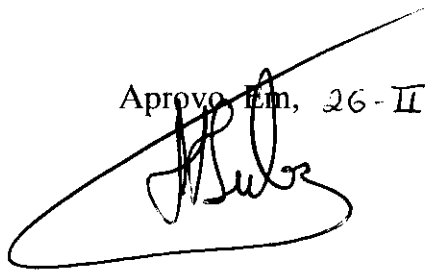


Aprovo em, 26-II-2009.




PROCESSO N° 00400.010482/2008-69
INTERESSADO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
ASSUNTO : Repactuação como espécie de reajustamento – Termo *a quo* do prazo de um ano para requerer a repactuação – efeitos financeiros da repactuação – termo final para requerer a repactuação.

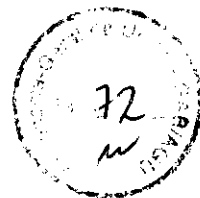
Parecer n° JT - 02

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União n° 452/2008 e do Despacho do Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais n° 487/2008, para os fins do art. 41 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER N° AGU/JTB 01/2008, da lavra da Advogada da União, Dra. Juliana Helena Takaoka Bernardino, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar.

Brasília, 26 de fevereiro de 2009.



JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União



Despacho do Consultor-Geral da União nº 452/2008

PROCESSO: 00400.010482/2008-69

INTERESSADO: Tribunal de Contas da União - TCU

ASSUNTO: Repactuação como espécie de reajustamento – Termo *a quo* do prazo de um ano para requerer a repactuação – efeitos financeiros da repactuação – termo final para requerer a repactuação.

Sr. Advogado-Geral da União,

Estou de acordo com o Parecer AGU/JTB 01/2008, de autoria da Advogada da União Dr^a Juliana Bernardino Takaoka, aprovado pelo Despacho DEAEX Nº 487/2008, de seu Diretor, o Advogado da União, Dr. Rafaelo Abritta.

Mencionado Parecer reveste-se de absoluta importância para a administração pública federal na medida em que inexistente, na legislação de regência, referência expressa aos efeitos retroativos da repactuação efetuada em contratos de prestação de serviços continuados, o que vem realçar o papel do intérprete.

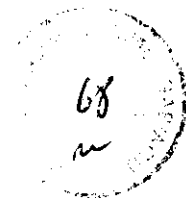
A solução construída com parcuciência pela douta parecerista vai ao encontro de posição predominante do Tribunal de Contas da União que, de um lado, preserva os princípios constitucionais aplicáveis à administração pública e, de outra, mantém hígido o ditame constitucional inserto no inciso XXI do art. 37 da CF que pugna pela preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Pela relevância da matéria, pela profundidade da análise e pela necessária uniformização do entendimento fixado, recomendo a V. Ex^a, caso assim entenda necessário, seja a matéria elevada à consideração do Ex^m Sr. Presidente da República para os fins do que dispõem os arts. 40 § 1º e 41 da lei Complementar nº 73, de 1993.

À consideração.

Brasília, 19 de dezembro de 2008


RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União



DESPACHO nº 487/2008

Processo:
00400.010482/2008-69

Exmo. Sr. Consultor-Geral da União,

Inicialmente, a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes havia solicitado, por meio do Ofício nº 4831/2007-CONJUR/MT, a este Departamento de Assuntos Extrajudiciais a adoção das *“providências cabíveis junto ao Tribunal de Contas da União para a defesa das atribuições institucionais dos Advogados da União”*.

Tal pleito deveu-se ao fato de terem sido instaurados, no âmbito do Tribunal de Contas da União, dois processos para apurar supostas irregularidades no Ministério dos Transportes com relação aos Contratos nºs 19 e 20, ambos de 2005, celebrados, respectivamente, entre a União (Ministério dos Transportes) e as empresas Montana Soluções Corporativas S/A e Poliedro – Informática, Consultoria e Serviços Ltda.

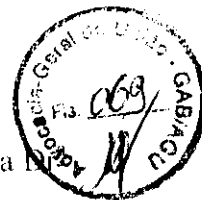
Na apuração realizada pela Corte de Contas é possível verificar que, a princípio, os analistas do Tribunal identificaram supostos erros cometidos pelos Advogados da União lotados na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, responsabilizando-os pelos vícios teoricamente existentes nos contratos.

Os autos que contêm a solicitação (00400.0066437/2007-29) foram distribuídos para a Dr^a Juliana Helena Takaoka Bernardino que, após percuciente análise, concluiu não existir qualquer erro na manifestação produzida pela CONJUR/MT, que tinha como ponto central o tema da repactuação de contratos e seus efeitos financeiros.

Desta forma, foram elaboradas Petições de Esclarecimentos que foram protocoladas junto ao Tribunal de Contas da União com fins de que se evitasse, quando do julgamento dos processos, a indevida responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União que perfeitamente cumpriram com seu papel funcional e institucional.

Posteriormente, o Tribunal de Contas da União encaminhou ao Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para conhecimento, cópia do Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário proferido nos autos nº TC 027.946/2007-5.

Referido Acórdão apreciou os esclarecimentos prestados por este Departamento e concluiu pela não responsabilização dos Advogados da União da CONJUR/MT, acatando o entendimento esposado tanto pela CONJUR/MT quanto por este Departamento.



Dada a relevância do tema central e a grande complexidade que o envolve, a Juliana Helena elaborou o Parecer nº AGU/JTB 01/2008.

O Parecer AGU/JTB 01/2008 ora em apreciação, após análise dedicada e minuciosa do tema, fixou vários posicionamentos no sentido de pacificar a questão no âmbito da Administração Pública Federal.

Sucintamente fixaram-se os seguintes entendimentos:

- I) a repactuação é considerada uma espécie de reajustamento de preços;
- II) a repactuação surge com a demonstração analítica dos componentes dos componentes dos custos que integram o contrato;
- III) a repactuação deve estar prevista no edital;
- IV) a repactuação somente é possível após o interregno de 1 (um) ano;
- V) a contagem do interregno de 1 (um) ano terá como referência a data da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, ou, ainda, a data da última repactuação;
- VI) considera-se como “data do orçamento” a data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;
- VII) os efeitos financeiros decorrentes da repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, devem incidir a partir da data das respectivas majorações, podendo ser pleiteada após o interregno mínimo de 1 (um) ano da data da homologação da Convenção ou Acordo Coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato objeto do pedido de repactuação; e
- VIII) a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de ocorrer preclusão lógica de exercer o seu direito.

Os entendimentos ora fixados, s. m. j., abordam os aspectos mais relevantes e controversos sobre o tema, sintetizando e consolidando a melhor doutrina e jurisprudência que tratam do tema. Concordamos integralmente com as conclusões assentadas.

Com efeito, o entendimento perfilhado pela douta parecerista é no sentido de que a repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, pode ser exercida até o momento imediatamente anterior ao da assinatura da prorrogação contratual, sob pena de não mais poder ser exercida em razão da ocorrência, após este momento, de preclusão lógica.

Entendimento este que se coaduna com o posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas da União.

Adotando-se este raciocínio, não se pretende anular o direito de o contratado pleitear a repactuação.

Busca-se, em verdade, é salvaguardar a Administração Pública de possíveis dificuldades advindas de um pedido de repactuação, com efeitos financeiros retroativos em prazos superiores ao da prorrogação da vigência do contrato.

70

Tal posicionamento justifica-se em face da vinculação da Administração Pública aos preceitos orçamentários aos quais deve fiel obediência, além de dificultar de sobremaneira a análise, a destempo, da demonstração analítica apresentada pelo contratado em respaldo ao seu pedido, uma vez que tal análise deve ter por base a conjuntura do mercado vigente à época da majoração salarial.

Não obstante restar configurada a preclusão lógica, se o contratado não pleitear a repactuação até o momento imediatamente anterior ao da prorrogação, entendo ser prudente, para evitar qualquer questionamento na scara judicial, que haja expressa previsão editalícia contratual prevendo que a repactuação, com efeitos retroativos, quando originada de majoração salarial deve ser obrigatoriamente pleiteada até a data anterior da eventual prorrogação contratual.

Por conseqüência, acaso o direito a repactuação não seja exercido até a data da assinatura da prorrogação contratual subsequente, o contratado não mais fará jus à repactuação.

Por fim, em sendo aprovado o Parecer nº AGU/JTB 01/2008, sugiro que seja revogada a NOTA/DECOR/CGU/AGU nº 023/2006-AMD, uma vez que o Parecer ora em análise trata integralmente do tema.

Nessa linha é a proposição que submeto à apreciação.

À consideração

Brasília, 17 de outubro de 2008.



Rafael Abritta
Advogado da União

Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais



PARECER Nº AGU/JTB 01/2008

PROCESSO Nº 00400.010482/2008-69

INTERESSADOS: Órgãos Consultivos da Advocacia-Geral da União.

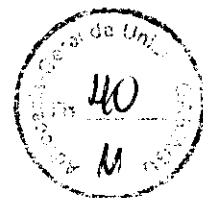
ASSUNTO : REPACTUAÇÃO – REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REAJUSTAMENTO – TERMO *A QUO* DO PRAZO DE 1 (UM) ANO PARA REQUERER A REPACTUAÇÃO – EFEITOS FINANCEIROS DA REPACTUAÇÃO – TERMO FINAL PARA REQUERER A REPACTUAÇÃO.

I – A repactuação constitui-se em espécie de reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

II – No caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de um ano para se requerer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta.

III – No caso das repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação.

IV – A repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subseqüente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.



Senhor Diretor,

Diante de indícios de irregularidades identificadas na repactuação do Contrato de nº 19/2005, celebrado em 18.04.2005, entre a União (Ministério dos Transportes), por intermédio da respectiva Subsecretaria de Assuntos Administrativos, e a empresa “Montana Soluções Corporativas Ltda”, a equipe de auditoria da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União (TCU) peticionou Representações, responsabilizando os Advogados da União lotados na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes pela autorização supostamente irregular de despesa retroativa referente à repactuação dos mencionados Contratos.

Naquele momento, os analistas de controle externo argüiram, em síntese, que o direito da empresa à repactuação do Contrato data de 1º.05.2005, mas seus efeitos financeiros somente podem retroagir à data de 06.02.2007, dia em que foi solicitado o ajuste contratual pela empresa ao Ministério dos Transportes.

Como a Consultoria Jurídica “*não apontou óbices ao pagamento retroativo pleiteado pelas contratadas*”, manifestando-se pela repactuação com efeitos retroativos a 1º maio de 2005 (reajuste salarial da data-base da categoria de informática), o Subsecretário de Assuntos Administrativos, baseado em parecer da CONJUR, autorizou as despesas. Tal atitude foi considerada pela unidade técnica como irregular, concluindo os analistas pela responsabilização dos membros do consultivo jurídico.



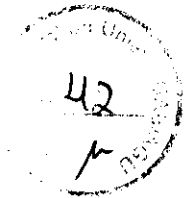
Asseveraram, inclusive, que a análise da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes *“foi precária e não fundamentada, sendo tratada em apenas dois parágrafos, sem indicação dos dispositivos legais, entendimentos jurisprudenciais ou doutrinários”*.

Por meio do Despacho de fls. 11 dos autos do Processo do TCU, o relator Ministro Benjamin Zymler conheceu das Representações, eis que preenchidos os requisitos regimentais para o processamento da matéria dos autos.

Foram expedidos os Ofícios de nºs 432/2007-TCU/SEFTI (fls. 12/13) e 431/2007-TCU/SEFTI (fls. 14/15) à Secretaria de Assuntos Administrativos do Ministério dos Transportes e à empresa “Montana Soluções Corporativas Ltda”.

A Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes manifestou-se por meio do Parecer nº 331/2007/AGU/CONJUR/MT, dando subsídios às informações a serem prestadas pelo Ministério à Secretaria de Fiscalização e Tecnologia da Informação-TCU.

A Advocacia-Geral da União, por meio deste Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Consultoria-Geral da União apresentou Esclarecimentos, entendendo pela impertinência da responsabilização dos Advogados da União nas Representações em pauta, tendo os mesmos oferecido Parecer Jurídico coeso e bem fundamentado, amparando-se em argumentos jurídicos razoáveis, na lei e jurisprudência, não contrariando quaisquer orientações normativas da AGU.



Por meio do Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário, o Tribunal de Contas da União apreciou as Representações em pauta, entendendo que os efeitos financeiros decorrentes da repactuação deveriam incidir a partir das majorações salariais da categoria profissional, podendo ser exercido o direito após observado o interregno mínimo de 1 (um) ano da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado.

Estabeleceu, ainda, que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.

Em seu subitem 9.4 e 9.6, o Tribunal de Contas exarou a seguinte recomendação:

9.4 recomendar à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério dos Transportes (SAAD/MT) que, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, deixe claro o prazo dentro do qual poderá o contratado exercer, perante a Administração, seu direito à repactuação contratual, qual seja, da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que se não o fizer de forma tempestiva, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar.

9.6 determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que, no prazo de 30 dias, oriente a Administração Pública na gestão dos seus contratos, levando em consideração as determinações e a recomendação contidas no presente Acórdão.

É o relatório do necessário. Passa a opinar.

I. Considerações Gerais Acerca da Repactuação.

Para bem entender a questão, é necessário tecer alguns comentários acerca do instituto da repactuação.



Segundo Lucas Rocha Furtado, *in* Curso de Licitações e Contratos Administrativos¹, a repactuação

é modalidade especial de reajustamento de contrato, aplicável tão-somente aos contratos de serviços contínuos, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato.

Assim, o instituto da repactuação não se confunde com o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente de álea econômica extraordinária e extracontratual.

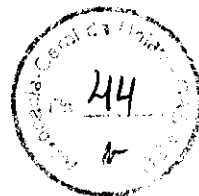
Este reequilíbrio compreende o estudo da teoria da imprevisão (recomposição contratual), que está relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis, que afetem o equilíbrio contratual.

In casu, a repactuação não advém de fato imprevisível, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. Tampouco pode se enquadrar em fato previsível, mas de conseqüências incalculáveis, já que o comportamento e os efeitos da inflação podem ser antevistos, muito embora no caso da repactuação não se tenha a mensuração exata de seus valores.

A repactuação, como asseverado pelo Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão nº 1.563/2004-TCU-Plenário, bem como pela doutrina administrativista, pode ser considerada como uma espécie de reajustamento de preços.

Em sede do Acórdão nº 1.563/2004-TCU-Plenário, a Corte de Contas teceu os seguintes comentários:

¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 606-619.



Assim, seria defensável a existência do gênero reajustamento de preços em sentido amplo, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o reajustamento de preços em sentido estrito, que se vincula a um índice, e a repactuação de preços, que exige análise detalhada da variação dos custos.

Acrescenta a mesma decisão, ainda, que *“tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários”*.

E tanto o reajustamento *stritu sensu* quanto a repactuação podem ser submeter à condição de periodicidade mínima para o seu reconhecimento e respectiva concessão, ao contrário do que ocorre com o equilíbrio econômico-financeiro, que pode se dar a qualquer tempo, não exigindo previsão em edital ou contrato.

A diferença reside no fato do reajustamento vincular-se a índice estabelecido contratualmente, enquanto na repactuação a recomposição do equilíbrio do contrato ocorre por meio da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato.

Lucas Rocha Furtado² ressalta uma outra diferença entre os institutos:

Outro aspecto que caracteriza a repactuação e a distingue do reajuste diz respeito ao critério para contagem do prazo mínimo de um ano. No reajuste, esse prazo, conforme dispuser o contrato e o edital da licitação, pode ser contado da data da apresentação das propostas ou da data da assinatura do contrato. Na repactuação, o interregno mínimo de um ano pode ser contado da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, conforme igualmente disponha o edital da licitação e o contrato. Nesta última hipótese, o orçamento deve referir-se à data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipule o salário vigente à época da apresentação da proposta.

² Ib. Idem.



Assim, a repactuação, como espécie de reajustamento, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, assim como na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, e no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Vejamos os dispositivos:

Lei nº 8.666/1993

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

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela:

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

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

Lei nº 10.192/2001

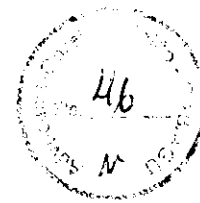
Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

No caso do Decreto nº 2.271/1997 há regramento específico de repactuação, havendo expressa estipulação dos seus requisitos:

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.



II. Do Termo Inicial para Contagem do Prazo de 1 Ano para Requerer a Repactuação.

Como referido acima, o Decreto nº 2.271/1997, que trata especificamente do instituto da repactuação, regulamentou os arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei de Licitações, assim como a Lei nº 10.192/2001, nos casos de contratos que tenham por objeto a prestação de serviços continuados, nos seguintes termos:

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.

Trata-se de lei editada com a finalidade de implementar medidas voltadas para estabilizar a moeda, auxiliando na desindexação da economia e, conseqüentemente, freando o ímpeto inflacionário.

Disciplinou a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, admitindo a repactuação dos preços para os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços contínuos, que são aqueles enquadrados no art. 57, inciso II, da Lei nº 8666/1993 e definidos pela IN nº 2/2008, que preceitua ser serviços continuados aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente.

Além disso, estabeleceu como requisitos para a repactuação a previsão no edital, a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada, e o interregno de prazo de 1 ano.

Por demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, o art. 40 da IN nº 02/2008 explicita o seguinte:

Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços e do novo acordo ou convenção coletiva que fundamenta a repactuação.

O interregno mínimo do prazo de 1 ano tem previsão não só no Decreto nº 2.271/97, que regulamenta a Lei nº 10.192/2001, mas também na IN nº 02/2008, que substituiu a IN nº 18/1997, nos seguintes termos:

IN nº 2/2008 – Anexo II

XX – Repactuação é o processo de negociação para revisão contratual de forma a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face da variação dos custos contratuais dos serviços continuados, devendo estar previsto no instrumento convocatório com data vinculada à apresentação das propostas ou do acordo ou convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, no caso da primeira repactuação, ou da última repactuação, no caso de repactuação sucessiva;

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.

A mencionada IN nº 02/2008 traz como referência para a contagem do prazo do anuênio a data da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir ou, ainda, a data da última repactuação:

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.

Parágrafo único. Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, a data inicial para a contagem da anualidade será a data-base da categoria profissional que represente a maior parcela do custo de mão-de-obra da contratação pretendida;

Art. 39. Nas repactuações subseqüentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data da última repactuação ocorrida.

O Acórdão nº 1563/2004-TCU-Plenário ainda expediu as seguintes orientações:

Vistos, relatados e discutidos este autos de representação formulada pela Segedam para noticiar a existência de problemas administrativos no processamento das solicitações de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua em decorrência do incremento dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria ante o disposto no entendimento firmado pela Decisão 457/1995 - Plenário;

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

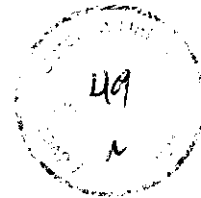
9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário;

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

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2271/97 e do item 7.2 da IN/MARE 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2271/97 e do item 7.1 da IN/MARE 18/97;

Assim, como pode ser visto no Acórdão nº 1563/2004-TCU-Plenário, bem como na IN nº 02/2008, no caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de um ano para se requerer a repactuação, dependendo do caso concreto, conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta.



No caso das repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação.

III. Da Repactuação e Convenções Coletivas de Trabalho

Uma das hipóteses mais freqüentes de repactuação tem por motivação as alterações salariais da categoria profissional que realiza o objeto do contrato em razão de Convenções, Acordos e Dissídios Coletivos de Trabalho.

A questão em comento contempla tais hipóteses, sendo certo que, acerca destes acordos normativos, define a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em seu art. 611, que:

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.

O art. 622 da CLT, além disso, preceitua:

Art. 622. Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada.

O doutrinador Amauri Mascaro Nascimento³ melhor explica a natureza jurídica destes acordos:

- a) Natureza autocompositiva e consensual das convenções coletivas, que são ato negocial bilateral, resultando, portanto, do ajuste de vontade entre os representantes dos grupos trabalhistas e empresariais; b) a natureza de norma jurídica, apesar de não ser elaborada pelo Estado, mas por ele autorizado e reconhecida...

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 909.



Assim, pelo que se expôs, conclui-se que nas relações de trabalho, empregado e empregador estão totalmente vinculados às Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, figurando como obrigatório o seu cumprimento.

Nesta esteira, nas relações contratuais administrativas, não pode a Administração Pública desconsiderar os efeitos financeiros decorrentes destes acordos, eis que suas disposições repercutem sobremaneira na equação econômico-financeira dos contratos.

IV. Dos Efeitos Financeiros da Repactuação nos Casos de Majoração Salarial Decorrente de Convenções Coletivas de Trabalho.

O caso concreto trouxe os seguintes elementos:

Em 18.04.2005, foi celebrado o Contrato nº 19/2005, entre a União (Ministério dos Transportes), por intermédio da respectiva Subsecretaria de Assuntos Administrativos, e a empresa “Montana Soluções Corporativas Ltda”, tendo por objeto a prestação de serviços de apoio à infra-estrutura de Tecnologia da Informação e suporte aos usuários (Contrato nº 19/2005).

Diante de reajustes trabalhistas fixados em Convenções Coletivas de Trabalho e concedidos às categorias abrangidas pelo SINDP-DF a partir de 1º de maio de 2005, a empresa “Montana Soluções Corporativas Ltda” solicitou, em 06.02.2007, a repactuação dos preços do referido Contrato, com efeitos financeiros a partir de maio de 2005.

O pleito foi encaminhado à Consultoria Jurídica para exame e manifestação, tendo o órgão jurídico, por meio do Parecer nº 205-

58
M

2007/MT/CONJUR/CGTA, entendido pela possibilidade de repactuação do Contrato nº 19/2005, com efeitos financeiros retroativos a partir de 1º de maio de 2005, desde que respeitados os requisitos previstos no Decreto nº 2.271, de 07 de dezembro de 1997; IN MARE nº 18, de 22 de dezembro de 1997; e Acórdão nº 1.563/2004-TCU-Plenário.

A apresentação de Representação decorreu do entendimento dos analistas de controle externo de que, muito embora o direito à repactuação nasça no dia 1º de maio de 2005, seus efeitos financeiros somente podem incidir a partir do instante em que a empresa requer a repactuação do contrato.

Melhor explicando, não houve divergência de entendimentos entre o TCU e a Consultoria Jurídica acerca do momento de nascimento do direito da empresa que, para ambos, ocorreu em 1º de maio de 2005.

A divergência de entendimentos entre os analistas do TCU e o órgão jurídico de execução da AGU no Ministério assentou-se no momento em que a repactuação deve produzir seus efeitos financeiros: enquanto os integrantes do Tribunal entendiam que a eficácia se iniciaria a partir do requerimento pelo contratado, os Advogados da União manifestaram-se fundamentadamente pela retroatividade dos efeitos à data de 1º maio de 2005, momento em que nasceu o direito.

No deslinde desta questão, advicou o Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário, em que o Tribunal de Contas da União apreciou as Representações em pauta, entendendo, acertadamente, que os efeitos financeiros decorrentes da repactuação devem incidir a partir das majorações salariais da categoria profissional, podendo ser exercido o direito após observado o interregno mínimo de 1 (um) ano da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário

24



normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado.

Estabeleceu, ainda, que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.

Agiu com acerto o Tribunal de Contas da União ao acolher a tese esposada pela Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes e defendida por este Departamento de Assuntos Extrajudiciais.

Com efeito, mesmo não se constituindo em hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de álea econômica extracontratual e extraordinária, deve-se atentar para o fato de que o instituto da repactuação, como decorrência de um contrato administrativo, deve atender os preceitos e fundamentos a ele condizentes, no sentido de que todo contrato deve ser econômica e financeiramente justo para as partes, devendo sempre preservar a chamada "equação econômico-financeira".

Ensina Diógenes Gasparini que o aperfeiçoamento da equação econômico-financeira ocorre no momento anterior à assinatura do contrato, constituindo-se a celebração como ato de eficácia daquilo que resultou do encontro das exigências do edital e do oferecimento da proposta⁴.

Esta equação econômico-financeira é intangível, devendo as relações contratuais desenvolverem-se com fundamento no equilíbrio estabelecido no ato de estipulação.

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos*. Boletim de Direito Municipal, Painel e Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo. São Paulo, p. 97-102, 2007.

Aliás, observa Marçal Justen Filho⁵ que as figuras da revisão, reajuste e repactuação têm o mesmo fundamento, muito embora não possuam a mesma natureza jurídica: elas derivam do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

A própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, preceitua que:

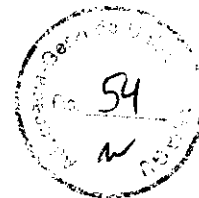
[...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifou-se).

Celso Antônio Bandeira de Mello, explicando a cláusula de reajuste de preços, que, segundo o TCU, é gênero do qual a repactuação é espécie, ensina:

Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subsequentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço.

O respeito à equação econômico-financeira deriva, até mesmo, do princípio fundamental de direito do não enriquecimento ilícito ou sem causa.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Dialética, 11ª Ed., São Paulo, p. 536-559, 2005.



O regramento principiológico e de status constitucional já seria suficiente para indicar o caminho de que, em nome do respeito à equação econômico-financeira do contrato, os efeitos financeiros decorrentes da repactuação em caso de convenção coletiva de trabalho devem incidir a partir do surgimento do ônus ao contratado.

Mas, aliado a isso, é necessário destacar que, quanto ao regramento infraconstitucional, os arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93; bem como o Decreto nº 2271/97, não dispõem acerca do momento em que se iniciam os efeitos financeiros da repactuação.

Com o advento da IN nº 02/2008, previu-se, em seu art. 41, o início da vigência dos novos valores contratuais decorrentes das repactuações em convenções coletivas de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 41. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:

III – em data anterior à repactuação, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contemple data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras;

§ 1º No caso previsto no inciso III, o pagamento retroativo deverá ser concedido exclusivamente para os itens que motivaram a retroatividade, e apenas em relação à diferença porventura existente.(grifou-se)

Por este dispositivo legal, deve-se depreender que os efeitos financeiros decorrentes da repactuação em caso de advento de convenção coletiva de trabalho devem incidir a partir da majoração salarial.

Ressalte-se que uma instrução normativa não pode contrariar o texto constitucional, nem se sobrepor aos princípios gerais de direito, limitando um direito para os casos em que a convenção coletiva prever expressamente data de vigência retroativa. Vale dizer que não deve



prevalecer uma norma regulamentar que desrespeite o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ou preceitue o enriquecimento ilícito da Administração em detrimento do contratado.

Em Voto no Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário, o Ministro Benjamin Zymler, após considerar que a repactuação é direito conferido por lei ao contratado, devendo ter vigência imediata desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria abrangida pelo contrato administrativo, explicitou que:

Insta ressaltar que esse entendimento não exclui a aplicação da Instrução Normativa nº 2, de 30/4/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre regras para a contratação de serviços continuados ou não, em especial de seu artigo 41, inciso III. Ao contrário, alinha-se às diretrizes ali contidas.

Assim, realizando o cotejo do raciocínio jurídico *in abstracto* ao caso concreto, não pode ser admitida a interpretação jurídica no sentido de que, muito embora o direito à repactuação em casos de majoração salarial em decorrência de convenção coletiva de trabalho inicie-se em 1º de maio de 2005, o pagamento do encargo financeiro condizente somente poderá retroagir à data do requerimento de repactuação pelo contratado.

Ora, é sabente que os efeitos jurídicos advindos de um instituto nascem no momento imediatamente posterior ao aperfeiçoamento do direito, salvo se a lei dispuser de modo contrário.

A partir do momento em que surge o direito, apenas o decurso do prazo prescricional, em princípio, teria o condão de extinguir a pretensão do contratado. *In casu*, o prazo prescricional seria de 5 (cinco) anos, conforme disposição do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.



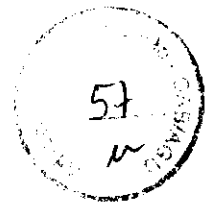
Tendo o contratado experimentado aumento em seu encargo financeiro em razão de causa não imputada a ele, não pode a Administração Pública desrespeitar a equação econômico-financeira dos contratos, obrigando o particular a suportar um ônus que não causou. Ou seja, os efeitos financeiros advindos do direito devem incidir a partir da ocorrência de seu fato gerador, mantendo-se a relação original entre encargos e vantagens.

Neste ponto, destaca o Ministro Benjamin Zymler, em seu Voto no Acórdão nº 1.828/2008-TCU-Plenário:

[...] sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso II, da Lei n. 8666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços. A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. Em outras palavras, a alteração dos encargos durante a equação financeira do ajuste. O direito à repactuação decorre de lei, enquanto que apenas o valor dessa repactuação é que dependerá da Administração e da negociação bilateral que se seguirá.

Além disso, sabe-se que a conferência de efeitos financeiros a partir do surgimento do respectivo encargo, com respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é medida que não visa beneficiar, tão somente, o contratado, mas também a Administração Pública, nos seguintes aspectos: a) na busca do efetivo menor preço na contratação; b) no resguardo de sua responsabilidade subsidiária na esfera dos direitos trabalhistas e c) na preservação da continuidade do serviço público.

Explique-se: tendo em conta que o procedimento licitatório tem por escopo a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, o que, no mais das vezes, está representada pelo preço mais vantajoso, pode-se concluir que a impossibilidade de reajustamento de preços faria com que os proponentes, temerosos da exequibilidade futura do contrato,



lançassem para cima os preços a serem contratados, a fim de resguardarem-se. Com isso, certamente, a Administração não encontraria os menores preços praticados no mercado, pagando valores muito acima das variações inflacionárias, tendo em vista que os licitantes certamente trabalhariam com margem de segurança para recuperarem-se das perdas inflacionárias.

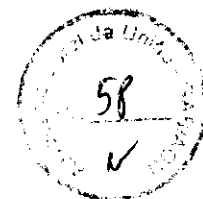
Ensina Marçal Justen Filho que:

a tutela ao equilíbrio-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as conseqüências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incoerressem -, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior.

Além disso, deve a Administração Pública zelar para que seja evitada a possibilidade do contrato vir a se tornar inexeqüível sem que a empresa tenha concorrido culposamente para isso.

Isto porque, como se sabe, tem o Tribunal Superior do Trabalho entendido que a Administração Pública é responsável subsidiária pelos encargos trabalhistas decorrentes da inexecução dos contratos de terceirização celebrados pelo Poder Público, conforme Enunciado nº 331 do Tribunal Superior Trabalhista (TST).

Assim, não obstante dispositivo legal em sentido contrário (art. 71 da Lei nº 8.666/93), fato é que o TST já definiu a responsabilidade subsidiária do Estado no pagamento de verbas trabalhistas quando a empresa intermediária dos serviços não cumpre com suas obrigações.



Finalmente, tem a Administração Pública interesse que não haja descontinuidade do serviço em razão da falta de prestação de serviços pela contratada.

Muito embora os postos terceirizados se refiram a atividades de apoio, que não se confundem com as atividades finalísticas, há que se levar em conta que a ausência destes postos de apoio podem inviabilizar ou, ao menos, prejudicar muito o préstimo do serviço público.

Aliás, o ponto tratado aqui diz respeito ao direito à repactuação e não ao seu requerimento, podendo esta questão ser bem compreendida por meio da explanação do doutrinador Diógenes Gasparini⁶:

[...] E se o contratado, não pedir o reajuste no momento oportuno, pedir depois? Uma vez concluído o contrato, ele tem direito ao reajuste? Alguns dizem que não, não tem direito. E não tem direito porque não tem título. Qual é o título que ele tem para exigir o reajustamento? O contrato já acabou, ele já entregou a obra, já recebeu todos os seus direitos; não pode pleitear um pagamento, uma indenização, um reajustamento. Outros dizem que tem direito, sim, e eu estou com estes. Por que? **Porque o desbalanceamento da equação econômico-financeira ocorreu na vigência do contrato. E o que me dá direito a receber a indenização ou o reajustamento não é o meu pedido; o meu pedido é meramente um ato formal, é um ato que desencadeia um processo; quem me assegura o direito é a Constituição. Por outro lado eu poderia também dizer que se o Poder Público celebrou um contrato comigo, e ocorreu desequilíbrio na equação econômico-financeira em meu prejuízo, a Administração Pública obteve um locupletamento sem causa, e isto está proibido pelo ordenamento jurídico. Por essa razão também teria que pagar. Por esta razão me parece que deve prevalecer a tese segundo a qual deve ser pago, ainda que não requerido o reajustamento no momento oportuno.** Eu ressalvaria aqui a hipótese de prescrição. Vamos supor que depois de dez anos seja pedido o reajustamento. Ai espera, senão nós teríamos uma dificuldade medonha para manter a segurança das relações jurídicas. Então dentro do prazo prescricional eu poderia pedir sem maiores preocupações (grifou-se).

Assim, tendo em conta que o desbalanceamento econômico-financeiro do contrato ocorreu durante a vigência do mesmo, deve haver o

⁶ Ob. cit. p. 97-102.



ressarcimento ou reajuste, com efeitos financeiros a partir da data em que esse desequilíbrio incidiu.

Como ressaltou o administrativista acima, o pedido de reajustamento é um ato meramente formal, que desencadeia o processo, não se confundindo com o direito material do contratante.

Entender de forma diferente, no sentido de que as empresas devem ser ressarcidas, tão somente, a partir do momento em que requereram o reajustamento, é ir de encontro aos mandamentos constitucionais vigentes.

Ora, se há doutrinador, como Diógenes Gasparini, entendendo que cabe o ressarcimento naqueles casos em que o reequilíbrio ocorreu durante o contrato, mas o pleito lhe foi posterior, por muito mais razão pode-se concluir pelo direito do contratado à repactuação nos casos em que o desequilíbrio e o pleito ocorreram na vigência do contrato.

E tal estipulação encontra-se em total consonância com os princípios gerais do direito que, nas palavras de Eduardo García de Enterría, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, podem ser assim entendidos:

[...] los principios generales Del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum Del Ordenamiento y la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, em una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la consciência moral o de la discreción Del juez, sino, más bien, em la expresión de una justicia material especificada tecnicamente em función de los problemas jurídicos concretos y objetivada em la lógica misma de las instituciones⁸.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Princípio do Enriquecimento sem causa em Direito Administrativo*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 5, Salvador, Bahia, , 2006.

⁸ ENTERRIA, Eduardo García. FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Ed. Civitas. 1981, p. 400.

obo
M

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que os efeitos financeiros decorrentes da repactuação dos contratos administrativos devem retroagir à data base da categoria.

Como pode ser visto no julgado abaixo, o Tribunal reconheceu, expressamente, que o marco inicial, a partir do qual devem ser pagos os valores devidos, é a data base da categoria (RESP n. 554.375/RS):

O Exmo. Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo legal, contra aresto proferido pelo Tribunal a quo, assim, ementado:

Ação de Cobrança. Repactuação de Contrato Administrativo. Termo inicial. Respeito ao prazo mínimo de um ano. Honorários advocatícios. Compensação válida. Correção monetária. Inadimplemento.

A necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é garantia constitucional que visa restabelecer a mesma relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, ante a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis.

2. O termo inicial a ser respeitado para manutenção do equilíbrio contratual é a data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão. (grifou-se)

Analisando a cronologia de entendimentos da Auditoria Interna do MPU acerca do tema, pode-se verificar que inicialmente a dita auditoria interna entendia pela irretroatividade. Posteriormente, continuou entendendo pela irretroatividade, todavia *"com pagamento de indenização decorrente da repactuação tardia, desde a ocorrência do fato econômico que lhe deu origem, até a véspera da data da assinatura do termo aditivo, mediante reconhecimento de dívida"*⁹. E, atualmente, optou por estender os efeitos financeiros da repactuação à data da convenção ou acordo coletivo.

Acerca do posicionamento atual da Auditoria Interna do Ministério Público da União já existe Ofício-Circular de orientação aos seus órgãos integrantes.

⁹ Parecer n. 317/2003 da Auditoria Interna do Ministério Público da União.



Trata-se do Ofício-Circular nº 11/2006-AUDIN/MPU, que trata da repactuação de preços em contratos de prestação continuada e que, em seu item 6, estabelece o seguinte:

O interregno mínimo de um ano estabelecido no art. 3º da Lei n. 10.192, de 24.02.01, no art. 5º do Decreto n. 2271/97 e no item 7 da IN MARE n. 18/97 conta-se a partir da data-base da convenção ou acordo coletivo de trabalho que estipular os salários e vantagens vigentes à data da apresentação da proposta (no caso da primeira repactuação) ou à data da última repactuação (no caso da segunda ou seguintes). Assim, o intervalo de um ano exigido entre a contratação e a primeira repactuação, e entre esta e a segunda, e assim por diante, será sempre contado da data-base da convenção ou acordo coletivo de trabalho que estabelecer os salários e demais cláusulas econômicas vigentes na data da contratação ou na data da última repactuação.

Esse entendimento, a par de respaldado pelos termos do Acórdão n. 1744/2003 – Segunda Câmara, do Tribunal de Contas da União, tem o mérito de racionalizar e simplificar os serviços, estendendo os efeitos financeiros da repactuação à data da convenção ou acordo coletivo e eliminando, assim, a necessidade de reconhecimento de débito entre a data da assinatura do termo aditivo da repactuação e a de vigência da nova convenção ou acordo coletivo, período em que de qualquer forma as diferenças de salários, encargos e demais benefícios seriam devidas para evitar o enriquecimento ilícito da Administração em prejuízo da contratada.(grifou-se)

V. Do Termo Final para o Contratado Requerer a Repactuação e a Incidência dos Efeitos Financeiros Decorrentes da Repactuação em Caso de Prorrogação Contratual

Por meio do Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário, o Tribunal de Contas da União estabeleceu que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.



Em seus subitens 9.4 e 9.6, o Tribunal de Contas exarou, respectivamente, as seguintes recomendação e determinação:

9.4 recomendar à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério dos Transportes (SAAD/MT) que, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, deixe claro o prazo dentro do qual poderá o contratado exercer, perante a Administração, seu direito à repactuação contratual, qual seja, da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que se não o fizer de forma tempestiva, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar.

[...]

9.6 determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que, no prazo de 30 dias, oriente a Administração Pública na gestão dos seus contratos, levando em consideração as determinações e a recomendação contidas no presente Acórdão.

Discorreu o Ministro Benjamin Zymler, em seu Voto no Acórdão referido, que:

[...] quando da assinatura do Terceiro Termo Aditivo caberia à contratada, caso ainda não tivesse postulado, suscitar seu direito à repactuação, cujos efeitos retroagiriam à 1/5/2005, data-base que ensejou a celebração de novo acordo coletivo que alterou o salário da categoria profissional. Contudo, o que aconteceu foi tão somente a alteração do prazo contratual, ratificando-se todas as demais cláusulas e condições estabelecidas no contrato original.

Ao aceitar as condições estabelecidas no termo aditivo sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, a empresa Montana deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita. Em outros termos, a despeito do prévio conhecimento da majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005, a empresa contratada agiu de forma oposita e firmou novo contrato com a Administração por meio do qual ratificou os preços até então acordados e comprometeu-se a dar continuidade à execução dos serviços por mais 12 meses.

Por conseguinte, considero que a solicitação de repactuação contratual feita pela empresa Montana em 6/2/2007, com efeitos retroativos a 1/5/2005, encontra óbice no instituto da preclusão lógica. Com efeito, há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado. *In casu*, a incompatibilidade residiria no pedido de repactuação de preços que, em momento anterior, receberam a anuência da contratada. A aceitação dos preços quando da assinatura da prorrogação contratual envolve uma preclusão lógica de não mais questioná-los com base na majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005.

Entende-se plenamente pertinente a limitação do exercício do direito de repactuação nos termos propostos.



Com efeito, em 18.04.2005, foi celebrado o Contrato nº 19/2005, entre a União e a empresa Montana, tendo por objeto a prestação de serviços de apoio à infra-estrutura de Tecnologia da Informação e suporte aos usuários (Contrato nº 19/2005).

Diante de reajustes trabalhistas fixados em Convenções Coletivas de Trabalho e concedidos às categorias abrangidas pelo SINDP-DF a partir de 1º de maio de 2005, a empresa Montana Soluções Corporativas Ltda solicitou, em 06.02.2007, a repactuação dos preços do referido Contrato, com efeitos financeiros a partir de maio de 2005.

Ocorre que, em 13.04.2006, a empresa firmou Terceiro Termo Aditivo com a Administração Pública, tendo por objeto a prorrogação do contrato por mais 12 (doze) meses (18.04.2006 a 18.04.2007), não suscitando, entretanto, a repactuação referente a maio de 2005.

Ora, no momento em que se firma novo termo aditivo ao contrato, está-se, na verdade, constituindo novo contrato tendente a prorrogar a avença com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, conforme pode se ver pelo art. 57 da Lei de Licitações:

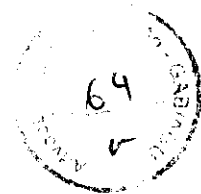
Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

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

Marçal Justen Filho¹⁰ reafirma este entendimento ao diferenciar renovação e modificação contratual:

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Editora Dialética, 11ª Ed., São Paulo, 2005.



A renovação contratual consiste em promover uma nova contratação, de conteúdo similar a um contrato anterior, para que tenha vigência por período posterior, mantendo-se as partes em situação jurídica similar à derivada da avença que se extingue. Em termos jurídicos, a renovação não é uma modificação contratual. Envolve uma nova contratação, ainda que com cláusulas e condições similares às constantes do contrato extinto. Por isso, a renovação de contratação não se confunde com a mera alteração do prazo de vigência de um único e mesmo contrato.

Isto porque, todo contrato – e aqui se inclui os respectivos termos aditivos – possui um prazo de vigência especificado, não podendo ter vigência indeterminada¹¹, sendo certo que todos os efeitos dele decorrentes devem advir deste período em que se encontrava vigorando.

Findo seu prazo de duração e prorrogado o contrato, sem que o interessado argua seu direito decorrente de evento do contrato originário ou anterior, entende-se, conforme decidiu a Corte de Contas, que houve preclusão lógica do direito consubstanciada na prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado.

A preclusão é a perda da faculdade de praticar ato em razão da prática de outro ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar. Trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte.

E a incidência do instituto processual no caso em tela se justifica diante do fato de que a execução do contrato compreende a concatenação de atos administrativos tendentes a um produto final.

Assim, transpondo a teoria à prática em comento, como a solicitação de repactuação pela empresa Montana ocorreu em 06.02.2007, data em que estava em vigor o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato (período de 18.04.2006 a 18.04.2007), deve-se entender, conforme

¹¹ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

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



exposição do TCU, que o termo *a quo* a ser adotado para a incidência dos efeitos da repactuação, neste caso, deve ser a data de 01.05.2006, primeira data-base ocorrida após a vigência do respectivo Termo Aditivo, eis que, a partir deste dia a empresa contratada passou a deter novo direito à repactuação dos preços do contrato em vigor.

Saliente-se que, em regra, os efeitos financeiros decorrentes de convenção coletiva de trabalho incidem a partir da data-base da categoria profissional. Mas, nada impede que se estipule pela não retroatividade dos efeitos financeiros decorrentes da repactuação, incidindo a partir da data da conclusão do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho.

Em ambos os casos, deve-se interpretar que os efeitos financeiros da repactuação devem incidir a partir, respectivamente, da data-base da categoria e da conclusão do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho.

Oportuna também a análise do Ministro Zymler sobre a hipótese em que as negociações se prolongam por um período de tempo após a data-base da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo e, neste ínterim, a Administração convoca o contratado para prorrogação contratual.

Neste caso, bem soluciona o Ministro no seguinte sentido:

Nesse caso, o contratado estaria impossibilitado de postular a repactuação contratual no momento da assinatura do termo aditivo, pois, segundo já mencionado, um dos requisitos para a repactuação é a necessidade de registro do acordo ou convenção coletiva de trabalho no Ministério do Trabalho. Assim, caberá ao contratado inserir no termo aditivo a ser celebrado cláusula por meio da qual resguarde seu direito à repactuação, a ser exercido tão logo disponha do instrumento relativo ao acordo ou à convenção devidamente registrado.



VI. Da Conclusão

Diante do caso concreto em comento e tendo em conta que o tema da repactuação é complexo e gera divergências, entende-se conveniente adotar, na matéria, orientações de uniformização de entendimentos da área consultiva da Advocacia-Geral da União em nome da eficiência e segurança jurídica no assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, suas autarquias e fundações públicas.

Assim, por tudo o que se expôs, pode-se concluir que:

- a) a repactuação constitui-se em espécie de reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- b) no caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de um ano para se requerer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;
- c) no caso das repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação;
- d) quanto aos efeitos financeiros da repactuação nos casos de convenções coletivas de trabalho, tem-se que estes devem incidir a partir da data em que passou a vigor efetivamente a majoração salarial da categoria profissional; e



e) quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação, tem-se que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.

À consideração superior.

Brasília-DF, 02 de outubro de 2008.


JULIANA HELENA TAKAOKA BERNARDINO
Advogada da União