

A REACTUAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PRECLUSÃO-LÓGICA AO DIREITO DE REACTUAR

REPRECING IN THE NEW BIDDING LAW AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE APPLICATION OF THE LOGICAL PRECLUSION TO THE RIGHT TO REPRECING

Pedro Andrade Coelho¹

Paulo Henrique Tapioca Bastos²

Eike Chagas Menezes³

RESUMO

Este artigo trata do instituto da repactuação sob a luz da Lei de Licitações n. 14.133/2021, visando determinar a qual gênero de mecanismo de recomposição ela pertence. A metodologia utilizada foi a revisão de texto e hermenêutica. Igualmente, tece considerações acerca da sua natureza e especificidades trazidas pela lei e demais normas. Para tanto, faz-se uma abordagem histórica do instituto e de que maneira é interpretada a sua aplicação na jurisprudência, notadamente do Tribunal de Contas da União. Para finalmente realizar uma crítica acerca da utilização de um instituto processual da preclusão-lógica no âmbito das repactuações que aqui se entende como inconstitucional.

Palavras-chave: Repactuação. Preclusão. Lei n. 14.133/2021.

ABSTRACT

This article deals with the institute of repricing under the light of the New Bidding Law n. 14,133/2021, in order to determine which type of recomposition mechanism it belongs to. The methodology used was text review and hermeneutics. Likewise, it makes considerations about its nature and specificities brought by the new law and other norms. To do so, an approach is made to the history of the institute and how its application in jurisprudence is interpreted, notably by the Federal Court of Auditors. To finally carry out a critique about the use of a procedural institute of estoppel-logic in the context of renegotiations that are understood here as unconstitutional.

Keywords: Repricing. Estoppel-logic. Law n. 14.133/2021.

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela UNIFACS - Universidade Salvador. Pós-Graduado em Licitações e Contratações Públicas pelo CERS - Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela UNIFACS - Universidade Salvador. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Autor do Livro o Direito Humano à Paisagem e a Maximização do Bem-estar Socioeconômico.

2 Pós-Graduado em Compliance e Direito do Trabalho pela UniArnaldo – Centro Universitário (IEPREV). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa Wyden.

3 Pós-Graduado em Direito Empresarial pela faculdade Legale; Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela faculdade Legale. Bacharel em direito pelo Universidade Ruy Barbosa.

INTRODUÇÃO

É notório que o tema da repactuação ainda gera muita dúvida e confusão na doutrina, na prática jurídica e na própria Administração, já que os termos reequilíbrio, reajuste e repactuação são comumente confundidos. Neste trabalho, uma das questões primordiais é exatamente definir em que lugar se encontra a repactuação no plano jurídico-administrativo com o advento da Lei 14.133/2021, qual a sua finalidade e como ela se aplica aos contratos de dedicação exclusiva ou predominantemente de mão-de-obra. Desta maneira, busca-se elucidar seu conceito, contexto histórico, precedentes e consolidação com a Lei 14.133/2021 e outros dispositivos legais correlacionados.

No que pese a existência de diversas interpretações, conforme se verificará neste trabalho, estabeleceremos uma regra com base na doutrina e jurisprudência dominante acerca do tema, bem como do conceito trazido na Lei de Licitações n. 14.133/2021 que finalmente trouxe melhores bases para a compreensão da repactuação. Com efeito, há diversas leituras equivocadas deste fenômeno extremamente relevante para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato. A confusão se inicia desde qual gênero e espécie de recomposição contratual ele pertence, até qual marco temporal deverá ser utilizado para que se permita realizar esta espécie de recomposição, bem como às questões de preclusão lógica aplicadas ao instituto pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União e legislação.

A repactuação é um instrumento que existe para garantir a efetividade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com a administração pública de forma que não prejudique nenhuma das partes, sendo considerada aqui uma álea ordinária no âmbito das contratações com a administração pública. Mas a mesma administração sempre foi resistente criando embaraços para dificultar a aplicação do instituto desde o seu nascimento no plano fático quando se iniciou a terceirização de mão de obra pela administração pública brasileira na década de noventa. Deveras, o instituto não foi inicialmente legalmente previsto, aparecendo apenas tardiamente após muitos debates e discussões que levavam a intensas judicializações.

Conforme se delineará, na repactuação não se aplica a teoria da imprevisão, já que advém de circunstâncias previsíveis, e por isso, dentre os mecanismos de recomposição, se enquadra enquanto espécie de álea ordinária. Assim, a repactuação, embora se assemelhe ao reajuste, no que toca ao interregno temporal, aproxima-se da revisão de preços quanto ao seu conteúdo: trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custo efetivamente ocorridas; ela teria então aspectos do reajuste e da revisão de preços sendo, portanto, uma figura independente de ambas. Não se promove a mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução de custos do particular já que na repactuação se analisa a mudança dos custos da mão-de-obra, por força de acordo ou convenção coletiva da categoria dos trabalhadores.

Este artigo é composto por esta introdução, sendo que no capítulo segundo propõe-se a trazer os pressupostos históricos que deram origem ao instituto da repactuação. No capítulo terceiro, elucida que a repactuação é parte de um sistema de recomposição de preços que visa manter o equilíbrio do contrato, como álea ordinária nos contratos de dedicação exclusiva de mão-de-obra. No capítulo quarto, traz a lume aspectos específicos da repactuação, tecidos pela Lei de Licitações n. 14.133/2021, bem como pela Instrução Normativa n. 05 de 2017. No quinto capítulo aborda-se a questão do marco temporal da repactuação, bem como o seu período de resposta pela Administração, além de outras questões específicas, como a possibilidade de ser realizada por aditamento ou simples apostila, bem como a necessidade de demonstração analítica da variação dos custos de mão-de-obra pela alteração do piso salarial da categoria, dentre outros. Já o capítulo sexto dedica-se à problemática da preclusão temporal aplicada ao instituto da repactuação, que aqui entende-se como inconstitucional e no último capítulo são tecidas as conclusões.

1. ORIGENS DA REPACTUAÇÃO NO ÂMBITO DO RECOMPOSIÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA DO CONTRATO

Foi na iniciativa privada que surgiu a terceirização de mão-de-obra, nas empresas particulares, para reduzir custos com pessoal. A priori essa também foi a intenção da Administração Pública, tentando reduzir os custos dos cofres públicos e gerar maior eficiência ao ponto de tornar-se uma ferramenta muito presente na Administração Pública, evoluindo também na legislação pátria.

José dos Santos Carvalho Filho defendeu que a terceirização seria benéfica para o Estado:

[...] é inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas atividades-meio, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de terceirização lícita. Vedado se afigura, entretanto, que delegue atividades-fim, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos.⁴

Ou seja, o Estado tem como um de seus objetivos a prestação de serviços à coletividade, buscando promover o bem-estar geral. Mas, para alcançar este desiderato, necessita de meios adequados, materiais e humanos, que, em seu conjunto, constituem a máquina administrativa. No âmbito estatal, entretanto, somente se poderá realizar a terceirização de atividades meio (manutenção da infraestrutura administrativa, sem a qual as primeiras não podem ser realizadas), jamais de atividade fim (empregadas na consecução de seu objetivo específico), sob pena de ilicitude.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Diante da terceirização, surgiu então, como fenômeno, no âmbito dos contratos de dedicação exclusiva de mão-de-obra, a repactuação, que decorre do tema da manutenção do equilíbrio econômico que está ligado ao artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988:

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.⁵

Ou seja, como corolário da repactuação, a oração 'que assegure igualdade de condições', consagra a isonomia entre os licitantes, mas a repactuação não existia ainda no plano legal, somente no plano fático, o que gerava intensos debates e judicializações conforme já salientado. Então, somente com o a Resolução n 10, de 8 de outubro de 1996, do antigo Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE⁶ que aparece o termo e ali determinou-se que, nas contratações com prazo superior a um ano ou quando houvesse cláusula de prorrogação ocorreria uma 'repactuação de preços' conforme seu art. 3º. Mas foi no Decreto nº 2.271 , de 7 de julho de 1997, que se normatizou e instituiu a repactuação no âmbito da Administração Pública Federal que apresentou o seguinte dispositivo:

Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.⁷

O mencionado decreto foi revogado pelo Decreto n 9.507, de 21 de setembro de 2018 que previu, no seu título 'DA REPACTUAÇÃO E REAJUSTE' a repactuação da seguinte forma:

Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que: I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e II - seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.⁸

Com efeito, no mundo jurídico, é consideravelmente um instituto novo, e ainda se encontra em evolução. Continuando esta digressão histórica, voltamos, no âmbito

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

6 BRASIL. Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE. Resolução n 10, de 8 de outubro de 1996. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/arquivos/planejamento/arquivos-e-imagens/secretarias/arquivo/dest-1/legislacao-1/resolucoes-1/961008_resol_10.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.

7 BRASIL. Ministério Da Fazenda - MF; Ministério Do Planejamento E Orçamento - MPO; Ministério Da Administração Federal E Reforma Do Estado – MARE. Decreto Nº 2.271 de 07 de julho de 1997. D.O. de 08/07/1997, P. 14293. 1997.

8 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Decreto n 9.507, de 21 de setembro de 2018. D.O.U. de 24/09/2018, p. 3, 2018.

da regulamentação administrativa, à criação da Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997, revogada e substituída pela Instrução Normativa nº 02/SLTI-MP/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de 30 de abril de 2008, alterada pela instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, que prevê no título 'DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS DOS CONTRATOS', no art. 37 que estabelece:

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. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009).⁹

Ocorre que a mencionada Instrução Normativa nº 02/SLTI-MP/2008, foi revogada pela Instrução Normativa n. 5 de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, dispondo sobre a repactuação, em seu art. 54 o seguinte:

A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de 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 referir¹⁰.

Algumas questões chamam atenção neste dispositivo, com destaque para a afirmação de que a repactuação seria uma 'espécie de reajuste contratual', aplicada para as 'contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra', e a observação do 'interregno mínimo de um ano para que a repactuação ocorra' trazendo neste último trecho a questão do marco temporal.

Ocorre que, enquanto fenômeno, quando a repactuação surgiu, somente poderia se enquadrar em reequilíbrio ou reajuste, não havendo uma definição legal ou independência do instituto, tendo-se que se fazer, através da doutrina, uma manobra para enquadrá-la em uma dessas duas opções. E quando foi editada a mencionada Instrução Normativa, a repactuação ficou como uma espécie de reajuste, o que passou a gerar inúmeras confusões e interpretações errôneas do instituto.

Importante destacar definição doutrinária extraída das lições de Marçal Justen Filho:

A repactuação nada mais é do que uma revisão de preços que consiste numa avaliação dos custos necessários à execução do contrato, fazendo-

9 BRASIL. Secretária De Logística E Tecnologia Da Informação Do Ministério Do Planejamento, Orçamento E Gestão. Instrução Normativa n. 3, de 16 de outubro de 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-03-de-15-outubro-de-2009-revogada-pela-in-no-12-de-2020>. Acesso em: 4 mar. 2023.

10 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

se uma comparação entre dois momentos históricos. (...) A repactuação é um instrumento apto a garantir a manutenção da relação originalmente avençada entre as partes relativamente aos encargos e vantagens assumidos.¹¹

Finalmente a Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021, trouxe definições e parâmetros que trazem maior segurança jurídica sobre o instituto conforme se verificará em capítulo específico. Notadamente sobre o marco temporal e finalmente trazendo à repactuação um lugar no mundo, consolidando-a como espécie de reajustamento, como álea ordinária do contrato conforme passa a detalhar no capítulo que segue.

2. A REPACTUAÇÃO ENQUANTO ESPÉCIE DO GÊNERO REAJUSTAMENTO QUE COMPÕE ÁLEA ORDINÁRIA DOS MECANISMOS DE RECOMPOSIÇÃO DOS CONTRATOS

Existem nos contratos realizados com a administração pública as áleas ordinárias e extraordinárias. Nestas, integra-se a revisão ou reequilíbrio do contrato, que trata de qualquer situação extraordinária que venha modificar sua composição original gerando prejuízo para uma das partes. Como exemplo, os efeitos da pandemia nos contratos geraram diversas situações inusitadas que merecem a guarida do instituto da revisão ou reequilíbrio, enquadrando-se aí as áleas extraordinárias decorrentes de fato do príncipe, caso fortuito e força maior.

Lado outro, temos nas áleas ordinárias, o reajustamento em sentido *strictu* (ou simplesmente reajuste), definido pela Lei 14.133/2021, art. 6º, LVIII, como:

[...] forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.¹²

E a repactuação, que é o cerne deste trabalho, que a Lei 14.133/2021, no seu art. 6º, LIX, define como sendo a:

[...] forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.¹³

Ou seja, pode-se facilmente perceber o lugar da repactuação no plano das contratações com a administração pública. Mas, se dantes não havia previsão na tão famosa antiga Lei de Licitações 8.666/93, ou definição do instituto da repactuação

11 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

12 BRASIL. Lei Federal n. 14.133/2021. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.

13 BRASIL. Lei Federal n. 14.133/2021. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.

(senão em normas infralegais), finalmente, no ano de 2021, com a Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021, o instituto ganhou definição legal, já que antes só se encontrava em decreto e instruções normativas, o que gerava confusão e insegurança acerca de sua aplicação em situações peculiares.

Faz-se aqui uma pausa para lembrar que a Instrução Normativa n. 05 de 2017, especificava a repactuação da seguinte forma:

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de 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.¹⁴

Interessante notar que esta norma ainda previa que a repactuação se tratava de espécie de reajuste contratual, conforme anteriormente explicado, o que foi modificado com a Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021. Com efeito, esta lei estabelece, em seu art. 25, § 8º, incisos I e II:

Art. 25. § 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por: I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.¹⁵

Finalmente, resta claro o poder que as palavras têm no mundo jurídico, vez que uma pequena modificação, que aparentemente pode ser irrelevante, pode modificar todo o entendimento sobre o tema. Certamente o legislador, munido desta informação, resolveu, de uma vez por todas, diferenciar os termos utilizados com vistas a ampliar um melhor entendimento sobre o tema evitando judicializações desnecessárias, melhorando, por ricochete, a sua compreensão para o gestor público que muitas vezes não é especializado no mundo do direito.¹⁶

Com efeito, agora a nomenclatura utilizada é 'reajustamento'. Embora pareça trivial, a repactuação enquanto gênero de reajustamento é fundamental para encerrar de vez com a confusão que era realizada do instituto, quando espécie do gênero 'reajuste'. Deveras, no mundo jurídico é preciso ser preciso e, por mais insignificante que esta mudança pareça, certamente servirá para evitar as imensas confusões que eram realizadas entre repactuação, reajuste e reajuste em sentido estrito (ou *strictu* sensu). Antes o reajuste era gênero do qual reajuste em sentido estrito e repactuação eram espécies; agora estes últimos são espécies do gênero reajustamento. Este pequeno, porém, simbólico 'ajuste' (destaquei devido à semelhança entre os termos) tem um propósito muito claro, de evitar possíveis confusões entre os termos.

14 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

15 BRASIL. Lei Federal n. 14.133/2021. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.

16 BRASIL. Lei Federal n. 14.133/2021. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.

3. ASPECTOS ESPECÍFICOS DA REPACTUAÇÃO PREVISTOS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05 DE 26 DE MAIO DE 2017

Inicialmente é imperioso destacar que a Instrução Normativa n. 05 de 2017, tem capítulo próprio denominado 'Da Repactuação e do Reajuste de Preços dos Contratos' e elucida em seu art. 53 e 54 que:

Art. 53. O ato convocatório e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com a previsão de índices específicos ou setoriais, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.¹⁷

Mas ainda vigem dispositivos que são comumente utilizados como base nos contratos com a administração pública, já que não foi revogada. E ainda especifica diversas questões relacionadas à repactuação.

Por exemplo, no § 1º do art. 54, estabelece que a 'repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no caput, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico'¹⁸, já que não poderá ferir o dispositivo constitucional previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, 'sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta'.¹⁹

Delineando, outrossim, no § 2º do mesmo artigo que 'a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias, em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação' afirmando ainda que poderá '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', sendo este último trecho um ponto importante que antes gerava dúvidas se poderia realizar ambos os reajustes em datas diferentes, já que detinham marcos temporais diferentes (já que à época a repactuação não deixava de ser uma espécie do gênero reajuste)²⁰.

Por exemplo, o contrato de dedicação exclusiva de mão-de-obra relacionado ao fornecimento de pessoal para *call center*, exige a compra de diversos insumos não relacionados a mão-de-obra em si, como data center, computadores, cadeiras, mesas, fones, webcams, etc., que numa eventual necessidade precisarão ser repostos e adquiridos, no curso do contrato, em aditivo que aumenta o quantitativo de mão-de-obra, com preços diversos do momento da proposta inicial, seja por conta

17 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

18 Idem, ibidem.

19 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

20 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

de inflação ou aumento do dólar, sendo plenamente possível reajustar os insumos através de um índice, já estabelecido no edital, bem como pode haver superveniência de acordo ou convenção coletiva que altere o piso salarial da categoria, bem como do vale transporte e *ticket* refeição, sendo plenamente possível e necessário para a manutenção do equilíbrio contratual ter que se realizar os dois tipos de reajustes (frise-se que para esta instrução normativa a repactuação era considerada espécie de reajuste de preço).

Outra questão relevante suscitada pela norma é a possibilidade de a contratação envolver mais de uma categoria de profissionais podendo ocorrer acordos e convenções diversas em datas diferentes para cada categoria. Por isso em seu § 3º do art. 54 estabelece que 'quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantos quanto forem os Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação'²¹.

E, finalmente, complementa com o seu § 4º do mesmo artigo que 'a repactuação para reajuste do contrato em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos', ponto fundamental para o contratado e que nada mais é que a afirmação dos preceitos do art. 37, XXI, da Carta Magna.

Por sua vez a Nova Lei De Licitações 14.133/2021 em seu art. 6º, já diferencia o instituto do reajuste da repactuação de forma que se trata de diferentes espécies do gênero reajustamento, já que claramente vem para sanar qualquer dúvida com relação a peculiaridade da repactuação. Vale lembrar o inciso LIX:

Repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

Outra importante observação é que o mencionado inciso exige que a repactuação esteja prevista no edital (daí extrai-se que não constando, o mesmo deverá ser impugnado). E veja que em nenhum momento o legislador traz que a repactuação se trata de espécie do gênero reajuste. Numa interpretação histórico-teleológica da norma, por tudo que foi demonstrado, conclui-se que o propósito é justamente trazer uma independência ao instituto visando impedir interpretações errôneas, trazendo, assim, uma maior segurança jurídica.

21 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

Finalmente a Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021 reafirma dispositivos da Instrução Normativa n. 05 de 2017, já amplamente utilizados, no que se refere à repactuação, quando, em seu art. 92, § 4º, estabelece:

Art. 92, § 4º: a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o 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, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços²².

Sobre o dispositivo acima foi citado, inclusive, exemplo que dispensa repetição, tendo em vista que é praticamente idêntico ao constante na Instrução Normativa n. 5 de 2017. Da mesma forma dispõe o § 5º que 'quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do caput deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação'.

4. O MARCO TEMPORAL, PERÍODO DE RESPOSTA, APOSTILAMENTO E A DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA NA REPACTUAÇÃO SOB A LUZ DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5 DE 2017 E DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES N. 14.133/2021 E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Segundo consta na Instrução Normativa 05 de 26 de maio de 2017:

Art. 55. O interregno mínimo de um ano para a primeira repactuação será contado a partir: I - da data limite para apresentação das propostas constante do ato 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, 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-bases destes instrumentos.

[...]

Art. 57. 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 de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

§ 1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, observado o disposto no art. 6º desta Instrução Normativa.

§ 2º A variação de custos decorrente do mercado somente será concedida mediante a comprovação pelo contratado do aumento dos custos, considerando-se: I - os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração; II - as particularidades do contrato em vigência; III - a nova planilha com variação dos custos apresentada; IV - indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes; e V - a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.²³

Ou seja, estabelece-se um tempo mínimo de um ano para o primeiro reajuste considerando como marco temporal a data da apresentação da proposta (para custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, a exemplo de fardamento, equipamentos e ferramentas etc.) ou a data do Acordo, Dissídio ou Convenção, equivalente à data da apresentação da proposta vinculadas à data-base destes instrumentos (mudança do piso salarial).

Da mesma forma o dispositivo é delineado na Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021:

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

§ 3º A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação.

§ 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o 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, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

§ 5º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do caput deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.

§ 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação.²⁴

Resta claro que existem dois marcos temporais para se requerer a repactuação, sendo que o fato gerador é a data-base do piso salarial da categoria dos empregados terceirizados para a parte da mão de obra e a data da apresentação da proposta para a parte dos insumos diversos relacionados com os custos dos insumos para a manutenção dos serviços, a exemplo dos uniformes. Nesse ponto a Instrução

23 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

24 BRASIL. Lei Federal n. 14.133/2021. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.

Normativa n. 5 de 2017 e a Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021 não destoam. Igualmente, ambas exigem que essa demonstração se dê de forma analítica, devendo o contratado comprovar a efetiva variação de preços que gerou o desequilíbrio contratual que enseja a recomposição do contrato.

No que tange às repactuações subsequentes à primeira, a Instrução Normativa n. 5 de 2017 estabelece que:

Art. 56. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

Art. 58. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas da seguinte forma: I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação, como regra geral; II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade e 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 Dissídio Coletivo de Trabalho, 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.²⁵

Nesse ponto, muito relevante a determinação que esta data retroativa serve para a contagem da anualidade em repactuações futuras. Este trecho legal é de suma importância para as empresas que muitas vezes se viam prejudicadas com a ausência do repasse dos valores desses gastos, prejudicando seu bom funcionamento e, por ricochete, prejudicando a eficiência da Administração. Em verdade o marco temporal deve ser considerado a mudança do piso da categoria, e não a data da convenção. Ou seja, a Nova Lei de Licitações perdeu a oportunidade de aclarar melhor essa situação ao definir que o fato gerador seria o acordo ou convenção, mas restou silente. Seria muito simples se a lei indicasse que o fato gerador é a mudança do piso salarial, o que faz muito mais sentido. Por isso o inciso III do art. 58 da Instrução Normativa n. 05/2017 determina que se pode contemplar data de vigência retroativa para contagem da anualidade em repactuações futuras.²⁶

Na leitura desta norma, observa-se uma verdadeira contradição, já que o fato gerador deveria ser a mudança do piso da categoria e não a data do acordo, justamente porque pode retroagir. Nesse sentido, somente coincidiria com a data da convenção quando a mudança do piso se desse nesta mesma data, sendo sempre o fato gerador a mudança do piso. Tal observação deixaria muito mais fácil a interpretação da norma, inclusive porque a mudança do piso pode também ocorrer em momento posterior ao acordo, convenção ou dissídio. Por exemplo, imagine que ocorreu um acordo coletivo em abril de determinado ano, mas ficou acordado que o aumento salarial ocorreria apenas em agosto. Nestes termos, qual marco temporal utilizar

25 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

26 Idem, ibidem.

como fato gerador da repactuação? Em abril, quando aconteceu o acordo, ou em agosto? Logicamente que deverá ser considerado marco temporal o fato gerador do mês que a empresa precisou desembolsar os valores, quando o piso foi aumentado, empresa contratada terá que pagar mais ao trabalhador. O fato gerador, então, somente ocorre quando se altera a equação Econômica do contrato.

Agora imagine que houve uma convenção coletiva em outubro, onde se estipulou que o pagamento do aumento de salário seria retroativo a abril. O fato gerador então seria em data com vigência retroativa. Agora, complicando ainda mais, imagine que a primeira repactuação tenha ocorrido em julho, mas sobreveio esse acordo com vigência retroativa, como fica a contagem do interregno mínimo de um ano? A lei afirma:

Art. 58. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas da seguinte forma: [...] 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 Dissídio Coletivo de Trabalho, 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.²⁷

Perceba que essa lacuna manteve essas questões complexas ainda muito confusas para as empresas e para os gestores dos contratos, gerando muitas vezes prejuízos para uma das partes, além de inúmeras judicializações que continuarão a acontecer. Já que num caso como esse a empresa tem que desembolsar os valores e muitas vezes tem que esperar um interstício temporal muito grande para repactuar novamente, sendo que muitas vezes os valores que passa a desembolsar a maior, acabam por prejudicar o bom funcionamento da empresa.

Ademais, se de um lado a Instrução Normativa n. 5/2017 estabelecia em seu art. 57 que 'a decisão sobre o pedido de repactuação deve ser feita no prazo máximo de sessenta dias, contados a partir da solicitação e da entrega dos comprovantes de variação dos custos'²⁸. A Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021, estabelece em seu art. 92, X, que 'são necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso'²⁹ ou seja, deve haver previsão no contrato, mas não há obrigatoriedade de ser respondida em sessenta dias, em verdade, a lei indica um prazo preferencial de um mês (§ 6º do art. 92 - contados da apresentação da documentação exigida - logicamente se a Administração entender que a documentação está incompleta esse prazo será devolvido no até o momento que a documentação reste suficiente), que deverá ser aplicado caso não haja previsão no contrato. Ademais, a repactuação pode ser feita por simples apostilamento, não precisando constar em aditivo, salvo quando coincidirem com a prorrogação contratual.

27 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

28 Idem, ibidem.

29 BRASIL. Lei Federal n. 14.133/2021. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.

Finalmente, exposta a letra da lei, é importante destacar que historicamente, a nossa normatização tratou a repactuação como uma espécie de reajuste, exigindo assim a previsão contratual, sendo que esta exigência, infelizmente, ainda ocorre em diversos editais. E parte da doutrina, ainda defende a possibilidade uma aceitação tácita³⁰ (caso não haja impugnação do edital), um acatamento do direito à abdicação (que entendemos como inconstitucional), quando não houver previsão de instrumento para o reajuste sentido estrito mediante apostila de equilíbrio econômico ou aditivo de repactuação quando este em verdade pode-se dar mediante simples apostila.

Ademais exige-se uma ação bilateral, já que tem que ser solicitada e a Administração pode ou não acatar mediante justificativa de que falta documentação, já que não há um rol específico. A suposta demonstração analítica pode ser interpretada de diversas formas, não existe uma 'receita de bolo' de como tem que ser solicitada, logo não é automática. A Administração pode não aceitar totalmente, pode rejeitar integralmente, pode aceitar parcialmente ou totalmente. A repactuação, então, é um ato que exige uma ação também da parte contratante.

Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União, nos termos do Acórdão 1376/2011-TCU-Segunda Câmara:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, inciso V, alínea "a", e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, aprovado pela Resolução n. 155/2002, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente, e encaminhar cópia da instrução de fls. 207/219 e desta deliberação à representante, sem prejuízo das determinações abaixo. [...] 1.6.1. Determinar à Universidade Federal de Santa Catarina que, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443/1992, c/c com o art. 251 do Regimento Interno deste Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, adote as medidas necessárias com vistas à repactuação do Contrato 477/2009 (Pregão nº 258/2009) firmado junto à empresa Liderança Limpeza e Conservação Ltda., no que concerne às parcelas pagas e a pagar, adotando a data do acordo coletivo de trabalho como termo inicial do interregno do prazo para repactuação do contrato, em cumprimento ao art. 38, inciso II da Instrução Normativa MPOG nº 03/2009, dando ciência a este Tribunal, ao final do referido prazo, a respeito das providências implementadas.³¹

Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.827/2008, Plenário:

[...] a repactuação de preços poderia dar-se mediante apostilamento, no limite jurídico, já que o art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, faz essa alusão quanto ao reajuste. Contudo, não seria antijurídico e seria, inclusive, mais conveniente que fosse aperfeiçoada por meio de termo aditivo, uma vez que a repactuação tem como requisitos a necessidade

30 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REGIME JURÍDICO ATUAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 33-55, abr./jun. 2020.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União (2011). 2ª Câmara. Acórdão TCU n. 1376/2011. Processo 016.964/2010-1. Relator: José Jorge, 2011.

de prévia demonstração analítica quanto ao aumento dos custos do contrato, a demonstração de efetiva repercussão dos fatos alegados pelo contratado nos custos dos preços inicialmente pactuados e, ainda, a negociação bilateral entre as partes. E, para reforçar o entendimento ora exposto, vale mencionar que o referido termo aditivo teria natureza declaratória, e não constitutiva de direitos, pois apenas reconheceria o direito à repactuação preexistente.³²

E o Acórdão n. 7184/2018 do Tribunal de Contas da União complementa:

O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva.³³

Isto posto, realizadas as considerações acerca dos principais elementos que compõem o instituto jurídico da repactuação, agora este artigo passa a adentrar no seu principal tema, insculpido no capítulo a seguir.

5. A PRECLUSÃO-LÓGICA NO INSTITUTO DA REPACTUAÇÃO E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A nova lei de licitações quedou-se inerte quanto ao assunto da preclusão-lógica no âmbito dos pedidos de repactuações. De outro lado o instituto é previsto, de forma inconstitucional, porém consolidada pelos precedentes do TCU, bem como pelo judiciário em diversas instâncias, ditados pela Instrução Normativa n. 05 de 2017, que determina no seu art. 57, §7º o que segue:

Art. 57. [...] § 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.³⁴

Ocorre que tal previsão é inconstitucional, já que se presta unicamente a favorecer a administração em detrimento do contratado a quem é imposto um ônus totalmente descabido. Ora, o instituto da preclusão lógica é um instituto de direito processual civil, e não de direito material. Refere-se à perda do direito de pedir algo, de pleitear. Não se refere diretamente à perda do próprio direito em si, em sua dimensão material. Sendo, portanto, instituto processual, a preclusão lógica acarreta a perda

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União (2018). Plenário. Acórdão TCU n. 1827/2018. Processo n. 015.459/2013-6. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 2018.

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União (2018). 2ª Câmara. Acórdão TCU n. 7184/2018. Processo n. 003.928/2013-6. Relator: Augusto Nardes, 2018.

34 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.

do direito de pedir, de pleitear, de requerer algo - caso este algo não tenha sido pleiteado anteriormente.

A fim de elucidar este ponto, trazemos a lição de Freddie Didier³⁵, sobre a preclusão lógica que busca preservar a boa-fé e a lealdade. A sua ocorrência resulta na perda do poder de praticar um ato, seja porque já o fez, seja porque teve desinteresse em fazê-lo. A perda do poder de praticar um ato. Ou seja, não se perde um direito material em si, mas o poder de praticar o ato de pleitear tal direito. Sendo assim, se o ato de pleitear o direito já tiver ocorrido, o direito se mantém. É um instituto que tem como pressuposto uma omissão do agente: não pediu até então, não poderá pedir mais.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

[...] a preclusão consiste na perda de 'direitos processuais', que pode decorrer de várias causas. Assim como acontece com o direito material, também no processo a relação jurídica estabelecida entre os sujeitos processuais pode levar à extinção de direitos processuais, o que acontece, diga-se, tão frequentemente quanto em relações jurídicas de direito material. A preclusão é o resultado dessa extinção, e é precisamente o elemento (aliado à ordem legal dos atos, estabelecida na lei) responsável pelo avanço da tramitação processual.³⁶

Desta maneira, a preclusão lógica não permite que os contratantes pratiquem, na relação jurídica, ato posterior incompatível com outro praticado anteriormente. Ocorreria então a preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados.

Já o Acórdão TCU n. 8237/2011 da Segunda Câmara, Relator Augusto Nardes, diz que: "se após a data do acordo coletivo que majorou os salários a contratada concorda em prorrogar o contrato sem ter solicitado o aumento dos preços contratuais, considera-se logicamente precluso seu direito à repactuação/revisão dos preços (grifei) desde a data inicial do aumento salarial"³⁷. Igualmente, segundo o Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU, da Advocacia Geral da União e Controladoria Geral da União, entende que: "Em regra, não há preclusão lógica do direito ao reajuste, pois, não há a possibilidade da prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado, já que para a sua concessão exige-se apenas a mera aplicação de ofício pela administração pública de índice previsto contratualmente"³⁸.

35 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2015, p. 422.

36 MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

37 BRASIL. Tribunal de Contas da União (2011). 2ª Câmara. Acórdão TCU n. 8237/2011. Processo n. 030.046/2008-6. Relator: Augusto Nardes, 2011.

38 BRASIL. Distrito Federal. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR). Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45674/5/Parecer_001_2019.pdf. Acesso em 04 mar. 2024.

Este mesmo parecer refere-se ao Instituto do Reajuste, nas também é válido para a Repactuação.

Princípio da Boa Fé Objetiva: nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva cria deveres anexos à obrigação principal, os quais devem ser também respeitados por ambas as partes contratantes. Dentre tais deveres, há o dever de cooperação, que pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual, que, uma vez descumprido, implicará inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa (violação positiva do contrato).³⁹

Enfatizamos aqui, que a manutenção da Cláusula Econômico-Financeiro inicialmente estabelecida, é direito básico do contratado sendo garantido pela Constituição Federal de 1988 (Inciso XXI, Art. 37).

Segundo Gabriela Verona Pércio:

A solicitação da repactuação não guarda qualquer semelhança com tais atos. Não é um ato processual e, portanto, não se sujeita à preclusão. A manifestação do contratado confunde-se com o próprio exercício do direito material, qual seja, a manutenção das condições efetivas da proposta, que integra o cerne das contratações públicas brasileiras e, de acordo com a Constituição da República, deve ser assegurado, em qualquer caso, pela lei que regula a matéria (art. 37, XXI da CF/88). Assim, é equivocado suscitar um instituto processual para extinguir direito material, o que se agrava, no caso da repactuação, por gozar, aludido direito, de proteção constitucional inquestionável.⁴⁰

Infelizmente, o Parecer Vinculante da AGU/JTB n° 01/2008 segundo o qual, se a repactuação for pleiteada antes da prorrogação (em outras palavras, antes da assinatura do Termo Aditivo), o direito deve ser garantido:

VIII) a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de ocorrer preclusão lógica de exercer o seu direito.

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

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

39 BRASIL. Distrito Federal. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR). Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45674/5/Parecer_001_2019.pdf. Acesso em 04 mar. 2024.

40 PÉRCIO, Gabriela Verona. Da Impossibilidade Jurídica Da Preclusão Ao Direito De Repactuar O Contrato Administrativo. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_10.pdf#:~:text=H%C3%A1%20quase%2010%20anos%2C%20o%20instituto%20da%20preclus%C3%A3o,ocorrido%2C%20oferecendo%20os%20necess%C3%A1rios%20fundamentos%20jur%C3%ADdicos%20para%20tanto.>. Acesso em: 4 mar. 2024.

Entendimento este que se coaduna com o posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas da União.⁴¹

Ou seja, segundo o Parecer Vinculante, repactuação pleiteada antes da prorrogação contratual deve ser concedida ao postulante.

Este é também o entendimento do TCU. Fazendo uma interpretação mais acurada da jurisprudência deste órgão, constata-se que, somente quando a contratada concorda com a prorrogação do contrato, sem ter antes sinalizado/formalizado pedido de repactuação, é que ocorre a preclusão lógica do direito que não foi exercido, que não foi pleiteado. Contudo, quando há solicitação de repactuação pretérita à assinatura de Termo Aditivo, o direito à repactuação, já requerido anteriormente, se mantém. Vejamos recorte do acórdão 8237/2011 do Tribunal de Contas da União:

Se após a data do acordo coletivo que majorou os salários a contratada concorda em prorrogar o contrato sem ter solicitado o aumento dos preços contratuais, considera-se logicamente precluso seu direito à repactuação/revisão dos preços desde a data inicial do aumento salarial.⁴²

A assinatura do Termo Aditivo é, portanto, Marco Temporal em relação ao direito de pedir repactuação. Aquilo que foi pleiteado antes de seu advento, resta assegurado. Aquilo que não foi pleiteado até sua assinatura não poderá mais ser requerido, por preclusão lógica.

O que não tem a menor lógica já que o próprio Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU estabelece que não se opera a preclusão lógica sob o direito de reajuste *strictu sensu*:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DIREITO AO REAJUSTE CONTRATUAL. CONCESSÃO DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRECLUSÃO. (...) III. Assim, após certo período de execução contratual, a Administração Pública, de ofício, deve aplicar o índice financeiro estabelecido contratualmente para reajustar o seu preço e reequilibrar sua equação econômico-financeira. (...) V. Em regra, não há preclusão lógica do direito ao reajuste, pois, não há a possibilidade da prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado, já que para a sua concessão exige-se apenas a mera aplicação de ofício pela Administração Pública de índice previsto contratualmente. VI. Exceção existe na hipótese em que as partes, com previsão expressa no edital e no contrato, acordem a obrigação de prévio requerimento do contratado para a concessão do reajuste. E neste caso específico seria possível entendermos pela preclusão lógica, se transcorrido o período para o reajuste, o contratado não requerer a sua concessão e concordar em prorrogar a vigência contratual por mais um período, mantidas as

41 BRASIL. PARECER Nº AGU/JTB 01/2008. PROCESSO Nº 00400.010482/2008-69. INTERESSADOS: Órgãos Consultivos da Advocacia-Geral da União. ASSUNTO: REPACTUAÇÃO - REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REAJUSTAMENTO - TERMO A QUO DO PRAZO DE 1 (UM) ANO PARA REQUERER A REPACTUAÇÃO - EFEITOS FINANCEIROS DA REPACTUAÇÃO - TERMO FINAL PARA REQUERER A REPACTUAÇÃO. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-JT-02-2009.htm. Acesso em 29 maio 2024.

42 BRASIL. Tribunal de Contas da União (2011). 2ª Câmara. Acórdão TCU n. 8237/2011. Processo 030.046/2008-6. Relator: Augusto Nardes, 2011.

demais condições inicialmente pactuadas.⁴³

Questiona-se por que tanta contradição. Já que afirma não ser possível em regra a possibilidade de preclusão para o instituto do reajuste, espécie do gênero reajustamento, mas existindo uma exceção à regra, quando mutuamente pactuado entre a Administração e o contratado. E no que se refere a repactuação (que também é uma espécie de reajustamento) a regra é, acaso não haja ressalva do direito de repactuar em aditivo, ou não havendo o requerimento formal, opera-se automaticamente a preclusão lógica. Deveras, tais regras são contraditórias e carecem de sentido.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão a previsão da manutenção do contrato através de repactuação, além de ser um dispositivo constitucional, que confere garantias para o empresário e à administração pública, também traz efeitos para a própria eficiência dos contratos. Já que este dispositivo permite que ao manter-se o equilíbrio contratual, não haja inexecuções parciais ou incompletas do objeto contratado. O ponto aqui é que a manutenção das condições da proposta, na verdade, protege o próprio interesse público, traz bons resultados para as licitações e protege aquilo que foi pactuado diante dos riscos ordinários.

A manutenção do equilíbrio econômico envolve a discussão sobre os montantes da equação econômica. A repactuação, assim, está relacionada a um tipo de contratação específica, que a contratação do serviço com dedicação exclusiva de mão de obra. É um fato econômico que faz com que ocorra a mudança do piso da categoria. Então, por exemplo, fez-se um contrato em fevereiro, a empresa planilha o pagamento do trabalhador com piso da categoria que era R\$3.000,00 (três mil reais) em abril, mas por força de convenção ou acordo coletivo muda o piso da categoria para R\$3.200,00 (três mil e duzentos reais), gerando assim um desequilíbrio que na balança deve ser suprido nos termos da proposta vinculada ao seu edital.

Afetada, a empresa então solicita a manutenção do equilíbrio econômico. Porém, todo ano, ou mais de uma vez por ano, durante o prazo de sessenta meses (prazo da vigência do contrato), pode ocorrer essa mudança do piso salarial. Por muito tempo esse fenômeno estava enquadrado como reajuste, o que gerava confusão com já que se trata de repactuação, por isso sugerimos neste trabalho que a repactuação integra uma álea ordinária do contrato, mas com suas especificidades. Deve-se, então, falar em reajuste para a atualização dos preços de produtos por um índice e repactuação para a alteração do piso salarial.

Deveras, talvez a grande dificuldade da repactuação tenha sido justamente, porque inicialmente carecia de uma nomenclatura legal e diante da ausência de previsão

⁴³ BRASIL. Distrito Federal. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR). Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45674/5/Parecer_001_2019.pdf. Acesso em 04 mar. 2024.

específica a doutrina precisava enquadrá-lo com espécie de reajuste. E aí surge a repactuação como um instrumento que foi, digamos, por muito tempo adequado a uma lógica preexistente. Mas, alguns doutrinadores defendem que a repactuação se encontraria no âmbito da álea extraordinária, o que é um grande erro, a repactuação ocorre com a mudança do piso da categoria decorrente do dissídio ou da Convenção Coletiva que, embora não ocorra sempre numa mesma data, é plenamente previsível e, estando no campo da previsibilidade, não há por que se falar em álea extraordinária.

Assim, os grandes desafios surgem ao tentar adaptar a repactuação à lógica do reajuste em sentido estrito (ou *strictu sensu*, definido pela Lei 14.133/2021, art. 6º, LVIII) que possui um regime bem definido pela legislação pátria. Basicamente, existem na doutrina três institutos: reajuste para os riscos ordinários; repactuação como instrumento específico das contratações de serviços continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, quando da alteração do piso salarial por força de convenção, acordo ou dissídio coletivo, e o reequilíbrio econômico para fatos imprevisíveis. Esses são os instrumentos mais citados pela doutrina e pela jurisprudência para manter a equação econômica do contrato.

A situação factual existia, mas não era possível reconhecer o fato imprevisível da natureza, uma grande enchente, uma pandemia, circunstâncias imprevisíveis ou um ato de Deus que não tinha sido previsto no contrato com a responsabilidade de uma das partes contratantes. Todos esses são exemplos de fatos que podem ter repercussões econômicas sobre o contrato e podem ser fatos geradores de reequilíbrio econômico, notadamente se este risco deve ser absorvido pela administração pública.

Ademais, a repactuação do contrato, por não ser um “ato processual”, não se sujeitaria à preclusão lógica. Já chegamos à conclusão neste artigo de que a repactuação é um direito líquido e certo (nos termos da CF). E, em caso de negativa deste direito, o contratado, tem ao seu dispor a Constituição Federal e alguns Doutrinadores que entendem que em qualquer momento, o direito à repactuação é devido, mesmo após o fim do contrato. É claro que para facilitar, o contratado deve observar os prazos e sempre que houver uma nova majoração salarial requerer de imediato com o pedido de Repactuação, para que não necessite recorrer ao judiciário.

É que a preclusão lógica ocorre geralmente quando o contratante assina a prorrogação do contrato sem condicionar à repactuação devida, sem fazer a ressalva no aditivo. Ocorre também, quando o contratante assume um contrato após ocorrer um reajuste salarial da categoria objeto da licitação, sem condicionar a repactuação do contrato, devido à nova ACT/CCT.

O Tribunal de Contas da União entende que a Preclusão Lógica deve ser obedecida pelas partes. Mas, o direito da revisão de preços, seja ela, repactuação, reajuste ou reequilíbrio econômico-financeiro é direito constitucional, nos termos do art. 37

da CF, e o mesmo não poderá ser negado em nenhum momento, inclusive após o término do contrato.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Decreto n 9.507, de 21 de setembro de 2018**. D.O.U. de 24/09/2018, p. 3, 2018.
- BRASIL. Ministério Da Fazenda - MF; Ministério Do Planejamento E Orçamento - MPO; Ministério Da Administração Federal E Reforma Do Estado – MARE. **Decreto Nº 2.271 de 07 de julho de 1997**. D.O. de 08/07/1997, P. 14293. 1997.
- BRASIL. Distrito Federal. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR). **Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU**. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45674/5/Parecer_001_2019.pdf. Acesso em 04 mar. 2024.
- BRASIL. Secretária De Logística E Tecnologia Da Informação Do Ministério Do Planejamento, Orçamento E Gestão. **Instrução Normativa n. 02 de 30 de abril de 2008**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-revogada-pela-in-no-5-de-26-de-maio-de-2017>. Acesso em: 4 mar. 2023
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento E Gestão. **Instrução Normativa n. 05 de 26 de maio de 2017**. Publicado em: 26/05/2017, Edição: 100, Seção: 1, Página: 90. Imprensa Nacional. 2017.
- BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. **Instrução Normativa n. 18, de 22 de dezembro de 1997**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-18-de-22-de-dezembro-de-1997-revogada-pela-in-no-2-de-2008>. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. Secretária De Logística E Tecnologia Da Informação Do Ministério Do Planejamento, Orçamento E Gestão. **Instrução Normativa n. 3, de 16 de outubro de 2009**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-03-de-15-outubro-de-2009-revogada-pela-in-no-12-de-2020>. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. **Lei Federal n. 14.133/2021**. Publicado em: 01/04/2021, Edição: 61-F, Seção: 1, Extra F. Diário Oficial da União. 2021.
- BRASIL. Advocacia-Geral Da União, Procuradoria-Geral Federal, Câmara Permanente Licitações E Contratos Administrativos. **Parecer Vinculante n. 00002/2018/CPLC/PGF/AGU**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN000022018CPLCDEPCONSUPGFAGU.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE. **Resolução n 10, de 8 de outubro de 1996**. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/arquivos/planejamento/arquivos-e-imagens/secretarias/arquivo/dest-1/legislacao-1/resolucoes-1/961008_resol_10.pdf. Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (2011). 2ª Câmara. **Acórdão TCU n. 1376/2011**. Processo 016.964/2010-1. Relator: José Jorge, 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (2011). 2ª Câmara. **Acórdão TCU n. 8237/2011**. Processo 030.046/2008-6. Relator: Augusto Nardes, 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (2011). 2ª Câmara. **Acórdão TCU n. 8237/2011**. Processo n. 030.046/2008-6. Relator: Augusto Nardes, 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (2018). 2ª Câmara. **Acórdão TCU n. 7184/2018**. Processo n. 003.928/2013-6. Relator: Augusto Nardes, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2018). Plenário. **Acórdão TCU n. 1827/2018**. Processo n. 015.459/2013-6. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 2018.

BRASIL. **PARECER Nº AGU/JTB 01/2008**. PROCESSO Nº 00400.010482/2008-69. INTERESSADOS: Órgãos Consultivos da Advocacia-Geral da União. ASSUNTO: REPACTUAÇÃO - REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REAJUSTAMENTO - TERMO A QUO DO PRAZO DE 1 (UM) ANO PARA REQUERER A REPACTUAÇÃO - EFEITOS FINANCEIROS DA REPACTUAÇÃO - TERMO FINAL PARA REQUERER A REPACTUAÇÃO. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-JT-02-2009.htm. Acesso em 29 maio 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2015.

HOLANDA. **Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: repactuação da mão-de-obra**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4084, 6 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29373>. Acesso em: 4 mar. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A **repactuação nos contratos administrativos**: regime jurídico atual e análise econômica do direito. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 33-55, abr./jun. 2020.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Da Impossibilidade Jurídica Da Preclusão Ao Direito De Repactuar O Contrato Administrativo**. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_10.pdf#:~:text=H%C3%A1%20quase%2010%20anos%2C%20o%20instituto%20da%20preclus%C3%A3o,ocorrido%2C%20oferecendo%20os%20necess%C3%A1rios%20fundamentos%20jur%C3%ADdicos%20para%20tanto.. Acesso em: 4 mar. 2024.

VILELA, Luciana da Silva. SEBEN, Roberta. **Terceirização Na Administração Pública**: Análise Dos Impactos Após A Reforma Trabalhista E Decisões Do Supremo Tribunal Federal. Campo Grande: Editora Inovar, 2019. 44p.