
TEMAS RELACIONADOS À LICITAÇÃO E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO DO
GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA
PORTARIA/PGF N.º 359, DE 27 DE ABRIL DE 2012

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER Nº 07/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

REACTUAÇÃO. ACÓRDÃO TCU Nº 8.237/2011 – 2ª CÂMARA. PARECER NORMATIVO Nº AGU/JTB 01/2008.

I. Impossibilidade de adoção do novo entendimento da 2ª câmara da Corte de Contas sobre a relativização dos efeitos jurídicos da preclusão lógica. Parecer Normativo nº AGU/JTB 01/2008 (arts. 40, § 1º, e 41 da Lei Complementar nº 73/1993).

II. Alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 e na Orientação Normativa AGU nº 25/2009. Novo regramento para reactuação de custos não vinculados à data-base de determinada categoria. Regras próprias não antevistas pelo Parecer Normativo nº AGU/JTB 01/2008.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF nº 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

- I identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da PGF, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- II promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF; e

III submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de enfrentar as repercussões jurídicas dos Acórdãos TCU nº 8.237/2011 e nº 4.474/2012 da 2ª Câmara, nos quais se vislumbra uma relativização do rigor da tese da preclusão lógica, que fora inicialmente desenvolvida nos Acórdãos TCU 1.827/2008 e 1.828/2008 do Plenário. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

DA APLICAÇÃO DA PRECLUSÃO LÓGICA À REPACTUAÇÃO

5. Para os contratos de prestação de serviços assinados em data anterior à vigência da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, a disciplina do reajustamento contratual, em sentido lato, fora regida especialmente pelos arts. 4º, I, e 5º do Decreto nº 2.271/1997¹ e pelo item 7 da Instrução Normativa MARE nº 18/1997.² Tais dispositivos, contudo,

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

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

[...]

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

Parágrafo Único. Efetuada a repactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, os novos valores e a variação ocorrida.

2 7. DA REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS

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

7.2. Será adotada como data do orçamento a que a proposta se referir, 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.

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

regulararam aspectos meramente formais da repactuação. Não chegaram a esclarecer, portanto, se seus efeitos financeiros retroagiriam ou não.

6. Na jurisprudência do TCU, também a questão não era clara, mas, a partir dos Acórdãos TCU nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008, a Corte de Contas pacificou o entendimento de que, em repactuações decorrentes de contratos de prestação de serviços de natureza continuada, os efeitos financeiros das mesmas seriam devidos a partir do momento em que os encargos sociais foram reajustados na convenção coletiva de trabalho (CCT) ou no acordo coletivo de trabalho (ACT):

52. Acrescente-se, ainda, que também é a IN MARE nº 18/97 que determina, em seu item 7, que o interregno de um ano começa a correr da data da proposta, da data do orçamento a que a proposta se referir ou da data da última repactuação. Também é esse normativo que permite a adoção, como data do orçamento, da data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta:

[...]

53. Observa-se, porém, que os normativos supracitados *silenciam acerca da data a partir da qual deverão valer os efeitos financeiros decorrentes da repactuação*.

54. Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise do ponto central da questão em tela, qual seja, a data a partir da qual devem vigor os efeitos financeiros da repactuação contratual: se da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão ou se da data da solicitação, pela empresa contratada, da repactuação contratual.

55. Vale mencionar que, quanto aos reajustes salariais concedidos por meio de dissídios coletivos ou equivalentes, este Tribunal pacificou entendimento no sentido de que, por ocasião das repactuações de contratos administrativos para a prestação de serviços de natureza contínua, deve ser observado o interregno de um ano contado a partir da data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que serviu de base para a proposta ou para a última repactuação (Acórdãos nº 1.563/2004-Plenário e 1.744/2003-2ª Câmara, dentre outros).

56. *Todavia, esta Corte de Contas, nas ocasiões em que tratou do tema em comento, não abordou o aspecto relativo à fixação do termo a quo para a eficácia dos efeitos da repactuação de preços.*

57. *Quanto a essa questão, o entendimento exarado pela Unidade Técnica não me parece ser aquele que reflete o melhor encaminhamento a ser dado à matéria.*

58. *Dentre os requisitos para a concessão de repactuação de preços pela Administração Pública, além da mencionada observância do intervalo mínimo de um ano a contar da data da proposta ou do orçamento a que se referir a proposta, está também a necessidade de prévia demonstração analítica quanto ao aumento dos custos do contrato. Isso é o que estabelecem o artigo 5º, *caput*, do Decreto nº 2.271/97, e o item 7.3 da IN MARE nº 18/97.*

59. *Em relação ao ponto em discussão no presente feito, um dos posicionamentos possíveis considera que a data do requerimento pela contratada, acompanhado da respectiva planilha de custos, definiria o momento a partir do qual seria devida, se aprovada pela Administração, a repactuação dos preços contratados.*

60. *Contudo, sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços.*

61. *A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. Em outras palavras, a alteração dos encargos durante a execução contratual deve resultar na compatibilização da remuneração da contratada, de modo que se mantenha inalterada a equação financeira do ajuste. O direito à repactuação decorre de lei, enquanto que apenas o valor dessa repactuação é que dependerá da Administração e da negociação bilateral que se seguirá.*

62. *Assim, a partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços.*

[...]

64. De mais a mais, importa destacar que a IN MARE nº 18/97, 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 justa causa pela Administração em detrimento do particular contratado. E, *sendo a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio de direito, deve ser observado pela Administração Pública, em especial na execução de seus contratos.*

65. Como é cediço, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento do interesse público, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, por meio da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. E esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, o que se dará por meio da preservação da relação inicial encargo/remuneração. Isso porque, se, de um lado, a Administração tem o poder de modificar o projeto e as condições de execução do contrato para adequá-lo às exigências supervenientes do interesse público, de outro, o contratado tem o direito de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida no ajuste diante de situações específicas que passam a onerar o cumprimento do contrato.

66. Portanto, em vista de todas as razões apresentadas, *considero que a repactuação de preços, sendo um direito conferido por lei ao contratado, deve ter sua vigência reconhecida imediatamente desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado.*

67. Oportuno ressaltar a necessidade de a Administração contratante comparar as Planilhas de Custos e Formação de Preços fornecidas pela contratada no momento da apresentação da proposta e do requerimento de repactuação, com vistas a verificar se ocorreu ou não a efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos do pactuado originalmente.

68. Além disso, a Administração, por intermédio da negociação bilateral, deve envidar esforços no sentido de, sem prejudicar a adequada relação econômico-financeira do contrato, reduzir custos para a atividade administrativa, certificando-se de que os preços – caso aprovada a repactuação – encontram-se de acordo com os valores de mercado de modo a verificar se a contratação continua vantajosa para a Administração.

69. Insta ressaltar que *esse entendimento não exclui a aplicação da Instrução Normativa n° 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* (Acórdão TCU n° 1.828/2008).

7. Essa abertura da jurisprudência do TCU aos efeitos financeiros retroativos, contudo, *trouxe consigo novas orientações quanto ao prazo que a empresa possui para requerer a repactuação*. Examinando os contratos n° 19/2005 e n° 20/2005, respectivamente celebrados pela União com as empresas Montana Soluções Corporativas Ltda. e Poliedro Informática, Consultoria e Serviços Ltda., o TCU firmou o entendimento de que, para o deferimento das repactuações, a empresa tem o *dever de solicitar a repactuação desde o momento posterior ao registro da CCT ou do ACT até a data da prorrogação contratual imediatamente posterior, sob pena de preclusão do direito à repactuação*:

73. *A lei reconhece que a prorrogação pode acarretar a alteração das condições originais da contratação não apenas em relação aos prazos contratuais. Apesar de as cláusulas iniciais do contrato serem mantidas inalteradas, as cláusulas relacionadas aos preços podem ser revistas em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da contratação*.

74. Nos termos acima expostos, considero que, *nas hipóteses de prestação de serviços continuados, cada prorrogação caracteriza um novo contrato. Uma vez assinado o termo aditivo, o contrato original não mais pode ser repactuado*.

75. Desse modo, *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* (fls. 96/97, anexo 1).

76. *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 oposta 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 (doze) meses.

77. 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*.

78. *A contrario sensu*, ao se admitir que os efeitos da repactuação pudessem retroagir a períodos anteriores à data da assinatura do termo aditivo de *prorrogação contratual*, o *juízo discricionário* feito pela Administração acerca da *conveniência e oportunidade* em prorrogar o contrato (*juízo este baseado na qualidade dos serviços prestados e na adequação dos preços até então praticados*) restaria comprometido. É nesse sentido que o artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, ao dispor sobre a possibilidade de *prorrogação dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua*, estabelece, como finalidade, a “*obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração*”.

79. Ressalto que a aplicação de um instituto processual tal qual a *preclusão* ao feito sob exame decorre do entendimento de que a execução de um contrato é um processo, composto por diversos atos, que concede direitos e impõe obrigações às partes.

[...]

99. Registre-se que não se antevê a possibilidade de que o raciocínio construído neste Voto possa vir a resultar em significativos gastos para a Administração em face de solicitações de repactuações contratuais pretéritas. Isso porque *a tese que advogamos limita o exercício do direito à repactuação à data de prorrogação contratual*.

100. Repito, conforme já explicitado, considero ser a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55,

inciso III, da Lei nº 8.666/93), com fundamento em mandamento constitucional (artigo 37, inciso XXI), e que confere ao contratado a possibilidade de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. 101. Assim sendo, não vejo como a Administração possa restringir seu exercício por meio de um ato normativo ou de um contrato. *Claro está, entretanto, que estamos falando de direitos disponíveis, passíveis de preclusão, tal como colocado no presente Voto.*

101. *Por outro lado, entendo que, de certa forma, a sugestão alvitada pelo Ministro Revisor para que seja limitado, de forma prévia e expressa, o alcance retroativo da repactuação foi contemplada na proposta que ora submeto à apreciação deste Plenário.*

102. *Do que ressei do entendimento ora perfilhado, o prazo para que a contratada exerça, perante a Administração, seu direito à repactuação terá início, após observado o interregno mínimo de um ano, na data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado (podendo ou não, como mencionado nos itens 78 a 81 deste Voto, retroagir à data-base que ensejar a celebração dos referidos instrumentos) e findará no momento da assinatura de novo termo aditivo. Ou seja, em termos gerais, o direito de repactuar surgirá quando ocorrer um aumento dos custos do contratado, devendo a repactuação ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente.*

103. *Se o contratado não pleitear de forma tempestiva a repactuação e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem realizá-la ou, ao menos, prevê-la expressamente, entendo que ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar.*

104. *Constata-se, por conseguinte, a existência de um prazo para o contratado formalizar seu pedido de repactuação, o que, ao meu ver, vai ao encontro da sugestão feita pela Ministro Revisor (Acórdão TCU nº 1828/2008).*

8. Pouco tempo após o pronunciamento do TCU nos Acórdãos nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008, a AGU tratou de adotar o entendimento da Corte no Parecer nº AGU/JTB 01/2008. No Despacho DEAEX nº 487/2008 de submissão do Parecer à aprovação do Consultor-Geral da União, pode-se observar que foram consolidados os entendimentos abaixo:

I) a repactuação é considerada uma espécie de reajustamento de preços;

II) a repactuação surge com a demonstração analítica 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.*

9. Cabe referir que o parecer supramencionado foi *aprovado* pelo *Advogado-Geral da União* e pelo *Presidente da República*, razão pela qual passou a deter *força normativa perante toda a Administração Pública Federal* (arts. 40, § 1º, e 41 da Lei Complementar nº 73/1993).³

3 Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

[...]

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

10. Finalmente, em 2009, alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 incorporaram essa orientação do TCU em regramento bastante sucinto. De acordo com seu art. 40, §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.” Vê-se, pois, que não há dúvida de que o entendimento do TCU passou a vincular toda a Administração Pública Federal, seja em razão da aprovação de Parecer normativo, seja em razão da incorporação da orientação na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008.

RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA PRECLUSÃO LÓGICA: ACÓRDÃOS TCU 8.237/2011 E 4.474/2012 DA 2ª CÂMARA

11. No segundo semestre de 2011, a 2ª Câmara do TCU passou a relativizar o rigor do entendimento inicial do TCU. Entendeu que os efeitos da preclusão lógica não deveriam se estender a ponto de impossibilitar, completamente, a repactuação de valores até a nova data-base da categoria. A fundamentação do Acórdão, contudo, foi pouco clara quanto à nova orientação jurídica do TCU para o caso:

43. Reafirmada a tese central do paradigma estabelecido nos Acórdãos 1.827/2008 e 1.828/2008-Plenário, *entendo que a controvérsia relativa ao termo a quo de vigência da repactuação dos preços ainda não restou convenientemente resolvida naquelas deliberações, especialmente no caso de postergação do pedido respectivo*. A solução encontrada naquelas decisões *se me afigura agora excessivamente prejudicial à contratada, frente às disposições normativas sobre a questão*. De fato, a legislação tratando da hipótese de repactuação de contratos continuados *não fala em data-base das categorias representadas nos contratos, que foi o critério escolhido naquelas decisões*, mas na data em que ocorreu efetivamente o aumento do salário das categorias, e isso para efeito de contagem do interregno mínimo de um ano, que é o critério principal a ser observado nas repactuações.

44. *Sobrepor a data base do ano seguinte à que está sendo considerada efetivamente na repactuação não teria, a meu ver, data venia, fundamento suficiente na legislação. Por isso advogo que a retroação dos preços, após o pedido, deva ir até à primeira data em que não há qualquer óbice levantado por este Tribunal nas decisões paradigmáticas multicitadas, que é a data da prorrogação do contrato, ocorrida em 12/1/2007 (Acórdão TCU nº 8237/2011 – 2ª Câmara).*

12. Aparentemente, a mudança de orientação foi, apenas, motivada pela perspectiva de que a Corte havia sido extremamente rigorosa ao proferir os Acórdãos TCU nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008. Assim, o TCU não ofereceu balizas jurídicas sólidas para uma rejeição da orientação firmada em 2008. Reconheceu, contudo, ao julgar os Embargos de Declaração no Acórdão nº 4.474/2012 – 2ª Câmara, que estava acolhendo entendimento mais benéfico à empresa:

17. Cumpre-me, mais uma vez, contraditar a afirmação da embargante. Na verdade, não houve o acolhimento integral do entendimento esposado pela Sefti, como quer a recorrente. Basta ver que, após manifestar o acolhimento dos fundamentos defendidos pela unidade técnica, este Relator fez questão de sublinhar que o fazia com “*as correções e considerações adicionais que se seguem*”. *E essas correções e considerações expendidas no voto endereçavam-se justamente à questão do período de validade da retroação, inclusive ampliando-o em favor da embargante.* Portanto, improcedentes a omissão e obscuridade alegadas (Acórdão nº 4.474/2012 – 2ª Câmara).

13. Por outras palavras, houve clara sinalização de mudança de entendimento na 2ª Câmara. Esse fato põe a seguinte questão jurídica: a Procuradoria Federal pode recomendar a adoção do novo entendimento da 2ª Câmara?

14. A resposta, certamente, é negativa, pois o entendimento em questão conflita frontalmente com o Parecer Normativo nº AGU/JTB 01/2008. Nesse, foi consagrada a tese de que haveria preclusão do direito a repactuar até o surgimento de nova data-base, de sorte que o Procurador Federal está completamente vinculado ao entendimento esboçado em âmbito superior. Seguem algumas passagens relevantes do referido parecer:

Isto porque, todo contrato - e aqui se inclui os respectivos termos aditivos - possui um prazo de vigência especificado, não podendo ter vigência indeterminada, 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 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 (Parecer Normativo AGU/JTB nº 01/2008).*

15. Em síntese, *resta claro que os efeitos financeiros da repactuação somente poderão ser deferidos a partir da primeira data-base ocorrida após a assinatura do termo aditivo de prorrogação responsável pela preclusão lógica do direito a repactuar.* Objetivamente, tal entendimento é mandatório para toda a Administração Pública Federal enquanto não for alterado.

16. Decerto, *isso não significa afirmar que o Parecer deva ser aplicado em toda e qualquer situação de modo literal*, nem que toda contagem da anualidade em repactuações deva ser realizada a partir da data do Acordo ou Convenção Coletiva. Em 2009, alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 levaram ao reconhecimento da possibilidade jurídica de múltiplos pedidos de repactuação e de regras específicas de contagem da anualidade para cada tipo de custo:

Art. 37, § 2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

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

I - a partir da *ocorrência do fato gerador* que deu causa à repactuação;

II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou

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;

17. Em 2011, também a Orientação Normativa AGU nº 25 sofreu alteração, para reconhecer que não há um só marco inicial para contagem da anualidade:

NO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, O INTERREGNO DE UM ANO PARA QUE SE AUTORIZA A REPACTUAÇÃO *DEVERÁ SER CONTADO DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR, ASSIM ENTENDIDO O ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO*, PARA OS CUSTOS DECORRENTES DE MÃO DE OBRA, E DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM *RELAÇÃO AOS DEMAIS INSUMOS*.

18. Assim, *repactuações para custos não vinculados à data-base de determinada categoria suscitam a aplicação de regras próprias* de contagem da anualidade, de retroação dos efeitos financeiros e, conseqüentemente, de caracterização da preclusão lógica que não foram antevistas nos Acórdãos TCU nº 1.827/2008 – Plenário e nº 1.828/2008 – Plenário, nem no Parecer nº AGU/JTB 01/2008.

19. Pelo exposto, deve-se concluir que:

a) o entendimento consagrado no Acórdão TCU nº 8.237/2011 – 2ª Câmara, referente à relativização dos efeitos jurídicos da preclusão lógica, não poderá ser adotado, pois conflita com a orientação jurídica normativa e vinculante do Parecer nº AGU/JTB 01/2008;

b) as análises de pedidos de repactuação devem levar em consideração o atual regramento decorrente de alterações na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 e na Orientação Normativa AGU nº 25/2009, de sorte que se deve reconhecer que existem regras próprias de contagem da anualidade, de retroação dos efeitos financeiros e de caracterização da preclusão lógica, para custos não vinculados à data-base de determinada categoria, que não foram antevistas pelo Parecer nº AGU/JTB 01/2008.

À consideração superior.

Brasília, 27 de setembro de 2012.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 27 de setembro de 2012.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 07 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, de de 2012.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 20 /2012

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REPACTUAÇÃO. TCU.

I. O ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO ACÓRDÃO TCU Nº 8237/2011 – 2ª CÂMARA, REFERENTE À RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA PRECLUSÃO LÓGICA, NÃO PODERÁ SER ADOTADO, POIS CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO JURÍDICA VINCULANTE DO PARECER Nº AGU/JTB 01/2008.

II. AS ANÁLISES DE PEDIDOS DE REPACTUAÇÃO DEVEM LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O ATUAL REGRAMENTO DECORRENTE DE ALTERAÇÕES NA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MPOG Nº 02/2008 E NA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 25/2009, DE SORTE QUE SE DEVE RECONHECER QUE EXISTEM REGRAS PRÓPRIAS DE CONTAGEM DA ANUALIDADE, DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS E DE CARACTERIZAÇÃO DA PRECLUSÃO LÓGICA, PARA CUSTOS NÃO VINCULADOS À DATA-BASE DE DETERMINADA CATEGORIA, QUE NÃO FORAM ANTEVISTAS PELO PARECER Nº AGU/JTB 01/2008.