excessiva. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25655/o-contrato-e-sua-revisao-imprevisibilidade-e-onerosidade-e-excessiva>> Acesso em 23 de julho de 2019.

NITÃO, Contratos – Há possibilidade de não cumprir a Obrigação assumida?. Disponível em: <<https://edgarlnitao.jusbrasil.com.br/artigos/449399078/contratos-ha-possibilidade-de-na-o-cumprir-a-obrigacao-assumida?ref=serp>> Acesso em 18 de agosto de 2019.

NOVAIS, G. L. **Teoria da base do negócio jurídico na revisão dos contratos de consumo**. 2010. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial), da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

OLIVEIRA JÚNIOR, V. P. A. MENDONÇA, M. L. C.; Mesma Finalidade, Meios Diferentes: A Participação Da Comunidade Na Proteção Ao Patrimônio Cultural Ambiental, À Luz Da Análise Econômica Do Direito. **Economic Analysis of Law Review - EALR**, V. 8, nº 1, p. 53-80, Jan-Jun, 2017.

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.

PASCOAL, V. F. **Direito Financeiro e Controle Externo: teoria, jurisprudência e 400 questões**. 7. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PEREIRA, M. M. F.; NÓBREGA, M. A. R. O diálogo entre público e privado na perspectiva do contrato incompleto. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Belo horizonte, v. 8, 2012.

PEREIRA, V. R., **A importância do sindicato no capitalismo atual**. 2006. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito), da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006

PINHEIRO, G. M.; CARVALHO, V. S. Teoria dos contratos incompletos versus teoria da imprevisão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19. 2010, Fortaleza. Anais... Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 497-503.

PINHEIRO, L. F. G. **Requisitos Legais à concessão administrativa da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos à luz da boa-fé objetiva**. 2013. 78 f. Monografia (Graduação em Direito), Faculdade de direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), Santa Maria, 2013.

PISCITELLI, Rui Magalhães . **Contratações e demais ajustes da administração pública: A teoria aplicada a prática com enfoque na área federal.** - 1. ed. v. 1. - Brasília: Imprensa, 2011.

PORTO, A. J. M.; GOMES L. T. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. **Economic Analysis of Law Review - EALR**, V. 1, nº 2, p. 196-212, Jul./Dez., 2010.

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.

POMPEU, R. G.; POMPEU, I. G. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da concidadania:** Por uma visão crítico-reconstrutiva da relação jurídica contratual. 2012. 139 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012.

RABELO, F.; RABELO J. M. da S. Estruturas de governança e governança corporativa: avançando na direção da integração entre as dimensões competitivas e financeiras. Campinas: IE/UNICAMP, 1999 (Texto para Discussão, n. 77).

RASCÃO, J. P. **Da gestão estratégia à gestão estratégica da informação: como aumentar o tempo disponível para a tomada de decisão estratégica.** Rio de Janeiro: E-Papers, 2006

REDONDO, D. M. Abordagem, método e técnica: diálogos e duelos. **Revista Estudos Linguísticos**, São Paulo, v. 45, n. 2 p. 504-518, 2016

RICITELLI, A. Contratos atípicos e os princípios gerais do direito contratual. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 24, n. 33, p.31-40, 2010.

RODRIGUES, R. M.; **Pesquisa acadêmica:** Como facilitar o processo de preparação de etapas. São Paulo: Atlas, 2007.

ROMEIRO, D. L. **Análise econômica do direito e das organizações, estudo de caso: Custos de transação e Contratos incompletos.** 2009. 41 f. Monografia (graduação em economia). Departamento de economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SATUR, R.; PAIVA, S.; DUARTE, E. Informação imperfeita e seu impacto nas estratégias empresariais. **Brazilian Journal of Information Science: research trends**, v. 11, n. 2, 23 jun. 2017.

SCHIRATO, V. R. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

SCHNELL, F. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador: A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 703, jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6855>. Acesso em: 15 ago. 2019.

SILVA, A. A. **O Instituto da preclusão lógica como limitação do direito à repactuação de preços nos contratos de prestação de serviços continuados**. 2016. 39 f Monografia (Graduação em direito), Faculdade de direito, da Universidade Federal de juiz de fora, Juiz de Fora, 2016.

SILVA, A. E. Às implicações da terceirização na administração pública brasileira. **Revista Conbrad**. Maringá, v. 2, n. 1, p. 109-124, 2017.

SILVA, A. F. G. **O mercosul e a autonomia da vontade nos contratos internacionais**. 2015, 55f. 2015, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

SILVA, B. F. V. **Evolução histórica das negociações coletivas de trabalho e sua inocuidade ante o ordenamento jurídico Brasileiro**. 2013. 61 f. Monografia (Graduação em direito), faculdade de direito, da Universidade federal do ceará, Fortaleza. 2013.

SILVA, L. B. Revisão Contratual: Fundamentos teóricos e questões contemporâneas da funcionalização dos contratos. 2016. 18 f. Artigo científico (Especialização), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SILVA, L. E; FARIAS, T. A; Uma revisita a Ronald H. Coase. **Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE**. Salvador, ano 18, v. 3, n. 35, p. 860 – 874, Dez. 2016

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. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9052/teoria-da-imprevisao-e-onerosidade-excessiva/3>> Acesso em: 15 de Setembro de 2019.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL. **AgRg no AREsp 458436-RS, 2º turma**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25029684/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-458436-rs-2014-0001002-0-stj?ref=serp>>. Acesso em: 17 de set. 2019.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL. **AgRg no REsp 957.999/PE - 2ª turma**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 22/06/2010. DJe 05/08/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15662990/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-957999-pe-2007-0119517-0/inteiro-teor-15662991?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 de ago. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1.321.614-SP**. Relator: originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relator para acórdão: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015. Disponível em: <<https://carreirajuridica.jusbrasil.com.br/noticias/178722119/informativo-556-do-stj-decisoes-envolvendo-direito-civil>>. Acesso em: 12 out. 2019.

SZTAJN, R.; Law and Economics. In: _____ (Org). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. Sociedades e contratos incompletos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 171 - 179 jan./dez. 2006

_____; ZYLBERSZTAJN, D.; AZEVEDO, P. F. de. Economia dos contratos. In: _____ (Org). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TÁCITO, C. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TÁCITO, C. O equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 187, p. 90-93 São Paulo, jan/mar 1992.

TARTUCE., Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. – v. 3. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THIELMANN, R. A Teoria dos Custos de Transação e as Estruturas de Governança: uma Análise do Caso do Setor de Suinocultura no Vale do Rio Piranga - Mg. In: X Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, 10.2013, Resende. **Anais...** Resende: SEGeT, 2013. p. 1-16.

TILKIAN, R. D. **O equilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão**. 2004, 100 f. Monografia (Graduação em Direito), do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São paulo, 2004.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

UNB - UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Anuário estatístico da UnB - 2018**, Brasília: Decanato de Planejamento. Disponível em: http://www.dpo.unb.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=56:anuario-estatistico&Itemid=687> acesso em 29 de nov. 2019

UNB - UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Relatórios de gestão de 2012 a 2018**, Brasília: Decanato de Planejamento. Disponível em: http://www.dpo.unb.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=675. Acesso em 28 de nov. 2019

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.

MECANISMOS ORGANIZACIONAIS COMO RESPOSTA À INFORMAÇÃO IMPERFEITA - a questão da segurança dos alimentos¹

VIEIRA, A. C. P.; BUSINAIN A. M.; VIEIRA JUNIOR, P. A. LIMA, F. Mecanismos organizacionais como resposta à informação imperfeita - a questão da segurança dos alimentos. **Informações Econômicas**, São Paulo, v.37, n.9, set. 2007.

WALD, A. O equilíbrio econômico e financeiro no Direito Brasileiro. **Revista Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, ed. 161, p. 28-34, jan. 2014.

WANDERLEY, M. C. **A autonomia da vontade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34446/a-autonomia-da-vontade>>. Acesso em 25 de agosto 2019.

WILLIAMSON, O. E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. “Transaction Cost Economics and Organization Theory”. **Journal of Industrial and Corporate Change**, n, 2, p. 107-156, 1993.

_____. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

ZYLBERSZTAJN. D. **Estruturas de Governança e Coordenação do Agribusiness: Uma Aplicação da Nova Economia das Instituições**. 1995, 241 f. Tese (Livre docência), Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São paulo, 1995.

_____.; SZTAJN, R. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____ (Org). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

APÊNDICES

APÊNDICE-A

BASE JURÍDICA PARA A REPACTUAÇÃO		
REQUISITOS	DESCRIÇÃO	BASE LEGAL
Requerente	Por solicitação da contratada	Art. 57 IN/05/2017
Fato Gerador	Elevação dos custos da contratação. Recompôr a Variação de custos	Art. 54 IN/05/2017
Formalidades do pedido	<p>Regra geral: 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</p> <p>Das Exceções: indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes</p>	<p>Regra geral: Art. 57 IN/05/2017</p> <p>Regras exceções: Art. 57 § 2º inciso IV IN/05/2017</p>
Exceções ao uso do instituto da repactuação	<p>A repactuação poderá ser usada para:</p> <p>a) Benefícios não previstos na proposta inicial, quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, desde que observado os itens b) dos requisitos descritos na vedação;</p> <p>b) Variação de custos decorrente do mercado, considerando-se:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração; • As particularidades do contrato em vigência; • Formalidades específicas do pedido e disponibilidade orçamentária 	Art. 57 §§ 1º e 2º inciso IV IN/05/2017
Classificação	Espécie de reajuste contratual	Art. 54 IN/05/2017
Aplicabilidade	Utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra	Art. 54 IN 05/2017
Periodicidade	<p>Regra: Anualidade, interregno mínimo de 1 ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir</p> <p>a) A Primeira repactuação:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Da data limite para apresentação das proposta (para a variação dos materiais e equipamentos, necessários) • Da data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalente vigente à época da apresentação da proposta (para variação do custo de mão de obra) <p>b) Às repactuações seguintes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação. 	<p>a) Art. 55. inciso I e II IN 05/2017</p> <p>b) Art. 56 IN 05/2017</p>
Prazo de concessão	<p>Regra geral: A decisão sobre o pedido de repactuação deve ser feita no prazo máximo de sessenta dias, contados a partir da solicitação e da entrega dos comprovantes de variação dos custos.</p> <p>Exceções: O prazo ficará suspenso enquanto a contratada não cumprir os atos ou apresentar a documentação solicitada pela contratante para a comprovação da variação dos custos</p>	<p>Regra geral: Art 57 § 3º IN 05/2017</p> <p>Exceção Art 57 § 5º IN 05/2017</p>
Vedações	a) É vedado repactuação de benefícios não previstos na proposta inicial, salvo o caso previsto no item a) dos requisitos das exceções, desde que o instrumento coletivo (desta exceção) não trate sobre	a) Art. 57 § 1º IN/05 e Art. 6º IN/05

	<ul style="list-style-type: none"> • Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, • De matéria não trabalhista • Estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade. <p>b) Vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos em instrumento coletivo que tratam de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.</p>	b) Parágrafo único do Art. 6º IN/05
Instrumento de formalização	<p>Regra: Apostilamento</p> <p>Exceção: Termo aditivo, quando coincidirem com a prorrogação contratual</p>	
Vigência	<p>Novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas a partir</p> <ul style="list-style-type: none"> • Da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação; • Em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futura • 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, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras 	Art. 58, IN/05
Preclusão Lógica	<p>Serão objeto de preclusão, caso não seja solicitado a repactuação durante a vigência do contrato. Esta preclusão ocorre com:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Com a assinatura da prorrogação contratual ou b) Com o encerramento do contrato. 	Art. 57, § 7º IN/05

BASE TEÓRICA, DOUTRINÁRIA OU JURISPRUDENCIAL SOBRE A REPACTUAÇÃO - BASE COMPLEMENTAR	
Risco	Ordinário (normal ao negócio)
Grau de tolerância do impacto	Suportável
Impacto	Previsível
Objetivo	Garantir a efetividade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

APÊNDICE - B

Situação	Risco/Impacto	Consequência	Gestão do risco/Impacto (prevenção/correção)
1) Não concessão da repactuação em caso líquido e certo	Enriquecimento da administração	* Responsabilização da administração (com possível prejuízo ao erário) * Responsabilização do agente (inclusive com multa)	a) Preventiva * Cumprir a legislação corretamente, prazos etc. * Em caso de dúvida submeter a jurídica b) Corretiva * Uso de experiência geral de outros órgãos * Pagamento dos valores retroativo corrigidos
2) Não concessão da repactuação sob insegurança jurídica	* Prejuízo na remuneração e benefícios particular (terceirizado) ou a contratada. * Falência ou pedido de rescisão (ou abandono da empresa).	* Ação judicial dos terceirizados * Condenação da administração como solidária ou subsidiária	a) Preventiva * Acordo diante de órgão competente; b) Corretiva * Processo judicial
3) Concessão da repactuação em caso líquido e certo	Limitação orçamentária	* Corte no contrato * Demissões * Piora na qualidade do serviço	a) Preventiva * Negociação com a empresa quando feita justamente com prorrogação; * Contratações com metodologia mais flexível juridicamente à mudanças b) Corretiva * Parcelamento
	Abuso e vantagem indevida por parte dos sindicatos	* Onerar os cofres públicos * Inflação do contrato * Cortes no contrato * Dificuldade de adimplemento	* Necessidade Interpretação jurídica; * Uso da revisão contratual; * Supressão contratual. * Rescisão
4) Concessão de repactuação diante de insegurança jurídica	Onerosidade da administração	* Responsabilização do agente * Rescisão do contrato * Inadimplência	a) Preventiva * Consulta jurídica ou órgãos de controle * Experiência de outros órgãos b) Corretiva * supressões * Renegociação

APÊNDICE - C

REPACTUAÇÃO DA PARCELA MÃO DE OBRA				
	Obs.: Dependerá da época do pedido, da análise e da assinatura do instrumento de formalização			
	CRITÉRIOS	SIM	NÃO	OBS/JUSTIFICATIVA
1	A empresa apresentou pedido de repactuação da parcela mão de obra (Tarifa pública ou previsão editalícia), devidamente instruído com documentos capazes de atestar a variação analítica dos preços e dos encargos do contrato, especialmente o novo acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, e acompanhado de nova planilha de custos e formação de preços?			
2	A área técnica responsável fez a análise detalhada da repactuação contratual e elaborou as planilhas comparativas dos valores vigentes com os valores reajustados, sendo a instrução aprovada pela autoridade competente?			
3	A administração verificou a periodicidade e a ocorrência do fato gerador que ampara o pedido feito pela empresa frente ao novo acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho para os custos de mão de obra?			
4	Quando da análise do pedido feito pela empresa, foi constatada a inserção de algum novo benefício não previsto originalmente na proposta, e que tenha se tornado obrigatório por força de instrumento legal?			
5	Havendo previsão no acordo, na convenção ou no dissídio coletivo de trabalho de benefícios trabalhistas cujos custos sejam definidos pelo mercado, a exemplo de plano de saúde, a Administração elaborou laudo técnico e pesquisa de preço de mercado com o objetivo de aferir a efetiva repercussão dos eventos majoradores dos custos do contrato na forma postulada pela empresa?			
6	A repactuação do valor contratual foi justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato?			
7	Foi elaborado parecer prévio à PFFUB acerca de algum item repactuação do valor do contrato, se solicitado pela autoridade competente?			

8	A Administração elaborou as Minutas para formalização da repactuação por meio de apostilamento ou termo aditivo, conforme o caso?			
REAJUSTE DA PARCELA MATERIAIS E EQUIPAMENTOS - APLICAR SE PREVISTO O REAJUSTE POR ÍNDICE DESSA PARCELA				
	Obs.: Dependerá da época do pedido, da análise e da assinatura do instrumento de formalização			
8	CRITÉRIOS	SIM	NÃO	OBS/JUSTIFICATIVA
9	A Administração verificou a periodicidade mínima de um ano da data-limite para a apresentação da proposta na licitação para o reajuste da parcela de custos com materiais e demais insumos que não de mão de obra?			
10	Foi aplicado o índice previsto no edital e no contrato para o reajuste da parcela de custos com materiais, equipamentos e demais insumos que não de mão de obra?			
11	A Administração elaborou as Minutas para formalização do reajuste por meio de apostilamento ou termo aditivo, conforme o caso?			
V. ATUAL DA CONTRATAÇÃO				
VALOR APÓS REAJUSTE		DIFERENÇA/IMPACTO FINANCEIRO		
Mensal R\$	Mensal R\$	Mensal R\$		
Anual R\$	Anual R\$	Anual R\$		
Total R\$	Total R\$	Total R\$		