

PARECER Nº 026-2022-AJUR-FMAE

PROCESSO Nº 062/2022

ASSUNTO: Análise sobre pedido de reequilíbrio econômico financeiro no **Contrato nº 001/2022-FMAE**

SOLICITANTE: PRESIDENCIA

Senhora Presidenta,

I-SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de análise sobre a regularidade do pedido de reequilíbrio econômico financeiro no **Contrato nº 001/2022-FMAE**, decorrente do Pregão Eletrônico **SRP Nº 049/2021-FMAE/PMB** sob a égide da Lei Federal nº8.666/93, Lei Federal nº10.520/02, Decreto Federal nº10.024/2019, Decretos Municipais nº47.429/05, nº64.684/10, nº75.004/13, do tipo “menor preço”, como objetivo de “**AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NÃO PERECÍVEIS, para atender as necessidades do PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE)**”, conforme as condições e especificações estabelecidas no Edital e seus Anexos.

Nos autos se encontra o pedido de reequilíbrio econômico financeiro realizado pela empresa **XIMENDES DE CARVALHO COMÉRCIO A. M. C. H. EIRELI**, referente aos itens 01-Cesta domestica LOTE 1 - KIT 1 - contendo arroz polido classe longo fino tipo 1; feijão carioquinha tipo 1 marca dona dê ; fubá de milho marca yoki; leite em pó integral não instantâneo; 041-Leite em pó, origem: de vaca, teor gordura: integral, solubilidade: não instantâneo, todos do Contrato nº 001/2022-FMAE, decorrente do Pregão Eletrônico SRP Nº 049/2021-FMAE.

A empresa realizou o pedido de reequilíbrio justificando que o preço orçado não mais se compactua com o valor de mercado, pois houve um aumento exorbitante no brasil de todos os produtos do contrato, explica que houve diversos aumentos sucessivos e onerosos por causa da covid-19 e que as proposta foi realizada vários meses antes dos pedidos da FMAE, criando assim um desequilíbrio. No entanto, os valores pedidos estavam acima da média de mercado e após manifestação da FMAE e negociação, chegou-se a acordo para um reequilíbrio que ensejaria em valor percentual aproximado de 73,04% do valor unitário do item 01; 65,23% do valor unitário do item 41; perfazendo o total de 68,73% sobre o saldo do Contrato.

Com este relatório, passa-se a análise jurídica.

II-DO DIREITO E MÉRITO

A presente análise da AJUR/FMAE se dá nos termos do art. 37 da Constituição Federal, da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº10.024/2019, bem como do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93. Esta análise diz respeito, especificamente, à legalidade do pedido de reequilíbrio econômico financeiro solicitado no atual processo relacionada aos itens **01 e 041** por estes serem os itens solicitados para reequilíbrio. Assim sendo, para iniciar é necessário indicar o tipo de pedido realizado pela empresa, conceituando reequilíbrio econômico financeiro, para tal é possível citar Hely Lopes Meirelles:

“O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou ainda equação financeira do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.”

O que a empresa requerente almeja, portanto, é o estabelecimento dos termos de uma relação contratual igual ao que foi acordado inicialmente com a administração, sob o argumento de que fatos ulteriores a esta relação, neste caso, um aumento repentino e exorbitante dos produtos a serem fornecidos no mercado brasileiro, tornou o contrato desequilibrado.

É importante destacar que esta garantia de manutenção dos termos da relação contratual, para proteger o particular das intempéries da realidade econômica, é algo previsto Constitucionalmente no art. 37, inciso XXI da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
.....

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que

estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Constituição ao mencionar a necessidade de manutenção das condições efetivas da proposta, indica que o equilíbrio econômico-financeiro é considerado elemento essencial do contrato administrativo, sendo uma garantia constitucional contra o risco de prejuízo por eventos incertos, imprevisíveis e excepcionais.

A exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no contrato também é prevista na Lei 8.666/93, nos parágrafos 1º e 2º do seu art. 58, por exemplo, fica explícito que a administração, ao fazer alterações contratuais precisará fazer o reestabelecimento do equilíbrio se este for quebrado:

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

I- modificá-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.

O principal fundamento constante da Lei 8.666/93, todavia, é o disposto em seu art. 65, que trata sobre as possibilidades de alterações contratuais:

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

I- unilateralmente pela Administração:

.....

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-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.

.....
.....
§6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Além da obrigatoriedade de realização do reequilíbrio econômico-financeiro nas alterações unilaterais, prevista no §6º, há também, contida na alínea “d” do Inciso II, a chamada **Teoria da Imprevisão**, que possibilita à Administração e ao particular acordarem alterações contratuais para manutenção do equilíbrio afetado por fatos posteriores e imprevisíveis capazes de impedir o cumprimento do acordado inicialmente. É este acordo que propõe a empresa requerente.

A repactuação baseada na teoria da imprevisão, porém, deve ser fundamentada, baseada em comprovação dos fatos imprevisíveis pelo particular interessado, para que desta forma sejam impedidas fraudes à licitações por meio de vencedores que façam propostas abaixo do que deveriam já tendo previsão real das oscilações do mercado. No caso em tela, a comprovação foi feita pela requerente por meio de anexos com notas fiscais de compras contendo a diferença de preços dos itens propostos durante, antes e depois do aumento mencionado, por fim ainda apresentou reportagens de veículos de comunicação indicando a existência dos aumentos de preços e dos diversos fatos imprevisíveis alegados em seu pedido.

Desta forma, é forçoso considerar que realmente a imprevisibilidade do mercado ocasionou aumento de preços dos Itens almejados de forma a desequilibrar a relação contratual. Desta forma, é forçoso considerar que realmente a imprevisibilidade do mercado ocasionou aumento de preços dos Itens almejados de forma a desequilibrar a relação contratual. Ainda assim, vale a ressalva de que a empresa em sua proposta inicial solicitou um reajuste de preços acima dos valores atuais de mercado. No entanto, em uma segunda manifestação, ajustou os valores para garantir que não houvesse lucratividade indevida. A própria FMAE fez pesquisa de mercado por meio de sua Divisão de Serviços Gerais e constatou que com o reequilíbrio os valores não serão maiores do que a média de preços cobrada pelo produto no município de Belém. Por

fim, no cálculo de rentabilidade realizado pela FMAE, mesmo com o ajustamento de preços proposto pela empresa, a rentabilidade não será superior à apresentada à época da assinatura.

Desta forma, o ajuste dos valores está em acordo a pesquisa de preços constante dos autos realizada pela FMAE e reestabelecerá o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Portanto, há de se considerar que o Reequilíbrio Econômico financeiro está em acordo com legalidade nesta situação. Acatar a solicitação será medida respeitosa aos Princípios da Administração Pública.

II-CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que **não há óbice jurídico** para a concessão do Reequilíbrio Econômico-financeiro solicitado pois os requisitos legais para tal existem. Assim, a concessão do reajuste de 73,04% do valor unitário do item 01; 65,23% do valor unitário do item 41; perfazendo o total de 68,73% sobre o saldo do Contrato de modo que haverá uma alteração na diferença de R\$ 1.577.429,10, chegando a um valor total de R\$ 3.872.373,90, sendo isto feito por meio de **termo aditivo ao Contrato nº 001/2022-FMAE** nos termos da Lei 8.666/93. Destaque-se, contudo, que o parecer desta AJUR não é vinculativo às ações do gestor desta Fundação, em virtude de ser meramente consequência de ato administrativo consultivo, podendo a Presidência da FMAE optar por entendimento diverso ou até mesmo contrário ao disposto nesta peça para melhor atender ao interesse público.

É o parecer,

S.M.J.

Belém, 19 de maio de 2022

JOSÉ AUGUSTO EWERTON DE SOUSA

OAB/PA nº 16332