



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL – IFG

PARECER Nº: 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU
PROCESSO Nº: 23373.002550/2014-34
INTERESSADO: Instituto Federal de Goiás- Campus Goiânia
ASSUNTO: AQUISIÇÃO, COM INSTALAÇÃO, DE APARELHOS DE AR-CONDICIONADO PELA EMPRESA TOPO COMERCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA-EPP - ATA DE REGISTRO DE PREÇOS - DÚVIDA JURÍDICA - REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - VARIAÇÃO CAMBIAL

Ementa. I. Realizada licitação por meio do Sistema de Registro de Preços para aquisição, com instalação, de aparelhos de ar-condicionado. Preços Registrados em Ata. Solicitação de Revisão dos Preços Registrados na Ata. Elevação dos Custos dos Produtos decorrente de variação cambial. Falta de Comprovação Documental. Indeferimento Do Pleito. Dúvida Jurídica da Administração sobre a Possibilidade de Reequilíbrio Econômico financeiro dos Preços Registrados na Ata em Decorrencia de Variação Cambial. Possibilidade, em Tese, nos Termos do Acórdão TCU nº 25/2010 – Plenário.
II. Há sempre Necessidade de: motivação dos atos administrativos, Justificativa e Autorização da autoridade competente, comprovação do Desequilíbrio econômico do contrato e observância dos limites previstos legal e contratualmente para realização de alteração contratual. Justificativas técnicas de exclusiva responsabilidade dos gestores e responsáveis administrativos.
III. Observância: 37, XXI, da CF, arts. 58, inc. I e seus §§ 1º e 2º e 65, II, "d", todos da lei nº 8.666/93 cc. arts. 17, 18 e 19 do Decreto nº 7.983/13, das Condições Contratuais e da ON AGU nº 22/09.
IV. A Análise dos aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa competem à Administração. Discrecionariedade Administrativa. Conveniência e Oportunidade dos atos de natureza administrativa praticados pelo gestor público.
V. A variação cambial não acarreta autônoma e automaticamente a revisão contratual, pois esta requer a comprovação inequívoca de onerosidade excessiva suportada pela contratada. A variação cambial ocorrida deve ser caracterizada como extraordinária e não a mera variação decorrente da flutuação normal do câmbio.
VI. Em ocorrendo comprovadamente o Desequilíbrio decorrente de fato do príncipe, seja para mais ou para menos, impõe-se o restabelecimento da equação econômico-financeira formada no momento da apresentação da proposta, por meio de Reequilíbrio Econômico-financeiro.

RELATÓRIO



Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

1. Trata a presente consulta de obtenção de análise e parecer jurídico sobre a possibilidade jurídica de alteração contratual na Ata de Registro de Preços, decorrente de pedido de Reequilíbrio Econômico-financeiro da Ata, formulado pela Empresa Topo Comércio Construções e Serviços LTDA EPP., vencedora dos itens 01, 03 e 06, em virtude do aumento do dólar ocorrido após a elaboração de sua proposta, nos termos autorizados pelo artigo 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, consoante despacho de fl. 284.
2. No mais, extrai-se dos autos que a Empresa Topo Comércio Construções e Serviços Ltda, fornecedora dos itens 01, 03 e 06 da Ata de Registro de Preços nº. 08/2015 referente ao Pregão nº 05/2014 à fls. 236/239, pleiteou o Reequilíbrio econômico financeiro da Ata de Registro de Preços de fls. 279/282, em decorrência das oscilações da Cotação do dólar americano, inflação e instabilidade econômica.
3. O presente processo administrativo vem remetido, então, a esta Procuradoria, para análise e esclarecimento de dúvidas a respeito da viabilidade jurídica de Reajuste de Preço da Ata de Pregão Eletrônico e quais as condições para seu eventual deferimento.
4. Sucintamente é o Relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DOS LIMITES DA ANÁLISE E MANIFESTAÇÃO JURÍDICA

5. Inicialmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida jurídica "*in abstracto*", ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômicos e financeiros e quanto à outras questões não ventiladas ou que exijam exercício da conveniência e discricionariedade administrativas, bem como verificação e conferência de cálculos e valores, os quais não competem à Procuradoria, mas aos serviços técnicos competentes da Administração.
6. A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que relativo à área técnica competente da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas, BCP nº 07, qual seja:

"BCP nº 07 (Manual 2014)

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável.

Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto."

7. E ainda, tratando-se aqui de ato de Orientação Jurídica a respeito da possibilidade de concessão de Reequilíbrio econômico-financeiro de Ata de Registro de Preços, não cabe no momento presente, apreciar a regularidade jurídica de todo o procedimento, pois presumivelmente já o foram apreciados prévia e conclusivamente, nos termos do art. 38, § único, da Lei nº 8.666/93 e art. 11, inciso VI, "a" e "b", da LC nº 73/93. Além do que, faz-se necessário apontar que a Procuradoria não tem competência para proceder auditoria em todos os atos praticados na presente instrução processual, cabendo esta atribuição aos órgãos de controle, internos e externos. Da mesma forma, não é da sua competência apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, bem como questões eminentemente técnicas fora das atribuições institucionais da Procuradoria. Destarte, o presente pronunciamento restringe-se somente ao questionamento jurídico formulado.

8. Assim, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora buscadas.

DA LEGALIDADE E DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

9. Em conformidade com a Revista "Licitações e Contratos - Orientações e jurisprudência do TCU, 4ª Ed., do Tribunal de Contas da União, p. 811, o "Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço. Nas hipóteses expressamente previstas em lei, é possível à Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

10. O restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro das Obrigações existentes entre a Administração Pública e o Particular é uma obrigação prevista no art. 37, XXI, da CF e 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*:

"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 nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, ~~comprase~~ 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)"

"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 - 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.

(...)

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

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

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



Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

(...)

§ 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."

11. A Orientação Normativa AGU nº 22/09 dispõe sobre a revisão dos contratos no seguinte sentido:

"ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 22, DE 1º DE ABRIL DE 2009

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 no 8.666, de 1993."

12. O Tribunal de Contas da União assim se manifestou, por meio do Acórdão 1159/2008 - Plenário, sobre o que vem a ser o reequilíbrio econômico-financeiro ou revisão do contrato:

"Acórdão 1159/2008 - Plenário

(....)

4.1. (...)

4.1.1. Inicialmente, vale conceituar o que vem a ser equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Segundo a lição de Marçal Justen Filho, "significa a relação (de fato) existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente", que se "firma no instante em que a proposta é apresentada". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos, Ed. Dialética, 8ª edição, págs. 64/65)

4.1.2. Diante de qualquer motivo suficiente para causar esse desequilíbrio, fica a Administração obrigada a reequilibrar o contrato, quer seja para diminuir ou aumentar o valor pago, através dos seguintes institutos:

"a) revisão: tem lugar sempre que circunstância extraordinária e imprevisível, ou previsível de efeitos incalculáveis, comprometer o equilíbrio do contrato administrativo, para adequá-lo à realidade, mediante a recomposição dos interesses pactuados. Aplica-se aqui a teoria da imprevisão, buscando-se fora do contrato soluções que devolvam o equilíbrio entre as obrigações das partes. É desvinculada de quaisquer índices de variação inflacionária;

b) reajuste: tem lugar quando ocorram previsíveis elevações dos preços dos bens, serviços ou salários, face à instabilidade econômica. Não se aplica aqui a teoria da imprevisão, porque ditos fatos são previsíveis e que, por isso mesmo, devem estar expressos no contrato as formas de reajuste. Em outras palavras, o próprio contrato dará a solução para o reequilíbrio. Aplica-se, conforme o caso, índices gerais ou setoriais de inflação, desde que oficiais;

c) correção monetária: ocorre em virtude do processo inflacionário e da desvalorização da moeda. É aplicada como fator de atualização do valor da



Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

moeda, independentemente de estar prevista no contrato, que deverá, no entanto, expressar qual o fator de correção que será utilizado."

(ARAÚJO, Kleber Martins de. Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002, com adaptações)

(...)"

13. No presente caso, também a Ata de Registro de Preços, instrumento de natureza obrigacional e vinculante entre as partes, em sua Cláusula Quinta - Da Revisão e Cancelamento", estabelece expressamente a possibilidade de Revisão dos Preços registrados, desde que cumpridas as condições previstas em seus parágrafos, senão veja-se:

"5 REVISÃO E CANCELAMENTO

(....)

5.2 Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo do objeto registrado, cabendo à Administração promover as negociações junto ao(s) fornecedor(es) .

5.3 Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, a Administração convocará o(s) fornecedor(es) para negociar(em) a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

5.4 O fornecedor que não aceitar reduzir seu preço ao valor praticado pelo mercado será liberado do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

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

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

5.5.1. 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

5.5.2 convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

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

(...)

5.9. 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:

5.9.1. por razão de interesse público; ou

5.9.2. a pedido do fornecedor.

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

14. Ainda de acordo com a Revista "Licitações e Contratos - Orientações e jurisprudência do TCU, 4ª Ed., do Tribunal de Contas da União, p. 812, o "Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato será concedido quando for necessário restabelecer a relação econômica que as partes pactuaram inicialmente. Para que possa ser autorizado e concedido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pedido pelo contratado, a Administração tem que verificar: • os custos dos itens constantes da proposta contratada, em confronto com a planilha de custos que deve acompanhar a solicitação de reequilíbrio; • ao encaminhar à Administração pedido de reequilíbrio econômico financeiro, deve o contratado demonstrar quais itens da planilha de custos estão economicamente defasados e que estão ocasionando desequilíbrio do contrato; • ocorrência de fato imprevisível, ou previsível porém de consequências incalculáveis, que justifique modificações do contrato para mais ou para menos.(...)"

15. Dos entendimentos acima expostos extrai-se que:

1. O reequilíbrio deverá ser concedido da data da ocorrência do fato gerador;
2. O valor dos bens a serem reequilibrados Não poderão ser superiores aos valores de mercados de cada bem (item);
3. deve ocorrer a configuração da repercussão financeira no contrato/ajuste;

16. Logo, para se ter o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a Empresa deve apresentar juntamente com seu requerimento de reequilíbrio, para fins de integrar, se for o caso, a Minuta de Termo Aditivo da Ata/contrato, os seguintes comprovantes e cumprir os pressupostos, a seguir :

1. Planilha ou equivalente, contendo o(s) custo(s) de cada Item constante da proposta inicial em confronto com Nova Planilha Atualizada ou equivalente (prova do custo do produto) de cada item a ser reequilibrado, a fim de comprovar a elevação dos encargos do particular;
2. demonstração de forma cabal que o desequilíbrio decorre de fato superveniente, isto é, ocorrência de evento posterior à apresentação da proposta (neste caso, por se tratar de sistema de registro de preços, à assinatura da Ata de registro de preços);
3. vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa;
4. comprovação de que o desequilíbrio decorre de fato, imprevisível ou previsível porém de consequências incalculáveis, apresentando, para tanto, todos os documentos que comprovem a imprevisibilidade da ocorrência do evento, no caso concreto, a ocorrência da variação cambial, de cada um dos itens/produtos individualmente e ocorrida no caso concreto (notas fiscais, documentos de importação, relativos a cada um dos itens registrados separadamente);

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

5. a memória de cálculo (demonstração dos cálculos realizados) em conformidade com a variação cambial pleiteada, individualizada por item e,
6. a demonstração de que o desequilíbrio decorre de fato alheio à vontade das partes.

17. Anote-se que o TCU exige demonstração objetiva dos fatos supervenientes que justifiquem o reequilíbrio econômico-financeiro, ou seja, deve haver comprovação, não meramente com valores de referência extraídos de pesquisas, de índices oficiais, ou de mera variação cambial, mas da efetiva existência do pagamento por parte da empresa, especialmente demonstrando através de notas fiscais, in verbis:

"Descabida a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, no próprio mês de apresentação da proposta, porque fatos contemporâneos a sua elaboração não atendem aos critérios de superveniência e imprevisibilidade." Acórdão 2408/2009 Plenário (Sumário). g.n.

"Faça constar do processo, em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos." Acórdão 7/2007 Primeira Câmara. g.n.

"Enunciado:

2. 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. Texto: (...)

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, lembrou 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, Te 019.710/2004-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 6.5.2015) g.n.

18. A comprovação da existência do fato que comprova o desequilíbrio é de incumbência do interessado.

19. Ressalte-se, também, que é competência exclusiva da Administração, através de seu serviço técnico/contábil, proceder à análise devida das Planilhas Reequilibradas apresentadas, 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.

20. Por isso, é imprescindível que a Administração antes de conceder o Reequilíbrio, confirme se os valores indicados nas planilhas e prazos para o início de suas vigências, estão corretos e correspondem ao instituído legalmente, mediante manifestação técnica expressa.

DA POSSIBILIDADE DE SE REEQUILIBRAR/REVISAR OS PREÇOS CONSTANTES DE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

21. Sobre a possibilidade de se Reequilibrar/Revisar economicamente a Ata de Registros de Preços, temos o Decreto nº 7892/2013, o qual prevê:



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

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

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

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

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

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

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

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

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. ..." g.n.

22. Verifica-se que o artigo 17 do Decreto nº 7.892/13 permite expressamente que se faça a revisão dos preços da Ata, mediante negociação com os fornecedores e atendendo ao disposto na letra "d", inciso II do art. 65 da lei nº 8.666/93, possuindo, entretanto os limites fornecidos pelos artigos 18 e 19 do referido Decreto regulamentar.

23. Como corolário extrai-se, portanto, que o art. 17 do Decreto nº 7.892/13 permite que os preços registrados em Ata possam ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custos dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações juntos aos fornecedores (aqui se deve observar os limites estabelecidos pelos arts. 18 e 19, os quais determinam que se observe os preços existentes no mercado no momento da revisão), observando o contido na alínea "d", do inc. II, do art. 65, isto é, para se restabelecer a justa relação financeira que as partes pactuaram inicialmente, permite-se, na hipótese de fatos supervenientes imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

24. Para se caracterizar a situação jurídica legalmente tutelada pelo art. 65, inc. II, letra "d", da Lei 8.666/93 cc. arts. 17 a 19 do Dec. 7.892/13, a Empresa deve comprovar, com documentos por ela acostados, que efetivamente ocorreu uma alteração financeira significativa nos encargos assumidos, fato este ocorrido posteriormente à celebração da Ata de Registro de Preços, e que decorre de fato imprevisível, oriundo de uma nova realidade de mercado e que independe da vontade da mesma.

25. Neste ponto, por oportuno, merece referência o fato de que não se está tratando de situação relativa ao direito de reajuste do valor registrado na Ata de registro de preços, mas sim do Instituto do Reequilíbrio Econômico-financeiro dos preços registrados.

26. Para fins de melhor esclarecer a questão, transcrevem-se trechos do PARECER/RW/CJU-RS/CGU/AGU/Nº 0332/2015, da lavra do Dr. Rogério Ivanês Weiler, I. Advogado da União, em virtude da consistência jurídica de seus fundamentos e, em face de analogia jurídica existente com o presente procedimento:

" 9. Nesse contexto, restando caracterizada uma alteração financeira significativa nos encargos da atual beneficiária da Ata, ocorrida posteriormente à celebração da ARP e que decorre de um fato imprevisível, oriundo de uma nova realidade de mercado e alheio à vontade da requerente, incapaz de ser por ela antevisto, e que, para além disso, afeta diretamente ao custo do produto a ser por ela fornecido ao órgão contratante, forçoso é reconhecer que se afigura configurada no caso a hipótese legal prevista no art. 65, inciso II, letra "d", da Lei nº 8.666/93, sobretudo porque não se mostra legalmente aceitável que a futura contratada deva arcar com tal ônus financeiro, o que implica em reconhecer que se mostra juridicamente admissível o reequilíbrio econômico-financeiro na situação concreta.

10. Todavia, não obstante se mostre legalmente dotado de respaldo legal o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela requerente, a

circunstância peculiar de estarmos aqui a cuidar de uma licitação que foi processada por meio do procedimento do SRP implica na necessidade da observância do regramento específico acerca da majoração de preços preconizado no art. 19 do Decreto nº 7.892/2013, isso porque o Decreto nº 7.892/2013 é regra complementar e especial quando contrastado com a regra geral da Lei nº 8.666/93, e, como é cediço, o preceito legal especial sempre prevalece ao preceito legal geral.

11. Destarte, se na análise de um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relacionado a um contrato administrativo tradicional, gerado por uma licitação processada pelo procedimento comum da pronta e imediata contratação, o cerne da discussão jurídica concentra-se sobre estar ou não caracterizada a hipótese legal prevista no art. 65, inciso II, letra "d", da Lei nº 8.666/93, a situação difere significativamente se o pedido tem como foco o reequilíbrio econômico-financeiro de um preço registrado em Ata de Registro de Preços advinda de licitação processada por meio do procedimento especial do SRP, pois, nesse último caso, além da incidência do art. 65, inciso II, letra "d", da Lei nº 8.666/93, há também a incidência de todos os demais dispositivos legais contidos no Decreto nº 7.892/2013.

12. Bem por isso que, no caso de análise de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro de um preço registrado em Ata de Registro de Preços, poderíamos dizer perfeitamente que o que temos é um procedimento qualificado, e não um procedimento simples como se dá na análise de um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relacionado a um contrato administrativo tradicional, o que, por si só, justifica e requer um juízo de cautela muito maior acerca da análise relativa ao seu reconhecimento.

13. Uma das diferenças legais nucleares entre ambos é a obrigatoriedade ou não da própria concessão do reequilíbrio econômico-financeiro. Se no caso de um contrato administrativo tradicional, decorrente de licitação pelo procedimento comum, o reequilíbrio econômico-financeiro é um direito inalienável do contratado e não pode ser negado pela Administração quando efetivamente caracterizado, a mesma conclusão não é válida no caso da análise de um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro de preço registrado em Ata de Registro de Preços, decorrente de licitação processada por meio do procedimento especial do SRP, pois, neste último caso, por força do disposto no art. 19, inciso I, do Decreto nº 7.892/2013, é sempre possível a liberação do fornecedor do compromisso assumido quando o preço de mercado comprovadamente tornar-se superior ao preço registrado e o fornecedor não puder cumprir o compromisso assumido.

14. Logo, a partir de tais premissas, a primeira conclusão que emerge latente a partir do que preceitua o Decreto nº 7.892/2013, é a de que existem duas pré-condições legais obrigatórias que devem ser devidamente satisfeitas a fim de permitir a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro postulado pela requerente.

15. Presumindo-se, portanto, que haja real e manifesto interesse da Administração em manter a contratação, duas são as condições legais especiais que devem ser previamente atendidas para respaldar juridicamente o reequilíbrio econômico-financeiro no caso em apreço.

16. A primeira condição legal encontra-se insculpida nos arts. 17 e 19 do Decreto nº 7.892/2013, e consiste na obrigatoriedade de, observada a ordem de classificação da licitação, convocar os eventuais demais licitantes com preços registrados em relação ao mesmo produto objeto do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro (art. 11, inc. II, do Decreto nº 7.892/2013), a fim de promover com eles uma negociação em relação ao preço do produto.

17. Caso algum dos fornecedores convocados manifeste efetivo interesse em fornecer o produto por preço inferior ao que atualmente está sendo reivindicado pela empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.", a

concessão do reequilíbrio econômico-financeiro requerido por essa última evidentemente ficará prejudicada e o órgão consulente deverá, então, formalizar a contratação com o novo fornecedor, aplicando-se, em relação à empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.", o procedimento legal previsto no inc. I do art. 19 do Decreto nº 7.892/2013.

18. Não havendo êxito na negociação com os demais fornecedores, ou seja, não havendo nenhum que se proponha a ofertar o produto por preço inferior ao atualmente reclamado pela empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.", a primeira condição legal especial para a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro estará atendida, o que significa dizer que o órgão contratante deverá, então, analisar a segunda condição legal necessária à sua eventual implementação.

19. A segunda condição legal está presente no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (*seleção da proposta mais vantajosa para a Administração) e nos arts. 18 e 20 do Decreto nº 7.892/2013, e se estriba na necessidade de revisitar o mercado com o objetivo de verificar se o preço que atualmente pretende ser cobrado pela empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA." não se encontra em patamar superior ao praticado pelo segmento.

20. Caso a diligência de mercado a ser empreendida pela Administração resultar na comprovada constatação de que o preço pretendido pela empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA." será superior àquele praticado pelo mercado, o procedimento a ser adotado deverá ser análogo ao descrito acima no item 17, ou seja, em relação à empresa requerente, deverá ser aplicado ao caso o disposto no inc. I do art. 19 do Decreto nº 7.892/2013, com a consequente revogação da Ata e com a adoção das medidas cabíveis para a realização de uma nova contratação mais vantajosa para o interesse público (*nova licitação).

21. Em síntese, não obstante a situação legal prevista no art. 65, inc. II, letra "d", da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 17 do Decreto nº 7.892/2013, esteja suficientemente demonstrada e comprovada no presente caso concreto, o reequilíbrio econômico-financeiro postulado pela empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA" somente poderá ser concedido se as duas condições legais especiais supramencionadas ficarem devidamente atendidas e comprovadas no processo, pois, do contrário, ou a Administração deverá, no primeiro caso, contratar um dos demais fornecedores com preço registrado, liberando-se a requerente do compromisso assumido, ou, no segundo caso, deverá liberar a requerente do compromisso assumido e realizar uma nova contratação.

(...)

III - CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, emite este Advogado da União PARECER com as seguintes conclusões e orientações jurídicas:

a) O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela empresa "CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA", juntado às fls. 897/900, encontra respaldo legal no disposto pelo art. 65, inc. I, letra "d", da Lei nº 8.666/93;

b) Para o reajuste do preço fixado em Ata de Registro de Preços, tendo como base o reequilíbrio econômico-financeiro previsto no art. 65, inc. II, letra "d", da Lei nº 8.666/93, são necessárias, também, mais duas condições legais especiais preconizadas no Decreto nº 7.892/2013 (1ª negociação prévia com os demais fornecedores; 2ª verificação dos preços atuais do mercado);

c) Somente se as duas condições legais especiais impostas pelo Decreto nº 7.892/2013 estiverem devidamente satisfeitas (e formalmente comprovadas no processo) será possível conceder o equilíbrio econômico-financeiro postulado pela empresa requerente em relação ao novo preço a ser praticado nas eventuais contratações futuras;



d) (...);
(...) G.N.

27. Ressalte-se, mais uma vez, que incumbe à Administração, como fiscal do contrato e por se tratar de tarefa administrativa, verificar a correção da planilha de custos reequilibrada apresentada pela Requerente, em confronto com a Planilha/Preço apresentada na proposta, ou seja, verificar por meio de servidor com conhecimento técnico devidamente identificado ou setor competente, se ocorreu a efetiva repercussão dos eventos majoradores/redutores dos custos, na forma postulada pela Empresa e deferida pela Lei, contemplando corretamente os custos que realmente tiveram aumento/redução comprovada e a partir de que data ocorreram.

28. Por fim há que esclarecer, por oportuno, que no presente caso concreto deixou-se de aplicar o PARECER Nº 14/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, tendo em vista que o mesmo cuida de casos relativos à possibilidade de Reajuste (*strictu sensu*) da Ata de Registro de preços (itens 11 e 12), o que não é o caso dos autos, o qual trata de Reequilíbrio/Revisão de preços da Ata, institutos diversos juridicamente.

DA VARIAÇÃO CAMBIAL

29. Sobre o assunto "variação cambial", também transcrevem-se excertos elucidativos do PARECER Nº 561/2015/CJU-MS/CGU/AGU, da lavra da Dra. Patricia Moraes Gomes, I. Advogada da União, ante a analogia existente com o presente caso:

"(...)

10. Não obstante ser inequívoco o fato de a taxa de câmbio ter participação na formação do custo, podendo influenciar o preço de produtos importados, essa relação não se verifica, nesse mercado, de maneira tão "instantânea". Ou seja, mesmo no caso de a variação cambial permitir a alteração do contrato, seria necessário não apenas o fato "imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis", como dita a lei, mas também uma efetiva comprovação do reflexo sofrido nos preços. Assim, a variação cambial não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos quando não provoca rompimento abrupto da equação econômico-financeira. Deve ser demonstrado que tal variação se refletiu nos custos do objeto do contrato.

11. A Administração averiguou que a subida da moeda permite concluir que houve aumento de preços ao contrastar os valores de referência do pregão com o valor médio obtido em pesquisa atual no mercado.

12. O Tribunal de Contas da União já se manifestou a respeito e possui várias vertentes nas análises dos casos.

13. No precedente abaixo, o Tribunal entendeu que mera variação cambial não configura causa excepcional de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. Segundo o Voto do Ministro Relator, a alteração do câmbio: "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" (Acórdão 2837/2010 – TCU Plenário).

14. Por outro lado, o Tribunal de Contas possui precedentes a favor da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro no caso de variação cambial. No Acórdão nº 464/2000, o Tribunal reconheceu que variação cambial favorável à Administração não poderia ser ignorada. A variação cambial como causa de desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos com a Administração Pública, também já foi aceita pelo Tribunal de Contas da União, em decisões mais recentes (Acórdãos 3112-45/14-P, 1337-19/13-P, e 1781-26/12-P), desde que estejam presentes os quatro requisitos autorizadores mencionados.

15. Assim, como o restabelecimento da equação econômico-financeira encontra-se condicionada à demonstração de que o agravamento da posição do particular se concretizou em evento posterior à assinatura da Ata, e que essa elevação dos encargos não tenha derivado de conduta culposa do contratado, pois nesse caso, se o particular atuou mal, não fará jus à alteração da equação econômico-financeira, vemos que não há óbice à sua concessão.

16. Portanto, em princípio, o fato alegado pela requerente, concernente à variação imprevisível do dólar enquadra-se na previsão do art. 65, II, d, uma vez que se trata de fato superveniente e impeditivo do exercício da atividade comercial explorada pela requerente. Por conseguinte, é justo o restabelecimento da relação contratual inicialmente firmada.

17. Ao ensejo, aproveita-se para deixar consignado que a análise aqui empreendida circunscreve-se aos aspectos estritamente legais, não cabendo a esta unidade jurídica imiscuir-se no exame dos elementos de ordem técnica, em especial quanto à adequação do preço ao valor de mercado e a caracterização da elevação anormal no custo do item, objeto de análise pela área técnica, no âmbito de sua competência administrativa, pelo que lhes cabe a responsabilidade pelas informações prestadas. (....)"

30. Entretanto, segundo o entendimento do Tribunal de Contas da União, a variação cambial, por si só, não tem o condão de ensejar o deferimento do pleito de reequilíbrio econômico financeiro. Veja-se:

"Informativo de Licitações e Contratos nº 213/2014

Representação formulada por unidade técnica apontou a ocorrência de possíveis irregularidades em pregão eletrônico para registro de preços conduzido pela Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Minas e Energia (CGRL/MME), objetivando a contratação de serviços de informática. Dentre elas, a unidade instrutiva sinalizou a existência de

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

sobrepçoço em alguns dos itens licitados, fundamentando o achado pela comparação de preços praticados em licitações semelhantes realizadas por outros órgãos da Administração Federal, dois anos antes, corrigidos pelo Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M). Promovidas as oitavas regimentais, a CGRL/MME contraditou que o índice adequado à comparação de preços seria a variação cambial do dólar, pois os bens e serviços de informática sofrem influência da moeda norte-americana. A empresa vencedora do certame, por sua vez, defendeu que se deveria usar um índice que refletisse parte da variação cambial e o IGP-M acumulado no período entre as licitações. Em ambos os cálculos, em vez de sobrepçoço, haveria economia ao órgão licitante. Ao analisar o caso, o relator sustentou que a simples aplicação de índices econômicos tende a promover distorções nos valores a serem comparados, especialmente na hipótese de serem utilizados índices com destinação diversa à do objeto atualizado. Ressaltou que muito embora a unidade técnica apresente o entendimento de que o IGP-M deva ser utilizado em face de estar previsto nos contratos e de refletir, parcialmente, a variação do dólar americano, deve ser notado que tal índice não contempla as especificidades do mercado de prestação de serviços de informática. Após descrever a composição do IGP-M, descrita pela Fundação Getúlio Vargas como resultado da média ponderada de três índices de preços, o relator afirmou que os equipamentos de informática estão contemplados no Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPA-M), responsável por 60% do IGP-M, e que esses equipamentos têm peso diminuto na composição do IPA-M. Assim, na ótica do relator, não é adequado supor que o IGP-M reflete com razoável precisão [a variação de] os valores de mercado dos serviços contidos no certame sub examine. Sobre a aplicação da variação cambial para fins de comparação de valores de mercado, nos moldes propostos pelo órgão licitante, o condutor do processo aduziu que também não se mostra razoável, pois, embora existam diversos insumos que oscilem diretamente com o câmbio, há outros que são internalizados, os quais respeitam o sistema de custos vigente no Brasil. Diante dessas ponderações, o relator evidenciou a dificuldade de promover o cotejo de preços de certames distintos, realizados em momentos diversos, concluindo que devem preponderar, com vistas a diminuir os problemas advindos da atualização monetária por meio da aplicação de índices preestabelecidos, tanto a comparação de certames realizados em momentos mais próximos quanto o princípio da razoabilidade. Em conformidade com o voto da relatoria, o Tribunal entendeu que não haviam elementos aptos a respaldar a ocorrência de sobrepçoço apontada pela unidade técnica." Acórdão 2312/2014-Plenário, TC 004.313/2014-3, relator Ministro José Jorge, 3.9.2014. g.n.

"Informativo de Licitações e Contratos nº 40/2010:

De fato, a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. 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. Ademais, não se verificou, no período de execução do contrato, rompimento abrupto da equação econômico-financeira, com mudanças reais de políticas governamentais. A variação cambial havida é usual e não se refletiu nos custos dos equipamentos de informática, objeto do contrato." (acórdão nº 2.837/2010- Plenário). g.n.

"Informativo de Licitações e Contratos nº 131/2012

O Tribunal, então, ao acolher as proposta contidas no relatório de auditoria e endossadas pelo relator, decidiu:

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

a) determinar ao Ministério da Saúde que alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções;

b) recomendar ao Ministério da Saúde que articule junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e que considere revisões periódicas a partir de critérios como comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos;

c) determinar à Cmed, entre outras medidas, que apresente ao TCU nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrassector de forma a considerar no ajuste anual dos preços dos medicamentos o poder de mercado." Acórdão n.º 3016/2012-Plenário, TC-034.197/2011-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 8.11.2012. g.n.

"Informativo de Licitações e Contratos nº 241/2015

Enunciado: 2. 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.

Texto: (...)

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, lembrou o relator que o 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. g.n.

- Assunto: CONTRATOS. DOU de 10.07.2015, S. 1, p. 133. Ementa: recomendação à Secretaria Executiva do Ministério da Justiça no sentido de que, ao analisar solicitação de reajuste de preço contratado motivada por variação cambial de moeda estrangeira, atente para o entendimento no sentido de não ser aplicável a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado, conforme entendimento do Acórdão nº 3.282/2011-P (item 9.5.1, TC-003.146/2015-4, Acórdão nº 1.568/2015-Plenário)." g.n.

"AC-1100-16/15-Plenário

Sumário:

REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO PIAUÍ. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. INDÍCIOS DE SUPERFATURAMENTO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL, EM DECORRÊNCIA DO REALINHAMENTO INDEVIDO DE PREÇOS REGISTRADOS NA ATA. AUDIÊNCIA DE AGENTES PÚBLICOS ESTADUAIS E DE EMPRESAS CONTRATADAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA ELIDIR A SUSPEITA DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONVERSÃO DOS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA CITAÇÃO

(...)

IV.3. Análise

14. Quanto às irregularidades apontadas nos atos que seriam de responsabilidade do defendente e que acabaram por acarretar o realinhamento de preços, arroladas nas alíneas do item II da audiência, observa-se que, no seu conjunto, são indicativos de sua precariedade ou mesmo de sua inexistência real.

14.1 Assim, a ausência de notas fiscais (item II, alínea "a") e de planilha demonstrando a variação cambial (item II, alínea "b") não são, de fato, por si só, exigíveis expressamente pela lei 8.666/93, mas são elementos que usualmente são utilizados para comprovar a alteração das condições de fato e de direito que alteraram a equação econômico-financeira do contrato.

14.2 Poder-se-ia instruir o processo prescindindo-se deles? Sim, mas elementos insofismáveis haveriam de ser coligidos de modo a provar cabalmente a necessidade de alteração dos preços nos percentuais

adotados. Note-se que o responsável é ouvido pelas deficiências no processo de instrução, ou seja, pela concessão do reajuste sem demonstração de seu cabimento; a ausência de notas fiscais e outros elementos são apenas evidências da falha maior.

14.3 E isto contrastando o procedimento somente com a Lei 8.666/93, já que na esfera estadual, a presença de notas fiscais é expressamente exigida pela Portaria CCEL n. 12/2009 (peça 108), que instituiu regras, nos seus arts. 1º e 2º, para a formalização e pedido de procedimento de realinhamento de preços registrados em atas:

Art. 1º As solicitações de realinhamento de preços perante esta Coordenadoria, deverão ser instrumentadas e comprovadas com os seguintes instrumentos: I - Notas Fiscais de compra dos itens requeridos itens do fornecedor do produto, na data da proposta registrada em Ata e na data do pedido de realinhamento, ou, (...) § 1º Para produtos importados exigem-se as Guias de Importação, na data da proposta registrada em Ata e na data do pedido de realinhamento; § 2º Além dos documentos referidos neste artigo podem ser exigidos outros para comprovar ou dirimir dúvida quanto ao solicitado. Art. 2º Após o pedido devidamente instruído e comprovado, serão notificadas, se existirem, as outras empresas classificadas para o referido item, para que as mesmas se manifestem sobre o pedido de realinhamento em 02 (dois) dias úteis, sob pena de consentimento. (sic)

14.4 No mais, não logrou o responsável trazer elementos que contrariassem o entendimento que não houve uma instrução criteriosa do processo de realinhamento e nem que este era devido. Trouxe somente cópia do Decreto 14.154/2010, que altera o tratamento tributário dado à venda de fármacos, e nega que o realinhamento tenha se dado na sua gestão, mas somente em novembro/2010, após a sua substituição. Faz juntar ainda pareceres jurídicos elaborados durante todo o longo interregno de trâmite do pedido de realinhamento. (...)"

"Informativo de Licitações e Contratos nº 01, de 2010

Representação apresentada ao TCU apontou possível irregularidade no âmbito da [...], consistente no "reajuste" irregular da Ata do Pregão Presencial para Registro de Preços n. Q 163/2008, que tinha por objeto a aquisição de materiais de consumo para atender às unidades hospitalares da capital e demais unidades administrativas daquela secretaria. Após destacar que este Tribunal já decidiu, conforme Acórdão 1.595/2006-Plenário, no sentido de que "é aplicável a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de valorização cambial", não constatou o relator, na situação concreta, eventual desequilíbrio contratual em razão de valorização cambial que justificasse o realinhamento efetuado de 25% para os produtos constantes do Lote IV. Frisou tratar-se o presente caso de "revisão" ou "realinhamento" de preços, em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada de circunstâncias meramente inflacionárias. Considerando, no entanto, a baixa materialidade do débito apurado em contraposição aos custos que envolveriam a adoção de procedimentos adicionais para buscar o ressarcimento do dano, e considerando, ainda, o princípio da economicidade, deliberou o Plenário, acolhendo proposição do relator, no sentido do arquivamento dos autos, sem prejuízo de determinação à SESACRE para que, na análise de pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos custeados com recursos públicos federais, fundamentados na ocorrência de fatos econômicos imprevisíveis (álea extraordinária), observe se estão presentes os pressupostos da concessão do direito previsto no art. 65, 11, II d, da Lei nº 8.666/93, quais sejam: a) elevação dos encargos do particular; b) ocorrência de evento posterior à assinatura da ata de registro de preços; c) vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração



Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

dos encargos da empresa; e d) imprevisibilidade da ocorrência do evento" (Acórdão nº 25/2010 - Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 026.754/2009-8).

31. Postas as orientações, com atenção para as divergências jurisprudenciais sobre o assunto, Reequilíbrio econômico-financeiro dos preços registrados em Ata em decorrência de variação cambial, extrai-se que a Administração deve realizar uma análise minuciosa e cuidadosa do caso concreto, verificando se cumpridas todas as orientações ora colocadas, de maneira individualizada para cada item registrado na Ata, para fins encontrar a melhor decisão a ser tomada no caso, motivadamente.

32. Por se tratar de providência e Decisão técnica administrativa, deve ter sua conformidade legal verificada e atestada pela Administração, por meio de seu Serviço Técnico competente, ratificando o entendimento ora consignado ou providenciados os dados e justificativas faltantes.

33. Ressalta-se mais uma vez que não cabe a esta Procuradoria adentrar as questões não jurídicas, tais como técnicas, administrativas ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável.

34. Por fim, é sempre importante repetir está Procuradoria não detém conhecimento especializado nem competência legal para avaliar a questões técnicas, nem a fidedignidade dos valores de referência calculados nos processos submetidos à análise jurídica. Tais atribuições cabem ao setor técnico da Administração ao qual, neste contexto, cabe sempre certificar-se da observância das premissas ora levantadas.

CONCLUSÃO

35. Ante o exposto, prestados os esclarecimentos jurídicos solicitados a respeito da legalidade de deferimento de Revisão/Reequilíbrio Econômico-financeiro de preços registrados em Ata de Registro de Preços, decorrente de variação cambial e, para fins de subsidiar a Administração em sua atuação, conclui-se o seguinte:

a) na análise de pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, fundamentados na ocorrência de fatos econômicos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis (álea extraordinária), deve-se verificar se estão presentes

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

os pressupostos da concessão do direito previsto no art. 65, II, "d", da Lei n.º 8.666/93, quais sejam: a) elevação dos encargos do particular; b) ocorrência de evento posterior à assinatura da ata de registro de preços; c) vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa; e d) imprevisibilidade da ocorrência do evento; (Acórdão TCU n.º 25/2010-Plenário)

b) o procedimento de concessão de Reequilíbrio econômico-financeiro, difere significativamente se o pedido tem como foco a Revisão de Preço registrado em Ata de Registro de Preços, advinda de licitação processada por meio do procedimento especial do SRP, pois nesse caso, além da incidência do art. 65, inciso II, letra "d", da Lei n.º 8.666/93, há também a incidência de todos os demais dispositivos legais contidos no Decreto n.º 7.892/2013, em especial os arts. 17, 18 e 19;

c) Para a concessão de Reajuste do preço fixado em Ata de Registro de Preços, tendo como base o Reequilíbrio econômico-financeiro previsto no art. 65, inc. II, letra "d", da Lei n.º 8.666/93, são necessárias, a verificação de mais duas condições legais especiais preconizadas no Decreto n.º 7.892/2013:

1ª) negociação prévia com os demais fornecedores, determinada pelo art. 17, a fim de verificar se existe, observada a ordem de classificação da licitação, eventuais demais licitantes com preços registrados em relação ao mesmo produto objeto do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, com interesse em fornecer o produto por preço inferior ao que atualmente está sendo reivindicado pela Empresa requerente;

2ª) verificação dos preços atuais do mercado, para fins da aplicação dos artigos 18 e 19 do Decreto;

Somente se as duas condições legais especiais impostas pelo Decreto n.º 7.892/2013 estiverem devidamente satisfeitas (e formalmente comprovadas no processo), e for o caso, será possível conceder o equilíbrio econômico-financeiro postulado pela empresa requerente em relação ao novo preço a ser praticado nas eventuais contratações futuras;

d) o procedimento de Revisão do preços da Ata deve encontrar-se instruído com elementos inofismáveis, de modo a provar cabalmente a necessidade de alteração dos preços nos percentuais pleiteados, tais como notas fiscais, guias de importação, planilha demonstrando a variação cambial, etc., conforme o caso. A comprovação da existência do fato que comprova o desequilíbrio, bem como a prova de que estão presentes os requisitos e que deve haver o reequilíbrio dos preços registrados é de incumbência do fornecedor, no caso dos autos;

e) O Tribunal de Contas da União possui divergências nas análises dos casos de "variação cambial" como ensejadora de Reequilíbrio econômico-financeiro de preços. Extrai-se, no entanto, que a variação cambial ocorrida para fins de Reequilíbrio

Continuação do PARECER Nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU

econômico-financeiro deve ser comprovadamente extraordinária (Maxi) e refletir nos custos dos bens (aparelhos de ar condicionado tipo split), objetos do Registro. A variação cambial admitida para fins de Reequilíbrio econômico-financeiro, segundo o TCU, Não pode ser usual, normal, pois em regime de câmbio flutuante, a mesma Não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos;

f) deve existir um vínculo de causalidade entre o evento ocorrido, no caso, valorização cambial extraordinária e a majoração dos encargos da empresa;

g) é competência exclusiva da Administração, como fiscal do contrato e por se tratar de tarefa administrativa, através de seu serviço técnico/contábil, proceder à análise devida das Planilhas Reequilibradas apresentadas e verificar a existência dos demais requisitos necessários à concessão do Reequilíbrio, em conformidade com o disposto pelas normas, a fim de verificar se a revisão é devida e se os valores apresentados pela Empresa encontram-se em conformidade com o estipulado pelas normas e jurisprudências. Deve haver manifestação expressa do, no sentido de que os valores reequilibrados a serem praticados, são cabíveis e encontram-se vantajosos e de acordo com os preços de mercado. Para esse fim, a memória de cálculo serve para segurança das partes em relação aos valores e índices utilizados, tendo em vista que demonstra os parâmetros e o modo como os cálculos foram efetuados;

36. Esta é a opinião jurídica, s.m.j., que se afigura como juridicamente adequada frente aos fatos constantes dos autos. E, não cabendo a esta especializada a verificação da conveniência e oportunidade da medida, eis que atribuição dos setores da Administração envolvidos e, tampouco a análise técnica de ocorrência de variação cambial "*extraordinária*" e comprovação documental dos requisitos necessários à concessão do Reequilíbrio.

37. Isto Posto, sugere-se a remessa dos autos à Pró-Reitoria de Administração para conhecimento e adoção das providências exaradas nesta manifestação jurídica.

Este é o parecer, s.m.j.

Goiânia, 06 de abril de 2016.

Sheila Carneiro Targino Lima
Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal junto ao IFG
Matrícula SIAPE 1210187