



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER Nº 072/2011/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00588.000842/2005-21

INTERESSADO: URA/RS

ASSUNTO: Retroação dos efeitos financeiros decorrentes de repactuação contratual -
dissídio coletivo.

REPACTUAÇÃO CONTRATUAL. RETROAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS.

- Convenção Coletiva do Trabalho que impõe álea extraordinária ao contratado. Direito à manutenção da equação econômica-financeira do contrato.

- Art. 41, III da IN/SLTI-MP nº 2, de 2008 não inova no mundo jurídico.

- Retroatividade dos efeitos financeiros decorrente da repactuação decorre de lei. Inteligência Parecer Vinculante Nº AGU/JTB 01/2008.

Senhora Coordenadora-Geral,

- I -

1. Trata-se de processo no qual se discute a possibilidade de retroação dos efeitos financeiros decorrentes de repactuação de contrato de vigilância. A contratada afirma ter amealhado aumento de custos por conta de convenção coletiva de trabalho e deseja que os efeitos da repactuação retroajam a 01/02/2008, quando foi assinada a referida convenção.

2. A CONJUR/RS reconhece a existência do art. 41, III da IN/SLTI-MP nº 2, de 2008, determinando a retroatividade dos efeitos financeiros decorrente de repactuação relacionada a revisão do custo de mão-de-obra. Apesar disto, afirma que a CONJUR/RS



“adotou o entendimento de que a nova Instrução Normativa somente se aplica a partir das licitações e contratações em curso. Tendo em vista que o contrato em análise é anterior, continua se aplicando o entendimento firmado na Nota DECOR/CGU/AGU N.º 023/2006-AMD, de 2006, anteriormente mencionado” (fl. 51).

3. A Coordenador-Geral de Atendimento aos Órgãos e Unidades Descentralizadas determinou o encaminhamento dos presentes autos ao DAJI (fl. 440). Este, por meio da Nota DAJI/CGU/AGU n.º 1199/2008-AB, sob o argumento de que o posicionamento externado pela CONJUR/RS fundou-se exclusivamente na Nota DECOR/CGU/AGU N.º 023/2006-AMD, da lavra da Consultoria-Geral da União, submeteu os presentes autos à apreciação do referido órgão (fls. 443/444).

4. Os autos foram distribuídos a este parecerista em 29/03/2011, com 471 folhas.

5. É o suficiente à guisa de relatório. Passo a opinar.

- II -

6. De fato, o tema mereceu uma primeira análise por parte deste Departamento de Coordenação e Orientação através da Nota DECOR/CGU/AGU n.º 023/2006-AMD, de autoria da Advogada da União Alinne de Medeiros Duarte, vazada nos seguintes termos:

36. No que pertine ao pagamento retroativo de valores pagos a título de contrato de prestação de serviços continuados decorrente do aumento de salário em virtude de dissídio coletivo, devem ser feitas algumas considerações. É certo que não pode haver atribuição de efeitos financeiros pretéritos aos contratos administrativos bem como a seus termos aditivos, sob pena de configurar-se simulação. De fato, pelo princípio da legalidade, a Administração só está autorizada a agir de acordo com o que a lei determinar, sendo, em consequência, desnecessária qualquer vedação expressa. Tal entendimento é pacífico na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme se vê nos verbetes a seguir transcritos:

‘Contrato – verbal – termos aditivos com efeitos retroativos TCU ‘...evite a formalização de termos contratuais com efeitos retroativos, face às disposições contidas no parágrafo único do art. 60 da Lei n.º 8.666/93.’ (Processo n.º TC-625.373/95-2. Decisão 233/1996-1ª Câmara).

Contrato - verbal – termos aditivos com efeitos retroativos TCU ‘...determinar que sejam planejadas as assinaturas dos contratos e dos termos aditivos celebrados, de modo a não ocorrer a atribuição de efeitos financeiros retroativos, por contrariar o princípio da legalidade previsto no art. 3º da Lei n.º 8.666/93.’ (Processo n.º TC-015.327/96-5. Decisão n.º 161/1997-Plenário).



37. O mesmo é o entendimento do Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da Consultoria-Geral da União - CGU/AGU, conforme exposto na supramencionada Nota/DAJI n.º 76/2004 -PFBF:

'Aos contratos administrativos alude a Constituição de 1988, no art. 22, inciso XXVII, para submetê-los s normas gerais federais, e no art. 37 para exigir o prévio processo licitatório, demonstrando a preocupação do constituinte em vincular os contratos celebrados coma a Administração a uma rígida disciplina legal da qual não podem se afastar. Destarte, os efeitos decorrentes de qualquer termo contratual só serão válidos a partir de sua assinatura, não sendo viável pretender-se atribuir efeitos retroativos a um termo aditivo.' (grifos do original)

38. Também não se pode aceitar que a empresa contratada seja prejudicada acaso a Administração Pública demore muito tempo para analisar seu pedido de repactuação. Neste caso, deve-se entender que o prazo deve ser contado desde o pedido de repactuação pela contratada e não desde o fim de todo o processo – que culmina com a assinatura do Termo Aditivo, pois a contratada não pode arcar com os ônus da demora da Administração. Mas frise-se que esta orientação somente se aplica em hipótese de transcurso de tempo longo e injustificado pela Administração. Tal é o entendimento perfilhado pelo próprio TCU, bem como pela própria AGU, conforme se segue:

'Nessa esteira, entendemos ser condição essencial para a concessão da repactuação, inclusive quanto ao marco inicial de seu efeitos, a solicitação da contratada – no momento da demonstração analítica do aumento dos custos – e na hipótese de deferimento o prazo para pagamento dos novos valores repactuados deverá iniciar-se sempre a partir da conclusão das negociações, ou no máximo poderá retroagir à solicitação da contratada quando houver demora injustificada por parte da Administração em concluir o procedimento.' (Nota/DAJI/CGU/AGU n.º 76/2004 –PFBF). (grifos do original)

39. Mas como dito, é necessário o decurso de longo prazo para a análise do requerimento da contratada, bem como não deve haver justificativa plausível para a mora da Administração. Na hipótese em que a Administração leva apenas o tempo necessário para a análise do pedido e do cumprimento dos requisitos legais, não há falar-se em demora injustificada. De fato, no presente caso, a Administração levou cerca de 2 (dois) meses para a análise e deferimento do pedido de repactuação, tempo que não se pode considerar demasiadamente longo nessas circunstâncias. Do contrário, a Administração deve ter lapso temporal razoável para, com as cautelas devidas, bem analisar o pleito que lhe foi submetido. Esse o entendimento confirmado no âmbito da própria Consultoria-Geral da União:

'E como visto, seguindo os passos necessários ao deslinde de um requerimento de repactuação, a realidade envolta no procedimento respectivo indica que ele inaugura-se com o necessário pleito do contratado, devidamente instruído com a documentação e planilhas pertinentes. A administração não concede a repactuação confiando, apenas, nos dados apresentados pelo contratado. Ao contrário, impõe-se-lhe o dever de verificar a compatibilidade e a veracidade das informações apresentadas.

Como cautela necessária antes da concessão da repactuação é imperioso que a Administração verifique a adequação das planilhas apresentadas, e certifique-se que o preço repactuado continua sendo a proposta mais vantajosa para a Administração, e dentro dos parâmetros do mercado. Outro importante passo é a opinião do órgão jurídico, uma vez que a autorizada jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem consagrando a importância da atuação do órgão gestor que ouve o órgão



jurídico antes de suas decisões'. (Nota/DAJI/CGU/AGU n.º 76/2004 -PFBF) (grifos nossos)

40. *Ressalte-se, ainda, que, sendo necessário o requerimento da contratada, bem como considerando o interregno mínimo de 1 ano (IN/MARE nº 18/97) contado da proposta, é indevida a inclusão na repactuação de período anterior àquele, ainda que a contratada tenha efetuado gastos para a execução do contrato, pois neste caso ela deveria tê-los previsto (álea ordinária do contrato). Como visto, é necessário o interregno mínimo de 1 ano para haver a pretendida alteração. Tal está de acordo com a decisão nº 457/95 – Plenário do TCU, neste ponto ainda em vigor visto que não alterado pela Decisão nº 1.563/2004:*

'...os preços contratados não poderão sofrer reajustes por incremento dos custos de mão-de-obra decorrentes da data base de cada categoria, ou de qualquer outra razão, por força do disposto no art. 28 e seus parágrafos da Lei nº 9.069/95, antes de decorrido o prazo de 1 ano contado na forma expressa na própria legislação'. (Decisão com caráter normativo. TCU. Processo nº 009.970/95-9).

41. *Dessa forma, não vislumbro presente hipótese que justifique a consideração do termo inicial de validade da repactuação a partir do requerimento da contratada, mas sim da conclusão das negociações, em razão de não ter havido demora injustificada desta para a análise do pleito, bem como ante a vedação de celebração de contratos e termos aditivos com efeitos financeiros retroativos.*

7. Dessume-se do texto transcrito que a repactuação só produziria efeitos a partir da conclusão das negociações que nela culminaram, ou seja, desde a assinatura do respectivo termo aditivo (ou do apostilamento), e não da apresentação do pedido de repactuação à Administração Pública pela contratada.

8. Ocorre que o entendimento exarado na Nota DECOR/CGU/AGU nº 023/2006-AMD encontra-se atualmente superado pelo advento do Parecer AGU nº JTB-02, de 26 de fevereiro de 2009.

9. O referido Parecer AGU nº JTB-02/2008, de autoria da Advogada da União Juliana Helena Takaoka Bernardino, foi adotado pelo Advogado-Geral da União, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 452/2008 e do Despacho do Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais nº 487/2008, veiculando a seguinte conclusão:

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 (destacou-se).

10. Esta divergência entre Nota DECOR/CGU/AGU nº 023/2006-AMD e o PARECER Nº AGU/JTB 01/2008 já foi, inclusive, objeto de apreciação por parte deste DECOR. A NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 031/2009 – JGAS, da lavra do Advogado da União João Gustavo de Almeida Seixas, reconheceu a superação da primeira manifestação por força do PARECER Nº AGU/JTB 01/2008, asseverando que “a tese a ser atualmente seguida a respeito dos efeitos financeiros da repactuação é a que defende que, nos casos de convenções coletivas de trabalho, eles retroagem à data em que efetivamente entrou em vigor o aumento salarial concedido à categoria profissional abarcada pela avença celebrada pela Administração Pública Federal, desde que o pedido correspondente seja formulado pela contratada no lapso que se inicia 1 (um) ano após a data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta remeter – entendendo-se como data do orçamento a do acordo, convenção, dissídio coletivo do trabalho ou equivalente que fixar o salário vigente quando da apresentação da proposta – e finda na data da prorrogação contratual seguinte, depois da qual seu deferimento será obstado pela ocorrência da preclusão lógica”.

- III -

11. A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento editou a Instrução Normativa/SLTI-MP nº 2, de 2008, no mesmo sentido veiculado pelo Parecer Vinculante Nº AGU/JTB 01/2008, dispondo pela retroatividade dos efeitos financeiros decorrentes de repactuação motivada por convenção coletiva trabalhista:

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.

(...)

§ 3º A Administração poderá prever o pagamento retroativo do período que a proposta de repactuação permaneceu sob sua análise, por meio de Termo de Reconhecimento de Dívida (destacou-se).



12. A questão posta reside no fato de que a CONJUR/RS se opõe à aplicação do referido dispositivo argumentando que seus efeitos incidem apenas sobre as repactuações ocorridas a partir da edição da referida Instrução Normativa/SLTI-MP nº 2, de 2008. É necessário observar, contudo, que o Parecer Vinculante Nº AGU/JTB 01/2008, em sua fundamentação, sustentou que a retroatividade dos referidos efeitos financeiros não decorre de um ato regulamentar (IN SLTI-MP nº 2, de 2008), mas de dispositivos legais antecedentes aos fatos tratados naqueles autos. É o mesmo que ocorre aqui, posto que os fatos em debate datam de fevereiro de 2008, enquanto que a base legal aplicável é muito anterior:

Constituição Federal

Art. 37,- (...)

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

Lei 8.666/93

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

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;

13. Foi com base nestes dispositivos que o tribunal de Contas da União firmou o entendimento segundo o qual 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 (Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler):

(...) 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.



14. O Parecer Vinculante N.º AGU/JTB 01/2008, portanto, não se fundamentou em mero ato regulamentar (IN SLTI-MP n.º 2, de 2008), mas em dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública o respeito à equação econômico-financeira do contrato celebrado com o particular. Neste sentido, é ilustrativo o seguinte trecho do aludido parecer:

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.

15. Não há, portanto, como se condicionar a aplicabilidade do entendimento sufragado pelo Parecer Vinculante N.º AGU/JTB 01/2008 à data da edição do IN SLTI-MP n.º 2, de 2008. A retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação motivada por convenção coletiva decorre da lei, e não de um ato regulamentar que não tem o condão de criar direitos.

- IV -

16. Diante destas considerações, conclui-se que a IN SLTI-MP n.º 2, de 2008 não inovou no mundo jurídico, apenas formalizando o direito à preservação da equação econômico financeira do contratado decorrente de convenção ou dissídio coletivo trabalhista. A legislação aplicada ao caso pelo Parecer Vinculante N.º AGU/JTB 01/2008 dispensa qualquer análise sobre a eficácia temporal do disposto no art. 41, III, da Instrução Normativa/SLTI-MP n.º 2, de 2008.

À consideração superior.

Brasília, 13 de abril de 2011.

Daniel Silva Passos
Advogado da União