360

7 - PROPOSTA DE REVISÃO DA ON/AGU 25/2009

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.

REFERÊNCIA

Art. 40, XI, 55, III, e 57, II e IV da Lei n° 8.666, de 1993, arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 10.192, de 2001; art. 5º, Decreto 2.271, de 1997, Parecer JT-02/AGU.

FUNDAMENTAÇÃO

A regra para a vigência dos contratos administrativos é de que estão adstritos à vigência dos respectivos créditos orçamentários nos termos do art. 57 da Lei de Licitações, a exceção aos serviços continuados previstos nos seus incisos II e IV.

A Instrução Normativa/SLTI/MPOG n°02/2008 define serviço continuado como "aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente".

Tais contratos podem, ainda, ser subdivididos em contratos com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra, a depender da incidência das regras do Direito do Trabalho sobre as relações contratuais iniciais.

Os primeiros são também denominados "contratos de terceirização", mas esta denominação há que ser utilizada com bastante parcimônia no âmbito da Administração Pública, dada a vedação de terceirização de pessoas nesta seara, autorizando-se tão somente dos serviços relacionados no Decreto n° 2.271, de 1997, limitados às atividades materiais assessórias, instrumentais ou complementares às atividades fins da Administração.

Nestes contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, em que alocados os empregados da empresa contratada na sede da Administração, incidem vários dispositivos específicos que os distinguem dos demais contratos, em razão também da necessidade de proteção dos

EM BRANCO

direitos dos trabalhadores. A despeito do Enunciado 331 TST indicar expressamente que o "inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial", decidiu o Supremo Tribunal Federal recentemente pela constitucionalidade do parágrafo 1° do artigo 71 da Lei n° 8.666, de 1993, *in verbis:*

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
> § 1° A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

A Corte Suprema asseverou na ADC 16/DF na sessão de 24.11.2010 (Boletim Informativo n° 610), que "*a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.*"

Em razão desta permeabilidade do Direito do Trabalho nestes contratos administrativos em específico, indiscutível sua distinção em relação aos demais contratos de serviços continuados.

Por estas mesmas razões, as regras de reajustamento também são distintas, sob a forma de repactuação, observado o interregno mínimo de um ano e mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada, conforme o art. 5° do Decreto 2.271, de 1997.

Desta forma, para que se permita a manutenção das condições efetivas da proposta como determina o inc. XXI do art. 37, da Carta Federal, requer-se dos licitantes para estas contratações que apresentem, por ocasião da licitação, a indicação do Sindicato e do respectivo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo que rege a categoria profissional envolvida na contratação, os salários e benefícios nele estabelecidos, dado que este documento tem força vinculante para as partes (trabalhadores e empregadores), em Planilha de Custos e Formação de Preços cujo modelo é apresentado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação.

EM BRANCO

362
DC

Nesta Planilha de Custos e Formação de Preços, são indicados todos os custos individualizados da contratação, que basicamente possuem duas naturezas distintas – aqueles que são decorrentes dos salários dos trabalhadores que serão aplicados no contrato e seus respectivos reflexos, e demais insumos que são necessários à plena execução da contratação, mas independem da força de trabalho (equipamentos, uniformes, materiais, e outros).

Para quaisquer destes insumos aplica-se o instituto do reajustamento de preços, na espécie da repactuação, já pacificado que as alterações advindas mesmo de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho não dão margem à revisão prevista no artigo 65, inc. II, "d", da Lei n° 8.666, de 1993. Neste sentido a ON/AGU 25/2009 ora revisada e ampliada e os Acórdãos/TCU TCU 1.563/2004-Plenário, 2255/2005-Plenário.

Neste sentido, deve então ser levada em conta a Lei n° 10.192, de 2001, que vedou nos artigos 1° e 2° a fixação de correção monetária ou reajuste em contratos com prazo inferior a um ano, autorizando-a nos contratos com vigência igual ou superior a este interregno. Para a Administração Pública, estabeleceu no parágrafo 1° do art. 3° que "a periodicidade anual nos contratos (...) será contada a partir da data limite para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir".

Neste contexto, tem-se, então, o Parecer JT-02 da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República nos termos do art. 40 da LC 73, de 1993, de onde se extraí de suas conclusões que "*b) no caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de um ano para se requer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta*".

Portanto, há que se compreender que para o perfeito atendimento do comando constitucional aqui indicado de manutenção das condições efetivas da proposta, tendo em conta que o contrato de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra possui insumos de naturezas distintas, um decorrente dos custos da mão de obra e seus reflexos e o outro dos demais insumos necessários à execução do contrato, inexorável a conclusão de que a anualidade para a autorização da repactuação deve ser contada distintamente para cada uma destas parcelas.

Tendo o Parecer JT-02/AGU fixado que a data do orçamento a que a proposta se referiu corresponde a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo, bem como exposto em sua fundamentação que "*nas suas relações*

COMPLIMENTS

contratuais administrativas, não pode a Administração Pública desconsiderar os efeitos financeiros decorrentes destes acordos, eis que suas disposições repercutem sobremaneira na equação econômico-financeira dos contrato", há que se compreender que para a parcela do contrato que decorre dos custos da mão de obra, o interregno de que trata a Lei n° 10.192, de 2001 deve ser contado da data do orçamento a que a proposta que se referir.

Não obstante, para os demais insumos necessários à execução do contrato, tem-se que os preços são apresentados pelos licitantes atualizados quando da efetiva apresentação da proposta. Desta forma, a autorização para a repactuação somente pode se dar após o interregno de um ano deste fato, para o atendimento do comando constitucional do art. 37, inc. XXI, dos arts. 1°e 3°, §1°, da Lei n° 10.192, de 2001.

Orientação Normativa n° 25/2009 (redação antiga)

A ALTERAÇÃO DOS INSUMOS DA PLANILHA DE PREÇOS DECORRENTE DE ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO SOMENTE PODERÁ SER OBJETO DE PEDIDO DE REPACTUAÇÃO CONTRATUAL.

REFERÊNCIA:

Arts. 40, inc. XI, e 55, inc. III, da Lei no 8.666, de 1993; Nota AGU/DECOR n° 23/2006-AMD; Acórdãos TCU 1.563/2004-Plenário, 2255/2005-Plenário.

FUNDAMENTAÇÃO:

A possibilidade de correção da equação econômico-financeira do contrato em situações de eventual desequilíbrio está insculpida nos arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, e 65, inc. II, letra "d", da Lei no 8.666, de 1993.

As previsões postas nos arts. 40 e 55 dizem respeito a regras de reajuste, enquanto a do art. 65 cuida de reequilíbrio econômico-financeiro.

O gênero reajuste de preços comporta duas espécies: reajuste de preços em sentido estrito, quando utilizado índice setorial; e repactuação, quando realizada a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

A hermenêutica do inc. II do art. 38 da Instrução Normativa SLTI/MP n° 02, de 2008, conduz ao entendimento de que a repactuação é o instituto a ser aplicado nos serviços continuados que envolvam terceirização de mão-de-obra.

EM BRANCO

Efetivamente, já restou assentado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1.563/2004-Plenário, que Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho não servem de fundamento a sustentar o reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, inc. II, letra "d", da Lei no 8.666, de 1993).

Na decisão referida, a Corte de Contas asseverou que não há como se aplicar a teoria da imprevisão quando do reajuste salarial, considerando que este nada mais é do que a variação do custo do insumo "mão de obra" provocada pelo fenômeno inflacionário. Também foi afastada a possibilidade do seu enquadramento como "fato previsível, porém de conseqüências incalculáveis", uma vez que o comportamento e os efeitos da inflação podem ser antevistos já na elaboração da proposta e, a seguir, incorporados na equação econômico-financeira do contrato, ainda que isso não ocorra em valores exatos.

Por fim, a Corte de Contas pacificou, no Acórdão 2.255/2005-Plenário, a noção de que o reequilíbrio econômico-financeiro não serve de supedâneo legal para promover a readequação dos valores dos contratos de prestação de serviços contínuos com fundamento em aumento salarial, ainda que a título de abono.