DECISÃO LIMINAR DLM - G.RC - 44/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/4695/2022
PROTOCOLO	: 2164936
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: EMERSON ANTONIO MARQUES PEREIRA
TIPO DE PROCESSO	: INFORMAÇÃO
RELATOR	: Cons. RONALDO CHADID

I – DOS FATOS E SEUS FUNDAMENTOS

Trata-se de **REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO** com a finalidade de obter da **Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL,** os esclarecimentos necessários sobre ato ou fato sujeito ao controle externo do Tribunal, cujo objeto é a edição de Portarias "N" dispondo sobre o procedimento e os critérios para análise e concessão do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos.

Foi publicada a **portaria "N" n. 16**, de 16 de agosto de 2021, **portaria "N" n.17**, de 22 de setembro de 2021 e **portaria "N" 19**, de 25 de fevereiro de 2022, respectivamente, nos Diário Oficial Eletrônico n. 10.608, de 17 de agosto de 2021, republicada, na edição 10.612 de 20 de agosto de 2021, Diário Oficial Eletrônico n. 10.641 23 de setembro de 2021 e Diário Oficial Eletrônico n. 10.768 2 de março de 2022.

Dentre outras regras, destacam-se os seguintes dispositivos:

> Art. 1º
>
> [...]
>
> §2º O reequilíbrio de que trata esta Portaria só será aplicado aos serviços relativos à medições de serviços executados a contar do mês de fevereiro de 2021.
>
> Art. 17. Nos casos de itens de serviços que incluem insumos asfálticos já medidos, admitir-se-á a realização do cálculo mensal da diferença dos valores financeiros de reajustamento aplicados em relação aos índices de reajustamentos que deveriam ter sido aplicados.

Verifica-se que existem dispositivos na **portaria "N" n. 19** subscrita pelo Diretor Presidente da *Agesul*, que indicam hipótese de requerimentos, reclamando diferenças sobre despesas e medições já realizadas.

Sobre o assunto, importante consignar que este Tribunal já manifestou no parecer – C PAC00 - 8/2017 e Parecer – C PAC00 - 10/2021:

> **Questão 2:** "Considerando data do evento posterior à formulação da proposta, data do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, e data do deferimento/formulação do apostilamento/aditivo, questiona-se: O restabelecimento pode ter efeito retroativo até a data do evento? O restabelecimento pode ter efeito retroativo até a data do pedido?"
>
> **Resposta**: no caso de revisão de preço(s), o deferimento do pedido deverá considerar os efeitos do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação a contar da data do protocolo do pedido na repartição competente da Administração contratante, vedada a retroação de tais efeitos à data do evento.
>
> PERGUNTA: A pandemia do coronavírus e seu impacto nos contratos administrativos, como álea extraordinária e imprevisível, possibilita o atendimento de pedido de revisão de preços de forma retroativa a data em que efetivamente comprovado o início do desequilíbrio econômico financeiro ao contratado?
>
> RESPOSTA: Sim. Desde que devidamente demonstrada a necessidade da revisão tão logo o contratado perceba os reflexos do evento que serve de fundamento ao pedido, e reúna a documentação e os cálculos necessários à demonstração do reequilíbrio pretendido; que deverá, nas circunstâncias específicas da pandemia de Covid-19, retroagir à data em que restar devida e efetivamente comprovado o início dos reflexos econômico-financeiros nocivos às condições e aos preços incialmente contratados.

Nota-se que no parecer – C 8/2017 adotou data do protocolo do requerimento para início da produção de efeitos vedando a retroatividade de tais efeitos.

Não se ignora que o Tribunal consignou a **excepcional** possibilidade de efeito retroativo, no parecer – C PAC00 - 10/2021, entretanto, frisou que:

> Isso, no entanto, não dispensa o contratado de comprovar as circunstâncias e os critérios utilizados para embasar seu pedido de revisão de preços. É imperioso que haja a demonstração da necessidade da revisão e o cálculo utilizado para se chegar aos preços que postula, cabendo à autoridade competente analisá-las e dar-lhes procedência, conforme já decidiu a Corte de Contas Catarinense no prejulgado 848, citado no parecer ofertado pelo douto representante do Ministério Público de Contas.
>
> Por fim, quanto ao momento a ser requerido, este dever ocorrer tão logo o contratado perceba os reflexos do evento, que serve de fundamento ao pedido, e reúna a documentação e os cálculos necessários à demonstração do reequilíbrio pretendido; que deverá, nas circunstâncias específicas da pandemia de Covid-19, retroagir à data em que restar efetivamente comprovado o início dos reflexos econômico-financeiros nocivos ao contrato.

Importante ainda uma acepção do que as normas gerais de licitações trazem em seu bojo, sobre o assunto:

> Lei 8.666, de 1993
>
> Art. 57.
>
> [...]
>
> § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:
>
> [...]
>
> II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
>
> 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.

Lei n. 14.133, de 2020

Art. 6º

[...]

LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

[...]

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo entre as partes:

[...]

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

[...]

Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

Parágrafo único. O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.

[...]

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao

> inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Observa-se, assim, que tanto as disposições da Lei Federal n. 8.666, de 1993 quanto a Lei Federal n. 14.133, de 2021 preveem reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do **contrato**, possibilitando assim, a regular liquidação da despesa nos termos do arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320, de 1964:

> Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.
>
> Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.
>
> § 1° Essa verificação tem por fim apurar:
>
> I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
> II - a importância exata a pagar;
> III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
>
> § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
>
> I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
> II - a nota de empenho;
> III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Assim, a norma não prevê, que as alterações contratuais podem retroagir para mudar o que estava firmado em determinada data e que legitimou a regular liquidação.

Outrossim, ao analisar os efeitos da alteração das condições contratuais, reforça o entendimento de que o momento de requerer é tão logo o interessado perceba a alteração das condições, o que não admite protocolo por tempo indeterminado, ou seja, sem definição de tempo ou forma de comprovação, sob pena de indevida insegurança para Administração Pública.

Em linhas gerais, e sem antecipar juízo de mérito da questão, aparenta ser oportuno que o contratado manifeste o desequilíbrio antes de realizar determinada despesa, para possibilitar à Administração Pública a tomada de decisão, inclusive, verificando possibilidade orçamentária para realização, evitando indevida surpresa que impacte no equilíbrio fiscal de suas contas.

Excepcionalmente, e devidamente comprovada a impossibilidade de fazer em tempo, o requerimento de reequilíbrio deve demonstrar, dentre outros requisitos, o momento do conhecimento da alteração de situação e suas evidências, em especial nos casos de protocolos decorrido meses da realização da despesa e até de quitação da despesa.

De qualquer forma, não se vislumbra, em uma primeira análise, razão e fundamento para que uma norma infra legal estabeleça um marco temporal pretérito e pré-estabelecido para requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro, gerando indevida expectativa de direito, agravado pelo fato de não mencionar a necessidade e procedimento para demonstração da tempestividade de sua ação, desconhecimento das circunstâncias que oneraram até a data do protocolo, um limite razoável para pleito e em especial, os impactos para os cofres públicos, dessa providência.

II – DA MEDIDA CAUTELAR

Considerando a relevância da matéria e os possíveis impactos indesejáveis para o erário público, necessária se faz, no presente caso, a aplicação de medida acauteladora para garantir efetividade da decisão do controle externo, com fulcro no art. 56 a 58 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012.

Verossimilhança configura-se no fato das normas gerais que regem licitações e contratos (Lei Federal 8.666, de 1993 e 14.133, de 2021), apoiadas pelas normas gerais de direito financeiro (Lei Federal n. 4.320, de 1964, não guardarem sintonia, em princípio, com a norma que reconhece possibilidade de medições de serviços executados e já realizados, gerarem obrigações para a entidade, consignando ainda, marco temporal inicial, sem previsão de demonstração da tempestividade de sua ação, razão do desconhecimento das circunstâncias que oneraram até a data do pleito, um limite razoável para pleito, etc.

Perigo da demora está presente no fato de poderem ser pagos valores que os contratados não tenham direito, criando indevida expectativa de direito que ensejaram diversos pleitos e reflexos em outras diversas contratações que entenderem necessidade de isonomia de tratamento.

Diante do exposto, **DETERMINO** ao senhor *EMERSON ANTONIO MARQUES PEREIRA*, CPF 528.167.021-20 que, com fulcro no art. 57, inciso I da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012, adote todas as providências necessárias para a **imediata** suspensão do trâmite dos requerimentos de reequilíbrio econômico-financeiro (REF), protocolados ou que venha a ser protocolados, que tenham por objeto o reconhecimento de diferenças decorrente de despesas realizadas, despesas medidas ou despesas pagas, abstendo de pagamento em qualquer desses casos, em que fase estiver o processo de despesa, sob pena de multa de 1.000 (mil) UFERMS, sem prejuízo da responsabilização por atos que resultem em prejuízo para o erário o que poderá ensejar impugnação de despesa.

Outrossim, considerando a necessidade de análise do presente caso e para melhor instrução do feito, **DETERMINO**, com fundamento no art. 136, inciso I da Resolução n. 98, de 2018, no prazo de 20 (vinte) dias úteis, a remessa das seguintes informações:

1) Relação de requerimentos de Reequilíbrio econômico-financeiro (REF) dos exercícios 2021/2022, contendo, no mínimo, informações sobre empresa, contrato, valor inicial, diferença pleiteada, fase do requerimento, inclusive os já deferidos, nestes casos, indicando empenho, liquidação, pagamento ou eventual inscrição em restos a pagar;
2) Relação de todos os contratos firmado por essa entidade em 2021/2022, contendo, no mínimo, contratado, descrição do objeto, número do contrato, vigência, valor inicial, valor atual, valor empenhado não liquidado e por fonte de recurso, valor empenhado e liquidado por fonte de recurso e saldo contratual com eventual fonte de recurso;
3) Estimativa do impacto orçamentário-financeiro dos requerimentos de Reequilíbrio econômico-financeiro (REF), em especial do aumento de despesa, decorrente do dispositivo que possibilitou efeito retroativo.

Remetam-se os autos à **Gerência de Controle Institucional** para publicação e demais providências de estilo.

Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 07 de abril de 2022.

(Assinado digitalmente)
Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator

NRI