



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

PARECER Nº 128 /2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00407.006487/2009-16

INTERESSADO: INSS

ASSUNTO: FRACIONAMENTO DA REPACTUAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

FRACIONAMENTO DA REPACTUAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS PREVISTO NOS ARTS. 37 E 38 DA IN/SLTI/MPOG Nº 02/08, COM REDAÇÃO DADA PELA IN/SLTI/MPOG Nº 03/09. CONFLITO COM AS ON/AGU Nº 24 E 26 E ACÓRDÃO-PLENÁRIO Nº 1563/2004 DO TCU. NECESSIDADE, PARA A MODIFICAÇÃO DAS ON/AGU Nº 24 E 26, DE PRÉVIA CONSULTA AO TCU.

I – O fracionamento da repactuação de contratos de serviços continuados, previsto pela nova redação da IN/SLTI/MPOG nº 02/08, dada pela IN/SLTI/MPOG nº 03/09, conquanto interpretação razoável dos arts. 28 da Lei 9.069/95, 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/00 e 5º do Decreto 2.271/97, justifica a modificação das ON/AGU nº 24 e 26.

II – Não obstante, em razão do disposto nos arts. 11, III, e 28, II, da LC 73/93, as ON/AGU nº 24 e 26 devem, até sua ulterior modificação, permanecer sendo aplicadas pelos órgãos da AGU.

III – Uma vez que o TCU, no Acórdão-Plenário 1563/2004, analisando a matéria *in abstracto*, entendeu pela impossibilidade de fracionamento da repactuação de contratos de serviços continuados, necessária a realização, nos termos do art. 1º, inciso XVII e §2º, da Lei 8.443/92, de consulta àquele Tribunal previamente à modificação das ON/AGU nº 24 e 26.

Senhor Coordenador-Geral,

- 1 -

1. Trata-se de solicitação de fixação de orientação formulada pela Procuradoria-Geral Federal, por intermédio do MEMORANDO nº 645/2009/CONSU/PGF/AGU, motivada por consulta que lhe fora endereçada pela

Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, por meio do Memorando nº 97/2009/PFE-INSS/GAB-01.200.

2. Consta dos autos que a Portaria PFE-INSS/GAB nº 98, de 28 de março de 2009, instituiu, no âmbito da Coordenação-Geral de Matéria Administrativa da PFE-INSS, grupo de trabalho com o objetivo de analisar minutas padrão de editais de licitação e contratos de, entre outros, serviços de natureza continuada, a serem adotadas pelas diversas unidades administrativas do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em todo o território nacional.

3. Referido grupo de trabalho detectou conflito entre o disposto no art. 5º da Portaria nº 05, de 07 de julho de 2009, com o contido no art. 38 da Instrução Normativa nº 02/08, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG.

4. Também fora vislumbrado conflito entre o disposto na Portaria nº 05, de 07 de julho de 2009, da SLTI/MPOG, com as Orientações Normativas nº 24 e 26, ambas de 1º de abril de 2009, da Advocacia-Geral da União.

5. Por força de tais constatações, impeditivas da observância de todos os diplomas analisados, e com vistas a garantir segurança jurídica nas licitações e contratações da Administração Pública Federal, fora reclamada orientação superior por parte da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS.

6. A Procuradoria-Geral Federal se manifestou acerca do tema através do PARECER Nº 211/PGF/MHAS/2009 (fls. 05/09), por intermédio do qual fora reconhecida a pertinência da consulta, ante a constatação do suposto conflito entre as normas arroladas e entre estas e as ON/AGU nº 24 e 26 da Advocacia-Geral da União.

7. Destacando o efeito vinculante das orientações normativas exaradas pela Advocacia-Geral da União quanto aos seus órgãos jurídicos, fora determinado pela Procuradoria-Geral Federal que, até ulterior e conclusiva manifestação da Consultoria-Geral da União, fossem observadas as instruções normativas supramencionadas pela autoridade consulente, tendo, ato contínuo, sido os autos



encaminhados para manifestação desta Consultoria-Geral, nos termos do disposto no art. 4º, inciso X, c/c art. 10, ambos da Lei Complementar nº. 73/93.

8. Aportando nesta Consultoria-Geral da União, foram os presentes autos, por meio do despacho de fls. 12, encaminhados pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX para exame e manifestação. Através da COTA DEAEX s/nº (fls. 13/14), o referido departamento consignou que já haviam sido efetuadas consultas sobre o mesmo tema pela Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Natal (processos nº 00400.019810-2009-73 e nº 00454.000526-2009-06), as quais foram encaminhadas a este Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos – DECOR, o qual teria procedido à reavaliação acerca do item objeto das normas conflitantes por meio da NOTA DECOR/CGU/AGU Nº. 031/2009-JGAS, razões pelas quais se manifestou pelo encaminhamento dos autos a este departamento, manifestação esta que foi acolhida pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União.

9. Na seqüência, diante do fato de que a referida NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 031/2009-JGAS havia abordado matéria diversa, foi elaborada por este DECOR a NOTA Nº 019/2010/DECOR/CGU/AGU (FLS. 20/22), a qual deu ensejo a solicitação de parecer sobre o tema dirigida à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR/MPOG.

10. A CONJUR/MPOG, por meio da NOTA/MP/CONJUR/MM/Nº 0953 – 4.3.17/2010 (FLS. 25/29), após afirmar que a SLTI/MPOG, apesar de alertada acerca da existência das ON/AGU nº 24 e 26, entendeu pela edição da Instrução Normativa nº 03/2009, que alterou os art. 37, §2º, e 38, da IN nº 02/2008, determinou o envio dos autos àquela secretaria que, por sua vez, através da manifestação s/nº de fls. 30/37, em síntese, concluiu que:

- a) a orientação firmada por meio do art. 5º da Portaria nº 05/2009 foi introduzida na IN nº 02/08 pela IN nº 03/09, não subsistindo, portanto, a alegada contradição entre referidos diplomas normativos;
- b) as ON nº 24 e 26 da AGU foram firmadas durante a vigência da redação original da IN nº 02/08, devendo, portanto, se adequarem ao disposto na nova regulamentação trazida pela IN nº 03/2009;

- c) inexistente ilegalidade das alterações promovidas pela IN nº 03/09 em face das ON nº 24 e 26 da AGU, uma vez que estas não vinculariam a SLTI/MPOG, mas, apenas, os órgãos que compõem a Advocacia-Geral da União;
- d) a SLTI/MPOG é o órgão competente para orientar normativamente as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Federal, a teor das atribuições atualmente reguladas pelos arts. 28 e 29 do Decreto 7.063/10;
- e) *"o art. 5º da Portaria nº 05/2009 está em perfeita sintonia com o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997, que dispõe que a repactuação deve observar a regra da anualidade da variação dos custos, de modo que o interregno mínimo de um ano deve ser considerado a partir da data do orçamento a que a proposta se refere.*

Assim, quando a proposta contém mais de um orçamento para a formação do preço, com datas diferenciadas, a repactuação deve necessariamente ser dividida e realizada em momentos distintos, sob pena de que uma parcela dos custos seja reajustada sem que tenha ocorrido um ano da data de sua formação."

11. Retornando os autos da SLTI/MPOG à CONJUR/MPOG, esta produziu o PARECER/MP/CONJUR/JD/Nº 0745 - 4.3.17/2010 (fls. 39/49), por meio do qual se manifestou no sentido de que, apesar de haver *"dúvida quanto à legalidade da alteração introduzida na IN 02/2008 pela IN 03/2009"*, seria conveniente fossem *"revisadas as orientações normativas nº 24 e 26 da AGU, posto que sua manutenção enseja o permanente questionamento por parte dos órgãos aplicadores das normas sob análise"*. Para tanto, fundou-se a CONJUR/MPOG nas seguintes razões:

- a) compete à Advocacia-Geral da União interpretar as normas jurídicas no âmbito do Poder Executivo Federal, estando toda a Administração Pública Federal, inclusive a SLTI/MPOG, nos termos do art. 40, §1º, da LC 73/93, vinculada a tais interpretações;
- b) possui a SLTI/MPOG, conforme disposto no Decreto 7.063/10, competência para expedir orientações regulamentares das normas referentes a sua área de atuação, não havendo, portanto, conflito com as atribuições da AGU;
- c) *"Sob o aspecto meramente jurídico-formal, abstraídas considerações acerca da conveniência administrativa da alteração operada pela IN nº 03/2009, que fogem às atribuições desta Consultoria, salvo melhor juízo, ainda que*



não proibida expressamente pelo Decreto nº 2.271/97, configura inovação não permitida por meio de ato infralegal."

12. Brevemente relatados os autos, manifesto-me.

- II -

13. Preliminarmente, insta salientar que, conforme consta da manifestação s/nº da SLTI encartada a estes autos, não mais subsiste o conflito detectado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS entre as normas inscritas, de um lado, no art. 5º da Portaria nº 05, de 07 de julho de 2009, e, de outro, no art. 38 da IN nº 02/08, ambas da SLTI/MPOG. De fato, referida instrução normativa foi modificada pela IN nº 03/09, passando a dispor da seguinte forma os referidos diplomas normativos:

Artigo 5º da Portaria nº 05/09. A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste de 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 (data do último acordo ou convenção) e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço (data do encaminhamento das proposta).

Artigo 37 da IN 02/08, com redação dada pela IN 03/09. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

(...)

§2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas 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.

§3º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantas quanto forem os acordos, dissídios ou convenções coletivas envolvidas na contratação.

Artigo 38 da IN 02/08, com redação dada pela IN 03/09. O interregno 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.

14. Resta-nos, portanto, avaliar a suposta divergência existente entre a nova redação da IN nº 02/08 e as ON/AGU nº 24 e 26. Em primeiro lugar, insta ressaltar que a existência do Parecer JT-02, aprovado pelo Presidente da República em 26 de novembro de 2.009, opinativo este que tratou da repactuação de contratos de prestação de serviços continuados. Na oportunidade, fixou-se o entendimento de que:

- a) a repactuação constitui-se em espécie de reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro;
- b) o prazo de um ano para se requerer a primeira repactuação do contrato de prestação de serviços continuados conta-se da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, considerando-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) quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação, tem-se que 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.

15. Vê-se, portanto, dos itens “b” e “c” retro, que, apesar de referido parecer JT-02 ter tratado expressamente das datas a partir das quais deve ser contado o prazo de um ano para as sucessivas repactuações dos contratos de prestação de serviços continuados, o opinativo em questão não vedou a



possibilidade de “*fracionamento*” da repactuação, não havendo, portanto, que se cogitar da incidência do disposto no §1º, do art. 40, da LC 73/93¹, uma vez que a referida vedação só veio a ser imposta pelas referidas ON nº 24 e 26 da AGU, *verbis*:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 24. O EDITAL E O CONTRATO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DEVEM CONTER APENAS UM EVENTO COMO MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DO INTEREGNO DE UM ANO PARA O PRIMEIRO REAJUSTE OU REPACTUAÇÃO: OU A DATA DA PROPOSTA OU A DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 26. NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO EM QUE A MAIOR PARCELA DO CUSTO FOR DECORRENTE DE MÃO-DE-OBRA, O EDITAL E O CONTRATO DEVERÃO INDICAR EXPRESSAMENTE QUE O PRAZO DE UM ANO, PARA A PRIMEIRA REPACTUAÇÃO, CONTA-SE DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR.

16. Conforme se depreende, citada ON nº 24 determina que apenas um evento deve ser indicado como marco temporal para a realização do reajustamento dos contratos de prestação de serviço continuado, enquanto a ON nº 26 dispõe que, no que diz respeito aos contratos cuja maior parcela do custo for decorrente de mão-de-obra, o prazo para a primeira repactuação deverá ser contado da data do orçamento a que se referir a proposta. De se reconhecer, portanto, a divergência existente entre referidas orientações normativas e a nova redação dos arts. 37 e 38 das IN nº 02/08, determinada pela IN nº 03/09, que prevê o fracionamento da repactuação dos contratos em questão, permitindo que esta se realize em momentos distintos no que concerne à variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas.

17. Deste contexto, extrai-se a impossibilidade, no presente momento, de aplicação, pelos órgãos da Advocacia-Geral da União, a teor dos arts. 11, inciso III, e 28, inciso II, da Lei Complementar 73/93², do disposto na IN nº 03/09, naquilo em

¹ “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.”

² “Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União”

“Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

(...)

que contraria as ON nº 24 e 26 da AGU. De fato, a SLTI/MPOG, conforme bem salientado pela CONJUR/MPOG, nos termos dos arts. 28 e 29 do Decreto 7.063/10, possui competência apenas para expedir orientações regulamentares das normas pertinentes a sua área de atuação, orientações estas que, por óbvio, não tem o condão de modificar a interpretação da legislação de regência fixada no âmbito da AGU.

18. Assim sendo, e em razão da razoabilidade e inteligência da modificação da regulamentação legal trazida a lume pela IN nº 03/09, especificamente no que diz respeito ao fracionamento da repactuação dos contratos de prestação de serviços continuados, aliada ao fato de que a expedição das ON/AGU nº 24 e 26 levaram em consideração, inclusive, o quanto disposto na revogada redação da IN nº 02/08, entendo necessária a análise da possibilidade de modificação do entendimento firmado nas retro citadas orientações normativas.

19. Inicialmente, mister ressaltar que referidas ON/AGU nº 24 e 26, conforme consta do "*Relatório Final do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria nº 1.094/AGU/2008, com a finalidade de propor a uniformização de entendimento, no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, a respeito dos aspectos mais relevantes e controversos sobre licitações e contratos*" (NUP 00400.015975/2008-95) tem como supedâneo legal os arts. 28 da Lei 9.069/95, 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/00 e 5º do Decreto 2.271/97, *verbis*:

Art. 28 da Lei 9.069/95. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano."

Art. 1º da Lei 10.192/01. As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

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

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza;



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

Art. 2º da Lei 10.192/01. É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

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

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

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos contratos celebrados a partir de 28 de outubro de 1995 até 11 de outubro de 1997.

§ 6º O prazo a que alude o parágrafo anterior poderá ser prorrogado mediante ato do Poder Executivo.

Art. 3º da Lei 10.192/01. 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.

Art. 5º do Decreto 2.271/97. 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.

20. Fica claro, portanto, que o entendimento firmado em referidas ON/AGU nº 24 e 26, decorrem da regra da anualidade para os reajustes dos contratos de serviços continuados estabelecida nos citados dispositivos legais que, com a finalidade de frear o ímpeto inflacionário, proíbe o reajuste dos contratos da Administração Pública Federal em periodicidade inferior à anual.

21. A novel regulamentação da matéria dada pela IN nº 03/09, que prevê o fracionamento da repactuação nos contratos de serviços continuados, encampa, a meu ver, interpretação razoável do quanto disposto nos dispositivos legais em tratamento, visto que permanece respeitada a regra da anualidade. De fato, a IN nº 03/09 permite, apenas, que o reajuste de cada um dos componentes do custo contratual seja levado a efeito na data própria, não autorizando, em absoluto, possam referidos componentes, ou o contrato como um todo, sofrer reajustes em intervalos de tempo inferiores a um ano.

22. Insta asseverar, ademais, que, conforme bem anotado pela SLTI/MPOG nestes autos, a possibilidade de fracionamento da repactuação não é vedada pelas Leis 9.069/95 e 10.192/00 ou pelo Decreto 2.271/97, sendo, outrossim, consentânea com o princípio da anualidade naqueles preconizado, visto que evita o reajuste conjunto de todos os custos do contrato na data da primeira repactuação, o que, muitas vezes, resulta no reajuste de alguns dos itens do custo contratual antes de decorrido um ano do orçamento respectivo, *verbis*:

Com a distinção entre repactuação e prorrogação, que já era tratada pela Instrução Normativa nº 18, de 1997, a regra da anualidade para a repactuação, prevista no art. 5º do Decreto nº 2.297, de 1997, passou a estar vinculada à data do orçamento a que a proposta se refere. Entretanto, uma proposta pode conter mais de um orçamento de referência, já que podem existir mais de uma categoria profissional envolvida na contratação, com convenções coletivas distintas, não sendo admitido que o contratado tenha de suportar os aumentos dos seus custos em decorrência de uma nova convenção enquanto a outra não é firmada.

No mesmo sentido, ainda que exista apenas uma categoria profissional no contrato, verifica-se que uma parcela dos custos é relativa aos insumos e materiais utilizados na execução do serviço, cujos preços estão vinculados ao mercado e não ao acordo, convenção ou dissídio coletivo, de modo que não é admissível que a anualidade para a repactuação desses custos esteja vinculada à data da convenção. Constata-se, portanto, que o orçamento de referência para os custos dos insumos e materiais utilizados na execução do serviço é estabelecido no momento da apresentação da proposta, devendo contar a partir daí a anualidade para o reajuste desses itens.

Assim, exigir que a repactuação seja realizada integralmente em uma única data fere a regra da anualidade, já que alguns custos do contrato serão repactuados sem que tenha ocorrido um ano da data em que foram estabelecidos.

23. Com efeito, a prática anterior à edição da IN nº 03/09, sufragada pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão-Plenário 1563/2004)³, consolidou-se no

³ "33. Propõe o parecer da Conjur que seja esclarecido que, quando o prazo mínimo de um ano for contado a partir da data do orçamento da proposta, a repactuação deverá contemplar todos os itens de



sentido de que, quando da primeira repactuação, todos os itens do custo da contratação poderiam ser reajustados conjuntamente. Notadamente nos contratos que incluem mão-de-obra, uma vez que o interregno de um ano para a primeira repactuação deve ser contado "da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta", os demais itens do custo do contrato resultavam, muitas vezes, por ser reajustados antes do decurso de um ano contado a partir da apresentação do orçamento respectivo.

custo, desde que haja demonstração analítica da variação dos componentes devidamente justificada. Consoante explanado no item 40/42 do parecer da Unidade Consultiva, se a primeira repactuação incidir unicamente sobre os custos de mão-de-obra com valores reajustados a partir da data do acordo ou dissídio e se a repactuação seguinte, incluindo os demais custos, ocorrer somente um ano após a primeira, estes últimos custos ficariam defasados tendo em vista que seus valores referem-se à data da proposta. Assim, o objetivo da proposição da Conjur seria deixar claro que, já na primeira repactuação, seria possível fazer o alinhamento dos custos da mão-de-obra com os demais custos do contrato e, com isso, evitar que os licitantes inserissem em suas propostas custos mais elevados destinados a compensar o descompasso entre as datas de referência para reajuste dos dois grupos de custos citados, respectivamente, a data do acordo, convenção ou dissídio e a data da proposta.

34. Penso que esse entendimento encontra-se consentâneo com a legislação.

35. Como já se registrou neste Voto, o art. 28 da Lei 9.069/95, os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97 autorizam a repactuação do contrato, desde que observada a periodicidade mínima de um ano. O referido art. 5º do regulamento fixa como condição para a repactuação, afora o decurso do prazo anual, a demonstração da efetiva variação do preço do item de custo, sem estabelecer limitações quanto aos itens objeto de adequação de preços.

36. Da mesma forma, a IN/Mare 18/97 normatiza a contagem do prazo anual e estabelece, como única restrição, a vedação de incluir, na repactuação a ser implementada, antecipações e benefícios não previstos originalmente. Note-se que não consta da referida instrução normativa determinação no sentido de que a primeira repactuação, cujo prazo anual foi contado a partir da data-base da categoria, esteja vinculada exclusivamente à adequação do custo de mão-de-obra.

37. Entendo, pois, que não há restrições legais ou regulamentares a que se inclua, na primeira repactuação, a variação dos custos de outros itens do preço do contrato, além da mão-de-obra, desde que devidamente demonstrado e justificado."

O acórdão, de relatoria do Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, ficou assim ementado:

"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 de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a 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 2.271/97 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 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.2. arquivar este processo." (julgado em 06/10/2004)

24. Não devemos nos olvidar, ademais, que, ao permitir a repactuação do contrato nas datas em que houver a majoração de cada um dos itens do custo, a IN nº 03/09 garante ao licitante maior controle sobre os custos do contrato, do que resulta a formulação de propostas mais vantajosas para a administração pública, uma vez que se previne que os licitantes projetem para cima os valores da proposta a fim de se resguardarem de possíveis majorações dos custos. Em outras palavras, a nova regulamentação melhor garante a equação econômico-financeira do contrato, evitando que os licitantes sejam compelidos a utilizar de margem de segurança para se prevenirem de eventuais perdas inflacionárias. Sobre o tema, ilustrativa a seguinte passagem da obra de Marçal Justen Filho, extraída do PARECER Nº AGU/JTB 01/2008, cuja aprovação resultou no mencionado parecer JT-02:

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.

25. Importante atentar para o fato de que a Administração Pública tem interesse no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda, para que não haja descontinuidade da prestação de serviços pela empresa contratada, ruptura esta que pode prejudicar o bom desenvolvimento do serviço público respectivo.

26. Assim, uma vez que, como já dito, as normas inscritas na IN nº 03/09 da SLTI/MPOG amoldam-se razoavelmente à legislação de regência da matéria, entendo devem ser revistas as ON/AGU nº 24 e 26, de modo a adequar seus termos à legislação regulamentar da SLTI/MPOG acerca da repactuação referente aos contratos de prestação de serviços continuados, possibilitando-se, assim, a partir de então, a adoção da nova sistemática pelos órgãos da Advocacia-Geral da União.

27. Insta salientar, porém, que o Tribunal de Contas da União, conforme consignado no já citado Acórdão-Plenário 1563/2004, analisando expressamente e *in abstracto* a questão ora em apreço, concluiu que “os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e



o art. 5º do Decreto 2.271/97". Veja-se as palavras contidas no voto do Ministro Relator AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, *verbis*:

23. Outro ponto que deve ser analisado refere-se à hipótese de um mesmo contrato abrigar diversas categorias submetidas a acordos, convenções ou dissídios coletivos firmados ou instaurados em datas diferentes. Nesse caso, pergunta-se: é admissível a realização de várias repactuações do contrato dentro do prazo de um ano a fim de incorporar cada um dos reajustes salariais concedidos?

24. A meu ver, a resposta é negativa. Explico-me.

25. Como já demonstrado em itens precedentes, o incremento dos custos de mão-de-obra decorrente da data-base das categorias profissionais trata-se de mero reajuste provocado pela inflação. Em conseqüência, são aplicáveis a esse incremento de custos as regras atinentes ao reajuste dos contratos, que fixam o prazo anual para realização de cada novo reajustamento, *in verbis*:

- Lei 9.069/95:

"Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano."

- Lei 10.192/2000:

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

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

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

26. Lembre-se, mais uma vez, que as leis citadas, bem como o Decreto 2.271/97, foram editados com a finalidade de implementar medidas voltadas para estabilizar a moeda e, conseqüentemente, debelar a inflação. A fixação de prazo anual como disposto no art. 28 da Lei 9.069/95, no 2º da Lei 10.192/2000 e no art. 5º do mencionado decreto, tem o propósito claro de auxiliar na desindexação da economia e, com isso, frear o ímpeto inflacionário. Por conseguinte, essas normas contêm preceitos imperativos ou proibitivos de ordem pública, os quais não comportam interpretação ampla, como se deduz da lição de Carlos Maximiliano [in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 233]:

"As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. (...) Logo, é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia."

27. E, de fato, os dispositivos legais transcritos acima não comportam outra linha de interpretação. Note-se que o art. 2º, § 1º, da Lei 10.192/2000 encerra uma proibição, ou seja, proíbe a

realização de qualquer reajuste em prazo inferior a um ano. Se a disposição legal faz incidir explicitamente a vedação sobre qualquer reajuste, sem estabelecer exceção ou fazer distinção quanto ao fator que originou o reajustamento tomado para a contagem do prazo, então não há como ampliar o alcance da norma. Significa dizer que, realizado o primeiro reajuste do contrato referente a um determinado item de custo, o próximo reajustamento somente poderá se dar após decorrido um ano, independentemente do fato de ter-se verificado variação nos preços de outros itens antes de escoado esse prazo. Portanto, como não há fundamento para a realização de diversos reajustes dentro do interregno anual, não é possível submeter um mesmo contrato de prestação de serviços continuados a mais de uma repactuação durante esse intervalo de tempo.

28. Tendo em vista, portanto, apontar a jurisprudência do TCU no sentido da ilegalidade da regulamentação estabelecida pela IN nº 03/09, salvo melhor juízo, previamente à alteração das ON/AGU nº 24 e 26, deve ser, nos termos do art. 1º, inciso XVII e §2º, da Lei 8.443/92⁴, realizada consulta à Corte de Contas⁵, de modo a se obter seu pronunciamento acerca da validade ou invalidade da sistemática referente à repactuação dos contratos de serviços continuados que pretende a SLTI/MPOG implantar no âmbito da Administração Pública Federal, oportunidade na qual deverão ser defendidas as disposições constantes dos arts. 37 e 38 da IN/SLTI/MPOG nº 02/08, com redação determinada pela IN/SLTI/MPOG nº 03/09.

29. De todo o exposto, sugiro seja, nos termos do parágrafo precedente, formulada consulta pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União ao TCU acerca da

⁴ "Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...)

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...)

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto."

⁵ Encontra-se legitimado o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para a consulta em questão pelo art. 264 do Regimento Interno do TCU, *verbis*:

"Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal;

II - Procurador-Geral da República;

III - Advogado-Geral da União;

IV - presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;

V - presidentes de tribunais superiores;

VI - ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente;

VII - comandantes das Forças Armadas.

§ 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Cumulativamente com os requisitos do parágrafo anterior, as autoridades referidas nos incisos IV, V, VI e VII deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.


§ 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto."



legalidade da possibilidade de fracionamento da repactuação dos contratos de serviços continuados, conforme propugnam os arts. 37 e 38 da IN/SLTI/MPOG nº 02/08, com redação dada pela IN/SLTI/MPOG nº 03/09, viabilizando-se, assim, a modificação das ON/AGU nº 24 e 26. Sugiro, ainda, que, até eventual modificação posterior, seja determinada a observância, pelos órgãos da Advocacia-Geral da União, das ON/AGU nº 24 e 26 em detrimento da nova sistemática prevista na nova redação da IN/SLTI/MPOG nº 02/08 dada pela IN/SLTI/MPOG nº 03/09.

À consideração superior.

Brasília, 08 de junho de 2010.


Rafael Figueiredo Eulgêncio
Advogado da União