



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER n. 00206/2021/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23232.000629/2020-83

INTERESSADO: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG

ASSUNTO: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSULTA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. TEORIA DA IMPREVISÃO. ALEGAÇÃO DE ELEVAÇÃO DE CUSTOS. PANDEMIA (COVID-19) E DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL.

RELATÓRIO

1. Cuida-se de consulta formulada no OFICIO nº 150/2021 MURCOCCONT (209505), nos seguintes termos:

A presente consulta trata de dois pedidos feitos pela empresa Comércio Silveira Atacadista de Moveis Mogi Mirim, CNPJ nº 10.205.116/0001-10, constantes nos autos do Processo nº 23232.000629/2020-83, referente à Ata de Registro de Preço nº 05/2020 (Doc. Ordem 65 SIPAC - 185859), derivada do Pregão Eletrônico nº 06/2020, que abrange os itens 13, 37 e 39, descritos no Encarte A do Edital (Doc. Ordem 35 SIPAC - 171091).

Eis a síntese do que ocorreu e está documentado nos autos:

1. O Edital do Pregão nº 06/2020 (Doc. Ordem 35 SIPAC - 171091), após análise dos pedidos de esclarecimentos e impugnações, foi **publicado em 16/09/2020** (Doc. Ordem 37 SIPAC - 173546) e a sessão pública foi aberta em 29/09/2020.

2. Transcorridos os trâmites necessários, o pregão foi homologado em **11/11/2020** (Doc. Ordem 61 SIPAC - 185824) e a Ata de Registro de Preços foi assinada pela empresa vencedora em **16/11/2020** (Doc. Ordem 65 SIPAC - 185859).

3. Tão logo, **em dezembro de 2020**, ocorreu a **emissão de notas de empenho**. Contudo, há **empenhos que apenas foram emitidos, mas ainda não foram encaminhados ao fornecedor, como é o caso do Campus Muriaé**. Também há órgãos participantes que, previamente ao recebimento do pedido de reequilíbrio, já haviam encaminhado o pedido à empresa.

4. **No dia 28/12/2020**, a empresa Comércio Silveira encaminhou, via e-mail (Doc. Ordem 94 SIPAC - 197711), documento com solicitação de reequilíbrio econômico e financeiro da Ata de Registro de Preços (Doc. Ordem 95 SIPAC - 197712), alegando, como principais motivos, a queda da produção, instabilidade do fornecimento e aumento no consumo da principal matéria-prima dos produtos, o aço. Alegaram ainda que, com o aumento do dólar, houve aumento da exportação de aço e queda na importação, o que agravou o desabastecimento interno. A empresa, para fundamentar seu pedido e comprovar o aumento da matéria-prima e a oscilação do setor, apresentou links de reportagens relacionadas ao setor produtivo, **publicadas entre 17 de janeiro de 2020 e 16 de setembro de 2020, portanto, antes da abertura da sessão pública** (Doc. Ordem 96 SIPAC - 197713), notas fiscais (Doc. Ordem 97 SIPAC - 197714) e orçamentos realizados com alguns fornecedores (Doc. Ordem 98 SIPAC - 197715)

(...)

7. A Administração, após analisar os documentos apresentados, encaminhou, em 20/01/2021, via e-mail (), o Despacho nº 61/2021 (Doc. Ordem 101 SIPAC - 197960 Doc. Ordem 99 SIPAC -

197716), informando que, diante das circunstâncias e das possibilidades apresentadas, concederia dilatação do prazo para entrega até março de 2021, conforme extrato abaixo:

(...)

8. Todavia, em 26/01/2021, a empresa encaminhou novo pedido de reequilíbrio econômico e financeiro da mesma Ata de Registro de Preços (Doc. Ordem 102 SIPAC - 209359). Nele, a requerente apresentou notas fiscais e novos orçamentos de matérias-primas (Doc. Ordem 105 SIPAC - 209362). Nos autos, a empresa reafirma que o aço representa 36% do custo de fabricação dos móveis e, com a majoração de 104% na matéria-prima, o preço de custo do produto aumentaria em 46,32%, que somado à incidência do imposto, cuja alíquota é de 16% sobre o valor da venda, para manter o equilíbrio econômico, o aumento total do custo produto deveria ser de 53,80% (Doc. Ordem 103 SIPAC - 209360). Também anexou à solicitação novos links de reportagens relacionadas ao setor produtivo (Ordem 104 SIPAC - 209361).

(...)

11. A formalização desta contratação foi feita com Ata de Registro de Preços e não foi celebrado instrumento contratual, sendo este substituído por documento equivalente, conforme previsto no art. 62 da Lei 8.666/93. Ata e contrato são documentos com finalidade e natureza jurídica distintas e não podem ser confundidos.

(...)

14. A ementa do Parecer nº 00001/2016/CPLCA/CGU/AGU esclarece distinções a respeito do reequilíbrio econômico e financeiro em Ata e Contrato:

“V - Não cabe reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico (revisão econômica) em relação à Ata de registro de preços, uma vez que esses institutos estão relacionados à contratação (contrato administrativo em sentido amplo).”

(...)

16. Das informações acima, depreende-se que os contratos, ou documentos equivalentes, nos termos da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei de Licitações, poderão ter seus preços revistos, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, desde que hajam fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado. Nesse caso, o preço consignado na respectiva Ata de Registro de Preços permanece imutável.

(...)

23. Todavia, não é autorizada a majoração dos preços constantes na Ata de Registro de Preços. Neste caso, libera-se o licitante vencedor do compromisso de fornecer os materiais, desde que tenha comunicado a impossibilidade de fazê-lo antes do pedido de fornecimento, contanto que seja comprovada a veracidade dos motivos apresentados. Convocam-se, então, os demais fornecedores, desde que obedecida a ordem de classificação, para contratar com preços inferiores aos de mercado (art. 19).

24. Conclui-se a princípio que em caso de majoração dos preços, para o fornecedor ser liberado do compromisso de fornecer sem sofrer penalidades, o pedido deve ocorrer no momento em que o fornecedor percebe e é capaz de comprovar que a oscilação do mercado vai interferir no atendimento da demanda, desde que tal solicitação seja feita antes da formalização do pedido pela Administração, emissão da nota de empenho, e que se possa comprovar a veracidade dos motivos expostos, mediante os documentos comprobatórios.

(...)

27. Considerando que a Pandemia iniciou-se no país em meados de fevereiro de 2020 e, ao participar de pregões, as empresas devem oferecer seus melhores valores até o limite permitido por suas condições financeiras e orçamentárias, ciente da necessidade de um planejamento futuro e o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços.

28. Considerando o cenário atual do mercado no qual o ramo de atividade da empresa está inserido, bem como os riscos do negócio neste período, os custos inerentes ao produto (matérias-primas, impostos, fretes, entre outros) e a margem de lucro desejada.

29. Considerando que temos recebido outros pedidos de reequilíbrio de Atas de Registro de Preços assinadas entre novembro e dezembro de 2020 de empresas que alegam, como fato superveniente e de danos incalculáveis, o reflexo do aumento do dólar e da Pandemia nos preços de seus produtos para justificar a solicitação de liberação do compromisso com a Administração apresentando, como documentos comprobatórios, notas fiscais e orçamentos de matérias-primas e/ou produtos para fundamentar o pedido.

30. Considerando que não podemos deixar de ponderar os efeitos que a pandemia do coronavírus vem gerando em diversos setores produtivos do nosso país e que, todavia, não devemos usá-la deliberadamente para eximir os licitantes que participaram de certames recentes dos compromissos firmados em Ata de Registro de Preços para fornecimento de produtos à Administração.

31. Considerando que, diante dos fatos e das razões apresentadas, **ao analisar o pedido apresentado pela empresa Comércio Silveira, pontua-se a seguir algumas dúvidas que restaram, para que sejam objeto de manifestação jurídica.**

1. Considerando que há diferença entre Ata de Registro de Preços e Contratos, onde este, conforme previsão legal, pode ser substituído pela nota de empenho, pergunta-se: há possibilidade jurídica de se aplicar o reequilíbrio de preços e da proposta, conforme previsto no inciso XXI do art. 37 da CF/88 c/c art. 65, “d”, da Lei nº 8666/93, nos casos em que já houve solicitação de fornecimento por meio de nota de empenho?

2. Caso a resposta da pergunta anterior seja positiva, pergunta-se: é possível essa concessão, ainda que a participação da empresa no pregão ocorra no transcurso da Pandemia, portanto, ciente dos possíveis reflexos e impactos no mercado, como é o caso em tela, em que a empresa encaminhou sua proposta em setembro de 2020, e, em dezembro do mesmo ano, já solicitara o reequilíbrio?

3. Considerando que o pedido de reequilíbrio dos preços registrados ocorreu após a emissão das notas de empenho, mas nem todos os campus chegaram a enviá-las ao fornecedor (art. 19, I, D7892/13), pergunta-se: a Administração deverá aplicar o reequilíbrio somente nos casos que houve o pedido de fornecimento, para que não fique caracterizado revisão da ata, uma vez que é vedada a sua majoração?

4. Caso não seja possível o conceder o reequilíbrio de preços e considerando o momento atual da pandemia e o reflexo da alta dos preços e a desvalorização da moeda nacional no mercado, pergunta-se: após recebermos solicitação de reequilíbrio e/ou pedido de liberação, é possível liberarmos o fornecedor do compromisso assumido na Ata de Registro de Preços, mesmo após o envio do pedido de fornecimento? Caso essa liberação seja permitida, considerando os motivos expostos acima, pode-se eximir a contratante de penalidades, ainda que o envio da proposta tenha ocorrido durante a pandemia?

Diante de todo o exposto e das dúvidas suscitadas, solicito o encaminhamento à Procuradoria Jurídica para manifestação, objetivando dar segurança jurídica a essa Administração em suas decisões.

Ao Diretor-Geral para apreciação e providências que julgar necessárias.

(Assinado digitalmente em 23/03/2021 14:01)

ISAAC EUZEBIO DE FARIA

COORDENADOR

Matrícula: 1925943

2. Os autos referentes ao processo administrativo foram instruídos, dentre outros, com os seguintes documentos, no que interessa à presente análise:

- o Ata de Realização do Pregão Eletrônico, 29 de setembro de 2020 (185674);
- o ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 05/2020, de 11 de novembro de 2020 (185859), no valor total de R\$ 25.754,70, em relação a:
 - ITEM 13: ARMÁRIO AÇO, Marca: EDE Fabricante: TSW Modelo / Versão: PA;
 - ITEM 37: PAINEL PARA SINALIZAÇÃO PARA ESTANTE DUPLA FACE Marca: EDE Fabricante: TSW Modelo / Versão: PAINEL DE SINALIZAÇÃO
 - ITEM 39: PAINEL PARA SINALIZAÇÃO PARA ESTANTE SIMPLES FACE, Marca: EDE Fabricante: TSW Modelo / Versão: PAINEL DE SINALIZAÇÃO
- o Pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da empresa Comércio Silveira Atacadista de Móveis Mogi Mirim EIRELI,, de 28 de dezembro de 2020 (197711);
- o DESPACHO Nº 61/2021 - MURCOCCONT, de 20 de janeiro de 2021 (197716), contendo o seguinte:

Considerando que a proposta poderia ser alterada no sistema até a abertura da sessão pública e que a empresa Comércio Silveira Atacadista de Móveis de Mogi Mirim encaminhou sua proposta e

documentos de habilitação no sistema do Compras Governamentais em 29 de setembro de 2020, **cabia à empresa licitante a reavaliar os custos de aquisição e revenda de seus produtos, considerando que todas as notícias apresentadas sobre a redução da produção das siderúrgicas foram anteriores ao prazo limite para encaminhamento da proposta.**

Ou seja, os efeitos da Pandemia, **iniciada em meados março, da desvalorização da moeda nacional, ou a instabilidade no setor siderúrgico, argumentos da requerente, não seriam fatores inesperados, imprevisíveis ou supervenientes à formulação da proposta.**

(...)

Salientamos ainda que a empresa não seria a fabricante do produto, mas revendedora, considerando que, em sua proposta, informou que a empresa fabricante seria TSW Indústria e Comércio de Móveis LTDA (10.456.190/0001-00), apresentando inclusive, em nome da mesma, certificado no Cadastro Técnico Federal do Ibama como critério de sustentabilidade exigido no Edital para aceitação de sua proposta para o item 13.

Portanto, **embora tenha apresentado orçamentos para informar a variação no valor da matéria-prima, não há como comprovar os impactos no fornecimento dos produtos finais.**

(...)

Quando o pedido de reequilíbrio foi encaminhado à Administração, já havia empenhos emitidos pelo o campus Muriaé e demais órgãos requisitantes, entre 02/12/2020 e 23/12/2020, o que, mediante o disposto pelo Decreto, vedaria a liberação do fornecedor sem a aplicação de penalidade, cabendo ao particular, neste caso, entregar os bens pelos preços registrados, sob pena de estar sujeito às sanções devidas.

Considerando que há emissão da nota de empenho, pelo campus Muriaé e demais requisitantes, para os itens 13, 37 e 39, diante das circunstâncias atuais do mercado, a proponente sugeriu três alternativas à Administração:

1- Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em 44,78% de acordo com cálculos e documentos comprobatórios;

2- Autorização da entrega de 44,78% a menos de itens empenhados pelo valor total do empenho ou, não sendo possível a concessão do pedido supra;

3- Interrupção do prazo de entrega até março de 2021, momento em que se espera a normalização do fornecimento e, sobretudo, o retorno adequado dos preços.

A primeira hipótese está descartada, considerando que não há previsão jurídica que embase a como fundamentar solicitação de reequilíbrio do contrato em 44,78%, pois, conforme abordado anteriormente, esta contratação não foi regida por tal instrumento jurídico, mas por Ata de Registro de Preços. Importante ressaltar que, conforme demonstrado, a Ata não equivale ao contrato. A função específica da Ata está relacionada ao registro de preços aferidos pelo certame, que vincula a empresa a fornecer os produtos com as características acordadas pelos preços definidos no processo licitatório durante o período de vigência do instrumento. É direito da Administração exigir a entrega dos bens no prazo, marca, especificações e pelo preço registrado na Ata de Registro de Preços. Em caso de desatendimento, serão imputadas as sanções previstas no art. 81 e seguintes da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 7º da Lei nº 10.520/02.

Caso haja um desequilíbrio para majoração de preços de mercado, o Decreto nº 7892/13 permite à Administração tentar negociar com o fornecedor e liberar a empresa vencedora da obrigação sem penalização, mediante fundamentação e comprovação das razões supervenientes, imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis, desde que a solicitação seja feita antes do pedido de fornecimento. Salienta-se que também que liberar a empresa sem a aplicação de penalidade está descartada, considerando que, mesmo ciente da alta nos valores das matérias primas, conforme observado nos orçamentos de outubro e novembro encaminhados pela requisitante, o pedido de reequilíbrio foi feito pela empresa no dia 28 do mês de dezembro, **após as solicitações de fornecimento feitas pelo órgão gerenciador e participantes.**

(...)

Diante das circunstâncias do mercado fornecedor de matéria-prima e mediante as hipóteses apresentadas pela empresa, considerando a concordância do setor requisitante com a dilação, considerando ainda que as atividades presenciais no órgão encontram-se limitadas, fica concedida a dilatação do prazo de entrega, conforme solicitado pela empresa, até março de 2021.

- Novo pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da empresa Comércio Silveira Atacadista de Móveis Mogi Mirim EIRELI, em 26/01/2021 (209360).

3. Por razões de economia processual, os documentos relevantes à presente apreciação serão mencionados no corpo do parecer.

4. É o relatório.

DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

5. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos estritamente jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7, que assim dispõe:

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.” (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

6. Ademais, nos termos do art. 2º, da Portaria PGF n. 931/2018, exclui-se da competência da ETR-LIC o exame de legislação específica afeta à atividade-fim do ente assessorado que porventura seja aplicável ao caso concreto.

7. Portanto, a análise quanto aos aspectos relativos à legislação aplicável à atividade-fim deve ser feita pelo órgão de assessoramento jurídico local, preferencialmente antes do encaminhamento dos autos à ETR-LIC ou no despacho de aprovação do presente parecer.

8. Feita a ressalva, passa-se à análise estritamente jurídica da presente consulta.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRETENSÃO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

9. O art. 37, inc. XXI, da Constituição da República, reza o 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**, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

10. Isso significa que, em um contrato administrativo, tanto o particular contratado, quanto a Administração, têm o dever de cumprir o objeto nos termos das condições efetivas da proposta vencedora. Não é só o particular que deve observar a proposta: também o Poder Público tem essa obrigação, assegurando ao contratado o pagamento de acordo com aquilo que inicialmente foi ajustado.

11. Para tanto, são vários os mecanismos existentes no ordenamento jurídico – reequilíbrio econômico-financeiro; atualização monetária; reajustamento e revisão de preços.

12. A lei de Licitações e Contratos Administrativos igualmente estabeleceu, entre as hipóteses de alteração contratual, dita possibilidade, ao prever em seu art. 65, inciso II, alínea “d”:

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.

13. Nesse contexto, não há dúvidas de que as partes têm o direito de promover a recomposição do equilíbrio econômico contratual que, segundo a Orientação Normativa n. 22 da Advocacia-Geral da União, "*pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra "d" do inc. II do art. 65, da Lei n° 8.666, de 1993*".

14. Entretanto, para que seja caracterizado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 65, II, d, da Lei n. 8.666/93, é necessário que seja configurada uma das seguintes hipóteses:

- a) Fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado;
- b) Força maior;
- c) Caso fortuito;
- d) Fato do príncipe.

15. No caso, em 28/12/2020, a empresa COMERCIO SILVEIRA ATACADISTA DE MOVEIS MOGI MIRIM - EIRELI pleiteou o seguinte (197711):

(...)

1. Dos Fatos que engendraram o desequilíbrio econômico e financeiro

A empresa participou e sagrou-se vencedora do Pregão Eletrônico n° 006/2020 realizado em 29 de setembro de 2020, dando origem a Ata de Registro de Preços n° 05/2020.

(...)

Conforme pode se observar de diversas matérias anexas a esse pedido, as Usinas de aço, principal componente da fabricação dos bens registrados, tiveram seus estoques reduzidos abruptamente de **agosto até hoje**, pois previram uma redução no consumo que não ocorreu, de modo que não produziram o suficiente para atender o mercado. É de conhecimento geral que as usinas desligaram fornos prevendo citada redução e como essa recessão não ocorreu tiveram que religá-los, evento esse que inclusive teve a participação do presidente da república.

Para prejudicar ainda mais o cenário, **o dólar está em um patamar elevado de preço** fazendo com que os importadores de aço deixem de importa-los, e aqueles que produzem o aço nacional (como Usiminas, CSN, por exemplo) começaram a abastecer o mercado externo, pois financeiramente é muito mais vantajoso.

(...)

Conforme pode se comprovar pelas notas fiscais em anexo, **em junho e julho** desse ano a empresa comprou os seguintes materiais nos respectivos valores:

(...)

É de se valer que ocorre variações de preço no mercado, no entanto as variações que vem ocorrendo não são previsíveis e coerentes, pois os aumentos vêm sendo repassados de forma exorbitantes e continuamente até a presente data.

Ainda, há que se considerar que a velocidade em que os aumentos foram repassados impossibilitou qualquer estratégia por parte da empresa para que se pudesse reduzir seus efeito.

Entretanto, **acredita que os valores praticados tendem a se normalizar com o aumento da produção pelas Usinas, uma vez que os fornos foram religados, e importação que deverá ser retomada a partir de janeiro**, momento esse em que a empresa, desde já, se compromete formalmente a reajustar novamente os preços de acordo com o mercado.

(...)

Com efeito, a Pandemia da COVID19 (calamidade pública) e a maxidesvalorização da moeda nacional causaram um forte impacto nas USINAS DE AÇO. Isto é sem dúvida um evento imprevisível. Conforme posicionamento do STF, na ADI 4.048

16. Sobre o enquadramento da situação e a metodologia para a comparação de custos, a Administração assim se posicionou, no DESPACHO Nº 61/2021 - MURCOCONT, de 20/01/2021 (197716):

Considerando que a proposta poderia ser alterada no sistema até a abertura da sessão pública e que a empresa Comércio Silveira Atacadista de Móveis de Mogi Mirim encaminhou sua proposta e documentos de habilitação no sistema do Compras Governamentais em 29 de setembro de 2020, **cabia à empresa licitante a reavaliar os custos de aquisição e revenda de seus produtos, considerando que todas as notícias apresentadas sobre a redução da produção das siderúrgicas foram anteriores ao prazo limite para encaminhamento da proposta.**

Ou seja, os efeitos da Pandemia, iniciada em meados março, da desvalorização da moeda nacional, ou a instabilidade no setor siderúrgico, argumentos da requerente, não seriam fatores inesperados, imprevisíveis ou supervenientes à formulação da proposta.

(...)

Salientamos ainda que a empresa não seria a fabricante do produto, mas revendedora, considerando que, em sua proposta, informou que a empresa fabricante seria TSW Indústria e Comércio de Móveis LTDA (10.456.190/0001- 00), apresentando inclusive, em nome da mesma, certificado no Cadastro Técnico Federal do Ibama como critério de sustentabilidade exigido no Edital para aceitação de sua proposta para o item 13.

Portanto, embora tenha apresentado orçamentos para informar a variação no valor da matéria-prima, não há como comprovar os impactos no fornecimento dos produtos finais.

17. Em novo pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, a empresa COMERCIO SILVEIRA ATACADISTA DE MOVEIS MOGI MIRIM - EIRELI, alegou o seguinte, em 26/01/2021 (209360):

Conforme pode se observar de diversas matérias anexas a esse pedido, as Usinas de aço, principal componente da fabricação dos bens registrados, tiveram seus estoques reduzidos abruptamente de **agosto até hoje**, pois previram uma redução no consumo que não ocorreu, de modo que não produziram o suficiente para atender o mercado. É de conhecimento geral que as usinas desligaram fornos prevendo citada redução e como essa recessão não ocorreu tiveram que religa-los, evento esse que inclusive teve a participação do presidente da república.

(...)

Conforme já informado, a falta de oferta de produto e a preferência pelo mercado externo fizeram com que os preços sofressem aumentos em 2020, entretanto, **com as medidas tomadas, esperava-se que em fevereiro/março de 2021 os preços recuassem a normalidade.** Dessa forma, em 06/01/2021 a empresa realizou nova cotação para aquisição de material, e os valores que recebeu foi simplesmente ridículo!! Basta verificar o documento anexo nomeado como “cotação 23506665 -06-01-21”, em que os preços passados foram:

Para ainda se agravar a situação as Usinas comunicaram o mercado informando que em fevereiro um novo aumento de 15% ocorrerá, agravando ainda mais a situação, e **que esperam a normalidade do mercado apenas para o último quadrimestre do ano.**

O aço, representa aproximadamente 36% do custo de fabricação dos móveis, de forma que um aumento de 104% nessa matéria prima automaticamente representa um acréscimo de 46,32% no custo do produto, sem considerar o necessário ajuste tributário sobre seu preço. Considerando a alíquota de imposto de 16% sobre o valor da venda, o aumento total do custo do produto para que seja mantido o equilíbrio econômico financeiro deve ser da ordem de 53,80%!!

(...)

Sendo assim, a empresa requer:

- a- O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em 53,8 % de acordo com cálculos e documentos comprobatórios;
- b- Não sendo possível a concessão do pedido supra, requer que seja autorizada a entrega de 53,8% a menos de itens empenhados pelo valor total do empenho;
- c- Não sendo possível a concessão do pedido supra, **requer a interrupção do prazo de entrega até agosto de 2021, momento em que se espera a normalização do fornecimento e, sobretudo, o retorno adequado dos preços. Entretanto, não há qualquer garantia por parte da empresa de que os valores retornarão a patamares aceitáveis, e caso isso não venha a ocorrer não restará à mesma se não solicitar a rescisão amigável de empenhos, atas, contratos, ou**

qualquer outro documento que traga a obrigação de entrega nos valores anteriormente praticados;

d- Não sendo possível a concessão de quaisquer pedidos acima elencados, requer **o cancelamento amigável dos empenhos, conforme o Art. 79 da Lei 8.666/93, com motivação fundamentada no Art. 78, XVII e A liberação do compromisso, conforme o Art. 19, I do DECRETO N° 7.892, DE 23 DE JANEIRO DE 2013;** e- Por fim, requer cumulativamente a comunicação aos responsáveis sobre a **suspensão de qualquer emissão de empenho para a requerente, que recusará novos pedidos, por absoluta inexecutabilidade do preço registrado, enquanto não se vislumbra a resposta positiva do presente pedido de reequilíbrio econômico financeiro por se tratar de fornecimento inviável à mesma,**

18. No novo pedido, a empresa continua sem apresentar as provas necessárias, já aventadas no questionamento feito pela Administração, no DESPACHO N° 61/2021 - MURCOCCONT, de 20/01/2021 (197716), no sentido de que:

Salientamos ainda que a empresa não seria a fabricante do produto, mas revendedora, considerando que, em sua proposta, informou que a empresa fabricante seria TSW Indústria e Comércio de Móveis LTDA (10.456.190/0001- 00), apresentando inclusive, em nome da mesma, certificado no Cadastro Técnico Federal do Ibama como critério de sustentabilidade exigido no Edital para aceitação de sua proposta para o item 13.

Portanto, embora tenha apresentado orçamentos para informar a variação no valor da matéria-prima, não há como comprovar os impactos no fornecimento dos produtos finais.

19. Desse modo, **não houve a apresentação de documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, comercializados pela adjudicatária/contratada.** Nem sempre variações de custos de insumos da cadeia produtiva são repassadas ao consumidor final.

20. Tais elementos seriam essenciais para propiciar uma análise crítica da Administração sobre aquelas condições comerciais, incluindo prazos e locais de entrega, fabricantes, marcas e modelos.

21. Ademais, entendeu a Administração que *"os efeitos da Pandemia, iniciada em meados março, da desvalorização da moeda nacional, ou a instabilidade no setor siderúrgico, argumentos da requerente, não seriam fatores inesperados, imprevisíveis ou supervenientes à formulação da proposta."*

22. Pois bem. A teoria da imprevisão exige que seja comprovada alguma circunstância excepcional, alheia à vontade das partes, **ocorrida após a formulação da proposta**, que imponha um aumento **excessivo** nos custos do bem/serviço.

23. Para a professora Maria Sylvia Zanella de Pietro (Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018):

"pode-se afirmar que **são requisitos** para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, **pela aplicação da teoria da imprevisão**, que o fato seja:

1. **imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;**
2. **estranho à vontade das partes;**
3. **inevitável;**
4. causa de **desequilíbrio muito grande** no contrato". (g.n.)

24. Os requisitos citados acima devem ser observados para o restabelecimento da equação econômica inicial (encargo/remuneração), de modo que **o fato, imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, deva ser superveniente à apresentação da proposta, estranho e inevitável à vontade das partes, e dificulte sobremaneira ou torne a execução do contrato insuportável**, em razão do **impacto econômico significativo** à contratação.

25. Em outras palavras, o acontecimento gerador do desequilíbrio contratual deve decorrer de um **fato posterior à formação da relação contratual que tenha como efeito um risco extraordinário, ou seja, atípico, não usual, não corriqueiro, anormal**. Segundo a lição de Ricardo Silveira Ribeiro (Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão. Belo Horizonte: Fórum, 2016):

"A lei afirma, então, que, para ser extraordinário, basta que o acontecimento seja anormal. Do ponto de vista prático, essa "anormalidade" estará presente, como regra geral, se o acontecimento for infrequente e com significativo impacto econômico à contratação, isto é, o impacto econômico deve ser moderado ou alto" (g.n.).

26. Nesse contexto, oportuno destacar que o termo *álea* tem origem no latim e significa risco ou sorte, de onde origina-se a expressão *alea iacta est* - "a sorte está lançada", portanto, trata-se de acontecimento futuro que influi na economia do contrato, no entanto, apenas a álea extraordinária dá ensejo à aplicação da teoria da imprevisão para recomposição dos contratos administrativos, sendo caracterizada exatamente por sua imprevisibilidade.

27. Assim, a imprevisibilidade deve ser entendida como a *"impossibilidade de a parte contratual imaginar a ocorrência do fato à luz das informações disponíveis. É como se ela dissesse após a ocorrência do fato: "dados os conhecimentos disponíveis no momento da apresentação da proposta, eu nunca poderia ter imaginado que isso pudesse vir a ocorrer no futuro"*. (RIBEIRO, Ricardo Silveira. Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

28. Além disso, a professora Maria Sylvia (Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018) nos ensina que "só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração." (g.n.).

29. Isto posto, tem-se que desequilíbrios contratuais leves e/ou moderados e incapazes de frustrar consideravelmente a execução contratual - sem onerosidade excessiva para o contratado ou para ambas as partes, impactando gravemente o equilíbrio do contrato, não configuram álea econômica extraordinária.

30. Essa questão deve ser compreendida sob a ótica da área técnica da Administração, que detém o conhecimento e expertise necessários para concluir se, nessa seara, o fato é imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, configurando a álea extraordinária e extracontratual, que enseja a concessão do reequilíbrio ou, ao contrário, se se trata de fato evitável, previsível com consequências calculáveis e deve ser suportado pela empresa contratada, por se tratar de álea econômica ordinária, isto é, inerente às variações naturais de preços do mercado.

31. Importa consignar, entretanto, que o entendimento dominante na doutrina e jurisprudência é no sentido de que, via de regra, a variação cambial não constitui fato extraordinário que autorize a aplicação da teoria da imprevisão, uma vez que o Brasil adota uma política de câmbio flutuante.

32. Na mesma linha, o Tribunal de Contas da União, manifestando-se sobre a variação dos custos e a variação cambial e seus impactos na relação contratual, já pacificou entendimento no sentido de que **a mera variação cambial, com a flutuação do dólar americano positiva ou negativamente, de per si, não autoriza a revisão contratual:**

Informativo de Licitações e Contratos 40/2010

Colegiado Plenário

Acórdão n.º 2837/2010-Plenário, TC-018.016/2005-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010

Enunciado **Variação cambial como fato gerador da concessão de reequilíbrio econômico-financeiro**

Em sede de tomada de contas especial, foi promovida a citação de empregados e dirigentes da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, bem como das empresas integrantes do Consórcio Alpha, em razão de débito resultante da concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante termo aditivo ao Contrato n.º 11.346/2002. Após a análise das alegações de defesa oferecidas ao TCU, as instruções técnicas foram unânimes em reconhecer a ausência, na espécie, dos pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro. De acordo com o Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), **"o Consórcio dispunha de pelo menos duas medidas para melhor gerir o risco inerente a sua atividade, quais sejam: a contratação de operação de hedge com vistas à proteção contra a variação cambial e a manutenção de estoque suficiente para se proteger de variações bruscas nos preços dos**

insumos. A despeito disso, optou por não se valer desses mecanismos para não incorrer em 'prejuízos insuportáveis'. Portanto, para não arcar com os inevitáveis custos das medidas de proteção contra a variação cambial, que comprometeriam a oferta de preços competitivos na licitação, **a empresa decidiu assumir o risco de fornecer equipamentos à ECT cujos custos não estariam protegidos frente a variações cambiais.** [...] por se tratar de uma decisão que somente a ela competia, sem nenhuma expectativa de ingerência da Administração Pública, revela-se totalmente desarrazoada a intenção do Consórcio em atribuir à ECT a obrigação de compensá-la por prejuízos manifestamente decorrentes de sua política de gerenciamento de riscos inerentes ao seu negócio". Em seu voto, o relator considerou pertinente a manifestação do MP/TCU, para o qual o débito deveria ser imputado ao ex-Diretor de Administração e às empresas integrantes do Consórcio Alpha, beneficiárias da irregular majoração dos preços. **Para o relator, a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. Segundo ele, a variação diária dos índices "não autoriza pleitos de recomposição de preços, dada a sua ampla previsibilidade. Caso contrário, no regime de câmbio flutuante, todos os processos em que houvesse variação positiva poderiam ensejar solicitações de recomposição de preços, o que não ocorre".** Na espécie, a redução dos preços dos equipamentos - adquiridos por meio do 2º Termo Aditivo - em relação aos originalmente contratados e a não utilização dos instrumentos de proteção contra variações cambiais, amplamente oferecidas por todas as instituições do mercado, evidenciavam que a variação cambial não influenciou os custos dos equipamentos de informática, objeto do contrato, consistindo a variação em risco próprio do negócio. Ausentes os pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio, os pagamentos efetuados a esse título "constituem dano a ser ressarcido à ECT". Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas do ex-Diretor de Administração, imputando-lhe débito solidário com as empresas integrantes do Consórcio Alpha e multa. Acórdão n.º 2837/2010-Plenário, TC-018.016/2005-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010.

Informativo de Licitações e Contratos 241/2015

Colegiado Plenário

Acórdão 1085/2015-Plenário, TC 019.710/2004-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 6.5.2015

Enunciado

A mera variação de preços ou flutuação cambial não é suficiente para a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93, associada à demonstração objetiva de que ocorrências supervenientes tornaram a execução contratual excessivamente onerosa para uma das partes.

Embargos de Declaração apontaram omissões e contradições em decisão do Plenário, mediante a qual o TCU julgou irregulares as contas dos recorrentes, condenando-os ao ressarcimento de prejuízo e ao pagamento de multa, no âmbito de processo de tomada de contas especial que apurou irregularidades praticadas por gestores da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) nos exercícios de 2000 e 2002, em especial pagamentos indevidos em contrato para a execução das obras civis de infraestrutura de irrigação do Projeto Salitre - Etapa I, em Juazeiro/BA. A componente principal do débito apurado decorreria da formalização de termos aditivos destinados a promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, adotando como método "a comparação entre os preços unitários contratuais e os preços dos mesmos serviços dois anos após a contratação, considerando pesquisa de mercado do custo dos insumos e mantendo o desconto ofertado pela contratada à época da licitação". Em preliminar, relembrou o relator que no voto da decisão embargada, havia salientado que "a mera variação de preços, para mais ou para menos, não seria suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/1993, a saber: 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". E que "a ocorrência de pequenas variações entre os preços contratuais reajustados e os preços de mercado seriam fatos previsíveis, já que dificilmente os índices contratuais refletiriam perfeitamente a variação de preços do mercado". Analisando os embargos opostos por uma das empresas condenadas, anotou o relator que a embargante, embora concordasse não caber, em regra, reequilíbrio econômico-financeiro dos ajustes em virtude da simples variação dos preços praticados no mercado, alegara

que, no caso concreto, "a situação estaria enquadrada nas hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/1993, pois o contrato tinha como data-base o mês de abril/98 e teve o seu equilíbrio comprometido pela **maxidesvalorização cambial ocorrida em janeiro/99**". Sobre isso, embora ponderando ser ilegítima a pretensão da embargante em rediscutir o mérito da matéria, anotou o relator que, ainda que a desvalorização da moeda ocorrida no início de 1999 já tenha sido reconhecida pelos Tribunais como impactante nos contratos que vigoravam à época, **tal situação "não pode ser tida como uma condição suficiente e autônoma para justificar a revisão contratual", porque necessária a "demonstração objetiva de que ocorrências supervenientes tornaram a sua execução excessivamente onerosa para uma das partes"**. Assim, prosseguiu, "a simples variação cambial, por si só, não justifica a revisão contratual por um motivo simples: **o particular contratado pode ter adquirido os insumos ou incorrido nas despesas impactadas pelo câmbio antes da ocorrência do evento**". Em tal situação, "ao contrário do alegado, a posterior desvalorização da moeda favoreceria ao contratado, pois os índices de reajuste contratual supervenientes captariam em maior ou menor grau o fato ocorrido". **Em circunstância diversa, contudo, "na qual o contratado ainda não tivesse incorrido nos gastos atrelados ao câmbio, certamente uma variação anômala da moeda poderia justificar o reequilíbrio"**. Por essa razão, "pleitos do gênero não podem se basear exclusivamente nos preços contratuais ou na variação de valores extraídos de sistemas referenciais de custos, **sendo indispensável que se apresentem outros elementos adicionais do impacto cambial, tais como a comprovação dos custos efetivamente incorridos no contrato, demonstrados mediante notas fiscais**". Nesses termos, acompanhando o entendimento do relator, o Plenário rejeitou os embargos, mantendo em seus exatos termos o acórdão recorrido. Acórdão 1085/2015-Plenário, TC 019.710/2004-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 6.5.2015.

Informativo de Licitações e Contratos 326/2017

Colegiado Plenário

Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo

Enunciado

Cabe ao gestor, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar do processo análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida *variação cambial*.

O TCU apreciou consulta formulada pelo Ministro do Turismo relativa à "aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado e respectivos impactos na contratação de serviços a serem executadas no exterior no âmbito do Ministério do Turismo". Sobre o tema, o relator entendeu que **a variação do câmbio, para ser considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, deve: "a) constituir-se em um fato com consequências incalculáveis, ou seja, cujas consequências não sejam passíveis de previsão pelo gestor médio quando da vinculação contratual; b) ocasionar um rompimento severo na equação econômico-financeira impondo onerosidade excessiva a uma das partes. Para tanto, a variação cambial deve fugir à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante; e c) não basta que o contrato se torne oneroso, a elevação nos custos deve retardar ou impedir a execução do ajustado, como prevê o art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993"**. Mencionou, ainda que, **em todos os casos, a recomposição deve estar lastreada em documentação que analise o seu custo global**. Entre outros questionamentos, foi apresentado, pelo consulente, o seguinte ponto: "considerando a natureza da Embratur, de não atuar em ambiente competitivo, como poderia o gestor aferir, com a desejável prudência e segurança, a aplicação da teoria da imprevisão?". Ao final, o Colegiado, anuindo à proposição do relator, conheceu da consulta e respondeu ao consulente, especificamente quanto à aludida questão, que: "9.2.5. **cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos**

os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada efetivamente contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial". Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo

Informativo de Licitações e Contratos 326/2017

Colegiado Plenário

Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo

Enunciado

A variação da taxa cambial, para mais ou para menos, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993.

Em consulta formulada pelo Ministro do Turismo acerca da "aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado e respectivos impactos na contratação de serviços a serem executados no exterior", o relator ponderou que o reequilíbrio econômico-financeiro tem assento constitucional (art. 37, inciso XXI), sendo uma de suas espécies a teoria da imprevisão (ou recomposição), disciplinada no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. No que se refere à variação cambial, o relator entendeu que, em linhas gerais, **"não deve ser causa autossuficiente para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, a não ser que tenha ocorrido de forma inesperada, abrupta e afete substancialmente o equilíbrio do contrato a ponto de frustrar a sua execução"**. Com base nesses fundamentos, o TCU decidiu responder ao consulente que **"a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993"**. Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Informativo de Licitações e Contratos 370/2019

Colegiado Primeira Câmara

Acórdão 4125/2019 Primeira Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno Dantas

A variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, embasar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com fulcro no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993. Para que a variação do câmbio possa justificar o pagamento de valores à contratada a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário que ela seja imprevisível ou de consequências incalculáveis.

Tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 4.377/2018-Primeira Câmara examinou indícios de irregularidade no pagamento de indenização contratual pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sob a alegação de variação cambial imprevisível. O contrato analisado nos autos teve como objeto a prestação de serviços para migração e aquisição de novas licenças de produtos de informática. A empresa prestadora dos serviços solicitara revisão do valor do contrato por quatro

vezes, **alegando que teria arcado com prejuízo devido à desvalorização do real perante o dólar**, tendo sido o pleito negado por três vezes pela Codesp, com base em pareceres do setor técnico com a concordância do setor jurídico. Apenas na quarta vez, aproximadamente um ano depois do indeferimento do primeiro pedido, a solicitação foi acatada. Ao se pronunciar sobre o caso, o relator consignou que **as provas "trazidas aos autos demonstram que a indenização foi paga de forma totalmente desarrazoada, sem a comprovação da imprevisibilidade da variação da moeda cambial e do prejuízo sofrido pela empresa".** Para corroborar seu posicionamento, o relator, em sintonia com a instrução da unidade técnica, destacou que a empresa contratada apresentou valores distintos de prejuízo em cada solicitação, o que demonstrava **a ausência de dados concretos para fundamentar os pedidos**. Destacou, ainda, que **a empresa não apresentou qualquer documento relativo aos seus custos que pudesse indicar prejuízo**, restando patente que os "expedientes emitidos pelo setor jurídico da Codesp **se basearam apenas na declaração da empresa, deixando de requerer evidências quanto ao efetivo dano e de analisar a imprevisibilidade da variação cambial**". De outra ótica, o relator observou que as informações do processo demonstravam "que a variação do dólar não foi imprevisível, mas, sim, ordinária, seguindo a tendência do que estava ocorrendo nas semanas anteriores à assinatura do contrato e ao pagamento dos serviços", concluindo que a situação vivenciada pela contratada era totalmente previsível, constituindo risco natural do negócio, previsibilidade, inclusive, que já havia sido afirmada pelo setor técnico da Codesp ao negar os pedidos anteriores. Transcrevendo o disposto no art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/1993, o relator arrematou: **"Em um regime de câmbio flutuante, é esperado que ocorram, ordinariamente, variações cambiais. Tais alterações, que refletem a tendência da economia, não podem ser consideradas suficientes para embasar a repactuação do contrato com fulcro no art. 65, II, "d", da Lei 8.666/93, e, conseqüentemente, justificar o pagamento de indenização à empresa contratada a título de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.** Para que a variação do câmbio possa justificar o pagamento de valores à contratada a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual, impõe-se que ela seja imprevisível ou de conseqüências incalculáveis, o que não ficou demonstrado pelos responsáveis". Acompanhando o voto do relator, o colegiado decidiu, entre outras deliberações, julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los, solidariamente, à restituição do pagamento indevido de indenização a título de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Acórdão 4125/2019 Primeira Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno Dantas.

33. Assim, é necessário avaliar se a variação cambial teve **efetivo** impacto sobre o contrato. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. **Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.**

34. Mas, como bem ressaltado nos Acórdãos 1431/2017 e 1085/2015, ambos do Plenário do TCU, **para a efetiva recomposição do ajuste, a empresa contratada deve comprovar o real impacto no contrato (nexo de causalidade entre alteração circunstancial e o reflexo no contrato) e oneridade excessiva.** Essas exigências podem ser extraídas a partir da interpretação do próprio dispositivo do art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, ao exigir que **os fatos sejam "retardadores ou impeditivos da execução do ajustado"**. Em outras palavras, a situação desestabilizadora deve afetar o contrato (nexo de causalidade) e os desequilíbrios pequenos fazem parte do risco do negócio na atividade empresarial, de modo que apenas os extremos seriam protegidos pela cláusula (oneridade excessiva).

35. Ainda, **a recomposição contratual deve ser promovida apenas nos limites para o restabelecimento do equilíbrio da equação**, não podendo ser utilizada para favorecer a empresa. Caso contrário, equivaleria à burla do procedimento licitatório por beneficiar o vencedor em detrimento dos licitantes vencidos. **A demonstração analítica da composição dos custos e o quanto isso foi impactado é medida imperativa para operacionalizar a alteração do contrato para fins de recomposição.** É o que estabeleceu o TCU no Acórdão 1431/2017-Plenário.

36. **A comprovação dos custos tem especial relevo na admissão ou não do reequilíbrio, exigindo-se demonstração analítica da elevação do valor.**

37. Além disso, a jurisprudência do TCU exige **a análise e quantificação do impacto sobre o valor do contrato, não sobre itens/insumos específicos**. Isso se justifica, pois há contratos que a composição do custo deriva do somatório de vários elementos, podendo alguns subirem e outros terem seus valores reduzidos.

38. Portanto, a empresa deve demonstrar cabalmente o aumento de seus custos e a Administração deve se acautelar de outras informações para atestar tal cenário.
39. No caso, como já ressaltado, não houve a apresentação de documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, devidamente atestados pela Administração.
40. Não foi efetuada pesquisa de mercado pela Administração, por meio do Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldeprecos, por meio de aquisições e contratações similares de outros entes públicos, ou pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação.
41. Portanto, poderia a Administração ter efetuado pesquisa de mercado acerca dos preços atualmente praticados ou ter solicitado à contratada que robustecesse o requerimento com o detalhamento e comprovação do preço ofertado, tanto na época da proposta como no valor pretendido com a recomposição.
42. Com efeito, no caso, a empresa não trouxe elementos suficientes para demonstrar a comparação da composição de preços da proposta original e do pedido de reequilíbrio.
43. De acordo com o posicionamento do TCU, não basta a mera alegação de variação cambial. É necessário demonstrar que tal fato ocasiona graves consequências que repercutem no contrato, ou seja, comprovar que efetivamente a variação cambial causa prejuízos à execução do objeto. Para tanto, devem ser apresentados, por exemplo, as notas fiscais, controle de estoque, solicitações e comunicações junto ao fabricante dos equipamentos, comprovantes de importação, pesquisa de mercado, dentre outros documentos. Ou seja, deve haver uma demonstração analítica, com o respectivo conjunto probatório, capaz de comprovar suficientemente que o equilíbrio econômico-financeiro foi efetivamente rompido, o que não se verifica no presente processo.
44. Como já ressaltado, o reequilíbrio não é concretizado apenas com o mero requerimento da empresa, nos valores por esta solicitados. Ele deve ser documentalmente comprovado e não pode implicar em aumento de itens não afetados pela situação de pandemia e oscilação do dólar.
45. Portanto, devem ser verificadas as alegações da empresa a fim comprovar se elas se enquadram ou não nos precedentes citados, que condicionam o reequilíbrio econômico-financeiro à variação cambial significativa e inesperada, com repercussão efetiva nos custos do contrato.
46. Em suma, como regra, a mera variação de preços não autoriza o pedido de recomposição contratual, salvo se efetivamente demonstrada a alteração dos custos fora da margem de flutuação do mercado, resultando em onerosidade excessiva, para uma ou ambas as partes, apta a obstar a execução contratual, devidamente demonstrada nos autos do processo administrativo, situação ainda não comprovada.
47. A concessão do reequilíbrio econômico-financeiro somente será possível se comprovado, por meio da documentação pertinente, o caráter significativo e inesperado da variação do valor dos produtos e sua repercussão no contrato, nos termos acima delineados.
48. Assim, a Administração deverá ficar atenta para sempre exigir **notas fiscais da época da proposta e do momento da compra dos produtos**, a fim de demonstrar que tais itens estão sob efeito da **variação de preços ou flutuação cambial**, sendo necessário, caso haja mudança no cenário econômico, com queda nas taxas de câmbio, por exemplo, proceder-se a novo reequilíbrio econômico-financeiro, a favor da Administração, se for o caso.

RESPOSTA À CONSULTA

1. Considerando que há diferença entre Ata de Registro de Preços e Contratos, onde este, conforme previsão legal, pode ser substituído pela nota de empenho, pergunta-se: há possibilidade jurídica de se aplicar o reequilíbrio de preços e da proposta, conforme previsto no inciso XXI do art. 37 da CF/88 c/c art. 65, “d”, da Lei nº 8666/93, nos casos em que já houve solicitação de fornecimento por meio de nota de empenho?

49. O Edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 06/2020 (167802) dispõe o seguinte:

17 DO TERMO DE CONTRATO OU INSTRUMENTO EQUIVALENTE

17.1 Após a homologação da licitação, **em sendo realizada a contratação, será firmado termo de contrato ou emitido instrumento equivalente.**

17.2 **O adjudicatário terá o prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados a partir da data de sua convocação, para assinar o Termo de Contrato ou aceitar instrumento equivalente, conforme o caso (Nota de Empenho/Carta Contrato/Autorização), sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas neste Edital.**

17.2.1 Alternativamente à convocação para comparecer perante o órgão ou entidade para a assinatura do Termo de Contrato ou aceite do instrumento equivalente, a Administração poderá encaminhá-lo para **assinatura ou aceite da Adjudicatária**, mediante correspondência postal com aviso de recebimento (AR) ou meio eletrônico, **para que seja assinado ou aceito no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da data de seu recebimento.**

17.2.2 O prazo previsto no subitem anterior poderá ser prorrogado, por igual período, por solicitação justificada do adjudicatário e aceita pela Administração.

17.3 **O Aceite da Nota de Empenho ou do instrumento equivalente, emitida à empresa adjudicada, implica no reconhecimento de que:**

17.3.1 **referida Nota está substituindo o contrato**, aplicando-se à relação de negócios ali estabelecida as disposições da Lei nº 8.666, de 1993;

17.3.2 a contratada se vincula à sua proposta e às previsões contidas no edital e seus anexos;

17.3.3 a contratada reconhece que as hipóteses de rescisão são aquelas previstas nos artigos 77 e 78 da Lei nº 8.666/93 e reconhece os direitos da Administração previstos nos artigos 79 e 80 da mesma Lei.

(...)

50. Se o instrumento de contrato for substituído por nota de empenho, a contratação somente se efetiva com o **aceite da nota de empenho pelo então Adjudicatário**. Não é a mera emissão da nota de empenho que formaliza a contratação.

51. Portanto, ao se efetuar a "solicitação de fornecimento", já se pressupõe que tenha havido a celebração da contratação, formalizada com o **aceite da nota de empenho**.

52. **A partir do regular aceite da nota de empenho, é possível analisar, decidir e eventualmente conceder pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.**

2. Caso a resposta da pergunta anterior seja positiva, pergunta-se: é possível essa concessão, ainda que a participação da empresa no pregão ocorra no transcurso da Pandemia, portanto, ciente dos possíveis reflexos e impactos no mercado, como é o caso em tela, em que a empresa encaminhou sua proposta em setembro de 2020, e, em dezembro do mesmo ano, já solicitara o reequilíbrio?

53. A Administração tem o dever de avaliar e confrontar tecnicamente as provas apresentadas pela empresa, para decidir motivadamente se estão presentes os pressupostos para a revisão contratual. O mero fato de a participação da empresa no pregão ter ocorrido antes ou no transcurso da pandemia não é suficiente, por si só, para reconhecer ou afastar pleito dessa natureza.

54. Ou seja, a área técnica tem que acompanhar e analisar toda a evolução dos preços da data da proposta até a atualidade, para atestar se os fatos alegados são contemporâneos ou não à apresentação da proposta, e se atendem aos critérios de superveniência e imprevisibilidade.

55. Para a concessão de eventual revisão contratual de preços, é necessário que o *suposto* desequilíbrio econômico-financeiro (evento causal) tenha surgido supervenientemente à data proposta, observados os demais requisitos do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93.

3. Considerando que o pedido de reequilíbrio dos preços registrados ocorreu após a emissão das notas de empenho, mas nem todos os campus chegaram a enviá-las ao fornecedor (art. 19, I, D7892/13), pergunta-se: a Administração deverá aplicar o reequilíbrio somente nos casos que houve o pedido de fornecimento, para que não fique caracterizado revisão da ata, uma vez que é vedada a sua majoração?

56. Como já abordado na resposta ao quesito 1, a possibilidade de reequilíbrio da equação econômico-financeira somente é cabível, em tese, **após efetivamente celebrada a contratação**, com a assinatura de Termo de Contrato ou **o aceite do instrumento equivalente (nota de empenho)**, observados os demais requisitos do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93.

4. Caso não seja possível o conceder o reequilíbrio de preços e considerando o momento atual da pandemia e o reflexo da alta dos preços e a desvalorização da moeda nacional no mercado, pergunta-se: após recebermos solicitação de reequilíbrio e/ou pedido de liberação, é possível liberarmos o fornecedor do compromisso assumido na Ata de Registro de Preços, mesmo após o envio do pedido de fornecimento? Caso essa liberação seja permitida, considerando os motivos expostos acima, pode-se eximir a contratante de penalidades, ainda que o envio da proposta tenha ocorrido durante a pandemia?

57. O "envio do pedido de fornecimento" pressupõe que já tenha havido a regular contratação, **formalizada com a assinatura do contrato ou com o aceite do instrumento equivalente** (nota de empenho).

58. Nessa hipótese, a relação jurídica passa a ser regulada pelas regras relativas à fase de contratação, e não mais pela Ata de Registro de Preços. Na fase contratual, eventual pedido "liberação do fornecedor" deve ser analisado e processado com base nas **hipóteses de rescisão previstas nos artigos 77 e 78 da Lei nº 8.666/93**.

59. **Na fase contratual**, não existe mais "compromisso assumido na Ata de Registro de Preços". **A relação que era pré-contratual agora se tornou contratual**. Nesse último estágio, devem ser observadas as disposições relativas à contratação e não à ata de registro de preços.

60. A expressão "antes do pedido de fornecimento" deve ser entendida como "**até a assinatura de Termo de Contrato ou o aceite do instrumento equivalente (nota de empenho)**", ocasião em que o "adjudicatário" pode solicitar sua liberação ou cancelamento do registro de preços, conforme Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013:

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**.

Art. 20. O registro do fornecedor será cancelado quando:

I - descumprir as condições da ata de registro de preços;

II - **não retirar a nota de empenho ou instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável;**

III - não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese deste se tornar superior àqueles praticados no mercado; ou

IV - sofrer sanção prevista nos incisos III ou IV do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

Parágrafo único. O cancelamento de registros nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV do caput será **formalizado por despacho do órgão gerenciador, assegurado o contraditório e a ampla defesa**

Art. 21. **O cancelamento do registro de preços poderá ocorrer por fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados:**

I - por razão de interesse público; ou

II - **a pedido do fornecedor.**

61. A faculdade de recusa **justificada, dentro do prazo e previamente à contratação**, é prevista ainda nos art. 64 e 81 da Lei nº 8.666/93:

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado **para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo** e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

(...)

Art. 81. A recusa **injustificada** do adjudicatário **em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração**, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.

62. A questão da liberação do fornecedor, **com preços ainda meramente registrados em Ata**, foi tratada no PARECER Nº 14/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU:

12. Ainda assim, o procedimento para essa revisão deverá obedecer aos ditames dos arts. 18 e 19, que estabeleceram, apenas, a possibilidade de revisão com o objetivo de assegurar a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado se houver a concordância do fornecedor (art. 18, caput, e §1º).

13. Isso porque o art. 19 não autorizou a revisão para viabilizar acréscimos de valor. **Quando o preço de mercado torna-se superior aos preços registrados, o procedimento previsto pelo art. 19 é convocar os demais fornecedores para contratar com preços inferiores aos do mercado (art. 19, II), se o fornecedor original não puder cumprir o compromisso e houver comunicado essa impossibilidade em data anterior ao pedido de fornecimento (art. 19, 1).**

14. **Nesse caso, comprovada a veracidade dos motivos alegados, o fornecedor original será liberado do compromisso assumido e a Administração Pública estará autorizada a contratar os demais fornecedores, desde que obedecida a ordem de classificação. Se nenhum dos fornecedores concordar com a manutenção dos preços em patamares inferiores aos praticados no mercado, a Administração Pública deverá revogar a ata de registro de preços (art. 19, parágrafo único), ou melhor, deverá revogar o registro do preço do fornecedor.**

63. Igualmente, foi exarado o PARECER n. 00003/2019/CPLC/PGF/AGU:

23. Diante desse panorama, foram apenas previstas as consequências para a ocorrência de áleas extraordinárias e extracontratuais que afetem o preço do item registrado no mercado, quais sejam:

a) se o preço registrado tornar-se maior do que o praticado no mercado, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços (art. 18, caput, Decreto nº 7.892/13). Veja-se que nesse caso há a apresentação, pela Administração, de uma contraproposta, assim, da mesma forma como estipula o Código Civil (art. 431), não há obrigatoriedade de aceitação pelo fornecedor registrado das novas condições; não querendo, este deverá ser liberado do compromisso sem sanção (§ 2º do art. 18 do mesmo diploma normativo); ou

b) **na hipótese de o preço registrado tornar-se menor que os preços praticados no mercado, importando em impossibilidade de cumprimento do compromisso pelo fornecedor, o Decreto *faculta* ao gestor a possibilidade de:**

(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. Se as negociações forem infrutíferas, é possível a revogação da ata de registro de preços (art. 19 do Decreto nº 7.892/13)**

(...)

26. No que respeita à "negociação", o termo foi utilizado pelo Decreto exatamente para afastar eventual confusão com os institutos de manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Uma vez que a configuração da álea extraordinária e extracontratual permite um rol de opções ao gestor da ata e ao fornecedor (conforme visto acima), é preciso que ambos dialoguem sobre o tema. Se o preço registrado tornar-se superior ao praticado no mercado, o fornecedor poderá optar por reduzi-lo; **se, diferentemente, houver majoração do valor do item praticado no mercado, impossibilitando a manutenção da proposta, o gestor deverá liberar o fornecedor e conversar com os demais constantes do anexo à ata.**

64. No mesmo sentido, o PARECER n. 00002/2020/CPLC/PGF/AGU:

(...)

13. O procedimento para a revisão do valor registrado em ata de registro de preços deverá obedecer aos ditames dos arts. 18 e 19, que estabeleceram, apenas, a possibilidade de revisão com o objetivo de assegurar a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado se houver a concordância do fornecedor (art. 18, caput, e §1º)

14. O Decreto n. 7.892, de 2013, não autorizou a revisão para viabilizar acréscimos de valor da ata. **Quando o preço de mercado torna-se superior aos preços registrados, o procedimento previsto pelo art. 19 é convocar os demais fornecedores para contratar com preços inferiores aos do mercado (art. 19, II), se o fornecedor original não puder cumprir o compromisso e houver comunicado essa impossibilidade em data anterior ao pedido de fornecimento (art. 19, I)** (cf. PARECER n. 14/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU)

65. Portanto, quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado, alegar a impossibilidade de manutenção do fornecimento nas condições assumidas, o órgão gerenciador poderá liberar o fornecedor do compromisso, sem aplicação da penalidade, bem como convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação. Necessário perceber que, na hipótese do preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados, a negociação **não admite aumento dos valores registrados, mas apenas a liberação do compromisso, sem aplicação de penalidades.**

66. **Na fase contratual,** o gestor poderá se utilizar ainda dos incisos II e V do § 1º do art. 57 que autorizam a prorrogação dos prazos de início, execução e entrega em decorrência de **superveniência** de fatos excepcionais ou imprevisíveis, estranhos à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato, e do impedimento da execução em decorrência de fato ou ato de terceiro, **em documento contemporâneo à sua ocorrência:**

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, **desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:**

(...)

II - **superveniência de fato** excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

(...)

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração **em documento contemporâneo à sua ocorrência;**

(...)

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

67. Assim, admite-se a prorrogação do prazo de entrega, **por motivos supervenientes à contratação**.

68. Por outro lado, **em havendo ou não justa causa** para a inexecução, o gestor poderá avaliar hipóteses de rescisão contratual unilateral ou amigável, a depender do enquadramento específico:

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

IV - o atraso **injustificado** no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, **sem justa causa e prévia comunicação à Administração**;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual **serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa**.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados **nos incisos I a XII e XVII** do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

69. O art. 86 da Lei nº 8.666/93 prevê aplicação de multa **apenas se o atraso for injustificado**:

Das Sanções Administrativas

Art. 86. O atraso **injustificado** na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada **após regular processo administrativo**, será descontada da garantia do respectivo contratado.

(...)

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração **poderá, garantida a prévia defesa**, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, **facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo**, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, **facultada a defesa do interessado no respectivo processo**, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

70. Caso haja indício de suposta ocorrência de infração contratual, a Administração **deverá providenciar a autuação de procedimento administrativo específico para aplicação de sanções à contratada e a consequente rescisão contratual**^[1], a ser instaurado pela autoridade competente, com observância do devido processo legal e as garantias do contraditório e ampla defesa^[2].

71. Os pressupostos fundamentais para esse entendimento, que têm sustentação em princípios, encontram-se no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal;**

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral **são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;**

72. A aplicação de quaisquer das sanções administrativas elencadas na Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei nº 10.520, de 2002, somente é possível mediante instauração, processamento e julgamento pela autoridade competente, momento em que a Administração deverá, valendo-se de razoabilidade e proporcionalidade, decidir pelo cabimento ou não de punição.

73. Assim, compete ao setor competente decidir, com a possibilidade de acatar ou não as razões do presente parecer, nos termos do art. 50, parágrafo primeiro, da Lei n. 9.784/99, a seguir:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

CONCLUSÃO

74. Em face do exposto, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica deste órgão de consultoria manifesta-se esta Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos, cabendo ao gestor proceder conforme disposto nos **itens 52, 53, 54, 56, 60, 66, 68, 70 e 72.**

75. Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. Eis o teor do BPC nº 05: "Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas".

76. É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente.

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 31 de março de 2021.

Adalberto do Rêgo Maciel Neto
Procurador Federal

Cynthia Regina de Lima Passos
Procuradora Federal

Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Procurador Federal

George Macedo Pereira
Procurador Federal

Gerson Leite Ribeiro Filho

José Reginaldo Pereira Gomes Filho

| | |
|--|--|
| Procurador Federal | Procurador Federal |
| Juliana Fernandes Chacpe Procuradora Federal | Karina Bacciotti Carvalho Bittencourt Procuradora Federal |
| Maristela Silva Menezes Plessim Procuradora Federal | Marina Define Ottavi Procuradora Federal |
| Patricia Ruy Vieira Procuradora Federal | |

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23232000629202083 e da chave de acesso d922c453

Notas

- [^] - *Das Sanções Art. 68. Identificada a infração ao contrato, inclusive quanto à inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia, o órgão ou entidade **deverá providenciar a autuação de procedimento administrativo específico para aplicação de sanções à contratada e a consequente rescisão contratual**, se for o caso, de acordo com as regras previstas no ato convocatório, na legislação correlata e nas orientações estabelecidas em normativo interno do órgão ou entidade, quando houver, podendo utilizar como referência os Cadernos de Logística disponibilizados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.*
- [^] - *Caderno de Logística, Sanções Administrativas, Diretrizes para a formulação de procedimento administrativo específico, disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>*

Documento assinado eletronicamente por GEORGE MACEDO PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 605735935 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GEORGE MACEDO PEREIRA. Data e Hora: 31-03-2021 23:25. Número de Série: 17378055. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS
GERAIS

PARECER JURÍDICO (004.12) Nº 31/2021 - REIPROJUR (11.01.08)

Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO

Juiz de Fora-MG, 08 de Abril de 2021

Parecer_206-2021_ETRLIC.pdf

Total de páginas do documento original: 21

(Assinado digitalmente em 08/04/2021 12:28)

OLIVIA GHETTI GOMES

COORDENADOR

2125457

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sig.ifsudestemg.edu.br/documentos/>
informando seu número: **31**, ano: **2021**, tipo: **PARECER JURÍDICO (004.12)**, data de emissão: **08/04**
/2021 e o código de verificação: **e1e8944ae7**