



PARECER nº: 304/2017 – PRCON/PGDF
Processo nº: 055.035886/2008
Interessado: DETRAN. Governança-DF.
Assunto: Licitação. Serviços de Limpeza e Conservação.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. REPACTUAÇÃO DOS CUSTOS COM MATERIAIS E EQUIPAMENTOS. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. MUDANÇA DE REGIME DE TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL. ACRÉSCIMO SUPOSTAMENTE INDEVIDO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DO FATO SUPERVENIENTE. COTA DE APROVAÇÃO DO PARECER Nº 1041/2015 – PRCON/PGDF. RAZÕES DE DEFESA DA EMPRESA. OPINATIVO PELO INDEFERIMENTO.

Parecer APROVADO pelo Exmo. Sr.
Procurador-Geral do DF, em 17/05/2017,
pelo Exmo. Sr. Governador do DF, em

**Ilustre Senhora Chefe da Procuradoria Especial da Atividade
Consultiva**

1 RELATÓRIO

Folha nº 2422
Processo: 055.035886/2008
Rubrica: elma Mat. 43182-6

Cuidam os autos do Contrato nº 02/2012 – DETRAN/DF celebrado com a empresa WR COMERCIAL DE ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. em 01/02/2012 (fls. 1520/1532), com prazo de vigência de 12 (doze) meses, tendo por objeto a execução de serviço de limpeza e conservação, no valor total de R\$ 2.854.992,00 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e quatro mil, novecentos e noventa e dois reais).

Em 13/02/2012 a empresa prorrogou a validade da proposta de preços por mais 60 (sessenta) dias (fls. 1537/1539).

O Primeiro Termo Aditivo prorrogou o Contrato por mais 12 (doze) meses (fls. 1620). O pedido de repactuação foi indeferido por intempestividade (fls. 1669/1670). O Segundo Termo Aditivo prorrogou novamente o Contrato por mais 12 (doze) meses e previu

expressamente a possibilidade de análise do pedido de repactuação da empresa (fls. 1806).

O pedido da contratada incluiu, ainda, o reequilíbrio econômico-financeiro dos insumos (fls. 1756/1757 e 1768/1770), rechaçada por ausência das notas fiscais originais ou cópias autenticadas para comprovar o aumento (fls. 1816), posteriormente apresentadas. O Núcleo de Contabilidade apontou que o INPC/IBGE do período de outubro /11 a janeiro/14 foi de 14,03% enquanto a contratada apresentou planilha com majoração de 89,47%, recomendando pesquisa de preços com outros fornecedores, passando o valor mensal de R\$ 27.743,78 para R\$ 52.567,48 (fl. 1849).

O Terceiro Termo Aditivo concedeu o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de 6,53% referente à mudança de regime de tributação com base no Lucro Real, a contar de 30/01/2014 e a repactuação, com efeitos a contar de 13/01/2014, com base na CCT 2014, resultando no valor total de R\$ 4.015.639,44 (quatro milhões, quinze mil, seiscentos e trinta e nove reais e quarenta e quatro centavos). Mais uma vez foi postergada a análise quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro do material de consumo (fl. 1914).

O Chefe da NUSEG apresentou comparativo de preços com mais 03 (três) empresas (Interativa, New Way e Phoenix) atestando que estão de acordo com os praticados no mercado, inclusive o de material de consumo (fls. 1919 e 1922).

O Quarto Termo Aditivo prorrogou novamente o contrato por mais 12 (doze) meses e previu expressamente a possibilidade de análise do pedido de repactuação da empresa (fl. 1964).

A empresa apresentou o pedido de repactuação em 11/02/2015, no valor total de R\$ 4.666.949,21 (fls. 1981/2004).

O Núcleo de Contabilidade calculou os novos valores baseados na CCT 2015, com o reequilíbrio econômico-financeiro dos insumos e o custeio do auxílio funeral e seguro de vida em grupo no valor de R\$ 2,5 por mês por empregado, previsto na Cláusula Décima Sétima parágrafos primeiro e quinto da CCT/2015, totalizando o valor de R\$ 4.649.397,72 (fls. 2024/2025).

Consta nos autos declaração de existência de previsão orçamentária, autorização de realização de despesa e declaração nos termos do art. 16, II, da LRF (fl. 2032 e 2041).



Posteriormente, a empresa concordou em reduzir em 20% o índice de reequilíbrio econômico-financeiro dos insumos de 89,47% para 69,47% considerando o teor do Decreto nº 36246/2015 (fls. 2036/2038). Manifestação da Procuradoria Jurídica do DETRAN às fls. 2042/2044 e 2050/2052.

O Parecer nº 1041/2015 – PRCON/PGDF (fls. 2059/2064) se manifestou sobre o pedido de repactuação, que inclui os custos com materiais e equipamentos (que não devem sofrer mera aplicação de índice setorial), e sobre os itens auxílio-funeral e seguro de vida em grupo que poderiam ser incluídos desde que tivessem sido previstos na CCT da proposta da empresa. Em acréscimo, na cota de aprovação, constou recomendação para a empresa demonstrar que a alteração do regime de tributação tenha decorrido exclusivamente de mandamento legal superveniente e desconhecido à época da proposta, caso contrário, o reequilíbrio concedido deveria ser anulado, restituindo-se ao Erário os valores pagos à contratada, até mesmo mediante glosa em parcelas futuras.

Posteriormente, com autorização da Governança (fls. 2070), foi concedida a repactuação, a partir de 13/01/2015, e prorrogado o contrato por mais 12 (doze) meses (fls. 2146) conforme Quinto Termo Aditivo firmado em 29 de janeiro de 2016.

Em 10 de novembro de 2016, foi firmado o Sexto Termo Aditivo que: excluiu 13 postos de trabalho, por força do Decreto nº 37.121/2016, concedeu o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente do aumento dos preços de passagens de ônibus (Decreto nº 36.762/2015) e concedeu a repactuação, com base na CCT 2016, a partir de 13/01/2016 (fls.2284).

Em 30 de janeiro de 2017, o Contrato foi objeto de prorrogação excepcional com base no art. 57, §4º, da Lei nº 8.666/93, ressalvado o direito à repactuação com base na CCT 2017 (fls. 2360). A empresa apresentou o reforço da apólice de seguro garantia (fls. 2369/2383).

Por orientação da Assessoria Jurídico-Legislativa, no Despacho nº 1263/2016 (fls. 2253/2254), a empresa foi notificada pelo Ofício 69/2016 – NUSEG/DETRAN/DF, em 25/10/2016, para se manifestar em relação às recomendações do Parecer nº 1041/2015 – PRCON/PGDF em 10 dias; em resposta, a empresa pediu prorrogação de prazo (fl. 2389), que foi deferida (fl. 2388), e posteriormente

fm

apresentou suas razões pelo Ofício nº 516/2016/WR, em 05/12/2016 (fls. 2390/2411).

Os autos foram encaminhados a essa Casa para análise da resposta da empresa, por recomendação da Assessoria Jurídico-Legislativa (fls. 2418).

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Dos limites do opinativo

Cinge-se a análise aos argumentos apresentados pela empresa WR em resposta às recomendações do Parecer nº 1041/2015 – PRCON/PGDF e respectiva cota de aprovação.

Ressalta-se que as conclusões deste opinativo não ratificam atos, decisões e procedimentos executados e exauridos sob a vigência do Contrato nº 02/2012 – DETRAN/DF e Termos Aditivos posteriores.

2.2 Dos argumentos da empresa

A empresa inicia asseverando que sempre agiu imbuída de boa fé, que a alteração do regime de tributação foi imprevisível, fundada em fatos relevantes decorrentes de comando legal e que elevaram substancialmente os preços de execução do presente contrato – mas não descreve quais foram esses fatos, tampouco os comprova documentalmente.

Segue fazendo comentários de cunho estritamente teórico sobre as hipóteses de alteração contratual (art. 65, da Lei nº 8.666/93); que no caso de alteração por acordo das partes, sugerindo tratar-se do caso concreto, não houve recusa nem da Administração, nem da Contratada, a qual, do contrário, ou seja, se a Administração não tivesse concedido, *não teria interesse na continuidade do mesmo*.

Passou a discorrer sobre o conceito de reequilíbrio econômico-financeiro para afirmar que *não há cabimento em investigar o equilíbrio da empresa como foi defendido pela PGDF porque a situação subjetiva do particular é irrelevante para identificar o conteúdo da equação econômico-financeira*. A PGDF não defende análise da situação subjetiva da empresa.

Ainda no mesmo tópico, assevera que não ocorreu jogo de planilha (em relação aos custos com materiais e equipamentos), mas que o art. 65, "d" admite o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato quando a ruptura derivar de eventos previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

Defende que a *Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao Contratado proporcionalmente à majoração dos encargos verificada, deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba remuneração originalmente prevista*; clama pela aplicação do art. 58, §2º, da Lei nº 8.666/93. Acrescente-se, desde que os fatos se encaixem na moldura legal.

Adentra na teoria do fato do príncipe (álea administrativa) asseverando aplicar-se ao caso da empresa (*verificável e comprovada*), inclusive no requisito superveniente. Contudo, mais uma vez, as alegações da empresa vieram despidas de comprovação fática e documental.

Afirma que se um fato superveniente tornar impossível a execução do contrato aplica-se o art. 78, XVII; entretanto, se a execução for possível, mas excessivamente onerosa (por uma hipotética revisão de preços) para a Administração, a rescisão é por conveniência da Administração, do art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93.

Sobre a modificação (elevação) dos encargos trabalhistas (CCT's), assevera, genericamente e sem pontuar expressamente o item, que é possível, em tese a aplicação do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93.

Finalmente, adentra expressamente na questão do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro dos insumos. Explica que em 2011 os preços estavam equilibrados, mas desde então sofreram com a inflação e *outros reflexos oriundos das políticas públicas brasileiras*. Prossegue alegando que houve aumento quantitativo do material fornecido, em relação à planilha de itens da licitação, em razão do aumento exponencial das unidades do DETRAN/DF, que ainda não foi objeto de apreciação por essa Casa. Pede a concessão do índice de reajuste de 89,47%, com a redução de 20%, perfazendo 69,47%.

Assevera que em nenhum momento deu causa a anulação, tampouco foi ilegalmente beneficiada nesse Contrato.

Fm

Defende o direito de a empresa ser indenizada se o contrato for invalidado, com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa e de beneficiar-se da própria torpeza. Reafirma sua boa-fé, bem como a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Suscita, ainda, a vedação do confisco.

Por fim, traz à balia o art. 55, da Lei nº 9.874/99 e discorre sobre a possibilidade de sua aplicação no caso de eventual vício de forma macular o contrato; reafirma, a todo momento, eventual direito a indenização na hipótese de anulação ou de nulidade do contrato.

Em síntese, eis as razões da empresa, as quais, em poucas palavras, não foram suficientes para afastar as recomendações do Parecer nº 1041/2015 – PRCON/PGDF.

Reequilíbrio econômico-financeiro dos custos com materiais e equipamentos.

Não restou comprovada álea extraordinária para legitimar o pedido da contratada conforme manifestação da Procuradoria Jurídica (fls. 2042/2044), corroborada no Parecer nº 1041/2015 – PRCON/PGDF.

Os custos com materiais e equipamentos devem ser tratados como repactuação, devendo-se verificar o período aquisitivo e as diretrizes para a verificação dos valores.

O período que a empresa pede é de outubro/2011 até janeiro/2014, que não tem embasamento legal, já que deve respeitar a anualidade da repactuação; precluso o período de outubro/2011 a dezembro/2012, o período a ser analisado deve se restringir entre janeiro/2013 a janeiro/2014.

Reitera-se que incumbe à área técnica do DETRAN aferir de forma segura a variação desses custos à luz das regras da repactuação (planilha de custos e formação de preços, devidamente conferida e aceita pela Administração); nesse procedimento, índice setorial (INPC ou IPCA) pode ser considerado apenas como uma das diversas variáveis ou balizas, mas não pode ser diretamente aplicado (Parecer nº 258/2014 – PROCAD/PGDF).

Reitera-se que a empresa poderá ser obrigada a suportar alguma defasagem, já que à época da licitação entendia ser possível cumprir suas obrigações conforme a proposta oferecida; outro fato que justifica a defasagem foi a preclusão do primeiro pedido de repactuação.



Quanto à alegação de que houve aumento quantitativo do material fornecido em relação à planilha de itens da licitação, em razão do aumento exponencial das unidades do DETRAN/DF, não há nos autos comprovação que dê suporte a uma análise conclusiva dessa alegação. Em remanescendo dúvida específica, a questão poderá ser novamente submetida a essa Casa.

Alteração do regime de tributação para o lucro real.

A empresa defende-se alegando a ocorrência do fato do príncipe, contudo, não apresentou nenhum documento que comprove que a alteração decorreu de exclusivamente de mandamento legal superveniente e desconhecido à época da proposta.

Reitera-se, nessa oportunidade, que, a empresa não apontou a situação concreta que se amolda às hipóteses legais que teria imposto a alteração referida. Não restou comprovada a álea extraordinária e extracontratual superveniente.

Assim, ante a falta de substrato fático para amparar o reequilíbrio econômico-financeiro sob o fundamento do art. 65, §5º, da Lei nº 8.666/93, o índice concedido a esse título deverá ser anulado, devendo ser apurado o montante indevidamente pago e cobrada sua restituição, pela via administrativa, mediante glosa em parcelas futuras.

Segue a título ilustrativo a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Licitação e Contrato. Aumento de Carga Tributária (Alíquota de Contribuição Previdenciária). Lei Anterior à Abertura do Certame. Aplicação do art. 65, II, d, e § 5.º da Lei 8.666/1993. Impossibilidade.

1. No caso, o início das licitações ocorreu em 2000, com homologação da proposta vencedora no mesmo ano, e o diploma normativo que majorou a alíquota das contribuições previdenciárias foi a Lei 9.876/1999.

2. Portanto, se o agravamento dos encargos tributários foi anterior à própria abertura do certame, não há que se falar em aplicação do art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993, uma vez que não há imprevisibilidade do fato e de suas consequências, pois, para tanto, é necessário que a situação seja futura, nunca atual ou pretérita (daí o uso do verbo ‘sobrevier’).

Fm

3. Também não cabe a aplicação do § 5.º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos porque, na hipótese em exame, o tributo não foi criado, alterado ou extinto depois da apresentação da proposta, mas sim antes da própria publicação do edital.

4. Recurso especial provido” (REsp 686.343/MG, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.08.2009, DJe de 10.09.2009).

Ademais, também deve ser rechaçado o pedido de indenização, porquanto a anulação por motivo de ilegalidade não gera o direito de indenizar (art. 49, §1º, da Lei nº 8.666/93).

Por outro lado, ainda que se entenda, em tese, existir a responsabilidade civil da Administração em razão de anulação de atos eivados de ilegalidade, eventual indenização seria devida tão somente mediante comprovação explícita de danos emergentes ou lucros cessantes; nenhuma dessas hipóteses foi comprovada nessa oportunidade.

Ora, os serviços prestados estão sendo pagos, devidamente atualizados; os valores recebidos em razão da alteração do regime de tributação desde o início deveriam ter sido suportados pela empresa; o reconhecimento da ilegalidade de sua concessão não gera dano a ser indenizado, ao contrário a anulação do ato tem como consequência o dever de a empresa ressarcir o valor que lhe foi indevidamente pago a esse título.

O raciocínio contrário confirma a tese. Em razão da Lei nº 12.546/2011 que beneficiou empresas com a desoneração da folha de pagamento, o TCU determinou que os efeitos financeiros da referida Lei deveriam retroagir à data de início da desoneração e a Administração deveria providenciar a elisão do dano; nenhuma indenização era devida às empresas que continuaram a receber esses valores depois de a Lei entrar em vigor e que foram obrigadas a ressarcir (Acórdãos nº 2859/2013 – TCU e nº 1212/2014 – TCU - Plenário).

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, **opina-se**, s.m.j., pelo conhecimento das razões de defesa e pelo seu indeferimento, por falta de comprovação do cumprimento dos requisitos legais para legitimar a concessão do

reequilíbrio econômico-financeiro em relação aos custos com materiais e equipamentos e em relação à alteração do regime de tributação, devendo a Administração decidir sobre a anulação ou não do ato administrativo ilegal e, na sequência, uma vez anulado o ato, providenciar o ressarcimento administrativo do valor indevidamente pago à empresa, mediante regular procedimento administrativo.

É o parecer.

Brasília, 11 de abril de 2017.

Fabiola de Moraes Travassos
FABIOLA DE MORAES TRAVASSOS
Procuradora do Distrito Federal

Folha nº 2426
Processo: 055.035.886/2008
Rubrica Uma Mat. 43182-0

RECEB
DIGAB/PGDF
Em <u>11/04/2017</u>
Hora: _____



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



PROCESSO Nº: 055.035.886/2008
INTERESSADO: DETRAN/NUPRE
ASSUNTO: Licitação

MATÉRIA: Administrativa

APROVO O PARECER Nº 0304/2017 – PRCON/PGDF, exarado pela ilustre Procuradora do Distrito Federal Fabíola de Moraes Travassos.

Ressalto, ainda, que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Em 16 / 05 / 2017.


JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Paz Social do Distrito Federal, para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 17 / 05 / 2017.
Folha nº: 2927 - Mat. 39.754-7
Processo: 055.035.886/2008
Rubrica: mm


KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo