



NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 12/2012

AUTOR DA CONSULTA: Juvenal Gomes dos Santos, Subsecretário da Controladoria Geral do Estado, nos termos do MEMO/CGE/SUBSEC Nº 59/2012.

TEOR DA CONSULTA: Esclarecimentos acerca do instituto da repactuação contratual motivada por alterações salariais de profissionais, seus efeitos financeiros e termo final para seu requerimento.

RESPOSTA:

A matéria é regida pelas disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas sobre licitações e contratos no âmbito da administração pública, na Lei Federal nº 10.192/01, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências, no Decreto Federal nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências, e também na Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02/2008, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

2. Por intermédio do expediente retromencionado, o Subsecretário da Controladoria Geral do Estado manifesta seu interesse em elucidar aos órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual acerca do instituto da repactuação de contratos administrativos, seus efeitos financeiros e ramificações.

3. Para o correto entendimento da repactuação contratual, necessária se faz uma interpretação sistemática do art. 40, XI e art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/93 e do art. 3º da Lei nº 10.192/01, todos transcritos a seguir:

Lei nº 8.666/93:

“Art. 40. O edital (...) indicará 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 10.192/01:



“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.”

4. Como se vê, os dispositivos elencados se preocupam em definir critérios e pressupostos para realização do reajustamento contratual, não mencionando em momento algum o instituto da repactuação.

5. Ocorre, na verdade, que a repactuação consolida-se como espécie do gênero reajuste de preços, haja vista ambos visarem a recomposição da corrosão do valor contratado, quando esta ocorre pelos efeitos inflacionários.

6. Elucidando tal classificação, o Tribunal de Contas da União dispõe em seu Acórdão nº 1.563/2004 – Plenário:

“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”

7. Neste viés, duas distinções importantes devem ser evidenciadas entre os institutos do reajustamento em sentido amplo e da repactuação contratual, visando sua correta aplicação.

8. A primeira, que pode ser extraída do disposto no Acórdão supracitado, refere-se ao fato de que “o reajustamento em sentido amplo vincular-se a índice estabelecido contratualmente, enquanto a repactuação ocorre por meio da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato”.

9. Já a segunda, nas lições de Furtado apud in Bernardino¹, consiste na contagem do prazo mínimo para a realização. Segundo o autor:

“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

¹ Advogada da União - Parecer nº JT-02/2009 - AGU



que estipule o salário vigente à época da apresentação da proposta.”

10. Na mesma linha de raciocínio, a repactuação não pode ser confundida com o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, este utilizado para o restabelecimento das condições pré-estabelecidas quando da contratação, nos casos de ocorrência de fatos imprevisíveis, ou ainda, quando previsíveis, de efeitos incalculáveis.

11. A diversidade, inclusive, se apresenta em pressupostos intrínsecos a tais instrumentos, vez que para a repactuação exige-se o transcurso de lapso temporal mínimo, enquanto o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de álea econômica extraordinária e extracontratual, pode ser efetuado a qualquer tempo, desde que presentes seus pressupostos.

12. Ressalte-se que, muito embora tamanhas diferenças possam ser observadas entre os institutos mencionados, ambos possuem a mesma natureza jurídica, vez que derivam do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

13. Com efeito, na esfera federal existe regulamentação da figura da repactuação, conforme pode ser observado na letra do art. 5º do Decreto Federal nº 2.271/97, a seguir transcrito:

“Art . 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.” (grifamos)

14. Como se vê, o regulamento estipula como requisitos para a repactuação: ter previsão no edital, ter o contrato como objeto serviços executados de forma contínua, ter transcorrido o interregno mínimo de um ano e ter sido demonstrado analiticamente a variação dos componentes dos custos do contrato.

15. Quanto ao último requisito, ressalte-se que a repactuação será realizada com supedâneo nas variações efetivamente demonstradas no período que alteraram a equação econômico-financeira do contrato, e não a índices pré-estabelecidos. Destarte, cabe ao interessado a comprovação dos fundamentos que o motivam a requere-la.

16. Estabelecido o interregno mínimo de um ano como um dos requisitos, certas particularidades devem ser ressaltadas no que tange ao início de sua contagem, conforme se nota com a leitura do art. 38 da IN MPOG nº 02/2008, que rege a matéria no âmbito federal:

“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, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Art. 39. Nas repactuações subseqüentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação." (grifamos)

17. Nos casos em que a repactuação tenha fundamento na alteração dos custos do serviço decorrente do mercado, nenhuma ressalva se apresenta, vez que a data base para o início da contagem do prazo será a de apresentação das propostas.

18. Ocorre que, uma das hipóteses mais frequentes de repactuação tem por motivação as alterações salariais da categoria profissional que realiza o objeto do contrato, sendo que nestas situações o interregno mínimo de um ano deve ser computado a partir da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que gerou a alteração salarial, ainda que esta seja anterior à proposta que deu ensejo à contratação.

19. No caso de repactuações subseqüentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano conta-se a partir desta, e nenhuma controvérsia se apresenta neste sentido.

20. Antes mesmo do advento da IN MPOG nº 02/2008, que substituiu a IN MARE nº 18/97, o Tribunal de Contas da União já possuía manifestação que se coadunava com tal entendimento, conforme pode ser observado pela leitura do seguinte trecho do Acórdão 1563/04 – Plenário:

"9.1.3 no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta (...)

9.1.4 no caso de repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subseqüentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano conta-se a partir da data da última repactuação" (...)

21. Procedida a repactuação, seus efeitos financeiros devem ser retroativos à data das majorações salariais que a ensejaram, de modo que a intangibilidade da equação econômico-financeira reste plenamente respeitada.



22. Muito embora outrora tenham existido discussões e divergências acerca da referida retroatividade, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, e o entendimento administrativo da Advocacia-Geral da União perfilam-se neste sentido.

23. Exemplificando como a não retroatividade dos efeitos financeiros à data das majorações salariais pode gerar situações incompatíveis com o pleno atendimento aos princípios do direito administrativo, o Ministro Benjamim Zymler, na ocasião da consolidação do Acórdão nº 1.828/08 – TCU – Plenário, explicita:

"13. Tal raciocínio, a meu ver, desconsidera outro princípio, tão importante quanto aqueles outros dois, qual seja o da impossibilidade de enriquecimento ilícito da União, inculpido, entre outros, na própria Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e na Lei 8.666/1993 (arts. 40, inciso XI, e 65, inciso II, alínea d, e §§ 5º e 6º), objetivando, em favor dos contratados, a garantia à manutenção das condições efetivas da proposta.

14. Em reforço a essa tese, lanço mão das palavras de Dalton Santos Morais (in Temas de Licitação e Contratos Administrativos, Editora NDJ Ltda., 2005, p. 131/132). Segundo esse autor, "a IN/MARE nº 18/97 (Substituída pela IN MPOG nº 02/2008), como ato normativo integrante da legislação regulamentar, não pode ser interpretada de forma a atingir objetivos distintos dos princípios que regem a atuação administrativa, em especial o princípio da vedação do enriquecimento sem causa pela Administração em detrimento do particular contratado." Dando continuidade ao raciocínio e escorado no mesmo princípio de direito, o autor assevera que "poderá a Administração Pública contratante fixar como início da eficácia dos efeitos da repactuação a data de requerimento da contratada ou a data inicial de vigência dos salários normativos em relação aos quais se realiza a repactuação, desde que, ante a natureza jurídica de negociação bilateral da repactuação de preços, tenha sido o requerimento feito em prazo razoável pela contratada." (op. cit., p. 134)

24. No Parecer Vinculante nº JT 02/2009, a Advocacia Geral da União espousa o entendimento acima discorrido e o unifica no âmbito da União, nos seguintes termos:

"(...) 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.

(...)

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." (grifamos)

25. No âmbito normativo, a já mencionada IN MPOG nº 02/2008, após sofrer alterações promovidas pela IN MPOG nº 03/2009, não foge ao entendimento discorrido, e concretiza na esfera federal a posição demonstrada, vez que dispõe em seu art. 41, III:

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

(...)

III - **em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra em que o próprio fato gerador, na forma de acordo, convenção ou 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;" (grifamos)

26. Não obstante, muito embora a repactuação esteja na seara dos direitos intangíveis do contratado, não se pode afirmar que a mesma seja direito indisponível, de modo que preenchidos os requisitos para sua realização, há termo final para seu exercício e está sujeita à preclusão.

27. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, na literalidade do Acórdão nº 2094/2010 – 2ª Câmara, dispõe:

"Ao citar trechos do voto que subsidiou o Acórdão nº 1.827/08 – Plenário, a unidade instrutiva registrou o entendimento do TCU de que não há definição em lei, acerca do prazo para solicitação de repactuação de preços, "podendo essa ser solicitada (...) até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que, se não o fizer, de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar."

(...)

O relator não vislumbrou necessidade de alteração do entendimento já firmado pelo Tribunal sobre a matéria, devendo a data limite para a contratada pleitear a repactuação ser a da prorrogação ou do encerramento do contrato, conforme o caso, na mesma linha de raciocínio desenvolvida no Acórdão 1.827/08. **A expiração do prazo de vigência do contrato fulmina o direito à repactuação por preclusão.**" (grifamos)

28. Mais uma vez, na seara normativa o entendimento cristalizou-se com as disposições da IN MPOG nº 02/2008, que ao ser alterada pela IN MPOG nº 03/2009, dispõe em seu art. 40, §7º:



“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 ou do novo acordo convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

(...)

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.”

29. A estipulação do termo final para o exercício do direito da repactuação como sendo a data da assinatura da prorrogação ou do encerramento do contrato encontra fundamento na própria natureza jurídica das renovações contratuais. Nas lições de Marçal Justen Filho, apud in Bernardino, temos que:

“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.”

30. Destarte, findada a vigência do instrumento contratual que serve de fundamento para a relação jurídica, e iniciada uma nova, precluso estará o direito a repactuação.

31. Não se pode olvidar que na esfera estadual inexistente regramento específico acerca do instituto da repactuação. Não obstante, os entendimentos exarados no âmbito federal, bem como seus instrumentos normativos podem ser utilizados como fundamento para o posicionamento da Controladoria Geral do Estado acerca da matéria, haja vista que o instituto tratado é idêntico, e na presente orientação vem sendo trabalhado sob o prisma do Direito Administrativo Geral, aplicável a todas as unidades da federação.

32. Com essas considerações, esclarecemos aos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual que a realização de repactuações exige a presença de requisitos específicos, quais sejam a previsão editalícia, ter o contrato como objeto serviços de prestação continuada, o transcurso do interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.

33. Ademais, nas repactuações oriundas de majorações salariais da categoria profissional que realiza o objeto do contrato, o interregno mínimo de um ano deve ser computado a partir da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que gerou a alteração salarial, ainda que esta seja anterior à proposta que deu ensejo à contratação.



34. Esclarecemos ainda que, procedida a repactuação, seus efeitos financeiros devem retroagir ao tempo em que os *déficits* foram sofridos pelo contratado, qual seja a partir do momento em que houve a majoração salarial, a fim de respeitar a equação econômico-financeira do contrato, bem como não promover o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

35. Por fim, por se tratar de direito disponível, e portanto passível de preclusão, esclarecemos que a repactuação somente poderá ser efetuada se requerida pelo interessado até a data da prorrogação ou encerramento do contrato, conforme o caso.

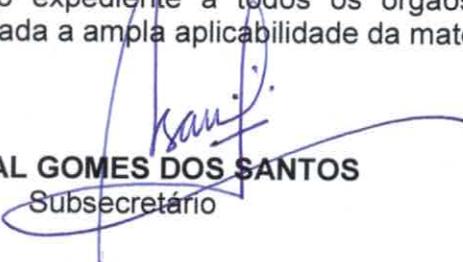
DIRETORIA DE ACOMPANHAMENTO DE NORMAS E PROCEDIMENTOS, aos 6 dias do mês de agosto de 2012.


ROGÉRIO RODRIGO FERREIRA MOTA
Coordenador de Acompanhamento de Normas


ELIANA RODRIGUES DA SILVA
Diretora de Acompanhamento de Normas e Procedimentos

I – De acordo;

II – Considerando os fundamentos discorridos na presente Nota Técnica, sugere-se o encaminhamento do expediente a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, dada a ampla aplicabilidade da matéria tratada.


JUVENAL GOMES DOS SANTOS
Subsecretário

I – De acordo;

II – Encaminhe-se a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, na forma sugerida, cumprindo-se os preceitos legais e éticos.


JOSÉ PEDRO DIAS LEITE
Secretário-Chefe