

## A repactuação na nova Lei de Licitações e os cuidados essenciais

Por **Gustavo Cauduro Hermes**<sup>1</sup>

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos do Brasil finalmente foi sancionada e cria um novo marco legal para a matéria, agora sedimentado na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

A antiga Lei Federal de Licitações (L.8.666/93), de fato estava muito ultrapassada, sendo apenas sustentada na prática pela combinação com outras normas legais e infra legais aplicáveis, que modernizaram os processos de licitação e contratação no âmbito público.

A bem da verdade, esta nova Lei em pouco inova em relação a institutos jurídicos, mas é muito diferente da velha Lei de Licitações. Contradição textual? Não, senão vejamos.

Ocorre que esta Lei, originada de substitutivo elaborado pela Câmara dos Deputados ao antigo Projeto de Lei do Senado (PLS) 559/2013, trouxe uma compilação de inúmeras normas e práticas pertinentes e atuais sobre licitações e contratos, de leis a instruções normativas ajustadas em interpretação a recorrências polêmicas avaliadas pelos Tribunais de Contas.

Boas práticas aplicáveis a uns tipos de instituição ou objeto contratual e a outros não foram incorporadas, exigências formais ou documentais antes exigidas em certas situações específicas agora foram planejadas para aplicação generalizada. Trata-se, pois, de uma consolidação normativa com efeito de ampliação de aplicação institutos à toda esfera pública, fazendo surgir uma efetiva Nova Lei de Licitações, muito melhor que anterior, e especialmente dispensando as inúmeras pesquisas e combinações com outras normas para efetivar uma boa seleção e contratação pública. Agora está tudo concentrado numa lei só, mais moderna e completa.

Dentre tantos temas inovados no âmbito da Nova Lei de Licitações, mas há muito tempo aplicados e avaliados no mundo jurídico por outras fontes, conceitos e finalidades, se destaca o instituto da Repactuação de Preços, oportuna e corretamente agregado à lei que trata dos contratos administrativos, porém tratado no texto normativo com algumas falhas que podem gerar polêmica e problemas no futuro, sendo este artigo voltado aos essenciais esclarecimentos que possam servir a evitar tais problemas.

A Repactuação consiste num instituto voltado à atualização financeira de valores. Propõe reavaliar o preço fixado em contratação onde esteja prevista, em tempo certo e ante possível variação de custos ao longo do tempo, de modo a repor o equilíbrio econômico-financeiro inicial, sem que haja delimitação específica de um único tipo ou categoria de contratos a admitir este tipo de instituto de atualização financeira ou correção monetária.

A repactuação emergiu com força no Brasil com a implementação do Plano Real, nos idos de 1994. Vale lembrar que naquela época o Brasil vivia uma constante de inflação excessiva e incontrolável com imprecisão de índices reais pelo crescimento espiral de preços e completo descolamento comparativo de valores ou poder de compra da moeda. Tratava-se de um problema crônico da economia brasileira mesmo depois dos diversos planos econômicos implementados desde o início dos anos 90.

<sup>1</sup> Advogado e Administrador de Empresas. Consultor de Licitações e Contratos. Coordenador do Núcleo de Estudos de Licitações e Contratos do Instituto Nacional de Gestão Pública – INGEPE.

O Plano Real reeditou algumas medidas econômicas conhecidas para o combate da hiperinflação, mas de fato inovou e ganhou eficácia ao prever, entre outros ajustes, uma regra aparentemente simples: a imutabilidade de preços por períodos sequenciais de no mínimo 12 (doze) meses. Note-se na redação do artigo 11 da Medida Provisória 434, de 27 de fevereiro de 1994:

Art. 11. Nos contratos celebrados em URV, a partir de 1º de março de 1994, inclusive, é permitido estipular cláusula de reajuste de valores por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, desde que sua periodicidade seja anual.

Esta nova regra tinha o claro objetivo de frear os aumentos de preços por prevenção ou por reação dos agentes econômicos, o que incrementava à época uma inflação inercial e fictícia sem fundamentos econômicos concretos para tamanha desvalorização da moeda.

Juntamente com esta medida de manutenção anual de valores dos preços contratados, repare-se que foi ressaltada uma forma alternativa de ajustar os preços e mais precisa de promover a correção monetária, textualmente indicada pela “variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”. O que seria este instituto senão de modo efetivo a repactuação? Estabelecia-se, assim, uma opção ao índice de preços, já que os índices gerais de preços eram demasiadamente afetados por preços irrealis e mesmo surreais daquele período histórico de hiperinflação.

Como o plano foi instituído por medida provisória e mantido por sucessivas reedições, incorporou melhorias redacionais e culminou em Lei Federal a manter este estabelecimento tanto de prazo mínimo quanto de dupla opção para a atualização dos preços – o Reajuste e a Repactuação, sendo que durante muito tempo logo após a implementação do Plano Real o instituto da Repactuação era incentivado e mesmo imposto por diversas instituições públicas do Estado Brasileiro, sobretudo no âmbito federal, em vistas de encontrar o exato ponto de equilíbrio e acerto em cada contratação, acertando o valor da moeda e ajudando na estabilização econômica do Brasil.

Ao final de tantas medidas provisórias, assim restou assentado na Lei Federal 10.192/2001:

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

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

E como esta nova realidade fora incorporada nos contratos administrativos? A partir do seu clausulamento, na medida em que se trata de atualização financeira do tipo ordinária que precisa estar prevista na convenção entre as partes para integrar o arcabouço obrigacional.

Desde junho de 1993 já convivemos com a Lei Federal de Licitações (L.8666/93), portanto antes mesmo do Plano real, e no seu bojo, especialmente no artigo 55, inciso III, estabelece a obrigatoriedade de constar no contrato “os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços”, que não se confundem com “os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”, que também é outra inclusão impositiva no texto clausular dos contratos administrativos.

Importante ressaltar que a própria Lei trata em momentos distintos de reajustamento e de reajuste, respeitando estas diferenças terminológicas, e convém ainda referir que na época de sua edição não se utilizava outro instituto que não o reajuste por

índices gerais e setoriais para atualização dos contratos, ante a dinâmica e velocidade de variação dos preços.

Neste contexto, como primeiro impacto da normatização do Plano Real, os gestores públicos passaram a ter que identificar claramente em seus contratos se operar-se-ia reajuste ou repactuação (ou ainda a interessante e recomendada combinação de ambos em casos específicos em partes distintas da planilha de custos), assim como precisaram prever periodicidade em prazos jamais inferiores a um ano, vindo a sagrar-se praxe nacional as cláusulas com periodicidade exata de um ano, muitas vezes ainda adicionadas de condicional possível mudança para período inferior se sobrevier lei reduzindo ou extinguindo a periodicidade mínima.

Num primeiro momento, a repactuação foi adotada nos contratos com elevada participação do “item de custo mão-de-obra”, vez que a imposição de regras novas editadas a cada ano nas Normas Coletivas (Convenção Coletiva, Acordo Coletivo e Dissídio Coletivo) impunham efeitos e impactos de difícil, senão impossível, previsão e efeitos extremamente peculiares a cada categoria envolvida, sem qualquer condição de efetivo reflexo por índices gerais e mesmo setoriais do mercado. Esta adoção se mostrou bastante eficiente e eficaz, apenas um pouco trabalhosa dependendo do histórico de estruturação e manuseio das planilhas de custo no histórico de cada contratação.

O mecanismo da repactuação é bastante simples, embora nem sempre os cálculos também assim sejam. Basta a detentora e gestora dos seus próprios custos – a contratada – apresentar uma nova planilha demonstrando cada item que sofreu modificação e a origem comprovada destas variações, assim como seus reflexos na matriz de custos do contrato.

Diante deste demonstrativo planilhado, cabe à Administração contratante criticar os números e razões de justificativa apresentados, devendo sua investigação e crítica poder determinar diligências e recair sobre:

- Ocorrência ou não dos fatos apresentados como fundamento para a repactuação de cada item (exemplos: aumento dos salários na nova norma coletiva, aumento do combustível);
- Efeito financeiro do fato ocorrido (exemplos: quanto aumentou para qual cargo ou faixa de salários, quanto aumentou o diesel e a gasolina);
- Pontos de impacto na Planilha (exemplos: quantos empregados do contratado estão em cada condição de impacto de qual aumento salarial – lembrando que certas categorias de trabalhadores vêm sofrendo aumentos salariais diferentes para as diversas faixas salariais, buscando aumentar quem ganha menos e reduzir disparidades, ou ainda, qual proporção de consumo de diesel e quanto de gasolina);
- Efeito ponderado e combinado de todas as modificações no custo do contrato de modo efetivo (exemplos: se a contratada vinha pagando salário maior com rubrica de “adiantamento de dissídio” e apenas editou os números pouco ou nada aumentando o custo com salários, ou ainda se não mais precisa e nem aloca certo profissional que ainda constava na planilha anterior sofreria impactos da norma coletiva, se certos trajetos foram ajustados e a proporção de consumo entre diesel e gasolina mudou, e em quanto).

No final de toda esta avaliação, muitas vezes contando com sucessivas rodadas de análise conjunta e negociação com a contratada, encontrar-se-á o novo e preciso valor que o preço do contrato merece acolher para reequilíbrio econômico-financeiro, partindo-se para a formalização.

Mas como ficou a Repactuação na incorporação à Lei Federal de Licitações?

Nas definições do artigo 6º, exatamente no inciso LIX, a Nova Lei de Licitações conceitua Repactuação como sendo:

“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;” (grifo nosso)

Trata-se de uma boa definição do instituto, de fácil assimilação. Contudo, peca ao delimitar aplicação apenas para contratos com exclusividade ou predominância de mão de obra, o que pode provocar problemas e utilização restrita de tão interessante instituto de atualização financeira.

Ora, inúmeros outros contratos possuem insumos muito representativos e de grande sensibilidade específica, que justificariam adoção de repactuação mesmo não tendo no item mão de obra a maior representatividade. À guisa de exemplo, pensemos nos contratos de transporte onde o insumo combustível, atrelado à amortização dos veículos, possa representar mais do que a remuneração e encargos com o motorista. É típico contrato de grande pertinência à Repactuação, mas em estreita atenção ao texto legal, não admitido.

Noutra passagem do texto da nova lei, emerge na previsão de conteúdo básico do edital, no artigo 25, parágrafo 8º, que assim dispõe em reforço integrado à disposição antes destacada:

§ 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.

Fácil identificar a existência do mesmo problema redacional de definição do instituto constante no artigo 6º, que provavelmente passou despercebido pelo legislador; mas enquanto assim perdurar, imporá limites de utilização do instituto na Administração Pública.

Uma vez assim publicada a Lei, aqueles que querem se ver bem longe de dar explicações em apontamentos do controle interno ou externo, deixarão de usar este instituto nos contratos que não tenham predominância de custo com mão de obra ou sua exclusividade na matriz de formação do preço, pelo que perderão os contratos administrativos ferramentas de melhor desenvolvimento.

Por dever da abordagem, cumpre ressaltar que o mesmo teor do criticado parágrafo 8º, do artigo 25, é repetido no artigo 92, em seu parágrafo 4º, limitando a utilização do instituto da repactuação.

Noutra passagem da Nova Lei de Licitações, o artigo 92, em seu inciso X, prevê que no contrato administrativo seja previsto prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, adicionada esta exigência legal da expressão “quando for o caso”.

O problema aqui é saber exatamente quando será o caso. A rigor, a fixação de um prazo para resposta de pedido repactuação de preços significa adicionar uma obrigação convencional contra a Administração, em delicado movimento que exige perspicácia na fixação, pois prazo exíguo pode facilmente colocar a Administração em mora, e prazo demasiado extenso significará prejuízo ao contratado, que se apresenta antecipadamente em majoração de preços no certame, novamente sendo prejudicial à Administração.

A solução para esta questão passa por melhorar o conjunto redacional do contrato administrativo, prevendo de início e em forma completa e detalhada como deve ser instruído o pedido de repactuação, e, a partir daí, somente do pedido correta e completamente instruído contar exíguo prazo para avaliação e resposta. Fato é que a interpretação cautelosa desta passagem legal incita a que haja previsão de prazo para resposta a pedido de repactuação, o que somente será seguro se o contrato detalhar exatamente como instruir o pedido de modo completo e correto, com informações e documentos precisos para aceitação.

Também do artigo 92 da Nova Lei de Licitações provém outra previsão acerca da repactuação, no tocante ao referido prazo de resposta, fixando um transcurso de tempo “preferencial” de um mês. Ora, a que serve uma norma legal com indicação textual que sua observância é “preferencial”, sem que delimite períodos ou imponha critérios de fixação ou justificção? A rigor, “letra morta”, mas que pode dar um desnecessário trabalho aos agentes públicos e possível retardo em contratações por conta de possíveis impugnações ao edital que critiquem fixação porventura demasiado longa para tal resposta, sobretudo se ultrapassar um mês, pois repare-se como posto na redação oficial:

§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei.

Ante este aspecto, a cautelosa atenção à Lei determinaria que sempre seja fixado o prazo de resposta de um mês, não esquecendo de melhor especificar a documentação mínima para considerar instrução completa e começar a contagem do prazo, que há de ser mais detalhada e exata que a previsão legal. Ora, se um mês é o prazo preferencial, porque impor à Administração um prazo menor, uma obrigação maior e arriscada? Não tem sentido.

Já no que tange à prazos maiores, de fato existem situações extraordinárias que envolvem uma matriz de custos muito complexa e exigem cálculos aprofundados, pesquisas mais extensas e, por conseguinte, necessariamente mais tempo. Nestes casos, nada obsta que se fixe desde a minuta do contrato que segue anexa ao edital de licitação um prazo de resposta superior a um mês. Contudo, importante que se firme a regra de sempre justificar no processo de instrução do certame as razões para fixar prazo superior a um mês. Entendo que a adoção do prazo preferencial da Lei dispensa respectiva justificativa, somente atraída quando adotado prazo superior, que possa ensejar irresignação dos licitantes.

A propósito do mencionado artigo 135, cumpre ressaltar que contempla os mesmos equívocos das passagens legais acima criticadas, no que se refere a consideração da repactuação apenas para contratos com dedicação exclusiva de mão-de-obra ou predominância desta. Além deste problema de limitação do instituto, emerge outro relacionado ao texto legal, qual seja, o de tornar impositiva a repactuação do contrato administrativo nestes casos a despeito do que possa constar na respectiva cláusula do contrato administrativo. Ora, a repactuação consiste numa das modalidades possíveis para atualização financeira do preço dos contratos, e deveria a lei apenas se limitar a oferecer possibilidades de aplicação do instituto, instrumentalizando o Gestor Público. Da forma escrita, só se aplica a contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra e sempre a estes, por força do artigo 135, que assim dispõe:

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:

I – à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;



II - ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

Além das críticas apresentadas ao seu enunciado, também pertence criticar a limitação de possibilidades para fixação das datas-bases, pois percebe-se redação desnecessariamente redutora de possibilidades, limitando o instituto da repactuação em relação à sua melhor aplicação de contagem de tempo.

De relembrar a base legal que sustenta o instituto da repactuação no cenário nacional, donde se percebe clara inspiração na redação da data-base em referência na Nova Lei de Licitações, tendo sido também inspiração para as demais normativas que tratam sobre o instituto. Trata-se do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei que assentou o Plano Real (L.10.192/2001), que assim dispõe:

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. (grifo nosso)

Interessante reparar que a Lei do Plano Real apresenta duas possibilidades de assentamento da data-base.

A primeira delas seria a data limite para apresentação da proposta, hipótese absolutamente não recomendada, pois a rigor pode significar data posterior à de fixação do preço. E se existe uma premissa destacada, e existe, sobre atualização financeira, é que a metodologia de correção deve incorporar todas as ocorrências após a base de fixação do preço em recálculo.

Logo, se o processo administrativo de seleção admite apresentação de propostas e preços antes de ultimado o prazo para tal, podemos nos deparar com preços fixados antes de uma data na qual poderia ocorrer eventos relevantes de desequilíbrio. Neste contexto, foi muito bem a Nova Lei de Licitações ao considerar no inciso I do artigo 135 não a data limite, mas a data da própria proposta, melhorando a aplicação do instituto.

Contudo, pode causar outro problema: desequilíbrio de forças no certame e perda da absoluta isonomia competitiva para a licitação considerando a contratação pretendida, pois embora os números sejam comparados matematicamente apenas, quem ofereceu proposta em momento anterior, se não revista e atualizada com nova data, está em vantagem aos demais, pois terá direito à atualização financeira em momento antecipado em relação ao planejamento dos outros competidores interessados, englobando possivelmente impactos econômicos adicionais e maior majoração na primeira repactuação, pois eventos relevantes e então não percebidos podem ter ocorrido no intervalo entre propostas de licitantes distintos.

Logo, data da proposta é melhor do que data limite para apresentação da proposta, mas ambos não são exatamente a melhor alternativa de contagem.

A segunda possibilidade instituída na Lei do Plano Real diz respeito à “data-base fixada a partir do orçamento a que a proposta se referir”. Embora a menção à acordo, convenção coletiva ou dissídio coletivo, constante na Nova Lei de Licitações, possa significar uma data-base orçamentária a que se refira a proposta, acaba por ser limitador, pois existem inúmeros outros marcos que o orçamento pode se apegar, não somente Normas Coletivas.

Neste aspecto percebe-se um avanço e um reflexo da anomalia antes apontada, de pensar no instituto da repactuação apenas para contratos com predominância de mão-de-obra. Ora, inúmeros outros contratos celebrados no mercado possuem marcos orçamentários de grande relevância que não estão atrelados a custos trabalhistas. Não existe

justificativa plausível para esta limitação imposta ao instituto, de ter sido pensado e limitado somente a contratos com intensiva e mais representativa mão de obra.

Porquanto, limitar as datas-bases apenas à data da proposta ou a normas coletivas mostra-se inadequado; operacional, mas limitante e, por isso, inadequado. Por sorte, a redação do cabeçalho do artigo 135, com repetição da falha de limitação de hipóteses da repactuação centrada em contratos com predominância de mão-de-obra, faz com que a interpretação da lei permita entender as limitações dos incisos I e II apenas para repactuação nos casos de contratos com mão-de-obra com dedicação exclusiva ou com sua predominância nos custos, mantendo-se o disposto na Lei 10.192/2001 para demais contratações, se em algum momento houver ajuste nesta Lei para ampliar as hipóteses de aplicação da Repactuação aos demais contratos.

O fato é que a Lei do Plano Real, ao mencionar de modo aberto data-base fixada a partir do “orçamento que a proposta se referir”, abre inúmeras possibilidades ajustadas diretamente para adequação às peculiaridades de cada contrato. Permite, por exemplo, aplicar no caso prático a melhor solução identificada no mercado, qual seja: fixar desde o edital uma data certa para que todos os licitantes considerem como base orçamentária para suas propostas, podendo trabalhar com mais opções de datas para parcelas distintas da composição de custos. Neste caso, seria planejada a data-base entre todos os licitantes e esta seria fixada pela Administração desde a publicação do Edital, facilitando sobretudo a fixação do preço, a disputa entre interessados e mesmo a promoção da repactuação (por exemplo, indicaria que todos os preços terão como data base econômica de referência o dia 1º de janeiro de 2020, sempre indicando data passada, claro).

Seguindo a avaliação das disposições da Nova Lei acerca da repactuação, cumpre ressaltar a perfeição do disposto no parágrafo primeiro do mesmo artigo 135, assim redigido:

§ 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Trata-se de um pertinente regramento sobre tratamento de questões inseridas em normas coletivas que não devam afetar a Administração Pública ou possam de alguma forma representar vantagem indevida ao contratado.

Uma delas é a inadmissão do repasse da cobrança de valores por participação dos empregados nos lucros da empresa. Ora, caso haja previsão deste tipo de este alcance, terá por base ganho, vantagem, lucro auferido pela empresa, cujo respectivo pagamento de participação significará apenas uma redução deste, mas jamais custo da atividade. Trata-se da aplicação da mesma lógica para não se admitir nas planilhas de custo rubricas de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido. Do contrário, admitir-se-ia pagar maiores valores para empresas que lucrassem mais.

Já a previsão de desvinculação de qualquer definição de valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, vem ao encontro de entendimento crescente e até mesmo evidente, sobre limites de disposições das normas coletivas. Na contramão da evolução do instituto da Terceirização, que prevê contratar resultados e não trabalhadores - o que é feito e não quem vai fazer - alguns sindicatos vinham de modo impertinente e mesmo incompetente adicionando em suas normas coletivas especialmente percentual obrigatório de encargos sociais a serem considerados para atividades envolvendo empregados de certas categorias; e mais, vinham atrapalhando e incomodando licitações

públicas a exigir tal percentual e mesmo sua consideração para cálculo de exequibilidade. Por certo que este tipo de abuso normativo poderia transtornar gravemente o equilíbrio de um contrato também em momento de repactuação, razão pela qual o acerto na exclusão expressa mencionada na Lei.

Também merece registro o acerto na desvinculação obrigacional insculpida no parágrafo seguinte, segundo, como vemos:

§ 2º É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

Trata-se de evidente repúdio a outra investida de alguns sindicatos, que buscavam negociação de cláusulas diferenciais na norma coletiva, estabelecendo certas cláusulas de âmbito geral e outras exclusivas para empregados alocados na Administração Pública, fazendo com que a mesma norma coletiva previsse aplicação diferenciada conforme o tipo de “cliente” do prestador de serviços que alocasse mão de obra. Neste sentido, estabeleciam direitos majorados em relação aos respectivos empregados alocados na Administração Pública, na clara expectativa de reposição integral dos valores majorados por meio de repactuação impositiva.

Entretanto, ao contrário dos dois primeiros parágrafos, o parágrafo terceiro do mesmo artigo 135 vai mal e traz na redação outro problema relacionado a datas-bases da repactuação, pois contradiz o próprio enunciado do artigo, elencando marcos temporais distintos e deixando de fora as normas coletivas da referência temporal, como se percebe na redação abaixo:

§ 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.

Esta disposição aparentemente teria o condão de apenas regrar novas repactuações, mas também vai mal quando tenta criar um marco seguinte em repactuações sucessivas, na medida em que “data da última repactuação” não é um marco recomendado, já que na maioria das vezes a data da última repactuação é a data da formalização do termo aditivo, lançada após inúmeras discussões e debates, que podem ter se estendido e determinaram o novo valor do contrato com base financeira economicamente fixada em momento anterior.

É certo que toda formalização de repactuação consagra novo valor calculado em data pretérita, sendo extremamente recomendado e correto que no termo de formalização da repactuação seja fixada a nova data-base do novo valor, de modo explícito, claro, e certamente anterior à data da formalização do pacto, de modo a inserir no próprio termo de formalização não só os novos valores, mas suas datas de referência econômica. Esta uma solução para contornar este equívoco da previsão legal.

Já os parágrafos 4º e 5º do artigo 135 elucidam de forma clara a possibilidade de multipartição da repactuação, já que pode recair sobre parcelas distintas do custo em momentos/datas-bases mais pertinentes a cada insumo. Uma prática de grande valia que deixa a repactuação ainda mais precisa em vista da realidade contratual.

O parágrafo 6º do artigo 136, por sua vez, regula o procedimento para promoção da repactuação, onde prevê que ela será precedida de solicitação da contratada, 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.



Trata-se de estabelecimento mínimo procedimental e de instrução, que admite e merece maior detalhamento dentro do contrato, conforme cada realidade de objeto convencionado e insumos dos custos, sendo essencial como previsto na lei a participação ativa da contratada informando e comprovando as variações e impactos efetivos nos custos.

Por final, impende tratar da formalização da repactuação. O artigo 136 da Nova Lei de Licitações incorpora agora em âmbito legal a temerária inovação da IN 6/2013 do MPOG ao assemelhar repactuação ao reajuste para efeito de admissão de apostilamento na sua formalização.

Aqui reside um importante aspecto de debate há muitos anos controverso no cenário nacional. Com todo respeito aos posicionamentos em contrário de alguns juristas e às determinações de instruções normativas do Poder Executivo, repactuação não se deve fazer por apostilamento, deve-se fazer por termo aditivo.

Os ajustes contratuais têm como regra a formalização por termo aditivo, regra geral para qualquer alteração de contrato, e por exceção em hipóteses taxativas antes previstas no parágrafo 8º do artigo 65 da “antiga” Lei Geral de Licitações (L.8.666/93), o apostilamento, *in verbis*:

§ 8º. A variação do valor contratual para fazer face ao **reajuste de preços previsto no próprio contrato**, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, **não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.** (grifo nosso)

A utilização do apostilamento sempre foi excepcional, prevista para situações de mero registro de alguma situação formal necessária a justificar modificação explícita de algum valor, nomenclatura ou rubrica contábil, que não tenha potencial modificativo do ajuste contratual. Não se modifica contrato por apostilamento, apenas se registra efeitos numéricos necessários e invariáveis ante as condições contratuais preexistentes, ou corrige e atualiza alguma informação de referência.

Quanto à admissão do reajuste ser formalizado por apostilamento, é como se servisse a registrar uma providência contratual no sentido de que “foi feito o que deveria ser feito, da única forma admissível a fazer, com o resultado cartesiano invariável que deveria ter”.

Explica estar o reajuste neste rol porque, na medida em que estipulado o índice a ser adotado, a data-base e o valor base/anterior, por certo que o valor reajustado será único e invariável, pois resultará de uma operação matemática simples, de adicionar o aumento do índice sobre o preço anterior e identificar o preço novo. A participação de agentes públicos ou da contratada no cálculo do reajuste devido não modifica a conta final, jamais (sem desconsiderar a possibilidade de as partes negociarem incremento em menor percentual que o indicado no índice, o que se concretizaria por meio de termo aditivo).

É comum o questionamento se a repactuação não seria o mesmo processo matemático, não equivaleria ao reajuste só que mediante identificação de variações e índices individuais nos custos. E a resposta é invariavelmente não! Reajuste é um instituto que se faz de um jeito e resulta numa conta certa e invariável, enquanto a Repactuação é outro instituto promovido de forma diversa e com resultados menos cartesianos, justamente para serem tendentes à maior precisão no aso concreto, embora ambos busquem o mesmo objetivo.

Repactuação não se assemelha ao reajuste na medida em que a repactuação não é apenas é aplicar índice(s) sobre os custos originais da planilha do contrato, pois estes custos podem ter perdido a proporção original entre si. Impõe adicionalmente que se atualize as

proporções internas de custos na planilha, e, diante de uma mudança percebida, a necessária identificação do impacto de mudança dos pesos ponderados de custos antes de se apropriar os novos valores, o que depende de situações concretas decorrentes da condução da contratada sobre o período de execução do contrato que se quer repactuar. Por exemplo, se um dos itens da planilha era um insumo mais utilizado para o período inicial de execução mas passava a ser menos significativo na execução de meio do contrato (e teve significativo aumento de custo); ou se a norma coletiva tenha imposto diferentes índices de aumento ou premiações para diferentes faixas salariais da categoria, e a evolução contratual determinou modificação da distribuição de cargos e salários que a inicial, ou ainda se houve um incremento de custo de insumo extremamente elevado e descolado das médias da economia, mas cujo impacto não ocorrerá nos custos da contratada por aquisição anterior ou compromisso firme com preço estabelecido junto ao fabricante; e assim diversas outras situações práticas concretas que demonstram merecer a repactuação efetiva instrução documental e planilhada para análise e deliberação. Fosse algo cartesiano, nem precisaria da participação da contratada para identificação do novo valor devido por repactuação, pois ante uma primeira planilha de custos conhecida seria possível identificar o exato novo valor devido.

De reparar que o próprio nome repactuação indica em suas raízes verbais a ideia de um novo acordo contratual, de “pactuar novamente”, o que necessariamente atrai a obrigatoriedade de participação e concordância de ambas as partes, concordância esta que deve ao final ser assentada em documento bilateral, diverso do que se tem no instituto do apostilamento.

O apostilamento tem como característica básica tratar-se de mera anotação no processo administrativo, anotação esta promovida individualmente pelo agente público competente sem necessidade de participação da contratada ou sua subscrição, e dispensando a formalidade inerente aos aditivos, que é a publicação de extrato de sua ocorrência.

Ora, como imaginar uma repactuação sem debate aplicado sobre a planilha de custos, com suas ponderadas variações, e sem acordo entre as partes? O próprio essencial processo dinâmico de instrução da repactuação conduz à dedução de encontrar-se excluído do rol taxativo de exceções para apostilamento, pois exige instrução processual.

Tão relevante é essa questão que alguns gestores chegam a mencionar prática de apostilamento com assinatura de ambas as partes, criando um instituto intermediário entre apostilamento e termo aditivo, menos formal que aditivo ao dispensar publicação e mais formal que o apostilamento ao exigir registro formal de concordância com assinatura de ambas as partes, mas absolutamente carente de amparo legal. Por mais anômalo que possa parecer, ainda é melhor que um apostilamento típico unilateral. Mas ainda assim, pela inexistência deste instituto intermediário e ante o Princípio da Legalidade, adequado mesmo é adotar o formal termo aditivo.

É verdade que desde a Instrução Normativa número 2 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, somente após a redação dada pela Instrução Normativa nº 3 (de 16 de outubro de 2009), se inaugurou uma nova classificação de reajuste em sentido estrito e em sentido lato e interpretação jurídica “forçada” para tentar justificar a repactuação feita por apostilamento, quando no art. 40, parágrafo 4º, afirmava ser a repactuação espécie de reajustamento de preços e, por essa razão, dispensaria a celebração de termo aditivo, o que certamente influenciou na redação desta Nova Lei de Licitações que agora apresenta esta anomalia integrada em texto legal.

A partir daquele momento, o Brasil passou a adotar em larga escala esta instrução, que veio a repercutir inclusive em admissão por Tribunais de Contas, mas não raras vezes

constando nos mesmos julgados admissivos do apostilamento a recomendação de uso preferencial de termo aditivo. Vale registrar que a redação original do mesmo dispositivo normativo do Ministério do Planejamento indicava que “no caso de repactuação, será lavrado termo aditivo ao contrato vigente” e não houve mudança na Lei de Licitações para ter sustentado a “evolução” interpretativa de extensão do instituto do apostilamento, ainda mais constante em Instrução Normativa de Órgão do Poder Executivo lá em 2013, e não em Lei.

Não alheios a esta problemática, o Poder Judiciário Eleitoral deste país, órgão notoriamente bem administrado e pelo qual passaram inúmeros presidentes e diretores gerais de elevado quilate, resolveu redigir e publicar sua própria normativa para contratações de serviços, pareando com a referida IN 2/08, visivelmente nela inspirados mas corrigindo os desacertos jurídicos mais evidentes, dentre eles este ora em foco, pelo que o Tribunal Superior Eleitoral publicou em 2010 a Resolução 23.234, que previa, no seu artigo 38, termo aditivo para repactuações, sendo este um exemplo de interpretação correta para aplicação do instituto.

Logo, a previsão constante no artigo 136, inciso I, da Nova Lei de Licitações mostra-se inadequada no que concerne à Repactuação, mas ao menos não limitante, vez que apenas insere esta impropriedade como faculdade ao gestor público, e não obrigação. Neste sentido, contornar este problema é simples, basta jamais utilizar apostilamento para formalizar repactuação, pois dispensar a celebração de termo aditivo não significa que não possa ser utilizado.

Enfim, a Nova Lei de Licitações foi promulgada e trouxe uma consolidação de boas práticas acumuladas nas últimas dezenas de anos, incorporando em um só movimento diversas normas legais e infra legais esparsas, entendimentos majoritários jurisprudenciais e doutrinários e mesmo boas práticas comerciais. É um avanço e tanto.

Entretanto, ante esta complexa evolução legislativa em tão diversos aspectos das licitações e contratos, dificilmente passaria ileso de deslizes, que em nada desmerecem sua qualidade e proveito ao Brasil.

A necessidade da abordagem deste artigo se dá em vista de o país se deparar com uma nova lei federal, com concentração de definições e conceitos, então validados pelo Princípio da Legalidade.

Conviver com pequenos equívocos emanados em norma infra legal, exatamente uma Instrução Normativa – como antes aconteceu, em matérias que a lei esclarecia e orientava solução, permitia fazer o certo com base em lei e diferindo da Instrução Normativa, sempre elevando o Princípio da Legalidade; mas a nova realidade legislada não admite mais poder ser considerada ilegal, e aparece como indução generalizada de impropriedades na matéria de repactuação, ou forçará interpretações legais incorretas para admitir a forma certa de proceder no âmbito prático, como infelizmente se percebe frequentemente no Brasil, afetando de certo modo o Estado de Direito erigido em base “Positivista”.

Merece reconhecimento positivo o fato de ter sido incorporado oficialmente ao texto legal o instituto da repactuação de preços, mas algumas previsões limitantes reclamam providências de ajustes legais e certas normatizações inadequadas recomendam criteriosa aplicação, contornando as inconformidades, então não mais consideradas ilegalidades, pois o sancionamento tornou legal aplicações que mereceriam avaliação de ilegalidade, e no plano da coerência e lógica jurídica está a limitar e deturpar institutos jurídicos consagrados.

Caberá especialmente aos gestores públicos estudarem e conhecerem bem a nova lei para poderem aplicá-la com perspicácia, de modo a contornar os equívocos textuais na prática em busca das melhores soluções nas licitações e contratos, com responsabilidade e segurança jurídica.



Seja bem-vinda a Nova Lei de Licitações!

