



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
DE RONDÔNIA
PROCURADOR
AV. 7 DE SETEMBRO, Nº 2090, NOSSA SENHORAS DAS GRAÇAS - CEP: 76804-124 - TEL: (69) 2182-9606 -
PORTO VELHO - RONDÔNIA.

PARECER n. 00206/2016/PROC/PFIFRONDÔNIA/PGF/AGU

NUP: 23243.002720/2016-28

INTERESSADOS: IFRO - REITORIA

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: Direito Administrativo. Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos do IFRO. Parecer referencial em relação à minuta de termo aditivo de fls. 28-v/29. Termo Aditivo ao Contrato de Serviço Continuado. Artigo 57, II e § 2º da Lei nº 8.666, de 1993; Decreto nº 2.271, de 1997 e IN SLTI/MPOG nº 2, de 2008. Recomendações recorrentes da PFIFRO. Parecer proferido no processo em epígrafe, mas, aplicável a todos os contratos de serviços continuados. Pela aprovação do manual de Contratos do IFRO.

Versam os autos acerca de processo administrativo, veiculando a Minuta do Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos do IFRO, e análise da minuta de termo aditivo com fulcro na Orientação Normativa nº 55 da Advocacia-Geral da União, que institucionalizou no âmbito da Administração Pública Federal o “Parecer Referencial.”

É atribuição desta Procuradoria Federal, de acordo com o disposto no art. 3º-A da Portaria PGF nº 927, de 17 de setembro de 2009, alterada pela Portaria PGF nº 587, de 27 de julho de 2010, prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao IFRO.

Vale salientar que a presente análise restringe-se aos dados constantes dos autos, esquadrihados sob um único prisma: o do controle de legalidade. As questões relativas ao mérito administrativo não são objeto de investigação, até mesmo por faltar a esta procuradoria competência para fazê-lo.

Destaca-se, ainda, que a Procuradoria, órgão especializado no estudo do Direito, possui competência apenas para assuntos jurídicos, limitando-se a opinar sob a ótica de normas e princípios correlatos à ciência em foco, e, portanto, abstendo-se de avaliar critérios administrativos ou pertencentes a outras áreas do conhecimento.

O processo encontra-se juntado integralmente ao SAPIENS, sendo instruído principalmente com:

- o Memorando nº 01/2016/GT;
- o Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos do IFRO (fls. 05/38);
- o Minuta de termo aditivo de fls. 28-v/29
- o Despacho de última fls. 39, encaminhando o processo para análise e parecer desta Procuradoria.

Assim, vieram os autos à Procuradoria.

I - DA MINUTA DO MANUAL DE CONTRATOS

Os Regulamentos são emanados do poder hierárquico do Executivo e sua finalidade é produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandarem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço, nos limites da lei, a bem de uma aplicação uniforme da lei.

Assim, o regulamento executivo cabe apenas explicitar a lei nos limites por ela traçados. **Significa dizer que enquanto a lei cria o direito, o regulamento delimita-o.** Essa é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, citando o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem a diferença entre lei e regulamento “está em que a lei inova originalmente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera(...). É fonte primária do Direito ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior”.

A expedição de regulamentos executivos se justifica diante da necessidade de interferência dos órgãos administrativos para a aplicação das leis, que, via de regra, são incapazes de antecipar de modo exaustivo e minucioso a forma de atuação administrativa, restando a eles a função de expedir normas complementares a fim de assegurar o fiel cumprimento da lei.

A minuta do regulamento em tela dispõe sobre o Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos que tem por objetivo prestar orientação e subsídios aos gestores, fiscais e seus substitutos designados para fiscalizar e acompanhar a execução dos contratos administrativos.

Ressalta-se que os Institutos Federais, como Autarquias Públicas que são, foi outorgada autonomia para condução dos assuntos que lhes são afetos, podendo regular internamente vários assuntos do seu interesse, respeitando, por lógico, o ordenamento jurídico nacional, e mais especificamente as leis que regulam a educação.

Desta forma, a edição de norma sobre Gestão e Fiscalização de Contratos é corolário de sua autonomia administrativa, enquanto autarquia educacional, dotada de personalidade jurídica, na forma da Lei nº 11.892/2008. É de se concluir, então, pela absoluta validade das regulamentações necessárias à consecução dos fins institucionais da entidade, como a que se apresenta nestes autos.

DA MINUTA

Com relação à Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos e anexos acostada às fls. 05/38 86/93, verifica-se que foi elaborada em consonância com a legislação em vigor que rege a matéria.

II - MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Compete ao órgão assessorado atestar que o assunto do processo é o tratado na manifestação jurídica referencial, para o fim de não encaminhar o processo. Isso significa que não se deve adotar como praxe o encaminhamento dos processos para a PFIRO deliberar se a análise individualizada se faz necessária ou não. É claro que dúvidas específicas podem ser submetidas, mas o escopo da manifestação referencial é justamente eliminar esse trâmite.

PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Via de regra, a contratação não pode ultrapassar o prazo de vigência do crédito orçamentário a que se vincular. Entretanto, o inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993 cria uma exceção para a contratação que tenha como objeto a prestação de serviços continuados, desde que atendidos certos requisitos previstos em lei, quais sejam:

- previsão expressa de possibilidade da prorrogação no Edital e no Contrato;
- não haver solução de continuidade nas prorrogações;

- que o serviço prestado seja de natureza contínua;
- que vise à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração;
- anuência da Contratada;
- manifestação do fiscal do contrato, atestando a regularidade dos serviços até então prestados;
- que o prazo de vigência total do ajuste não ultrapasse o limite de sessenta meses;
- se houver oferecimento de garantia, a necessidade de sua renovação;
- manutenção das mesmas condições de habilitação exigidas na licitação;
- justificativa formal e autorização prévia da autoridade superior.

PREVISÃO DE PRORROGAÇÃO NO EDITAL E NO CONTRATO

Para que seja possível a prorrogação com base no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, é imprescindível que esta tenha constado do ato convocatório.

Tendo em vista que a possibilidade de prorrogação é fator que pode influenciar no interesse e na decisão dos competidores quanto à participação no certame, entende-se que a sua previsão expressa no edital (ou no contrato que o integra como anexo) é requisito condicionante da prorrogação contratual.

Destarte, caso não haja previsão editalícia ou contratual específica, reputa-se irregular a prorrogação, uma vez que, nessas condições, o ato de prorrogar resultaria em violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

NÃO HAVER SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NAS PRORROGAÇÕES

A Orientação Normativa nº 03, do Excelentíssimo Advogado-Geral da União traça a diretriz a ser observada pelos órgãos jurídicos, no que concerne ao prazo de vigência do Contrato, bem como dos seus Aditivos, visando à verificação da ocorrência, ou não, da solução de continuidade:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 03/2009

Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação.

Indexação: contrato. prorrogação. ajuste. vigência. solução de continuidade. extinção.

REFERÊNCIA: art. 57, inc. II, Lei nº 8.666, de 1993; Nota DECOR nº 57/2004-MMV; Acórdãos TCU 211/2008-Plenário e 100/2008-Plenário.

Nas outras prorrogações, faz-se importante analisar cada um dos termos, a fim de verificar se todos os prazos foram respeitados.

QUE VISE À OBTENÇÃO DE PREÇOS E CONDIÇÕES MAIS VANTAJOSAS PARA A ADMINISTRAÇÃO

Outra exigência do artigo 57, II da Lei nº 8.666, de 1993, é a de que a prorrogação do contrato de serviço continuado seja feita com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração.

Impõe-se, desta forma, a manifestação expressa da autoridade no sentido de que a prorrogação seja vantajosa técnica e economicamente para a Administração.

Reiteramos que, nos casos em que for feita a prorrogação com a ressalva da repactuação, consideramos que a análise da vantajosidade deva levar em conta a estimativa do aumento de preços que futuramente será aplicado ao contrato. Neste caso, é necessário cuidado redobrado da autoridade em sua declaração e análise da vantajosidade, uma vez que ainda não dispõe dos preços finais que serão aplicados pela contratada.

Uma boa solução seria verificar se os orçamentos eventualmente pesquisados no mercado já levam em conta as convenções coletivas e dissídios coletivos que serão motivo para a repactuação contratual ou se foram feitos com base em dissídios anteriores e se já há convenção negociada, mas ainda não registrada.

Destaque-se que a vantajosidade econômica da proposta para a Administração é um imperativo previsto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993, bem como no artigo 57, II, da mesma lei.

O TCU, em reiterados julgados, tem se posicionado pela necessidade de a proposta ser a mais vantajosa para a Administração, o que pode ser evidenciado com a realização de pesquisa de mercado. Também a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, em seu art. 30, §2º, traz disposição nesse sentido.

Salientamos, entretanto, que em determinadas situações, essa pesquisa de preços, com três orçamentos, não se faz mais necessária, consoante §2º do art. 30-A da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, com a redação da IN 06 de 2013:

O§ 2ºA vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, quando o contrato contiver previsões de que:

I -os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei;

II -os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo –IPCA/IBGE; e

III -no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão –SLTI/MP.

Assim, se presentes as previsões contratuais supra, tal pesquisa pode ser dispensada. Nos demais casos, a PFIFRO recomenda que seja realizada, ou então que se justifique sua não realização, com a utilização de outro meio idôneo para verificação da vantajosidade econômica do contrato, comprovando-se nos autos.

De se lembrar, para rematar esse ponto, que a avaliação da vantajosidade econômica não se traduz no simples valor monetário da contratação comparado com o dos orçamentos obtidos, pois existe todo um custo administrativo envolvendo o desfazimento de um contrato e a seleção e celebração de um outro, para ficar em apenas nesse outro aspecto.

Esclarecido esse aspecto, remetemos ao que demais dispõe a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, sobre a prorrogação do prazo de vigência, nos seus artigos 30 e 30-A.

Para evitar longas transcrições, chamamos atenção do órgão assessorado para alguns aspectos ainda não abordados, sem que, com isso, se excluam as demais cominações normativas.

Nesse sentido, convém primeiramente esclarecer que a presente manifestação jurídica referencial supre a necessidade de submissão da minuta de aditivo ao órgão consultivo, prevista no §3º do art. 30 supra.

É também de todo recomendável o órgão apure a existência de *custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos*, reunindo, assim, argumentos que viabilizem eventual negociação de preços por parte da autoridade, visando reduzir ou eliminar esses custos, como também reforçar o poder de barganha da Administração.

Sugerimos analisar especialmente o valor atribuído a materiais e equipamentos e os respectivos prazos razoáveis de amortização, comparado com o prazo já decorrido de execução contratual.

Por fim, é bom advertir que os serviços contratados estão entre aqueles para os quais há um valor máximo fixado por ato regulamentar do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sendo dever do Administrador, ou do seu setor técnico competente, apurar a adequação dos valores do presente contrato ao teto.

ANUÊNCIA DA CONTRATADA

Como o ajuste decorre de acordo de vontades entre as partes contratantes, é importante haver concordância prévia da Contratada com a referida prorrogação, bem como com os seus termos.

Essa concordância pode ser suprida logicamente pela própria celebração do aditivo, mas cabe alertar para o risco de não se a obter com antecedência, pois a autoridade pode ser surpreendida com a declaração de desinteresse da contratada em prorrogar a avença, e então se ver premida da necessidade de ajustar uma contratação nova em um curto período de tempo, ou ficar sem o serviço prestado por certo período.

Recomenda-se, então, que essa anuência conste dos autos previamente, até para fins de eventual responsabilização da contratada por eventuais prejuízos causados caso não confirme seu interesse posteriormente, à época da celebração da avença.

MANIFESTAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO

No intuito de registrar que a Contratada vem cumprindo com suas obrigações contratuais e exercendo suas atividades a contento, é indispensável da juntada ao processo da manifestação do fiscal do contrato, atestando os bons serviços prestados pela empresa.

QUE O PRAZO TOTAL DE VIGÊNCIA NÃO ULTRAPASSE SESSENTA MESES

Levando-se em conta ainda o que dispõe o artigo 57, II da Lei nº 8.666, de 1993 e em conformidade com a previsão contratual, a prorrogação poderá ser realizada desde que sua duração total não ultrapasse 60 (sessenta) meses.

GARANTIA A NECESSIDADE DE SUA RENOVAÇÃO

O prazo de validade da garantia deverá coincidir com a vigência do contrato, ou ser superior a ela, e deverá também estar atualizada de acordo com o valor da contratação. Portanto, deve haver a renovação da garantia.

MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO

Nos termos do artigo 55, XIII da Lei nº 8.666, de 1993, a Contratada deverá manter durante a contratação, todas as condições de habilitação e qualificação que foram exigidas na licitação.

Assim, cabe à autoridade verificar se a Contratada ainda atende às condições que foram exigidas quando da realização da licitação, consignando tal fato nos autos.

Isso inclui, também, os requisitos de qualificação técnico profissional eventualmente exigidos.

Os requisitos de qualificação técnico profissional prescindem de nova averiguação, na generalidade dos casos, pois *referem-se à comprovação da experiência acumulada anteriormente à contratação da empresa, para fins de demonstrar sua aptidão para a execução futura dos serviços licitados* (Parecer CJU/SP nº 1750/2013LC). Após a execução do contrato, é a manifestação do fiscal que atestará esse aspecto.

JUSTIFICATIVA FORMAL E AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE SUPERIOR

Conforme disposto no § 2º do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, faz-se necessária a justificativa por escrito para a prorrogação, bem como a autorização prévia assinada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DE REPACTUAÇÃO CONCOMITANTE À PRORROGAÇÃO SEM RESSALVA DE POSTERIOR REPACTUAÇÃO

Caso a contratada concorde em prorrogar o ajuste, sem ter manifestado expressamente seu interesse em majorar o valor pactuado, e considerando que exista esse direito em tese, cabe ao órgão certificar-se se há interesse em repactuar o presente acordo, neste momento, ressaltando que, em não havendo tal manifestação nesse sentido, nova repactuação somente poderá ser pleiteada após um ano do fato gerador.

Isso porque, nos termos do que dispõe o artigo 40, § 7º da IN nº 02/2008 – MPOG, as repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

Disso se conclui que, se a Contratada não solicita, no momento da prorrogação do contrato, a repactuação do valor a que já faz jus, estará ela implicitamente abrindo mão de seu direito de rever os preços, e automaticamente concordando que os valores fixados serão mantidos durante o prazo de vigência da prorrogação, ou até que sobrevenha novo fato gerador.

No mesmo sentido, lembramos que há entendimento firmado no Parecer Normativo JT nº 02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República (e vinculante a todos os órgãos da Administração Pública Federal), publicado no Diário Oficial da União de 06 de março de 2009, no sentido de que com a realização da prorrogação, caso o contratante faça jus ao reajuste e opte por não implementá-lo, estar-se-á operacionalizando a preclusão do direito de requerer este reajuste no futuro.

Portanto, é importante deixar absolutamente claro nos autos que não há interesse na repactuação por parte da contratada.

HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DE REPACTUAÇÃO CONCOMITANTE À PRORROGAÇÃO COM RESSALVA DE POSTERIOR REPACTUAÇÃO

Caso, entretanto, a Contratada tenha optado por proceder à prorrogação contratual, ressaltando, entretanto, o direito a posterior repactuação, estará, a princípio, afastando a preclusão de seu direito.

Com efeito, se o contratado já faz jus à majoração dos valores pactuados no momento da prorrogação, é de todo recomendável que manifeste por escrito a sua intenção de posteriormente anexar as planilhas e apresentar os novos valores do contrato.

É importante ressaltar, porém, que tanto a jurisprudência do TCU, quanto o referido Parecer nº AGU/JT-02/2009, e presumivelmente os termos contratuais, admitem uma situação de exceção à preclusão: caso a contratada não tenha requerido a repactuação até a data da prorrogação subsequente porque ainda não dispunha dos dados relativos a mais recente convenção coletiva de trabalho da categoria.

Vejamos trecho do parecer normativo da AGU que reproduz o entendimento exarado previamente pelo TCU:

“Oportuna também a análise do Ministro Zymler sobre a hipótese em que as negociações se prolongam por um período de tempo após a data-base da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo e, neste

interim, a Administração convoca o contratado para prorrogação contratual.

Neste caso, bem soluciona o Ministro no seguinte sentido:

Nesse caso, o contratado estaria impossibilitado de postular a repactuação contratual no momento da assinatura do termo aditivo, pois, segundo já mencionado, um dos requisitos para a repactuação é a necessidade de registro do acordo ou convenção coletiva de trabalho no Ministério do Trabalho. Assim, caberá ao contratado inserir no termo aditivo a ser celebrado cláusula por meio da qual resguarde seu direito à repactuação, a ser exercido tão logo disponha do instrumento relativo ao acordo ou à convenção devidamente registrado.”

Destarte, ainda que interpretada de forma abrangente, tal exceção se aplica a uma situação específica: na data limite para a prorrogação, a Contratada ainda não teria condições de elaborar a planilha de variação de custos que fundamenta a repactuação, pois a convenção coletiva da categoria – da qual os novos custos exsurgem ainda não foi concluída. Incide, em realidade, uma impossibilidade fática de pleitear a repactuação, e a empresa não pode ser prejudicada por circunstâncias a que não deu causa.

Desta forma, é importante atentar para os motivos pelos quais a repactuação não está sendo efetivada, evitando-se que isso decorra de causas outras que não a prevista nos instrumentos normativos acima mencionados.

Inobstante, em vista das considerações aqui expostas, entende-se que a posterior repactuação do contrato fica assegurada, quando expressamente ressalvada a intenção da Contratada como condição para a prorrogação do ajuste ora pretendida.

Registramos, por fim, que as repactuações, se não coincidirem com as prorrogações, deverão ser feitas por apostilamento, consoante dispõe o § 4º do artigo 40 da IN, de 2008, sem a necessidade do encaminhamento dos autos para análise, exceto se houver dúvida jurídica a ser dirimida.

DA EVENTUAL OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO

Caso o processo tenha sido prorrogado quando já era devida a pretendida repactuação, e verificando-se que não houve a ressalva de forma a resguardar o seu direito, aplica-se ao presente o entendimento disposto no artigo 40, § 7º da IN nº 02, de 2008 – MPOG, segundo o qual as repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento da avença.

Este mesmo entendimento é manifestado no Parecer Normativo JT nº 02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República (e vinculante a todos os órgãos da Administração Pública Federal), publicado no Diário Oficial da União de 06 de março de 2009, concluindo-se que com a realização da prorrogação, caso o contratante faça jus à repactuação e opte por não implementá-la neste momento, estar-se-á operacionalizando a preclusão do direito de requerê-la no futuro:

(...)

e) quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.

Portanto, em sendo essa a hipótese, entende-se a repactuação não será possível, haja vista a preclusão de direito da contratada.

DA REPACTUAÇÃO

A repactuação, espécie do gênero reajuste de preços, encontra fundamento de validade no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, no art. 40, XI da Lei nº 8.666, de 1993, sendo também prevista no plano infra legal no art. 5º do Decreto federal nº 2.271, de 1997 (que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências), bem como na IN-SLTI nº 02, de 2008, nos seus artigos 37 a 41B.

O artigo 37 da citada IN nº 2, de 2008 do MPOG esclarece que a repactuação de preços é espécie de reajuste contratual que deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.

Inicialmente, deve-se dizer que a repactuação de preços no âmbito do contrato administrativo surgiu como mecanismo para obstar prejuízos para a Contratada e para a contratante, encontrando disciplina no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que regulamenta a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e na Instrução Normativa nº 2 de 30 de abril de 2008 da SLTI do MPOG, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, com suas alterações.

Pois bem. Feitas estas considerações iniciais, cumpre analisar os pressupostos fixados nos citados diplomas normativos para a concessão da repactuação de preços nos contratos administrativos:

- houver previsão no edital e no contrato;
- tratar-se de serviços contínuos;
- for observado o interregno mínimo de 01 (um) ano;
- houver demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato;
- não tenha havido a preclusão do direito.

Uma vez atendidos os pressupostos supra, a repactuação poderá, em tese, ser concedida.

Em relação ao requisito temporal, é importante estabelecer a diferença entre os três tipos de insumos: os ligados à mão de obra, os ligados à variação do mercado, e os ligados às tarifas públicas.

Em relação aos dois primeiros, há uma grande diferença no marco temporal para a contagem do prazo de um ano, consoante disciplinado na Orientação Normativa nº 25, do Advogado-Geral da União:

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

Assim, em relação aos insumos ligados à variação do mercado, o marco temporal para a contagem do prazo de um ano é a data limite para apresentação da proposta.

Já quanto aos custos da mão de obra, a orientação é a de que o marco temporal refere-se à data em que passaram a vigorar os efeitos financeiros da convenção coletiva de trabalho ou instrumento equivalente, pouco importando a data de sua celebração.

Assim, em se tratando da primeira repactuação, aplica-se o disposto no inciso II do art. 38 da IN 02/2008, que estabelece que a contagem do interregno mínimo de 01 (um) ano se dará da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-bases destes instrumentos.

Esse o sentido da Orientação Normativa nº 25, ao preconizar que o interregno mínimo de 1 (um) ano para que se autorize a repactuação deverá ser contado da data do orçamento a que a proposta se referir, entendendo-se como proposta o acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, quando os custos decorrerem de mão-de-obra.

Já quanto às repactuações subsequentes à primeira, a IN 02/2008 prescreve em seu artigo 39 que elas terão sua anualidade computada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

No mesmo sentido é a Orientação Normativa nº 26, do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, Revista pela Portaria nº 572 de dezembro de 2011, que estabelece que no caso das repactuações subsequentes à primeira o interregno de um ano deve ser contado da última repactuação, correspondente à mesma parcela objeto da nova solicitação. Neste caso, a ON esclarece que se entende como última repactuação a data em que iniciados seus efeitos financeiros, sendo irrelevante a data em que foi celebrada ou apostilada.

Por fim, mas ainda quanto ao interregno temporal, é importante acrescentar uma terceira categoria de insumos, que não estão nem ligados à mão de obra, nem à variação de mercado: tratam-se de insumos, que não estão nem ligados à mão de obra, nem à variação de mercado: tratam-se dos custos sujeitos à fixação de preços por órgãos

governamentais, tais como os relativos ao transporte público, para os quais, além do fator econômico, ganha relevo o fator político, impedindo uma previsão adequada quanto à sua variação e periodicidade.

Nesses casos, a contagem da anualidade deve se dar a partir da data do orçamento a que a proposta se referir, o que, nesse caso, significa contar o período de um ano a partir do último reajuste aprovado por autoridade governamental ou realizado por determinação legal ou normativa.

Esclarecido esse aspecto, podemos adentrar no tópico final de nossa manifestação jurídica referencial, para tratar da alteração dos valores, salientando que a legislação prevê seja demonstrada a variação analítica dos componentes de custos, devidamente justificada.

Assim, não basta a anexação aos autos do processo da convenção coletiva e das planilhas com a demonstração da variação dos custos apresentadas pela Contratada. Impende ao setor técnico competente do órgão assistido proceder à sua análise, verificando, primeiramente, o enquadramento sindical, ou seja, se a Convenção Coletiva utilizada para justificar a variação dos custos referente à mão de obra, de fato, abrange a categoria de trabalhadores envolvidos na contratação e também se foi a mesma adotada para a cotação dos custos por ocasião da apresentação das propostas, na licitação. Em havendo dúvidas jurídicas nesse ponto, recomenda-se o envio dos autos à PFIFRO, com a questão específica.

Verificado esse aspecto, o órgão assessorado deve examinar a correspondência dos custos constantes dos referidos documentos com os custos lançados na proposta e convenção coletiva de trabalho, ambas oferecidas na licitação. Como esta é uma atribuição que envolve conhecimentos técnicos específicos que escapam do âmbito de competência da PFIFRO, não nos manifestaríamos sobre referidos cálculos.

ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

Analisadas as exigências específicas impostas pelo art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como pelos arts. 37 a 41-B da IN SLTI/MPOG nº 02/2008 e art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997 (caso haja repactuação), a atenção deve ser voltada para a instrução processual, sob o aspecto das demais formalidades aplicáveis às contratações administrativas.

Assim, sem prejuízo dos documentos que já constam neste processo, é necessário que a Autoridade assessorada verifique e vele para que seja observada a devida instrução destes autos, atentando para as exigências da Lei nº 8.666, de 1993.

Aqui serão tecidas considerações acerca das determinações constantes dos indigitados diplomas legais:

PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal.

Já quanto a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, cabe fazer uma diferenciação, conforme ON 52, do Advogado-Geral da União:

AS DESPESAS ORDINÁRIAS E ROTINEIRAS DA ADMINISTRAÇÃO, JÁ PREVISTAS NO ORÇAMENTO E DESTINADAS À MANUTENÇÃO DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS PREEXISTENTES, DISPENSAM AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NOS INCISOS I E II DO ART. 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 2000

Desta forma, essa outra declaração depende da natureza do objeto, e no mais das vezes, em se tratando de um serviço contínuo, será destinado a manter uma ação governamental preexistente, com despesa já prevista no orçamento, dispensando a declaração de adequação orçamentária.

Em sendo uma hipótese excepcional de serviço contínuo que ainda assim refira-se a uma criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, cabe alertar para que, previamente à assinatura do termo aditivo, seja anexada a declaração exigida no artigo 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

DESIGNAÇÃO DOS AGENTES COMPETENTES PARA O PRESENTE FEITO

É juridicamente importante que conste no processo as publicações dos atos de nomeação/designação dos agentes competentes para a atuação administrativa. Para se evitar maiores gastos e repetições, é juridicamente válida a mera citação destes atos, bem como dos atos normativos que estabelecem as competências da autoridade e demais agentes administrativos, a fim de que, em caso de futura auditoria, reste comprovado nos autos, desde já, que os atos processuais foram praticados por aqueles que efetivamente detinham as atribuições correspondentes.

REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA DA CONTRATADA

No que tange à regularidade fiscal, ela deverá ser mantida durante toda a execução contratual, nos termos do art. 55, inc. XIII, da Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Cabe ao Administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões na ocasião da prorrogação.

Ademais, em vista da exigência imposta no art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 2002, e do teor da Orientação Normativa Interna n. 01, desta Consultoria Jurídica da União, recomenda-se consultar previamente o CADIN, o SICAF e o CEIS e, também, conforme recomendação do TCU constante do acórdão nº 1.793/2011-P, é necessária a consulta ao cadastro nacional de condenações cíveis por atos de improbidade administrativa mantido pelo Conselho Nacional de Justiça

MINUTA DO TERMO ADITIVO

O termo aditivo e deve conter as cláusulas mínimas necessárias para sua compreensão e eficácia.

Destacamos, nesse sentido, a cláusula que prorrogue o prazo estabelecido originariamente no contrato, o que é feito não pela correção do que está ali escrito (“onde se lê, leia-se...”), porque o que foi estabelecido ali é válido e eficaz, mas sim por meio de uma disposição específica do aditivo, que consigne a prorrogação do prazo inicial e o novo período de vigência.

Deve conter, também, se o caso, a renovação ou complementação da garantia, caso exigida inicialmente, bem como os novos valores, e a data dos respectivos efeitos financeiros, caso tenha havido alteração nesse tocante.

Em havendo diferenças a serem pagas retroativamente, pode-se prever o valor total e a forma de pagamento, inclusive.

O termo aditivo deve indicar a dotação orçamentária e, eventualmente, a cláusula que ressalve a preclusão, caso o reajuste ou repactuação já tenham sido pedidos.

Por fim, a minuta juntada ao presente processo atende a legislação em vigor e, poderá ser adotada pelo IFRO em outros processos de terceirização de mão de obra.

III - CONCLUSÃO

Desta forma, repete-se o já explicitado alhures, a amplitude do regulamento deve sempre estar definida em lei, subordinando-se aos preceitos desta última. Quando o regulamento extrapolar a lei ou contrariá-la padecerá de vício de legalidade.

O regulamento possui caráter executivo ou complementar da lei. A Lei tem prioridade sobre o regulamento. Portanto, quando se verifica conflito entre a norma primária (lei) e a norma secundária (Decreto, Portaria, Instrução Normativa, Resolução etc) deve-se sempre seguir a Lei, não havendo que se falar em direito adquirido na espécie.

Ante o exposto, sem que haja qualquer referência aos aspectos inseridos no âmbito da discricionariedade administrativa, inclusive quanto à conveniência e oportunidade, pois são estranhos às atribuições deste órgão jurídico, opina-se no sentido de que o regulamento cuja minuta (manual de gestão e fiscalização de contratos) foi posta à apreciação estará apto a produzir os efeitos a que se propõe, bem como aprovar a minuta de

termo aditivo fixando o entendimento que análise jurídica individualizada de termo aditivo poderá ser dispensada, caso a administração adota a minuta ora padronizada desde que atendidas às orientações acima.

Por fim, ressalte-se que a adoção do presente parecer referencial não exclui a possibilidade de remessa dos autos à Procuradoria sempre que a autoridade administrativa entender pertinente, houver qualquer outra dúvida jurídica a ser solucionada ou necessidade de aditamento do contrato por qualquer outro motivo que não seja a simples prorrogação dos prazos de vigência e execução.

É como opino, ressalvado o juízo de mérito da Administração, que escapam à análise jurídica desta Procuradoria. Encaminhem-se os autos a Autoridade Administrativa para análise e deliberação.

Porto Velho, 06 de junho de 2016.

OSVALDO VIEIRA DA COSTA
Procurador Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23243002720201628 e da chave de acesso 6d7f0698

Documento assinado eletronicamente por OSVALDO VIEIRA DA COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 8165705 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): OSVALDO VIEIRA DA COSTA. Data e Hora: 06-06-2016 17:23. Número de Série: 13145163. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.