



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



PARECER PGE/PA Nº 029/2010

PROCESSO PGE Nº : 2010.019.002489-2

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE - SESACRE

ASSUNTO: ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

EMENTA: SOLICITAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - CLÁUSULA ECONÔMICO FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA PRÉVIA DO CONTRATADO E FALTA DE JUSTIFICATIVA QUE DEMONSTRE QUE A ALTERAÇÃO NÃO IRÁ PROVOCAR PREJUÍZO AO ESTADO DO ACRE - NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO DO PROCESSO - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CONTRATAÇÃO DE NOVOS SERVIÇOS COM O SALDO DE DINHEIRO EXISTENTE NO CONTRATO -ENVIO DOS AUTOS A CGE PARA ANÁLISE PRÉVIA QUANTO AO MÉRITO DA JUSTIFICATIVA APRESENTADA, A FIM DE AFERIR A CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DE PREJUÍZO.

Procuradoria-Geral do Estado

Parecer nº 029/2010 - PA

APROVADO

Encaminhe-se a SESACRE

Em 26/10/2010

Roberto Barros dos Santos
Procurador-Geral do Estado

I - INTRODUÇÃO

Trata-se de processo administrativo no qual o Secretário de Estado de Saúde - SESACRE solicita (fl. 02) a esta Procuradoria-Geral do Estado do Acre análise acerca da possibilidade de exclusão do parágrafo segundo da cláusula terceira do Contrato nº 045/2009 (fls. 03/06) firmado entre o Estado do Acre e a empresa INDRA BRASIL LTDA. visando a prestação de serviço de implantação do sistema de saúde DIRAYA.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Impende registrar, *ab initio*, que o processo em epígrafe já foi objeto de análise desta Especializada Administrativa, oportunidade na qual emituiu-se o Despacho em Diligência PGE/PA nº 031/2010 (fls. 10/11), subscrito pela Chefe da Procuradoria Administrativa, Francisca Rosileide de O. Araújo.

Em síntese é o relatório. Passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

As alterações contratuais, conforme determina o art. 65 da Lei nº 8.666/93, poderão ocorrer unilateralmente pela Administração ou por acordo entre as partes, desde que devidamente justificadas.

Igualmente, no que concerne à modificação da avença, o art. 58, §1º da Lei nº 8.666/93 determina que a alteração de cláusulas econômico-financeiras e monetárias no contrato somente será admitida caso haja prévia concordância do contratado.

O referido dispositivos visa evitar alterações arbitrárias por parte da Administração Pública, conforme leciona Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008 p.712:

Quando a Administração pactua o contrato, já exercitou a competência "discricionária" correspondente. A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula nº 473 do STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa.

Analisando a situação fática trazida aos autos, verifica-se que a Secretaria de Estado de Saúde solicita a exclusão do Parágrafo Segundo da Cláusula Terceira do Contrato nº 045/2009 (fls. 03/06) que assim dispõe:

O valor devido na ocasião de cada pagamento será calculado conforme percentuais apresentados no cronograma financeiro da proposta. Sobre o valor encontrado, será aplicada a taxa média de câmbio desde o último faturamento até a data do faturamento em questão, desde que esta taxa não seja superior a taxa utilizada para determinar o valor global deste contrato.

Do excerto acima, conclui-se tratar de uma cláusula econômico-financeira e monetária. Dessa forma, alguns requisitos deverão ser atendidos para que efetivamente a alteração contratual solicitada possa ocorrer:



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



a) justificativa apontando as razões para a exclusão do citado parágrafo, bem como a vantajosidade que a exclusão proporcionará à Administração;

b) prévia concordância do contratado – INDRA BRASIL LTDA, por força do art. 58, §1º da Lei nº 8.666/93.

Quanto ao primeiro requisito, vale destacar o trecho da justificativa apresentada pelo Secretário de Estado de Saúde às fls.14/17

(...) Para pagamento do serviço adicional necessário, a SESACRE pretende utilizar a diferença orçamentária gerada através da execução durante todos os faturamentos ocorridos da cláusula terceira, parágrafo segundo do contrato 045/2009. A SESACRE se beneficiou da redução no valor das parcelas cobradas de R\$ 1.201.917,71 (um milhão duzentos e um mil novecentos e dezessete reais e setenta e um) até a presente data. E, a projeção final do valor em benefício da SESACRE é de R\$ 1.800.525,09 (um milhão oitocentos mil quinhentos e vinte e cinco reais e nove centavos), como descrito no histórico de pagamento da empresa Indra no quadro a seguir:

(...)

Mediante essa sobra orçamentária dentro do próprio empenho para execução do projeto SIDIS, a SESACRE enxergou como uma oportunidade utilizar a mesma para suprir as necessidades adicionais de serviços para melhoria do suporte ao projeto em operação nos centros piloto.

No entanto, a justificativa acima não apresenta motivos jurídicos ou técnicos que fundamenta a necessidade de exclusão da referida previsão contratual, em face do prejuízo que ela está causando ao Poder Público. Pelo contrário, verifica-se que na justificativa apresentada é apontada a vantagem que esta disposição contratual está proporcionando à Administração, isto é, redução do valor das parcelas a serem pagas.

Verifica-se que a SESACRE não apontou de forma **clara o porquê da necessidade da exclusão da previsão contratual contida no** Parágrafo Segundo da Cláusula Terceira. Ainda, não há justificativa que aponte qual seria o nexo causal que possui a retirada desta cláusula para possibilitar a contratação dos serviços adicionais que se pretende executar.

Ainda, necessário que a justificativa aponte o benefício contratual que esta supressão trará ao Estado do Acre. No entanto, verifica-se com base no documento de fls. 14/17, que esta alteração trará prejuízo, haja vista que esta disposição contratual tem permitido até então uma sobra de empenho no valor de R\$ 1.201.917,71 (um milhão duzentos e um mil novecentos e dezessete reais e setenta e um centavos) (fl. 16), com previsão até o mês de dezembro/2010 de sobra de R\$ 1.800.525,09 (um milhão oitocentos mil quinhentos e vinte e cinco reais e nove centavos).



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Quanto ao segundo requisito (concordância mútua do contratado), observa-se que o mesmo não fora atendido, apesar da solicitação feita no Despacho em Diligência PGE/PA nº 045/2009 (fls. 10/11), de forma que a SESACRE deverá juntar aos autos a concordância expressa e por escrito da empresa INDRA BRASIL LTDA. quanto à anuência da referida modificação contratual.

Necessário registrar, ainda, que os serviços adicionais (fls. 15/16) que a SESACRE pretende contratar com a “sobra de empenho” (fl. 17) não poderão ser inseridos como aditivo no Contrato nº 045/2010, isto porque, se trata de contratação da execução de novos serviços, portanto, dependerão de procedimento licitatório ou, se for o caso, de instauração de novo processo de contratação direta em que deverá atentar-se aos requisitos da Lei nº 8.666/93.

Ainda, verifica-se que a orientação traçada acima decorreu do fato de que o documento de fls. 14/17, não esclareceu se os novos serviços a serem prestados ocasionarão uma modificação do projeto ou das especificações do serviço, para melhor adequação técnica aos objetivos do contrato (art. 65, *caput*, I, “a”, da Lei nº 8.666/93). Não se demonstrou nos autos que causa apta a autorizar a realização de aditivo contratual, como por exemplo: a ocorrência de situação superveniente que tenha tornado o serviço original inadequado; ou que havia uma situação preexistente desconhecida por parte dos contratados; ou se trate o caso de uma situação de inovação tecnológica.

Deverá a Secretaria de Estado de Saúde verificar, uma vez que a contratação envolve recursos do Sistema Único de Saúde (fonte: 400) – fl. 04, se o regramento do SUS autoriza a realização da pretensa transferência de recursos que estavam alocados em uma determinada contratação para outra, a fim de serem contratados serviços originalmente não previstos quando da liberação do recurso.

Por fim, após serem traçadas as referidas orientações jurídicas pertinentes ao caso, caso a Secretaria preencha todas as observações prevista acima será possível realizar a pretensa alteração contratual. No entanto, a alteração contratual da referida cláusula, não obsta a necessidade da realização de novo processo administrativo para gerar a contratação dos novos serviços pretendidos.

Ainda, sugere-se, antes da realização das alterações contratuais, seja consultada a Controladoria Geral do Estado - CGE, a fim de que ela analise o mérito da justificativa apresentada e afira a pertinência quanto a existência ou não de prejuízo para o Poder Público com a referida supressão, em face das razões apresentadas.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, levando-se em conta que os documentos anexados aos autos não conferem elementos suficientes para análise do pedido e pelo fato de no



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



presente caso estar sendo feita apenas uma orientação jurídica, verifica-se que a pretensão aposta nos autos somente poderia em tese ser possível, caso:

- justifique de forma clara a necessidade de exclusão do Parágrafo Segundo da Cláusula Terceira do Contrato nº 45/2010 (fls. 03/04);

- justifique qual seria o motivo (qual o nexo causal) entre a necessidade de exclusão da cláusula contratual e a contratação dos novos serviços que a Secretaria;

- esclareça se essa alteração não acarretará prejuízos para o Estado do Acre, em vista que de acordo com o documento de fls. 14 a 17 mostra-se, em princípio, haver o referido prejuízo;

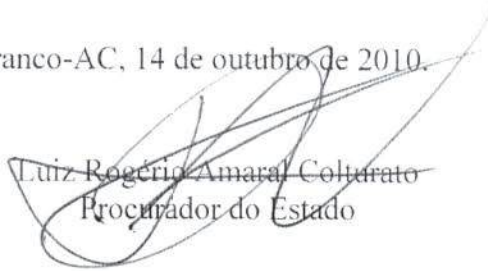
- anexe a concordância prévia e por escrito da empresa INDRA BRASIL LTDA quanto à modificação contratual;

- verifique perante o regramento do SUS se há a possibilidade de transferir recursos que foram alocados em um contrato para outro;

- realize novo procedimento administrativo para contratação dos novos serviços que pretende serem executados.

- sugere-se, antes da realização das alterações contratuais, seja consultada a Controladoria Geral do Estado - CGE, a fim de que ela analise o mérito da justificativa apresentada e afira a pertinência quanto a existência ou não de prejuízo para o Poder Público com a referida supressão, em face das razões apresentadas.

Rio Branco-AC, 14 de outubro de 2010.


Luiz Rogério Amaral Colurato
Procurador do Estado



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



PROCESSO PGE Nº 2010.019.002489-2
MANIFESTAÇÃO-CHEFIA Nº 051/2010

Em vista do disposto no art. 17-F, inciso II, da Lei Complementar nº 45/94 e suas alterações posteriores, esta Chefia vem apresentar, sucintamente, a seguinte:

MANIFESTAÇÃO

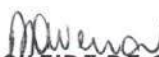
Trata-se de processo de interesse da Secretaria de Estado de Saúde – SESACRE, solicitando desta Procuradoria-Geral do Estado análise acerca da possibilidade de exclusão do parágrafo segundo da Cláusula Terceira do Contrato nº 045/2009, firmado entre o Estado do Acre e a Empresa Indra Brasil Ltda., visando à prestação de serviços de implantação do Sistema de Saúde DIRAYA, tendo o Procurador Luiz Rogério Amaral Colturato emitido o PARECER PGE/PA Nº 029/2010, datado de 14.10.2010, **manifestando-se, de forma conclusiva, que os elementos probatórios apresentados pela SESACRE nos autos não são bastantes a possibilitar a supressão do parágrafo segundo da Cláusula Terceira do Contrato nº 045/2009, posto que não restou demonstrado que com a exclusão do referido parágrafo não haveria prejuízos ao Estado, além de que os novos serviços indicados como necessários à utilização do Sistema de Saúde (e apresentados como razão da alteração contratual), devem ser contratados mediante novo procedimento de contratação, indicando ao final, os requisitos a serem observados para possibilitar a alteração contratual nos termos solicitados.**

Acresço às observações do Parecer, o fato de que a mencionada “sobra de empenho” só ocorrerá após o encerramento do Contrato nº 045/2009, uma vez que, baseado em média de variação cambial (parágrafo segundo da Cláusula Terceira), somente ao seu término será apurado o valor despendido, e como informou o Senhor Secretário, o mesmo foi prorrogado até dezembro/2010.

Ressalte-se ainda, que das informações e justificativas apresentadas (fls. 14/17), a princípio, infere-se pela impossibilidade de aditivo contratual, sendo mesmo caso de nova contratação, nos termos da Lei de Licitações e Contratos.

Quanto ao entendimento jurídico do PARECER, **aprovo-o**, e por se tratar de assunto a ser pacificado no âmbito desta PGE, por força do que estabelece a Portaria nº 194, de 08 de junho de 2009, **determino o seu encaminhamento ao Senhor Procurador-Geral do Estado.**

Rio Branco, 20 de outubro de 2010.


FRANCISCA ROSILEIDE DE OLIVEIRA ARAÚJO
Procuradora Chefe da Procuradoria Administrativa