

PARECER JURÍDICO Nº. 660/2019 – L.C.

Interessado: Secretaria Municipal de Educação.
Referência: Licitação na modalidade Pregão Presencial nº 010/2019.
Protocolo nº: 2019046128.
Contratado(a): WISNER CÂNDIDO MARQUES.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS – PARECER – LEI FEDERAL Nº 8.666/93, ART. 38, PAR. ÚNICO C/C art. 65, II, d - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 010/2015, ART. 3º, INCISO X C/C ART. 4º, §§ 3º E 4º, INCISO I - REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

1. RELATÓRIO

Para análise e parecer desta Procuradoria Geral do Município, a Secretaria Municipal de Educação, por intermédio de seu Gestor, encaminhou o processo administrativo sob o nº 2019046128, protocolizado dia 11 de dezembro de 2019, que versa sobre pedido de celebração de aditivo contratual de realinhamento de preços, decorrente da Ata de Registro de Preços nº 017/2019 firmada entre a Secretaria Municipal de Educação (FME) e WISNER CÂNDIDO MARQUES-ME (CNPJ/MF nº 04.308.952/0001-28), oriunda do Pregão Presencial nº 010/2019, referente à *“futura e eventual aquisição de gêneros alimentícios (Carnes e derivados), visando atender às necessidades da Secretaria Municipal de Educação através do Fundo Municipal de Educação de Catalão para o período de 12(doze) meses, conforme exigências e especificações mínimas indicadas no Termo de Referência (Anexo I).”*

O preço foi registrado em 13 de março de 2019 com valor unitário para os itens em espécie, a saber, item 02 – carne de frango – tipo coxinha da asa – 13200 kg -, de R\$ 7,39 (sete reais e trinta e nove centavos); item 03 - carne de frango – tipo peito sem pele e sem osso – 9600 kg -, de R\$ 8,97 (oito reais e noventa e sete centavos); item 04 – carne de frango – tipo frango inteiro – 28400 kg -, de R\$ 4,29 (quatro reais e vinte e nove

3

centavos); item 05 – carne suína in natura – tipo pernil – sem pele e sem osso – 16800 kg -, de R\$ 8,79 (oito reais e setenta e nove centavos); item 08 – carne bovina in natura – tipo músculo traseiro – cortada em cubos – 8000 kg -, R\$ 12,12 (doze reais e doze centavos); item 09 – carne bovina in natura – tipo coxão duro – cortada em cubos – 8000 kg – de R\$ 15,00 (quinze reais); item 10 – carne bovina in natura – tipo acem – moída – 8000 kg, de R\$ 9,90 (nove reais e noventa centavos); item 11 – carne bovina in natura – tipo coxão duro – moída – 8000 kg -, de R\$ 11,94 (onze reais e noventa e quatro centavos); item 12 – carne bovina in natura – tipo músculo traseiro – moída -, de R\$ 9,99 (nove reais e noventa e quatro centavos); item 13 – carne bovina tipo coxão mole moída por kilo – de R\$ 13,50 (treze reais e cinquenta centavos), item 14 – salsicha hot dog por kilo – de R\$ 6,19 (seis reais e dezenove centavos); e da cota reservada, o item 01 – carne de frango – tipo coxa e sobrecoxa – 5600 kg -, de R\$ 6,00 (seis reais) e item 02 – carne de frango – tipo coxinha da asa – 3300 kg -, de R\$ 7,39 (sete reais e trinta e nove centavos), com duração 12 (doze) meses contados de sua assinatura.

Pretende-se agora, com o intuito de proceder aos futuros fornecimentos ao Município, o realinhamento de preços para R\$ 12,86 (doze reais e oitenta e seis centavos) para o item 02; R\$ 11,34 (onze reais e trinta e quatro centavos) para o item 03; R\$ 7,80 (sete reais e oitenta centavos) para o item 04; R\$ 15,70 (quinze reais e setenta centavos) para o item 05; R\$ 22,00 (vinte e dois reais) para o item 08; R\$ 24,00 (vinte e quatro reais) para o item 09; R\$ 21,00 (vinte e um reais) para o item 11; e para a cota reservada, R\$ 12,86 (doze reais e oitenta e seis centavos) para o item 02 e R\$ 22,00 (vinte e dois reais) para o item 08.

A justificativa discriminada pelo contratado para celebração do aditivo de realinhamento de preços, impactando no valor final da relação obrigacional, tem como supedâneo suposta alteração dos valores da proposta apresentada, conforme descrito na solicitação de reequilíbrio.

No que importa à consulta, os autos vieram instruídos com os seguintes documentos:



- Solicitação do contratado, elencando os sintetizados motivos pelos quais pugna pelo realinhamento de preços, acompanhada do protocolo epigrafado;
- Impressões de sites eletrônicos constando informações referentes a aumento do valor da carne;
- Nota Fiscal 386418, de 15/02/2019, bem como Nota Fiscal 000.121.459, de 14/02/2019, Nota Fiscal 000.003.341 de 20/02/2019, Nota Fiscal 419397, de 06/12/2019, Nota Fiscal 419624, de 10/12/2019, Nota Fiscal 000.179.903, de 11/12/2019, Nota Fiscal 000.007.950, de 03/12/2019;
- Pesquisa de Preços de mercado elaborada com base em 03 (três) orçamentos de empresas do ramo.

É o relato do necessário, passo à fundamentação.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Cogente digressão inicial quanto à natureza e extensão do presente ato, com o fim de que reste direcionado e alertado ao Gestor sua autonomia decisória sobre eventuais ponderações/recomendações aqui destacadas, que impeçam ou eventualmente obstaculize o regular sequenciamento do feito.

É instrumento jurídico obrigatório que possui o condão de auxiliar no controle interno dos atos administrativos. Tem natureza consultiva, na medida em que a partir de seu conteúdo é que o Gestor avaliará a extensão e gravidade de eventuais defeitos do processo ou sua integral conformidade com a legislação e, assim assessorado, bem defina o foco da Administração, quer pela efetivação da solicitação pretendida, quer por outra medida que a torne sem efeito, observada a autotutela administrativa.

A extensão do presente é vinculada ao aspecto jurídico do processo administrativo, somente. Quer com isso dizer que nada que diga respeito à técnica do objeto da solicitação evidenciada, bem assim a magnitude do que é solicitado deva ser expedido juízo de valor jurídico, pressupondo ter o Gestor se municiado de toda



capacidade técnica e conhecimentos específicos sobre o que é pretendido *latu sensu*, ao fim precípua de alcançar o interesse da Administração Pública.

Quanto ao ponto, necessária a reprodução da exigência legal do ato jurídico-opinativo que se deflagra, na forma contida na Lei Federal nº 8.666/93, mormente as disposições do artigo 38, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Por assimetria legal, o mesmo se tem por exigência a orientação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM/GO) explicitada na Instrução Normativa nº 010/2015, segundo a qual:

Art. 3º Os processos referentes aos procedimentos para contratação deverão conter, no que couber:

[...]

X - Parecer prévio de exame e aprovação pela assessoria jurídica da Administração acerca das minutas do edital de licitação, bem como dos contratos, acordos, convênios ou ajustes congêneres;

Nesta senda, o objeto do presente parecer fica circunscrito aos seguintes aspectos: a) instrução e formação do processo administrativo; b) motivação da pretensão; c) regularidade do procedimento.

Nesse enfoque, tecidas tais considerações e sendo imperioso memorar que a presente manifestação jurídica se limita ao conteúdo do que contido nos autos até o presente momento, passamos à análise do processo epigrafado.

D

Pois bem.

Estando vigente o contrato, nada impede a sua alteração, conforme prevê a Lei nº 8.666/93:

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

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

A legislação que regulamenta o pregão, ademais, quando dispõe sobre o Registro de Preços, claramente aplica a Lei Federal 8.666/93 em tais casos, a teor dos art. 9º e 11 da Lei 10.520/2002:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

(...)

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.



Sobre o tema da possibilidade de revisão de preços quando da utilização do Sistema de Registro de Preços, ademais, vale transcrever as previsões do Decreto Federal 7.892/13, que em seus artigos 17, 18 e 19 assim determina:

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea "d" do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e

II - convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

No presente caso, nos deparamos com a possibilidade de alteração contratual de natureza bilateral, a teor do artigo 65, II, alínea "d", eis que a intenção é a de se reestabelecer o equilíbrio financeiro da relação obrigacional constante da Ata de Registro

P

de Preços em voga, conforme se depreende da leitura da documentação apresentada pelo contratado.

Desse modo, o escopo é o de se garantir equilíbrio nas relações entre Poder Público e Particular, com a finalidade de que situações imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis não dificultem, minimizem, obstaculizem a efetividade ou extinga a relação público-privada constituída via processo licitatório.

Eis, neste ponto, as previsões do artigo 65, §5º da Lei Geral de Licitações e Contratos:

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

(...)

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

O Tribunal de Contas da União, acerca do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, bem elucida sobre sua natureza jurídica e hipóteses de incidência, vejamos:

Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço. Nas hipóteses expressamente previstas em lei, e possível a Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se justifica nas seguintes ocorrências:

P

- Fato imprevisível, ou previsível porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;
- Caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica (probabilidade de perda concomitante a probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

Para que possa ser autorizado e concedido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pedido pelo contratado, **a Administração tem que verificar: os custos dos itens constantes da proposta contratada, em confronto com a planilha de custos que deve acompanhar a solicitação de reequilíbrio (ao encaminhar a Administração pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, deve o contratado demonstrar quais itens da planilha de custos estão economicamente defasados e que estão ocasionando desequilíbrio do contrato); ocorrência de fato imprevisível, ou previsível porém de consequências incalculáveis, que justifique modificações do contrato para mais ou para menos.** (Brasil. Tribunal de Contas da União. –

4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010).

Das considerações da Corte de Contas da União se infere que são pressupostos para a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro pela Administração a configuração das seguintes situações: **a)** que se carrie planilha ou memorial equivalente, em que esteja clara a comparação dos custos constantes da proposta inicial e novos valores sobre os quais se pretende reequilíbrio, para comprovar a elevação dos encargos do particular; **b)** demonstrativo claro de que a situação de desequilíbrio seja superveniente, posterior à apresentação da proposta, nos demais casos, e posterior ao registro de preços, em casos de sua utilização; **c)** que haja vínculo de causalidade entre o evento superveniente ocorrido e a elevação de custos; **d)** comprovação de que o desequilíbrio decorra de fato imprevisível ou, se previsível, de efeitos incalculáveis ao tempo da proposta ou registro de preços e que tal circunstância seja alheia à vontade das partes.

No mesmo sentido é a orientação do Tribunal de Contas do Estado de Goiás que exige, via da IN 010/2015, a instrução do processo administrativo com as seguintes elementares (artigo 4º, §§ 3º e 4º, inciso I):

Art. 4º. Além da documentação obrigatória tratada no artigo anterior, deverão ser apresentadas ainda, na formalização dos processos de licitações e contratos, as peças complementares que atendam às peculiaridades de cada situação a seguir:

[...]

§ 3º Nos casos de termo aditivo a contratos ou convênios devem ser observadas as seguintes situações, em geral:

I - processo contendo o contrato original e seus termos aditivos posteriores com toda documentação inerente ao procedimento realizado;

II - ofício de encaminhamento discriminando, em ordem cronológica, o contrato e cada um dos aditivos, com informação do número do Acórdão emitido pelo Tribunal, por meio do qual foi apreciado o contrato e os aditivos;

III - motivação técnica financeira que fundamentou a celebração do aditivo;

IV - demonstrativo da situação de execução do contrato (quantidades entregues e a entregar, valores pagos e a pagar);

V - demonstrativo do valor do reflexo financeiro no contrato;

VI - indicação das cláusulas alteradas e alterações procedidas pelo aditivo;

VII - comprovação da publicação do extrato do termo aditivo na imprensa indicada na lei.

§ 4º Nos casos de termo aditivo a contratos ou convênios nas situações abaixo, além do exigido no Parágrafo anterior, devem ser enviados:

I - termo aditivo de realinhamento de preço em contrato de fornecimento:

a) notas fiscais anteriores e posteriores, do mesmo distribuidor dos produtos para a empresa contratada, demonstrando a alteração de custo;

b) informação e demonstrativo das quantidades restantes a fornecer, vez que o realinhamento se aplica apenas nos saldos dos produtos a fornecer;

- c) cálculo demonstrativo do realinhamento efetuado;
- d) cópia da portaria da Petrobrás, autorizando o aumento de preços pela Distribuidora, caso se trate de combustíveis.

À vista das consolidações legais e entendimentos jurisprudenciais elucidados, temos que, para a configuração de situações que viabilizam o reequilíbrio econômico-financeiro, mostra-se como incumbência do contratado a demonstração de que sobre ele, por fatores alheios e imprevisíveis, ocorreu alteração significativa nos encargos decorrentes da contratação, posterior à proposta ou ao registro de preços, que implique em impedimento ou dificuldade de cumprimento do que estabelecido obrigacionalmente.

A conclusão técnica que se tem, portanto, é de que a revisão dos preços, via reequilíbrio, somente é viável quando calcada na teoria jurídica da imprevisão. Tal teoria, como alinhavado anteriormente, é de matiz puramente civil, originada dos negócios particulares havidos entre os indivíduos, pessoas naturais. Nas lições doutrinárias, a teoria da imprevisão ocorre sempre quando se estiver diante de:

“Onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinária e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, que corresponde à formula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação. A parte lesada no contrato por esses acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que alteram profundamente a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas, poderá desligar-se de sua obrigação, pedindo a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, por estar na iminência de se tornar inadimplente tendo em vista a dificuldade de cumprir o seu dever, ingressando em juízo no curso da produção dos efeitos do contrato, pois se este já foi executado não haverá intervenção judicial” (Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume).

“É uma reformulação moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, tendente a revisão ou resolução judicial dos contatos, pela superveniência de

J

acontecimentos imprevistos ou imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo contratual” (Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 4ª edição)

“A teoria da imprevisão, exige, para configurar a possibilidade de revisão que se cogite de acontecimentos extraordinários, fora do curso habitual das coisas” (Lopes, Serpa. Curso de Direito Civil, volume 3, 2ª edição).

Em um cotejo minucioso dos elementos constantes dos autos, vislumbra-se que as razões de fato apresentadas para os fins de reequilíbrio não configuram, *a priori*, âlea extraordinária a justificar a procedência do pleito administrativo, posto a apresentação de documentos comprobatórios da variação dos custos alegados, quais sejam:

Apresentação da Nota Fiscal 386418, de 15/02/2019, bem como Nota Fiscal 000.121.459, de 14/02/2019, Nota Fiscal 000.003.341 de 20/02/2019, Nota Fiscal 419397, de 06/12/2019, Nota Fiscal 419624, de 10/12/2019, Nota Fiscal 000.179.903, de 11/12/2019, Nota Fiscal 000.007.950, de 03/12/2019;

Dá análise das notas fiscais percebemos um aumento dos encargos do contratado quanto ao preço de compra com o fornecedor.

Nesse compasso, ainda que este Órgão não tenha ingerência para conferência e/ou demonstração de cálculos, haja vista a ausência de capacidade técnica para tanto, eis que se trata de órgão estritamente jurídico, por meio de um simples cálculo aritmético vê-se um aumento dos encargos de custo.

Neste norte, após analisar os valores de custo de aquisição dos referidos itens, nota-se efetivo aumento dos custos do contratado.

No caso posto, por meio de simples cálculo aritmético, mostra-se vantajoso ao Poder Público manter a contratação com o contratado, o concedendo o realinhamento solicitado, haja vista que a realização de um novo procedimento licitatório para aquisição dos itens em comento acarretaria morosidade e prejuízos à Administração.

Nesta ocasião, os argumentos postos se mostram suficientes para o fim da adequação de preço no caso em análise, primeiro, porque pela demonstração das notas

J

ficais foi possível analisar a ocorrência dos aumentos dos custos de aquisição; segundo, porque houve variações de preços de mercado suscetíveis a justificar a mudança, atestando a veracidade das informações colacionadas.

Desta feita, sendo desnecessárias maiores digressões quanto ao caso, resta por preenchido, na visão deste Órgão de Consultoria Jurídica, os requisitos legais necessários à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, pelas razões constantes do feito, maiormente a ocorrência de circunstância imprevisível que onerou os encargos do contratado, prejudicando o preenchimento dos demais elementos para a aplicação do instituto em destaque.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, de acordo com a documentação constante dos autos e pelas razões alhures defendidas, esta Procuradoria Jurídica, via do profissional que a esta subscreve, manifesta-se pelo **INTEGRAL DEFERIMENTO DO PLEITO** de reequilíbrio econômico-financeiro do pacto, mormente da Ata de Registro de Preços nº 017/2019, decorrente do Pregão Presencial nº 010/2019, posto que presente enquadramento da situação trazida nos autos às disposições legais do inciso II, d, do art. 65 da Lei nº 8.666/93, c/c os arts. 17, 18 e 19 do Decreto Federal 7.892/13.

Caso seja celebrado o referido termo de reequilíbrio de preços, deve-se discriminar detalhadamente o seu objeto, os valores dos acréscimos, além da alteração do valor registrado na ARP, procedendo com sua publicação pelas vias oficiais e registro junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM/GO, como condição de eficácia para o ato administrativo (art. 2º, IN 010/2015).

Antes da celebração do aditivo, incumbe ao gestor e fiscal do contrato a exigência e conferência de toda documentação elencada no artigo 4º, §§ 3º e 4º, inciso I, da IN 010/2015 do TCM/GO.

Há necessidade de se carrear, também:

J

- Cópia do contrato contendo informação e demonstrativo das quantidades restantes a fornecer;
- Decreto de nomeação do Secretário Municipal de Educação;
- Publicação da Ata de Registro de Preços;
- Certidão negativa de débitos estadual, federal, municipal, trabalhista, bem como de regularidade do FGTS do contratado.

Registro, também, ser da competência exclusiva da Administração, via setor técnico-contábil, subsidiar o feito com elementos demonstrativos da variação dos preços e implicação contratual casuística, verificando e atestando a veracidade das argumentações apresentadas pelo contratado com a realidade de mercado.

Registro, ademais, que nos casos específicos de reequilíbrio tomando por base procedimentos licitatórios que utilizam o Sistema de Registro de Preços, além dos requisitos da Lei Geral de Licitações e Contratos incidentes, a teor dos artigos 17, 18 e 19 do Decreto nº 7.892/13, deve a Administração proceder com negociação prévia com os demais fornecedores licitantes, para verificar preços registrados em relação ao produto licitado e conferir a oportunidade de contratação com tais, desde que os preços ofertados e negociados sejam inferiores ao que pretendido pelo contratado no reequilíbrio, no caso do artigo 17 e, outrossim, proceder com a verificação dos preços de mercado nos casos do artigo 18 e 19 do mesmo diploma regulamentador.

É o parecer.

Catalão, 07 de janeiro de 2019.


João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO nº 35.133