

Ilmo. Sr. Luiz Ricardo Fantin

DD. Membro da Comissão Permanente de Licitações (Decreto nº 1.227/202)

Porto União – SC

Ref.: Processo Licitatório n.º 196/2021

Modalidade: Concorrência n.º 005/2021

Questionamento de Edital

PARECER JURÍDICO nº 499/2021

Relatório

Foi submetido a esta Assessoria Jurídica pela Insigne comissão, questionamento ao Edital de Concorrência Pública n.º. 005/2021, protocolado pela Empresa ENGEMAS – Engenharia e Construções EIRELI, pugnando resumidamente sobre: **1)** Qual a data base para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, se da data da proposta ou a data do orçamento; **2)** Condições de concessão de reequilíbrio econômico-financeiro para recomposição contratual; e **3)** sobre a impossibilidade de reajuste contratual.

Era o relato, que ora passa-se a opinar em duas vias.

Parecer

Em atenção ao que foi proposto a esta Assessoria Jurídica, tem-se a tecer o seguinte parecer.

Inicialmente cumpre pontuar que para efeito de atribuir mais dinâmica no presente processo, limitar-se-á a pontuar os itens 1 e 2 acima dispostos em uma única resposta, tendo em vista serem fatos correlacionados.

Pressuposto Constitucional, a recomposição contratual, é possível às partes efetuarem o reequilíbrio econômico-financeiro, a qualquer tempo, visando manter hígidas as condições efetivas da proposta que deu origem ao contrato.

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. (*grifamos*)

O reequilíbrio econômico-financeiro preserva o valor contratado das variações anormais da economia, provocadas por fatos extracontratuais, supervenientes à apresentação da proposta e, em geral, imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis, decorrentes da ocorrência de caso fortuito, de força maior ou fato do príncipe, superveniente à apresentação da proposta e capaz de retardar ou impedir a regular execução do ajustado.

O fundamento de validade para a revisão do preço registrado encontra-se previsto no art. 65, inc. II, alínea “d”, e § 5º da Lei nº 8.666/1993.

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.

§ 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.

A respeito da periodicidade para a aplicação de cada um desses instrumentos, deve-se considerar que, na medida em que a revisão do valor contratado deve ser aplicada em face da ocorrência de eventos imprevisíveis ou se previsíveis de efeitos incalculáveis, caso fortuito ou de força maior, não seria sequer razoável estabelecer uma periodicidade mínima ou mesmo um número máximo de vezes que esse instituto possa ser aplicado em um mesmo período contratual. Afinal, o imprevisível não tem data certa para acontecer.

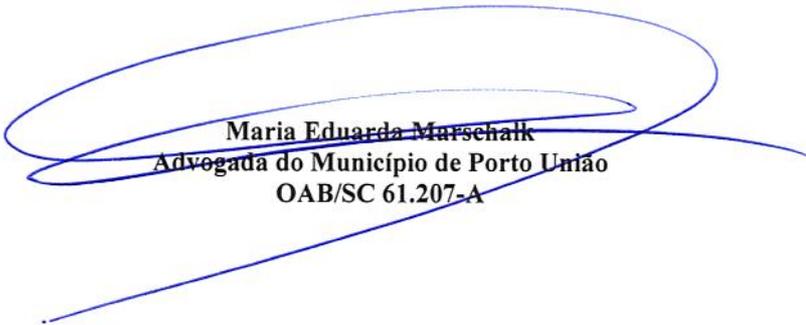
Percebe-se outrossim, que de todos os excertos acima citados, todos visam a preservação da proposta, motivo pela qual, qualquer desajuste financeiro deverá ter como referência a proposta que deu ensejo ao contrato.

Por fim, não menos importante, o reajuste, diferente da recomposição financeira por fatos imprevisíveis, esse visa manter equilibrar as perdas inflacionárias de um determinado período.

No entanto, por se tratar de obra com prazo certo, cujo cronograma físico financeiro já está pré-estabelecido, não se vislumbra razoável prever cláusula de reajuste tendo em vista o contrato não ultrapassar exercício financeiro.

Saliento que esta assessoria deixa de se manifestar a respeito de parâmetros técnicos financeiros, por não contar com aptidão técnica para tanto. Ainda, deixa de analisar a conveniência e oportunidade do certame e seu objeto, limitando-se à análise dos aspectos formais do edital, conforme dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

É o parecer, s.m.j.
Porto União (SC), 01 de setembro de 2021.



Maria Eduarda Marschalk
Advogada do Município de Porto União
OAB/SC 61.207-A

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE
LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE PORTO UNIÃO-SC**

Edital de Concorrência nº 005/2021

ENGEMASS – Engenharia e Construções EIRELI, CNPJ nº07.289.188/0001-89, localizada na Rua Barão do Cerro Azul, nº 525, Centro, União da Vitória/PR, vem por meio de seu representante legal Sr. Clewerson Cezar Masnik, infra assinado, inscrito sob o CPF nº 990.175.399-68, com respaldo no art. 109 e ss. da Lei nº 8.666/93, apresentar

QUESTIONAMENTO AO EDITAL

perante esta Comissão de Licitações, cujas razões de fato e de direito são expostas a seguir.

1. DO OBJETO DA LICITAÇÃO:

A licitação na modalidade Concorrência nº 005/2021 tem por objeto "***a RECUPERAÇÃO DE VIAS DA ÁREA INDUSTRIAL DE PORTO UNIÃO, sendo recapeamento asfáltico do acesso e pavimentação de vias do Distrito Industrial***".

Ocorre que, da análise do aludido instrumento convocatório a ora impugnante identificou questões pontuais quanto ao orçamento previsto para a execução da obra, motivo pelo qual apresenta o seguinte questionamento para eventual participação no certame licitatório.

2. DA POSSIBILIDADE DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

Da análise do instrumento convocatório e suas planilhas orçamentárias é possível verificar que a data-base dos preços está referenciada no SICRO disponibilizado em outubro/2020 e no SINAPI de fevereiro/2021.

Ocorre que nos meses posteriores os novos referenciais publicados dispõem de valores exorbitantemente maiores, especialmente devido às constantes alterações de mercado na comercialização dos ligantes betuminosos.

Considerando que:

- a) Que o orçamento estimativo do objeto não reflete efetivamente os preços praticados atualmente no mercado (data-base da proposta em setembro/2021), impedindo a elaboração de propostas justas e exequíveis a longo prazo devido aos constantes aumentos;
- b) Notoriamente, a partir do tabelamento dos últimos reajustes acumulados, referentemente aos produtos asfálticos, pode-se aferir de um acumulado de aproximadamente 32,12% de aumento;

Desse modo, a forma como está previsto o orçamento no edital, utilizando como parâmetros o SICRO de outubro/2020 e o SINAPI de fevereiro/2021, persiste a indubitosa inexecutabilidade fática das propostas que eventualmente sejam apresentadas.

Neste sentido, a manutenção do orçamento estimativo com preços em muito destoantes da realidade de mercado, invariavelmente originará um contrato instabilizado financeiramente, criando uma enorme insegurança jurídica e obstando, sobretudo, a própria realização da obra objeto do certame.

A fim de exemplificar a questão, diante de notória majoração constante e imprevisível dos preços dos ligantes asfálticos em nosso país, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná previu na Deliberação nº 047/2019-CD

que: "Para os contratos que não tenham data base definida, será considerada como data base a data de apresentação da proposta de preço da Empresa, mesmo que a concessão de reajuste não esteja prevista contratualmente", e "Para o cálculo do valor do reequilíbrio será aplicada sobre os itens medidos a **variação dos preços dos produtos dos Ligantes Asfálticos, entre a data base do Contrato e o mês de cada medição**, deduzindo-se a parcela de reajuste concedido pela aplicação dos índices contratuais".

Da mesma forma, o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes publicou a Resolução/DNIT nº 13/2021 estabelecendo procedimentos e critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos decorrente do acréscimo ou decréscimos, conforme o caso, dos custos de aquisição de materiais asfálticos levando em consideração que "O impacto financeiro a ser considerado no cálculo do reequilíbrio (REF) é a **diferença entre "a variação do preço produtor entre o mês da medição e a data-base**, aplicada sobre o valor medido do mês à preços iniciais".

Com efeito, vale ressaltar que a defasagem dos preços é um problema preexistente, sabido desde a elaboração da proposta, razão pela qual solicitamos o posicionamento da Administração quanto à possibilidade e a forma de concessão de pedido do licitante vencedor de reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. Caso contrário, o objeto contratual com o valor proposto pela Administração com base na planilha orçamentária defasada se torna manifestamente inexecutável.

Além disso, questionamos qual a data base do futuro contrato a ser firmado pelo vencedor da Concorrência nº 005/2021, pois omissa no edital, se será a data do orçamento ou a data da proposta.

3. DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE REAJUSTE CONTRATUAL NO EDITAL

Verifica-se no item 13.1 do edital de Concorrência nº 005/2021 que "O preço pelo qual será contratado o objeto da presente licitação não sofrerá reajuste".

A empresa solicita o esclarecimento da Administração quanto à inexistência de previsão de reajuste contratual, tendo em vista que **a lei prevê que os critérios de reajuste de preços nos contratos deverão ser previamente estabelecidos nos instrumentos convocatórios** de licitação, nos termos do art. 40, da Lei nº 8.666:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente**, o seguinte:

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir**, até a data do adimplemento de cada parcela;

Além disso, também prevê o §8º do Art. 65, da Lei nº 8.666/1993, que o contrato deve dispor sobre:

§8º o A variação do valor contratual **para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato**, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. 19. Assim, a proposta do licitante deverá representar o seu orçamento para a realização dos serviços necessários à execução da obra que correspondem à data-base prevista no Edital

Portanto, sobre o valor da proposta incidirão os reajustamentos QUE DEVERIAM ESTAR previstos no Instrumento Convocatório.

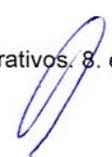
Todavia, ainda que o instrumento editalício ou contratual não prevejam, o reajuste contratual é instrumento de equilíbrio econômico-financeiro AUTOMÁTICO, para manutenção do seu valor real. De acordo com o entendimento de Marçal Justen Filho¹, o reajuste tem como objetivo recompor o valor real da moeda, ou seja, compensa-se a inflação com a elevação nominal da prestação devida. Afirma JUSTEN FILHO ainda que: “Não há benefício para o particular na medida em que o reajustamento do preço tem natureza jurídica similar à da correção monetária”.

Cumprido salientar que ao fato de que a similaridade não deve ser confundida com identidade. **Isso porque o reajuste tem como objetivo a revisão do valor pactuado, considerando fatores ligados ao mercado**, os quais alteram os preços e, em consequência, repercutem no acordo. **Já a correção monetária é utilizada como forma de manter o valor inicial de um contrato, erodido pela inflação**, pelo fenômeno de desvalorização da moeda nacional.

A impossibilidade de reajuste contratual consistiria em aceitar a ocorrência de indesejável desequilíbrio contratual, possibilitando o enriquecimento sem causa do Poder Público. Logo, a doutrina e a jurisprudência buscam favorecer a principiologia que rege a moderna teoria dos contratos, em especial o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da justiça contratual. Nesse sentido, foi o entendimento do TCU no Acórdão 7184/2018, Segunda Câmara, ao definir que:

“O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 407.
Rua Barão do Cerro Azul, nº 525, Centro, União da Vitória/PR
Tel: (42) 3522-1273. E-mail: juridico@engemass.com.br
CNPJ nº 07.289.188/0001-89 – I.E. 905.38594-18 PR



Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva”.

Este é o entendimento que vem sendo sustentado pela renomada doutrina, de que a realização de reajuste visando à preservação da equação econômico-financeira de um contrato administrativo é um direito do particular, ainda que não haja previsão editalícia ou contratual.

DO PEDIDO:

A empresa requer respeitosamente à Comissão de Licitações do Município de Porto União/SC que se manifeste quando aos pedidos de esclarecimentos:

- a) quanto a ausência de data base para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, se a data da proposta ou a data do orçamento;
- b) quanto à possibilidade, a forma e as condições de concessão de pedido do licitante vencedor de reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato na medição, diante dos valores defasados na data-base do orçamento;
- c) quanto à irregular previsão do edital de Concorrência nº 005/2021 de impossibilidade de reajuste contratual.

Nesses termos.

Atenciosamente.

Porto União/SC, 18 de agosto de 2021.



CLEWERTON CEZAR MASNIK

Engemass Engenharia e Construção EIRELI