

PARECER N° 799/2019 – NSAJ/SESMA/PMB

PROTOCOLOS N°: 25850/2018; 1683453/2017 – FÍSICO.

INTERESSADO: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORTE LTDA

ASSUNTO: PEDIDO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO.

Sr. Secretário Municipal de Saúde,

Trata a presente consulta de obtenção de análise e parecer jurídico sobre a possibilidade jurídica de Prorrogação da vigência e alteração no Contrato n° 161/2017, decorrentes de pedido de Reequilíbrio Econômico-financeiro, formulado pela empresa WHITE MARTINS LTDA, cujo objeto é o fornecimento de gases medicinais, decorrente de adesão de Ata de Registro de Preços n° 0332/2016, em virtude de motivos supervenientes e de força maior, onde os itens sofreram majoração que implicou no reequilíbrio solicitado.

A solicitação de reequilíbrio se deu em novembro/2018, que se justificou pela Revisão Tarifária Extraordinária de Energia Elétrica (Resolução Homologatória n° 1.858), insumo esse que é o principal na produção dos gases medicinais.

Às fls. 60/77 foi realizado cotação de preços pela CGL/SEGEF que demonstrou a variação nos preços dos itens. No entanto, esta assessoria jurídica por **duas vezes** analisou e opinou pelo indeferimento da solicitação, através dos Pareceres n° 275/2019 e 452/2019, pois entendeu-se que não ficou demonstrado, nas dois pedidos da empresa, a incidência direta no percentual 13,38% no contrato firmado com a SESMA, sobre o aumento da energia elétrica.

Irresignados, a empresa em 05/05/2019 juntou mais uma vez o pedido de reconsideração do indeferimento. Que ensejou em uma reunião no dia 31.05.2019, às 10:00h, para esclarecimentos sobre as documentações constantes nos autos, no qual estavam presentes Andréa Oliveira-Coordenadora do N. de Contratos, Eder Cardoso – Diretor do Controle Interno, Jaqueline Valério de Souza – Gerente Regional White; Caroline Campos de Souza – Gerente Jurídica Regional White; Taine Santos – Gerente de Negócios Medicinais White; Wilton Barros Ferreira-Gerente White e esta Assessora do NSAJ, que subscreve;

Ademais, juntamente com o referido autos veio o Processo sob nº 14588/2019, referente a possibilidade de prorrogação da vigência do contrato, por mais 12 meses e aprovação da minuta do termo aditivo.

É a síntese dos fatos que vinculam a consulta.

DO DIREITO

Primeiramente, é importante ressaltar que a presente análise, limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos setores competentes desta Secretaria.

Sabe-se que os contratos administrativos contemplam a equação que estabelece de forma equilibrada a prestação do contratado e a contraprestação pecuniária da Administração Pública. Esta prestação deverá ser equilibrada econômico-financeira e mantida durante a vigência contratual e, quando ocorrer o desequilíbrio, o seu restabelecimento impõe-se, conforme previsão constitucional no art. 37, XXI/CF.

“Constituição Federal

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº19, de 1998)

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)”

Veja-se que a norma estabelece o equilíbrio entre o encargo do particular e a contraprestação da Administração Pública. Sabe-se que a cláusula de equilíbrio evita-se o enriquecimento sem causa de qualquer dos contraentes, esta recomposição está preconizada na lei

de licitações, nos arts. 58, inc, I e §§ 1º e 2º e 65, inc, II, alínea “d” e seu §5º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Lei nº 8.666/93

(...)

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modifica-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado:

(...)

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

(...)

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

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuam 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 sobrevierem 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)

(...)

§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.”

Ainda temos a Orientação Normativa AGU nº 22/09 dispõe sobre a revisão dos contratos no seguinte sentido:

“ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº22, DE 1º DE ABRIL DE 2009

Av. Gov. José Malcher, nº 2821- São Brás,
E-mail: sesmagab@gmail.com
Tel: (91) 3236-1608/98413-2741

O reequilíbrio econômico-financeiro 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 8.666, de 1993.”

Segundo Marçal Justen Filho¹, os custos devem ser **provenientes de eventos não esperados que aumente os encargos do particular**. Nesse sentido Eros Roberto Grau e Paula Forgioni² estabeleceram fatores para o reequilíbrio, vejamos:

“21. Para que surja, em benefício do contratado, o direito ao reequilíbrio de qualquer contrato administrativo, é necessário que:

i) o contratado seja de longa duração ou, pelo menos, a obrigação seja diferida (tractum successivum et dependentiam de futuro, no velho aforismo);

ii) após a vinculação do particular, tenha ocorrido um fato que não poderia ter sido previsto inicialmente, por mais diligente que fosse a parte;

iii) esse fato não tenha decorrido do comportamento do particular, ou seja, sua superveniência não se tenha verificado por culpa sua;

iv) esse mesmo fato tenha gerado um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, de forma que ocorra a diminuição do retorno a ser granjeado pelo particular.

Em suma: o fato superveniente deve ser (i) imprevisível; (ii) não decorrente de culpa do particular contratante e (iii) desestabilizador da equação econômico-financeira da avença que, por sua vez, deve (iv) ser de longa duração ou, pelo menos, prever obrigações a serem cumpridas em momento posterior.”

Seguindo esta premissa, para que se tenha o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, deve constar nos autos comprovação do fato que ensejou a alteração no valor do contrato, justificando assim o aumento dos valores pedidos.

Em análise dos autos, verifica-se as documentações apresentadas como justificativas que ensejaram o pedido de reequilíbrio, notadamente a Resolução Homologatória nº 2.433/2018, Resolução Homologatória nº 2.284/2017, Resolução Homologatória nº 2.117/2016, Resolução Homologatória nº 1.930/2015 da ANEEL, informativos de jornais demonstrando a repercussão da inflação nos valores tarifários da energia elétrica, bem como de gasolina e diesel, assim como junta uma planilha que ilustra o reajuste ocorrido no ano de 2018. Outro fato que pode ter ensejado no desequilíbrio contratual foi que a empresa é localizada no município de Barcarena e devido à

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., fl. 748

² O Estado, A Empresa e o Contrato. Ed. Malheiros. 2005. p. 110/111.

quebra da ponte sobre o Rio Moju em abril de 2019, como é de conhecimento público e notório, incidindo em impactos na logística da empresa diante da dependência da balsa para travessia.

No caso em análise, restou caracterizado que a empresa WHITE MARTINS LTDA teve seu rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que a elevação dos encargos da empresa não decorreu por culpa da mesma, demonstrada através dos reajustes decorridos ao longo da vigência contratual. Ressalta-se que as alterações nos valores percentuais de aumento na tarifa da energia elétrica que impactam diretamente na produção dos gases medicinais, devem ser consideradas a partir da assinatura do contrato, ou seja, a contar de **28.06.2017**, desconsiderando-se as resoluções ordinárias e extraordinárias anteriores ao ano de 2017, uma vez que quando do aceite da adesão e contratação junto à SESMA, já era de conhecimento as resoluções da ANEEL do ano 2015 e 2016 apresentadas nos autos, não podendo incidir em custos deste contrato, pois deveriam ter sido pleiteadas à época da situação originária.

Outrossim, cumpre destacar, que é competência exclusiva da Administração, através de seu setor específico, proceder à análise devida da Planilha de Reequilíbrio apresentada, em conformidade com o disposto pelas normas, a fim de verificar se os valores apresentados pela empresa encontram-se em conformidade com o estipulado pelos normativos envolvidos.

Por isso, é imprescindível que a Administração antes de conceder o reequilíbrio, confirme se os valores indicados estão corretos e correspondem ao instituído legalmente, mediante manifestação técnica expressa.

De fato, no nosso ordenamento jurídico, a regra geral continua a ser a da garantia do equilíbrio econômico financeiro da contratação (art. 37, XXI, da CF/88). Assim, as normas devem ser interpretadas de modo a preservar o direito ao reajustamento para fazer frente às variações dos preços decorrentes de álea ordinária – inflação ou deflação.

Dessa forma, verifica-se que a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro decorre de consequências de fatos **EXTRAORDINÁRIOS, devidamente caracterizados nos autos.**

Da mesma forma que a revisão ou recomposição de preços é motivada pela aplicação da teoria da imprevisão, estando relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.

Sobre o tema coleciono o entendimento do Tribunal de Contas da União:

"Equilíbrio econômico-financeiro. Contrato. Teoria da Imprevisão. Alteração Contratual. A ocorrência de variáveis que tornam excessivamente onerosos os encargos do contratado, quando **CLARAMENTE DEMONSTRADAS**, autorizam a alteração do contrato, visando ao restabelecimento inicial do equilíbrio econômico financeiro, **COM FUNDAMENTO NA TEORIA DA IMPREVISÃO**, acolhida pelo Decreto-Lei 2.300/86 e pela atual Lei n.º 8.666/93. (TCU, TC-500.125/92-9 Min. Bento José Bugarin, 27/10/94, BDA n.º 12/96, Dez/96, p. 834

In casu verificando o pedido e a documentação que instrui o processo de protocolo nº 25850/2018, o qual a empresa WHITE MARTINS LTDA solicita o reequilíbrio de valor dos itens nº 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 do Contrato nº 161/2017, conforme documentos acostados aos autos, podendo o pedido da empresa ser atendido em seu inteiro teor, desde que analisado previamente a planilha de cálculo percentual incidente no valor do contrato, pelo setor contábil competente.

É cediço que o equilíbrio econômico-financeiro contratual consiste na **MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES (DE PREÇO)** estabelecidas no termo inicial do ajuste, a fim de que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a retribuição da Administração, para o fim de efetivar justa remuneração ao serviço.

Cumprе ressaltar que no caso em apreço houve pesquisa mercadológica para constatar se o valor solicitado pela empresa está na média de preços de mercado, o qual se abstrai do mapa comparativo de preços, que os preços reequilibrados no percentual de 20,95% da empresa White Martins estão abaixo dos preços praticados no mercado, conforme verifica-se nos preços registrados em Atas vigentes e na cotação da empresa AIR LIQUIDE LTDA .

Cumprе ressaltar que o objeto aqui pleiteado é de suma importância para esta Secretaria, e permanecendo com a empresa, além de diminuir custos para a Administração, o tempo para nova contratação, no qual não dispomos, correndo risco também, no caso de uma eventual adesão de Ata, a empresa vencedora pedir reequilíbrio do item, devido o lapso temporal decorrido.

Assim, compulsando-se estritamente os autos constatou-se que há possibilidade do reequilíbrio econômico financeiro dentro do que está disposto no art. 65, inc. II, “d”, da Lei 8.666/93 para os itens do contrato nº 161/2017 firmado com a empresa WHITE MARTINS LTDA, **desde que sejam analisado e ratificado pelo setor competente os cálculos e percentuais apresentados pela referida empresa.**

Por fim, quanto alegação de aumento de consumo dos gases medicinais nas unidades de saúde desta Secretaria, sugerimos que seja realizado uma nova petição pela empresa, com a devida instrução processual, para que possamos melhor analisar a situação apresentada, uma vez que neste processos estamos tratando de reequilíbrio econômico-financeiro (extraordinário) e não sobre análise de alteração quantitativa e/ou qualitativa.

DA PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL.

Comporta enfatizar que os contratos administrativos podem ter sua vigência prolongada além do termo inicial com o mesmo contratado e nas mesmas condições antecedentes, sempre nos casos referidos em lei.

Em vista disso, a prorrogação deve ser formalizada mediante termo aditivo, instrumento hábil, independente de nova licitação. Convém dizer que o termo aditivo é utilizado para todas as modificações admitidas em lei que restam caracterizadas como alterações contratuais, sempre dentro do seu prazo de vigência.

Note-se que a Administração Pública pretende promover a prorrogação do prazo contratual vigente, conforme art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/ 1993, que assim estabelece:

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

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses (GRIFO NOSSO);

Desta forma, conforme disposto na lei acima citada, a prorrogação do contrato discutido é devidamente legitimada, estando de acordo com o disciplinado pela lei 8.666/93. Ressaltando ainda, que há real necessidade dos serviços pactuados no contrato, pois é um serviço essencial para manutenção de um administrativo que viabiliza o atendimento da população.

Portanto, necessário se faz evocar os princípios:

a) **Da supremacia do interesse público sobre o privado**, no qual o ente administrativo ocupe posição privilegiada e de supremacia nas relações com os particulares. A posição privilegiada se traduz pelos benefícios trazidos pelo próprio ordenamento jurídico, com fim de assegurar a proteção dos interesses públicos. Já a posição de supremacia pode ser traduzida pela posição de superioridade que o Poder Público assume diante do particular. Diferente das relações cíveis, entre particulares, onde vigoram relações de igualdade, ou de horizontalidade, nas relações entre a Administração e o particular, vigora a verticalidade. Justificada pela necessidade de gerir os interesses públicos, aos entes governamentais é dada a possibilidade de impor obrigações aos administrados, por ato unilateral, como também modificar unilateralmente relações já estabelecidas.

b) **O princípio da indisponibilidade do interesse público** se baseia no fato de que os interesses próprios da coletividade "não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis". Os entes públicos, por exercerem a chamada "função pública", **têm o dever de satisfazer os interesses da coletividade. Tais privilégios e prerrogativas, muitas vezes, chamados de "poderes", são na verdade "poderes-deveres"**

Assim, além de não haver óbice legal, a esta Secretaria é de extremo interesse e necessidade continuar recebendo o serviço de fornecimento de gases medicinais para as suas unidades de saúde, com o objetivo de dar continuidade a suas tarefas exercidas, que é o atendimento digno à população usuária do SUS.

Destaca-se ainda que, consta manifestação do Departamento de Urgência e Emergência - DEUE no sentido de ter interesse na continuidade do serviço essencial a saúde pública ratificando a vontade pactuada no **Contrato nº 161/2017**.

Por fim, frisa-se que foram atendidas as condições, portanto, não há óbice legal na prorrogação do contrato, em termo aditivo, dentro do poder discricionário da administração, que tem atribuição para emanar seus atos dentro da conveniência e vantajosidade de tal prorrogação, considerando os princípios da eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade, ressaltando, todos os condicionamentos legais. 

Portanto, para que haja a prorrogação de um contrato, é obrigatório que o mesmo esteja em vigência, no caso em análise, o referido Contrato alcançará seu termo final em **28.06.2019**, sendo assim, é perfeitamente cabível a prorrogação, desde que obedecidos os parâmetros de valor praticados no mercado, os prazos e índices de reajustes adequados, como já analisado anteriormente.

A minuta do quarto termo aditivo, ora analisada, apresenta qualificação das partes, cláusulas de objeto/finalidade, prazo de vigência do termo, dotação orçamentária, da publicação, do foro, o que confirma a legalidade da peça em comento.

Assim, diante da observância da minuta do termo aditivo em questão, entendemos que esta atende as exigências dispostas no art. 55 da lei nº 8.666/1993, de modo que não merece censura, estando o documento contratual em condição de ser assinado. **Devendo ser corrigido os valores dos itens com os valores reequilibrados, desde que sejam ratificados pelo setor contábil.**

Vale ressaltar, que após firmado o contrato pelas partes e por 02 (duas) testemunhas, é indispensável que este seja publicado resumidamente no DOM, para que tenha eficácia, nos justos termos do art. 61, parágrafo único da lei nº 8.666/1993 e junto ao TCM, conforme a Instrução Normativa nº 04/2003/TCM/PA.

DA CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, este Núcleo Setorial de Assessoria Jurídica (NSAJ) instado a se manifestar sobre os autos do processo em epígrafe sugere, com fulcro nos argumentos jurídicos mencionados pela **possibilidade do reequilíbrio econômico financeiro**, respeitando o art. 65, inc. II, “d”, da Lei 8.666/93, dos itens respectivos da empresa WHITE MARTINS LTDA, **desde que o setor contábil técnico se manifeste sobre os cálculos/percentuais solicitados.**

Pela possibilidade de prorrogação da vigência contratual, bem como pela aprovação da minuta do quarto termo aditivo, devendo ser corrigido apenas os valores dos reequilibrados, caso seja ratificado o percentual pelo setor contábil. Devendo ser observado os termo do presente Parecer.

Por fim, salienta-se que esta é uma peça meramente opinativa, cabendo a decisão final à autoridade superior.

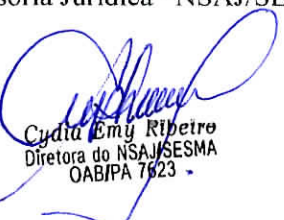
É o parecer. S.M.J.

Belém, 18 de junho de 2019.


IZABELA BELÉM

Assessoria Jurídica –NSAJ/SESMA

Ao Controle Interno.
De acordo com o Parecer.


Cydia Emy Ribeiro
Diretora do NSAJ/SESMA
OAB/PA 7623

Av. Gov. José Malcher, nº 2821- São Brás,
E-mail: sesmagab@gmail.com
Tel: (91) 3236-1608/98413-2741

