

O Instituto da Preclusão Lógica como Limitação do Direito à Repactuação de Preços nos Contratos Administrativos de Prestação de Serviços Continuados

The logic preclusion institute as a restriction to price renegotiations of administrative contracts on continued service delivery

Maria Aurineide Moreira Carneiro¹

RESUMO

Os contratos administrativos prevêem a possibilidade de alteração de preços para garantir a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, assim considerado como a manutenção das condições comutativas estabelecidas entre as partes ao tempo da apresentação da proposta, para a manutenção da proporcionalidade entre o tamanho do encargo do contratado e a remuneração por parte da contratante. Entre as formas de se buscar a manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos encontra-se a repactuação de preços, espécie do gênero reajuste dos contratos administrativos. O Tribunal de Contas da União – TCU e a Advocacia Geral da União – AGU difundiram entendimento segundo o qual o exercício do direito à repactuação de preços apresenta limitação temporal, por imposição do instituto da preclusão lógica, elemento limitativo de imposição doutrinária e jurisprudencial. O presente estudo busca, sem a pretensão de esgotar o tema, abordar a utilização da preclusão lógica nos contratos administrativos de contratação de serviços continuados, como medida limitativa ao exercício do direito dos contratados à repactuação, para reivindicação e recebimento de diferenças de valores devidas em razão de superveniência de Convenções Coletivas de Trabalho – CCT's.

Palavras-Chave: Preclusão Lógica. Repactuação. Convenção Coletiva. Contratos Administrativos. Prestação de Serviços. Serviços Continuados. Equilíbrio Econômico Financeiro.

ABSTRACT

¹ Advogada – Faculdades Integradas Espírito-santenses – FAESA; Coordenadora da Assessoria Jurídica da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado – CGE/CE; Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Estado do Ceará – FESAC/OAB/CE. E-mail: aurineide.carneiro@cge.ce.gov.br

Administrative contracts predict the possibility of price changes to ensure the maintenance of the economic-financial balance, thus considered as the maintenance of commutative conditions established between the parties at the time of proposal submission, to maintain proportionality between the size of the incumbency and the remuneration of the contracted by the contracting. Among the ways to pursue the maintenance the financial balance of administrative contracts there is the “price renegotiation”, a genus species of readjustment of administrative contracts. The Federal Court of Accounts and the Federal General Advocacy promulgate understanding that the right to the renegotiation of prices presents temporal limitation, by imposition of the institute of “logic preclusion”, imposition of restrictive element doctrinal and jurisprudential. The present study aims, without claiming to exhaust the subject, address the use of logic preclusion in administrative contracts for hiring continued services, as a limiting measure to the exercise of the right of contract renegotiation, demand for and receipt of amounts due to differences in rate of occurrence of collective labor conventions.

Keywords: Logic Preclusion. Renegotiation. Collective Convention. Administrative Contracts. Service Delivery. Continued Services. Economic-Financial Balance.

1 INTRODUÇÃO

Os serviços que servem de apoio à realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional de um órgão ou entidade da administração pública podem ser objeto de contratação de serviços de terceiros².

Na administração pública, as contratações de serviços contínuos mediante a utilização de mão-de-obra representam contratos grandiosos, envolvendo serviços como conservação, limpeza, segurança, transporte, informática, manutenção predial e mesmo atividades de apoio administrativo, desde que as atividades desenvolvidas na prestação dos serviços não abranjam atividades inerentes a categorias funcionais ou constituam a missão institucio-

2 BRASIL. **Instrução Normativa MPOG nº 2**, de 30 de abril de 2008 – DOU de 23/05/2008 – alterado. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Consulta realizada em: 01/10/2012.

nal de cada órgão ou entidade³.

A terceirização de serviços contínuos movimentam contratos milionários e representam uma realidade na administração pública de todas as esferas de governo, federal, estadual e municipal. Por se referir a serviços prestados de forma contínua, existe previsão legal para que sua prestação se prolongue no tempo, podendo alcançar até 60 (sessenta) meses.

Diante da possibilidade de prolongamento e, estando sujeitos a regras de natureza trabalhistas, por envolverem mão-de-obra, a composição dos custos destes contratos inclui despesas diversas, como salário-base, vale-transporte, vale-alimentação, horas-extras etc.

A remuneração paga pelas empresas prestadoras de serviços aos seus empregados sofre a influência legal e normativa dos acordos, convenções e dissídios coletivos que, por vezes, são firmados em períodos posteriores à data-base das categorias profissionais e, por isso, impõem a necessidade de pagamento retroativo. A obrigatoriedade do pagamento retroativo é facilmente verificada na maioria das Convenções Coletiva de Trabalho⁴.

As alterações salariais impostas pelas convenções coletivas de trabalho alteram a equação da formação dos preços (encargo x remuneração) resultando em desequilíbrio na relação contratual inicialmente ajustada. Visando a recuperação e compatibilização das condições contratuais, a Constituição da República e, na sua esteira, o Estatuto das Licitações e Contratos, prevêem a manutenção do equilíbrio econômico financeiro. Trata-se, no caso em tela, de uma espécie de reajuste de preços, cuja doutrina e jurisprudência convenionaram chamar de repactuação.

O presente estudo tem a finalidade de apresentar aos leitores e interessados em matérias de contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, de modo simples e resumido, algumas observações teóricas e práticas que envolvem o emprego do instituto da preclusão lógica como limitação ao direito do contratado para pleitear a repactuação de preços, apresentando

3 *Idem.*

4 Para exemplificar, citamos a Convenção Coletiva de Trabalho – CCT nº CE000254/2012, referente aos trabalhadores em informática e processamento de dados com abrangência no estado do Ceará, registrada no Ministério do Trabalho – MTE em 07/03/2012: Parágrafo Terceiro da Cláusula Terceira: “Parágrafo Terceiro: Os salários e benefícios financeiros incluídos nesta Convenção, inclusive as férias e seus acréscimos legais e o vale alimentação estipulados são devidos aos empregados a partir do dia 01 de janeiro de 2012. Referidas diferenças devem ser pagas juntamente com a folha de março de 2012. Após referida data, o não cumprimento da obrigação será entendido como descumprimento da Convenção coletiva de Trabalho.” Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/internet/mediador/relatorios/lmpriimirl-CXML.asp?NRRequerimento=MR010820/2012>>. Acesso em: 1º-out-2012.

esclarecimentos sobre aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos aos prazos em que o direito deve ser reivindicado sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema.

A limitação temporal para o exercício do direito de repactuação baseia-se em entendimentos do Tribunal de Contas da União – TCU e da Advocacia Geral da União – AGU, reiterados pelas Cortes de Contas de Estados e Municípios, não estando expressamente prevista no Estatuto das Licitações. Por se tratar de determinação doutrinária e jurisprudencial, requer fundamentação clara, capaz de justificar sua exigência sem perder o imprescindível amparo legal.

2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O equilíbrio econômico financeiro dos contratos, na definição de Justen Filho (2009, p. 746), “significa a relação existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”⁵.

Abrange todas as obrigações do contratado e toda a remuneração devida pelo contratante no momento inicial da contratação, no sentido de equivalência entre ambas, em relação aos parâmetros inicialmente contratados e, ressalte-se, não se confunde com a lucratividade da empresa.

A equação que delinea o equilíbrio econômico financeiro nasce com as estipulações apresentadas no edital, mas se fixa com a apresentação da proposta por parte do licitante interessado, pois neste momento estará determinando a contraprestação que entende necessária para o encargo definido no instrumento convocatório.

Antes de 1988 não havia previsão constitucional expressa para o equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, mas desde a

5 JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 746.

Constituição de 1934 havia essa previsão para as concessões (LIMA, 2010)⁶. Contudo, a Constituição Federal de 1988 traz de forma expressa, no art. 37, XXI⁷, garantindo aos contratados a manutenção das condições efetivadas na proposta.

O art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93 conhecida como o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos⁸. Nele também encontram-se expresso o direito ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos, precisamente nos artigos 40, XI, 55, III e 65, II, “d”, que preveem, respectivamente, a obrigatoriedade de previsão editalícia sobre critério de reajuste; os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços; e a garantia de manutenção do equilíbrio nas hipóteses de sobrevirem fatos imprevisíveis. *In verbis*:

Art. 40. O edital conterá [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de **reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, **data-ba-**

6 LIMA, Solange Afonso de. **Função econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-05-14T152220Z-1417/Publico/Solange.pdf>. Consulta em: 02/10/2012; e, BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. [...] Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 02-out-2012.

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] 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 [...]. Disponível em:

8 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02-out-2012.

se e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do **equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis**, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual⁹. (Grifamos)

No art. 40, XI e art. 55, III temos a figura do reajustamento, na redação do art. 65, II, “d”, encontramos o elenco de eventos futuros, posteriores à contratação que poderão dar ensejo ao equilíbrio econômico financeiro, são eles: fatos imprevisíveis; fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis previamente; força maior; caso fortuito; ou fato do príncipe.

A doutrina, nas palavras de Kléber Martins de Araújo, citado por Renato Geraldo Mendes¹⁰ (2011, p. 653), entende que, não sendo o caso de eventos imprevisíveis, com consequências incalculáveis, que ensejaria a revisão de preços contratuais, ou seja, em se tratando de eventos previstos, ainda que pendentes de quantificação exata, mas dentro de padrões razoavelmente esperados, o enquadramento correto seria o do art. 40, inciso XI, combinado com art. 55, inciso III da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

[...] não obstante fundamentarem-se na cláusula *rebus sic stan-*

9 LIMA, Solange Afonso de. **Função econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. *Op. Cit.* Como bem demonstra a dissertação de mestrado da Dra. Solange, não é exclusividade do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos a guarda infraconstitucional do equilíbrio econômico financeiro, estando presente, também em leis, a exemplo das Leis 8.987/95; 9069/95; 9074/95; 10.192/01, bem como em Decretos Federais, como o D. 1.054/94 e 2.271/97 e outras normas, das quais a mais importante para o nosso trabalho: IN MP nº 02/08.

10 MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada** – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93. 8.ed. Curitiba: Zênite, 2011.pp. 653-654.

tibus, tratam-se revisão e reajuste de medidas diferentes no que tange a contratos administrativos. A revisão é consequência da teoria da imprevisão, tendo lugar quando a interferência causadora da quebra do equilíbrio econômico-financeiro consista em um fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, anormal e extraordinário (geada no sertão nordestino, incêndios, enchentes etc.). Sendo imprevisível é lógico que tal fato não está previsto no contrato [...]. O Reajuste, por sua vez, tem lugar em decorrência da instabilidade econômica e da consequente variação de preços de bens, serviços ou salários [...]. Assim tendo em vista a previsibilidade da inflação e da elevação dos bens, serviços e salários, não se aplica, *in casu*, a teoria da imprevisão[...]. O Reajustamento, ao contrário, como disse o saudoso Hely Lopes Meirelles, 'é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência da imprevisão das partes, ao contrário, é previsão de uma outra realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais'. O fundamento legal da revisão contratual acha-se no art. 65, inc. II, alínea "d" e §§ 6º da Lei nº 8.666/93; ao passo que o do reajustamento encontra-se no art. 55, inc. III, e art. 65, § 8º do mesmo diploma legal.

Ao presente estudo interessa a elevação dos encargos trabalhistas decorrentes de acordo, convenções ou dissídios coletivos de trabalho, cujo equilíbrio se alcança através do reajustamento, na espécie repactuação de preços, como se demonstrará adiante.

3 A REPACTUAÇÃO DE PREÇOS COMO INSTRUMENTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Para instrumentalizar o equilíbrio entre encargo e remuneração e restabelecer o equilíbrio econômico financeiro dos contratos, foram criados os institutos da revisão, reajuste e da repactuação de preços.

A revisão se aplica a situações excepcionais e imprevisas que elevem ou diminuam consideravelmente os valores inicialmente pactuados. O reajuste é utilizado para atualizar automaticamente os valores contratuais, de acordo com índices setoriais, indexadores de preços relacionados à reposi-

ção de inflação em relação a prestações específicas. A repactuação de preços aplica-se especificamente aos contratos de prestação de serviços contínuos, para adaptar os encargos financeiros às imposições trabalhistas decorrentes de acordos e convenções de trabalho.

A figura da repactuação pode guardar semelhanças com a revisão e com o reajuste, no primeiro caso por considerar variações de custo efetivamente experimentadas pelo contratado; no segundo caso pela periodicidade anual.

Contudo, afasta-se da revisão por não se referir a evento extraordinário. É perfeitamente previsível a ocorrência de acordos e convenções de trabalho anualmente, apesar do impacto não poder ser previamente determinado.

Afasta-se da figura do reajuste porque este é automático, enquanto na repactuação os impactos são analisados particularmente em cada acordo ou convenção, através da avaliação analítica dos itens que compõem os custos e que, ao final, podem resultar em valores inferiores aos decorrentes de índices de indexadores.

De acordo com Justen Filho (2009, p. 763)¹¹, a repactuação de preços sagrou-se como instrumento exclusivo para os casos de prorrogação de contratos contínuos, previsto no art. 57, II da Lei nº 8.666/93¹² porque sua metodologia tende a evitar maior onerosidade aos cofres públicos, com a análise detalhada ao invés do automatismo dos indexadores.

Assim, como veremos adiante, verificada a ocorrência do evento futuro que ensejou da repactuação de preços, qual seja, acordo, convenção ou dissídio coletivo, o sujeito do direito deverá apresentar requerimento à Administração, instruído com cópia do instrumento coletivo definidor dos percentuais de alteração e de planilha de preços individualiza, demonstrando a onerosidade desequilibradora das condições estabelecida na contratação para que, confirmada pela Administração, gere a reposição das perdas mediante termo de apostilamento, em regra.

4 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA A REPACTUAÇÃO DE PREÇOS

11 JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Op. Cit. p. 763.

12 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit. Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

Como visto acima, o direito à repactuação de preços para reequilibrar a equação econômico financeira dos contratos administrativos encontra embasamento legal de raiz constitucional, contudo, apresenta requisitos de ordem regulamentar imprescindíveis à sua obtenção, no âmbito federal, estes requisitos estão no Decreto Federal nº 2.271 de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como na Instrução Normativa nº 02, do Ministério do Planejamento, de 30 de abril de 2008.

Ressalte-se que os efeitos jurídicos destas normas são obrigatórios apenas para os órgãos federais, cabendo aos Estados e Municípios editarem seu próprio regulamento. Contudo, são muito utilizados como fonte secundária do Direito em razão da omissão normativa naqueles entes.

Utilizando o critério cronológico apresentamos as determinações normativas, começando pelo Decreto 2.271/97. Pela leitura do art. 5º do referido Decreto, a repactuação, se apresenta como o instrumento adequado ao reequilíbrio dos preços nos contratos administrativos de serviços continuados com mão de obra exclusiva, acrescentando a necessidade de previsão editalícia e da observação ao princípio da anualidade, além da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos dos contratos¹³.

Resumidamente, podemos considerar como elementos essenciais ao direito de repactuação, enquanto evento futuro de previsto no Edital e no contrato, a presença do evento modificador da equação econômico financeira, acordo, convenção ou dissídio, a apresentação de requerimento por parte do interessado, dirigido ao contratante, munido de cópia do instrumento alterador da equação, acompanhado de planilhas que demonstrem a variação analítica dos elementos que compõem o custo do contrato e o respeito o intervalo de um ano.

Imperioso esmiuçar-se sobre a questão da anualidade e sobre seus parâmetros e paradigmas para o seu cálculo.

13 BRASIL. **Decreto Federal nº 2.271**, de 07 de julho de 1997. Publicado no D.O.U. de 08/07/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 02-out-2010. [...] Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos; [...] Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

5 O TERMO A QUO DO DIREITO À REPACTUAÇÃO

É muito comum encontrar na doutrina, confirmada pela jurisprudência, a indicação de que a contagem da anualidade para efeitos de concessão do direito de repactuação dos contratos administrativos não leva em consideração a data da assinatura do contrato, mas sim a data da apresentação da proposta, momento em que a contratada declarou a contraprestação atribuída para o encargo imposto pelo contratante, ou a “data do orçamento a que esta proposta se referir”¹⁴.

Contudo, para qualquer neófito, mesmo que egressos de outras áreas do direito, as indicações do parágrafo acima significam muito pouco. Daí a intenção clara do presente trabalho de tentar desanuviar a expressão para clarificar seu entendimento.

Assim, quando se deparar com a expressão “data do orçamento a que a proposta se referir”¹⁵ o leitor poderá considerar, nos contratos de prestação de serviços continuados com mão-de-obra exclusiva, a data a que a convenção, acordo ou dissídio remeter os efeitos financeiros referentes à respectiva categoria profissional empregada exclusivamente na execução dos serviços contínuos contratados.

Mas ainda restam questionamentos de ordem prática que merecem esclarecimentos. No dia-a-dia das atividades burocráticas administrativistas, apresentam-se as seguintes questões: em se tratando de primeiras repactuações, advindas, por exemplo, de convenções coletivas registradas a menos de um ano da data de apresentação da proposta, restaria afastado o direito à repactuação por não haver completado um ano da data de sua apresentação? Outra questão seria a seguinte, havendo a concretização de uma repactuação, mediante termo aditivo, estaria a repactuação seguinte condicionada à anualidade a contar da assinatura deste aditivo?

A resposta para a primeira questão é não. Havendo convenção registrada a menos de um ano da data da apresentação da proposta, considerar-se-á como termo *a quo*, não a data de sua apresentação ao contratante, ou do registro da mesma no MTE, mas sim a data que o instrumento atribui aos seus efeitos, para aludidos direitos, que pode ser, inclusive, retroativa à data-base

14 BRASIL. Decreto Federal nº 2.271, Op. Cit., Art. 38, II.

15 BRASIL. Decreto Federal nº 2.271, Op. Cit., Art. 38, II.

da categoria, será este o termo a *quo*.

A partir de então, respondendo o segundo questionamento, a verificação da anualidade, nas repactuações seguintes, passa a considerar não a data do aditivo que formalizou a repactuação de preços anterior, mas sim, mais uma vez, data que o instrumento atribui aos seus efeitos¹⁶.

Estas respostas encontram fundamento no anteriormente citado Decreto nº 2.271/97, art. 5º, e, primordialmente, na IN MP nº 02/2008, artigos 37 a 41¹⁷. O Decreto vem especificar de modo esclarecedor como se deve fazer a contagem do prazo para a verificação da anualidade.

A IN MP nº 02/2008, descreve no art. 38 que o interregno mínimo de uma ano, para os casos de primeiras repactuações, serão contados de dois modos, a partir da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório (aplicável para contratos de prestação de serviços contínuos, mas sem mão de obra exclusiva); ou a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculado às datas-base dos instrumentos¹⁸.

No artigo seguinte arremata determinando que, nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação, assim entendido como a data a partir da qual os efeitos da última repactuação passaram a valer. Tal entendimento pode ser observado também no Parecer AGU-JT já citado, bem como

16 Este é o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU e pela Advocacia Geral da União – AGU:

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. Exarado no Processo nº 00400.010482/2008-69. Interessado: Tribunal de Contas da União. Assunto: Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de um ano para requerer a repactuação - efeitos financeiros da repactuação - termo final para requerer a repactuação. Autor: Juliana Helena Takaoka Bernardino. Brasília: 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=188318>>. Acesso em: 03-out-2012

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1563/2004 - Plenário**. Ministro Relator: Augusto Scherman Cavalcanti. 06 de outubro de 2004. Boletim TCU 40/2004. Sessão 06/10/2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

17 BRASIL. Ministério do Planejamento. **IN nº 02**, de 30.04.2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Consulta em 04-out-2012.

18 *Op.cit.* Art. 38.

em orientação normativas internas expedidas pelo mesmo órgão¹⁹.

Superada a determinação do termo a quo, impende passarmos ao ponto central deste trabalho, a imposição do TCU e AGU para a determinação do termo *ad quem* para exercício do direito à repactuação de preços através do emprego do instituto da preclusão lógica.

6 O INSTITUTO DA PRECLUSÃO LÓGICA - CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO TCU E AGU

Após perpassarmos o caminho necessário para se chegar a uma compreensão razoável sobre o reequilíbrio dos contratos administrativos, na modalidade repactuação de preços, podemos finalmente compreender como se dá a preclusão lógica de tal direito, de acordo com o entendimento exarado pelo TCU, confirmado pela AGU, que servem de fundamento para tal exigência na prática contratual administrativista.

Para entendermos esta questão dois documentos apresentam fundamental importância, são eles o anteriormente citado Parecer AGU TJ 02 e Acórdão TCU- Plenário nº 1828/2008²⁰. Sem adentrarmos ao mister da prescrição ou decadência propriamente dita, abordaremos diretamente as razões apresentadas nos instrumentos supracitados.

O Tribunal de Contas da União analisou processo no qual a AGU se manifestou favorável à repactuação cujo direito nasceu em período anterior à vigência na qual fora requerido, a análise culminou no paradigmático Acórdão 1828, de 27 de agosto de 2008. Ali, pela primeira vez suscitou-se a limitação temporal do exercício de tal direito²¹.

Para o Ministro Relator, Benjamin Zymler, com escopo na fundamentação apresentada pelo Ministro Revisor, Aroldo Cedraz, apesar de expressar

19 _____ .Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. *Op. Cit.*

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 23**, de 01 de abril de 2009.

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 24**, de 01 de abril de 2009.

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 25**, de 01 de abril de 2009.

_____ .Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 26**, de 01 de abril de 2009. Disponíveis

em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

20 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1828/2004 - Plenário**. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Ata 34/2008 – Plenário. Sessão 27/08/2008. Aprovação 28/08/2008. DOU 29/08/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

21 _____ .Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1828/2004 - Plenário**. *Op. Cit.*

direito previsto em lei, com fundamento constitucional, a repactuação é um direito disponível, passível de preclusão, devendo ser pleiteada por seu detentor até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de precluir de seu direito de repactuar²².

Para o Ministro Cedraz, a definição de parâmetro objetivo para determinar o prazo razoável no qual se poderia pleitear o direito à repactuação se mostrava imprescindível para afastar distorções e tratamentos anti-isonômicos, com o emprego de prazos definidos por aspectos subjetivos, o parâmetro objetivo evitaria, inclusive, consequências danosas aos cofres públicos²³.

Assim, adotando a fundamentação do revisor, o relator concluiu que o direito de pleitear as repactuações havidas durante uma vigência contratual terá como prazo fatal a data do encerramento deste contrato ou, quando for o caso, data de prorrogação contratual²⁴.

Em seu parecer, a Advocacia Geral da União cita que, analisado de forma abstrata, vez que nascido o direito de repactuação apenas o decurso do prazo prescricional, poderia extinguir a pretensão do contratado e, este prazo seria de 5 (cinco) anos. Contudo, a seguir, colaciona a fundamentação do Ministro Zymler no Acórdão supracitado, e acrescenta que, ao se firmar termo aditivo de prorrogação, constitui-se novo contrato, ainda que com cláusulas e condições similares às constantes do contrato extinto²⁵.

Nesta linha de raciocínio o Parecer AGU expressa que todos os contratos, inclusive seus aditivos, possuem prazo de vigência determinada e “todos os efeitos deles decorrentes devem advir deste período em que se encontrava vigorando”, após o quê “conforme decidiu a Corte de Contas, houve preclusão lógica do direito consubstanciado na prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado”²⁶.

Estes entendimentos foram incorporados à IN MP nº 02/08, expressa no parágrafo 7º, do art. 40, com redação incluída pela IN MP nº 3, de 15/11/2009, nos seguintes termos: “As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramen-

22 *Idem*

23 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1828/2004 - Plenário**. *Op. Cit.*

24 *Idem*

25 *Idem*. Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. *Op. Cit.*

26 *Idem*

to do contrato”²⁷.

Por fim, colacionamos a fundamentação da nobre parecerista, utilizando-a como desfecho para a compreensão do emprego do instituto da preclusão lógica ao direito de repactuação: “A preclusão é a perda da faculdade de praticar ato em razão da prática de outro ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar. Trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte”²⁸.

7 CONCLUSÃO

Embora seja ponto pacífico na doutrina e jurisprudência, o direito à repactuação de preços nos contratos administrativos de prestação de serviços continuados decorrentes de eventos que alterem a equivalência entre encargo e remuneração inicialmente estabelecidos, tal direito deve ser requerido dentro do prazo de vigência do contrato onde se deu seu fato gerador, assim compreendido entre a data do início da vigência das alterações apresentadas no acordo, convenção ou dissídio coletivo até a data final do período de vigência contratual correspondente.

Se, por acaso, o acordo, convenção ou dissídio atrasar a ponto de não ser registrado até a data do encerramento ou prorrogação do período em que se encontrar a vigência do contrato, o detentor do direito deverá resguardar este direito, manifestando expressamente, antes do encerramento ou renovação de sua vigência, mediante requerimento escrito, sua intenção de exercê-lo tão logo o instrumento coletivo seja formalizado, momento no qual apresentará sua cópia, bem como as planilhas demonstrativas das elevações de custo. Assim, seu direito restará assegurado.

De acordo com a fundamentação apresentada, ao deixar de manifestar, em requerimento formal e escrito, na mesma vigência em que se deu fato gerador da majoração de custos, o desejo de formalizar repactuação de preços para equilibrar a contraprestação apresentada na proposta, o contratado incorrerá, em preclusão lógica do seu direito de repactuação.

27 BRASIL. Ministério do Planejamento. **IN MPOG nº 03, de 15.10.2009**. Publicada no DOU de 16.10.2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>>. Acesso em 04-out-2012.

28 _____ . Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. *Op. Cit.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 23**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 24**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 25**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 26**, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 30-nov-2013.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer nº TJ 02**. Exarado no Processo nº 00400.010482/2008-69. Interessado: Tribunal de Contas da União. Assunto: Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de um ano para requerer a repactuação - efeitos financeiros da repactuação - termo final para requerer a repactuação. Autor: Juliana Helena Takaoka Bernardino. Brasília: 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/Ato-Detalhado.aspx?idAto=188318>>. Acesso em: 03-out-2012

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Consulta em 02/10/2012>. Consulta em 02-out-2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consulta em 02-out-2012.

_____. **Decreto Federal nº 2.271**, de 07 de julho de 1997. Publicado no D.O.U. de 08/07/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 02-out-2010.

_____. **Instrução Normativa MPOG nº 2**, de 30 de abril de 2008 – DOU de 23/05/2008 – alterado. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Consulta realizada em: 01/10/2012.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02-out-2012.

_____. **IN MPOG nº 03**, de 15.10.2009. Publicada no DOU de 16.10.2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>>. Acesso em 04-out-2012.

_____. **IN MPOG nº 02**, de 30.04.2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Acesso em 04-out-2012.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Convenção Coletiva de Trabalho – CCT nº CE000254/2012**. Disponível em <<http://www3.mte.gov.br/internet/mediador/relatorios/ImprimirICXML.asp?NRRequerimento=MR010820/2012>>. Consulta realizada em 01-out-2012.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1563/2004**

- **Plenário.** Ministro Relator: Augusto Scherman Cavalcanti. 06 de outubro de 2004. Boletim TCU 40/2004. Sessão 06/10/2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1828/2004 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Ata 34/2008 – Plenário. Sessão 27/08/2008. Aprovação 28/08/2008. DOU 29/08/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Consulta em 04-out-2012.

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

LIMA, Solange Afonso de. **Função econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro.** 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-05-14T152220Z-1417/Publico/Solange.pdf>. Consulta em: 02-out-2012.

MENDES. Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93.** 8.ed. Curitiba: Zênite, 2011.