REPACTUAÇÃO EM CONTRATO EMERGENCIAL

Por: Caroline Rodrigues da Silva

Advogada em Curitiba. Consultora da JML Consultoria & Eventos Ltda. Pós-graduada em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito e Gestão das Entidades do Sistema "S", pelo Instituto de Direito Público-Brasília/DF. Atuou como advogada na área de licitações e contratos no Serviço Social do Comércio-PR, pelo período de cinco anos. Palestrante e autora de artigos na área de licitações e contratos.

Inicialmente é oportuno ressaltar que a regra para contratações é a instauração de procedimento licitatório, sendo as contratações emergenciais exceções devidamente autorizadas pela legislação que regula a matéria. A Lei 8.666/93, que regulamenta de modo geral as licitações e contratações públicas, permite a contratação por dispensa de licitação nos casos de emergência com a seguinte redação:

> "Art. 24. (...)
> IV. Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos."

A emergência deve ser uma situação crítica, ocorrência de perigo, incidente, imprevisto[1]. No magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

> "emergência diz respeito à possibilidade de se promover a dispensa de licitação. Corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público, se adotado o procedimento licitatório. Emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório."[2]

Sinaliza-se que a situação emergencial que fundamenta a contratação direta deve ser resultado do imprevisível e não da inércia administrativa, ausência de planejamento, etc.

Nesse sentido, releva trazer à colação a opinião de Marcio Pestana, que classifica as situações de emergência como as que decorrem de fato da Administração e de fato de terceiros, exemplificando-as:

> "No fato da Administração, a entidade pública dá motivo ao que agora se mostra emergencial. Agiu com desídia no planejamento e na antecipação das providências necessárias a que determinada contratação fosse antecipada e eficazmente realizada, propiciando a emergência agora instalada. Não lançou licitação, diante do iminente término

[1] www.dicionarioaurelio.com <emergência>
[2] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação.* 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 329.

> de contrato então em vigor e que exigiria nova contratação para prosseguir-se no fornecimento, na prestação de serviços etc. Ou, ainda, rescindiu, imotivadamente, contrato então em curso para, a partir de tal fato jurídico, promover a contratação direta, com a dispensa de licitação. Nessas hipóteses, o agente público incorre em crime de improbidade administrativa, face ao dano causado ao erário, além de ser passível de responsabilização funcional e, dependendo dos fatos e circunstâncias envolvidas, de natureza penal.
> Noutro cenário, pode a Administração Pública até ter-se antecipado e implementado tudo o que lhe competia, como lançar o instrumento convocatório, realizar grande parte das fases da licitação, só que, por fato de terceiros, como está se mostrando bastante frequente nas grandes contratações, discussões judiciais envolvendo o processo licitatório em apreço, sucedido de preliminares sucessivamente outorgadas e cassadas, impedem o curso do certame que se julgara apropriado para a contratação almejada."[3]

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes adverte que constituem requisitos para a validade da contratação direta por emergência (se reportando ao inciso IV do Art. 24 da Lei 8.666/93):

> "- situação emergencial ou calamitosa;
> - urgência de atendimento;
> - risco; e,
> - contratação direta como meio adequado para afastar o risco."[4]

A contratação emergencial, consoante disciplina a norma, poderá ter prazo máximo de duração de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, vedada a prorrogação, sendo esse período suficiente para a conclusão de licitação para execução do serviço objeto do emergencial, se necessário.

Então, a rigor, não é permitida a contratação emergencial por período superior a 180 dias corridos, sendo vedada, inclusive, sua prorrogação ou renovação.

Mas a questão que surge é sobre a possibilidade de repactuação em contratos emergenciais.

Cabe pontuar que a todo contrato administrativo é assegurado o equilíbrio econômico-financeiro, que consiste na "relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá."[5]

O equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma correlação justa entre todos os encargos que o particular terá com a prestação assumida e a sua remuneração por este serviço.

Quaisquer alterações nestes encargos devem ser analisadas e, caso influenciem de alguma maneira no equilíbrio econômico-financeiro, importam numa recomposição da equação econômica da relação.

Considerando a importância da manutenção desse equilíbrio econômico-financeiro a Constituição Federal assegurou sua proteção, prescrevendo no artigo 37, inciso XXI:

---

[3] PESTANA, Marcio. *Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002.* São Paulo: Atlas, 2013, p. 446.
[4] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação.* 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 343.
[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 642.

> "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,** nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (grifou-se).

Ao prever que devem ser "mantidas as condições efetivas da proposta" a Constituição plasmou a noção de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, "no sentido de que as condições de pagamento ao particular deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas contidas na proposta. Portanto, qualquer variação deve ser repelida e repudiada."[6]

A atualização do valor do contrato, portanto, quando devida, é um direito do contratado que não pode ser afastado, pois visa justamente manter as condições efetivas da proposta em decorrência das alterações de mercado.

Seguindo os ditames constitucionais a Lei 8.666/93 assim dispõe:

> "Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
> (...)
> III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
> Art. 57. (...)
> § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.
> § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.
> (...)
> 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 conseqüências 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 extracontratual.
> (...)
> § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.
> § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 888.

> Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial."

Dentre os instrumentos aptos a restabelecer a equação econômico-financeira do contrato dá-se destaque à repactuação, criada pela Administração Pública Federal para a atualização de valores de contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra e disciplinada pelo Decreto nº 2.271/97, que assim dispõe sobre a repactuação:

> "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 demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada." (grifou-se)

Cita-se também os dispositivos da Instrução Normativa nº 02/08, com alterações posteriores, que regulamenta a contratação de serviços contínuos ou não pela Administração Pública Federal, que tratam da repactuação e que interessam ao estudo presente:

> "Art. 38. **O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:**
>
> I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou (atualizado pela IN 3)
>
> II - **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-base destes instrumentos**. (atualizado pela IN 3)
>
> Parágrafo único. (revogado pela IN 18)
>
> Art. 39. Nas repactuações subseqüentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação. (atualizado pela IN 3)
>
> (...)
>
> Art. 41. **Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:**
>
> **I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação**; (atualizado pela IN 3)
>
> II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou
>
> III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra em que o próprio fato gerador, na forma de acordo, convenção ou sentença normativa, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras; (atualizado pela IN 3)
>
> § 1º Os efeitos financeiros da repactuação deverão ocorrer exclusivamente para os itens que a motivaram, e apenas em relação à diferença porventura existente. (atualizado pela IN 3)." (grifou-se)

Verifica-se que a repactuação é espécie de reajuste, que tem por escopo atualizar os contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra. A diferença entre as duas figuras consiste no critério adotado para a atualização do valor; enquanto o reajuste adota índice (IGPM, INPC, etc.) ou referência similar, a repactuação utiliza como parâmetro o Acordo ou Convenção Coletiva da categoria, em relação aos encargos relativos à mão de obra.

Estabelecida essa premissa, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93, o prazo para concessão do reajuste/repactuação será contado da "data prevista para apresentação **da proposta, ou do orçamento** a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela". (grifou-se)

Dessa feita, o interregno mínimo para a primeira repactuação é de um ano a contar da data da proposta (em relação aos insumos e materiais, se for o caso) e do acordo, convenção ou dissídio coletivo a que se referir à proposta para a parcela relativa a materiais.

Esse entendimento igualmente é sustentado pelo Tribunal de Contas da União que no célebre Acórdão 1563/2004 - Plenário assim se manifestou:

> "9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, **o prazo mínimo de um ano** a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário **conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta**, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5° do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;" (grifou-se)

Em face do exposto, considerando que o prazo de doze meses é contado da data da apresentação da proposta ou do orçamento e, não da assinatura do contrato, é possível que ajuste com vigência inferior a 12 meses seja repactuado, desde que ocorra esse interregno a partir da proposta ou do orçamento até o término da vigência do contrato.

Desse modo, entende-se ser possível a repactuação de contrato celebrado de modo emergencial por dispensa de licitação, desde que, da data da apresentação da proposta ou do orçamento, sendo este último a data da Convenção ou Acordo Coletivo, e o término da vigência do contrato, tenha decorrido o lapso temporal de 12 meses.

Ainda que seja emergencial a contratação, a empresa que celebrou uma avença oferta seus valores à Administração Pública considerando as necessidades da Administração e sua realidade de mercado, levando-se em conta os insumos, impostos, encargos trabalhistas e demais custos que podem incidir no objeto da contratação à luz do mercado e do orçamento vigente que, no caso de mão de obra, consiste no Acordo ou Convenção Coletiva.

Durante a execução contratual esses custos podem sofrer variações que repercutem na equação econômico-financeira do contrato, a exemplo do advento de instrumento coletivo da categoria abrangida pelo contrato. Se essa situação, de fato, alterar a correlação entre os encargos do particular e a remuneração que este recebe pelo serviço, cabe uma recomposição daquela equação a fim de restabelecer o equilíbrio.

Um exemplo ajuda a esclarecer a questão: imagine-se contrato emergencial celebrado em janeiro de 2015, cujos custos refletem a convenção coletiva da categoria de junho de 2014. Doze meses a contar da data do orçamento, ou seja, de junho de 2014, será cabível a repactuação para os custos relativos à mão de obra. Nesse caso, a empresa fará jus à repactuação a partir de junho de 2015, ainda que o contrato tenha sido celebrado em março do mesmo ano.

Para tanto, a empresa contratada deve pleitear a repactuação para atualizar o valor do contrato, desde que demonstre a majoração dos encargos decorrentes de acordo, convenção ou dissídio coletivo da categoria, apresentando planilha analítica que demonstre a repercussão desse instrumento nos custos do contrato.

Nesse sentido, é importante que a Administração verifique no caso concreto a ocorrência do interregno mínimo de 12 meses entre a data do orçamento a que a proposta da empresa se baseou (convenção, acordo coletivo, etc.) e a solicitação.

Por derradeiro, cita-se entendimento do TCU em julgado no qual a Corte de Contas não vislumbrou irregularidade em repactuação de contrato emergencial, cabendo ao administrador avaliar o pleito:

> "Embora o referido acordo coletivo somente tenha impacto sobre o último mês da contratação emergencial, abril de 2009, este pleito extrapola o âmbito desse recurso. Além do que, eventual repactuação decorrente desse fato deve ser requerida e negociada com a Administração contratante, nos termos da legislação em vigor, não podendo o TCU substituir-se ao administrador."[7]

Ainda releva destacar que o fato gerador da repactuação, qual seja, o advento de novo acordo ou convenção coletiva, deve ocorrer durante a vigência do contrato emergencial, salvo a hipótese de a própria convenção ou acordo estabelecerem efeitos retroativos.

[7] TCU. Acórdão 2576/2010. Plenário.