



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Processo nº 220977/2018

PGE-NET: 2018.02.006764

Interessado: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística (SINFRA/MT)

Assunto: Rerratificação dos valores dos materiais betuminosos

Parecer nº 1610/SGAC/PGE/2020

Local e data: Cuiabá, 30 de junho de 2020.

Procurador: Carlos Eduardo Sousa Bomfim

EMENTA: O DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RERRATIFICAÇÃO DOS VALORES DO MATERIAL BETUMINOSO NO CONTRATO EM TELA A PARTIR DA TABELA ANP-CENTRO OESTE, CONFORME TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO CELEBRADO ENTRE A SINFRA E O TCE. INFORMAÇÕES TÉCNICAS QUE, EM MAIS DE UMA OCASIÃO, REFORÇAM O DESEQUILIBRIO ECONICO-FINANCEIRO DO CONTRATO EM FAVOR DO PARTICULAR NA MATERIALIZAÇÃO DA CORREÇÃO. SUGESTÃO DO SETOR TÉCNICO PARA QUE A RERRATIFICAÇÃO SEJA REALIZADA PELOS PREÇOS DA ANP — MATO GROSSO/SETEMBRO-2013, RETROAGIDOS A SETEMBRO DE 2012. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO À LUZ DO QUE PREVE O ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ARTIGO 58, INCISO I, DA LEI N. 8.666/93. RECOMENDAÇÕES E RESSALVAS.

I - RELATÓRIO

2018.02.006764

1 de 23



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Cuida-se de processo administrativo registrado sob o n. 220977/2018 (PGENet n. 2019.02.006764) devolvido à Subprocuradoria-Geral de Aquisições e Contratos após providências complementares requeridas pela Unidade Jurídica através da Manifestação n. 274/SGAC/PGE/2020 (fls. 520).

A empresa RTA Engenheiros Consultores Ltda foi instada a se manifestar por meio da Ordem de Serviço n. 067/2020/SAOR/SINFRA (fls. 507), tendo então apresentado a Nota Técnica NTG 0581680420 (fls. 508 e seguintes).

Em complementaridade, a Secretaria Adjunta de Obras Rodoviárias apresentou as informações que estão no despacho de fls. 518 e seguintes, com vistas a subsidiar a emissão de parecer conclusivo em relação ao debate instaurado nestes autos, consubstanciado na ratificação dos preços dos materiais betuminosos do contrato n. 349/2014, celebrado entre a Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística - SINFRA e a empresa GUAXE CONSTRUTORA Ltda, para a execução dos serviços de conservação, restauração e melhoramento da rodovia MT-240; trecho: Entº. BR-364 (Novo Diamantino) - Santo Afonso a Alto Paraguai/Entº. MT-240 - Nova Marilândia, Sub-Trecho: Entº. BR-364 (Novo Diamantino) - Arenápolis/Acesso a Alto Paraguai, numa extensão de 64,256 Km.

O valor do contrato é de R\$ 18.161.811,36 (dezoito milhões, cento e sessenta e um mil, oitocentos e onze reais e trinta e seis centavos).

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.I - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

Primeiramente, cumprindo delinear o alcance e a atuação desta



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

consultoria jurídica, tem-se que o parecer jurídico exarado pela Procuradoria-Geral do Estado veicula opinião estritamente jurídica, desvinculada dos aspectos técnicos que envolvam a presente demanda, a exemplo de informações, documentos, especificações técnicas, justificativas e valores que são presumidamente legítimos e verdadeiros, em razão inclusive dos princípios da especialização e da segregação de funções regentes da atuação administrativa.

O parecer, portanto, é ato administrativo formal opinativo exarado em prol da segurança jurídica da autoridade assessorada, a quem incumbe tomar a decisão final dentro da margem de discricionariedade definida pela lei.

II.II – DA ANÁLISE JURÍDICA

Conforme relatado, cuida-se de processo encaminhado à Subprocuradoria Geral de Aquisições e Contratos para parecer jurídico em relação à efetiva aplicação do Termo de Ajustamento de Gestão celebrado firmando entre Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística e o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso no bojo do instrumento contratual n. 349/2014 que, por sua vez, foi celebrado entre a **Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística - SINFRA** e a empresa **GUAXE CONSTRUTORA Ltda**, para a execução dos serviços de conservação, restauração e melhoramento da rodovia MT-240; trecho: Entº. BR-364 (Novo Diamantino) – Santo Afonso a Alto Paraguai/Entº. MT-240 – Nova Marilândia, Sub-Trecho: Entº. BR-364 (Novo Diamantino) Arenápolis/Acesso a Alto Paraguai, numa extensão de 64,256 Km.

Revisitando os fatos que deram ensejo a este imbróglio menciona-se, em primeira, ordem a Nota Técnica NTG 0339560318, da Gerenciadora RTA Engenheiros Consultores que, ao se manifestar sobre a Primeira Revisão de Projeto em Fase de Obra (fls.



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

04 e seguintes) fez constar expressamente a necessidade de correção das distorções identificadas no preço do material betuminoso praticado, tendo como norte orientações do Tribunal de Contas do Estado, o que foi posteriormente reforçado pelo setor técnico nas fls. 329/336.

O primeiro parecer jurídico opinativo no sentido da possibilidade de se operar a rerratificação dos valores está às fls. 341 e seguintes dos autos (parecer n. 095/SGAC/PGE/2019). No entanto, após devidamente homologado (fls. 346), cuja linha de raciocínio foi acompanhada pela autoridade máxima do Órgão (fls. 348) o contratado foi chamado a assinar tanto o termo aditivo de valor quanto o termo de rerratificação ao instrumento tendo, todavia, manifestado sua discordância na alteração do referencial de preço dos materiais betuminosos.

A partir de então, as partes estão em volta do debate a respeito dos valores a serem adotados para os componentes betuminosos que integram a planilha do contrato. Em última análise jurídica, por meio do parecer n. 3.163/SGAC/PGE/2019 (pág. 386 e seguintes), a Subprocuradoria Geral de Aquisições e Contratos reforçou a necessidade de se observar os preços divulgados pela ANP para a região Centro-Oeste, em atenção ao Termo de Ajustamento de Gestão celebrado com o Tribunal de Contas Estadual, cuja conclusão segue abaixo transcrita:

(...)

opino pela manutenção da posição anteriormente assumida pela administração pública, no sentido da imprescindibilidade de readequar os preços do instrumento contratual n. 349/2014/00/00-SETPU em estrito cumprimento às premissas que deram ensejo à celebração do Termo de Ajustamento de Gestão 71.82-0/2013, em virtude do sobrepreço identificado pela utilização de preços de materiais betuminosos levando-se em consideração a planilha SETPU.

Vale ressaltar que tal discussão existe em outros processos administrativos, haja vista que o Grupo Econômico Guaxe/Encomind possui diversos



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

contratos administrativos celebrados com a Secretaria de Infraestrutura e Logística licitados pela planilha SETPU.

De rigor recordar, pela importância, do Contrato Administrativo nº 035/2015/ SINFRA, celebrado com entre as partes com o objetivo de proceder a “Revitalização de Rodovia Pavimentada, na Rodovia MT – 170 – Trecho: Novo Mundo – Brasnorte. Extensão: 150KM”, em que diante da glosa proferida pelo Poder Público, a contratada impetrou Mandado de Segurança visando receber os valores que constavam na planilha (SETPU/SET/2012).

A tese sustentada naqueles autos, idêntica a defendida pela contratada no presente caso recebeu, em juízo sumário, amparo pelo Poder Judiciário Mato-Grossense:

MANDADO DE SEGURANÇA (PJE 02)
PROCESSO Nº 1026581-65.2019.8.11.0041

Vistos, etc.

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por **ENCOMIND ENGENHARIA LTDA.** contra ato indigitado coator da lavra do **SECRETÁRIO ADJUNTO DE OBRAS RODOVIÁRIAS – SAOR/SINFRA-MT** e do **COORDENADOR DE CONTROLE E QUALIDADE DE OBRAS RODOVIÁRIAS – SAOR/SUCEO/SINFRA-MT**, todos qualificados na exordial, objetivando a concessão da medida liminar para o fim de que seja determinado o afastamento imediato da aplicação do Termo de Ajuste de Gestão ao Contrato nº 035/2015 – SINFRA, bem como que seja determinado às autoridades Impetradas que promovam a devida retificação dos Encaminhamentos de Medição de 05.06.2019. Aduz, em síntese, que se dedica ao segmento empresarial de Construção de Rodovias e Ferrovias, cadastrada sob o CNAE-Fiscal principal de nº 42.11-1-01, ativa e regularmente inscrita nos órgãos de controle desde 25.06.1979.

Relata que em 2015 firmou o Instrumento Contratual nº 035/2015/00/00-SINFRA



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

(Contrato nº 35/15), com objeto programado de execução de serviços de revitalização de rodovias pavimentadas na MT-170, trecho *Novo Mundo x Brasnorte*, com extensão total de 150 km (cento e cinquenta quilômetros).

Assevera que, cumprida à integralidade o objeto programado, formalizou a competente Medição Final no valor de R\$ 2.571.683,96 (dois milhões, quinhentos e setenta e um mil, seiscentos e oitenta e três reais e noventa e seis centavos), através do Processo Administrativo nº 451110/2018; e, concomitantemente, o Pedido de Reajustamento Final no valor de R\$ 880.176,67 (oitocentos e oitenta mil cento e setenta e seis reais e sessenta e sete centavos), formalizado através do Processo Administrativo nº 451115/2018.

Afirma que, após a tramitação regular, atestado o recebimento da obra (sem ressalvas), surpreendeu-se com a glossa parcial dos valores medidos em 06.06.2019 entendendo a autoridade Impetrada por acolher os termos do parecer jurídico nº 799/SGAC/PGE/2019, para aplicar retroativamente o TAG – Termo de Ajustamento de Gestão firmado entre o TCE e a SINFRA no ano de 2013, integralmente revogado em 12/2018, reduzindo os valores a que faz jus.

Pontua que o ato praticado pelas autoridades apontadas como coatoras é ilegal, não lhe restando alternativa senão a impetração do presente *mandamus* para resguardar o seu direito líquido e certo.

Escuda a pretensão à vista dos pressupostos da medida liminar: *fumus boni iuris e periculum in mora.*

Instruiu a inicial com documentos acostados eletronicamente.

Postergada a análise da medida liminar após oitiva da parte contrária (ID nº), a autoridade Impetrada manifestou-se nos autos, alegando que não assiste direito à Impetrante, uma vez que “a aplicação do TAG não se limita aos Editais que receberam, à época, auditoria do Tribunal de Contas, mas também aos futuros procedimentos licitatórios” (ID nº 25154473).

Em síntese, é o necessário relato.

Fundamento e Decido.

À vista da nova legislação que passou a disciplinar o Mandado de Segurança (art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009), para a concessão de medida liminar, mister a presença dos seguintes requisitos: que os fundamentos da impetração sejam



Governo do Estado de Mato Grosso

PGE - Procuradoria Geral do Estado

relevantes (*fumus boni iuris*) e a possibilidade do ato impugnado resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (*periculum in mora*).

Cumpre salientar que o Mandado de Segurança é um remédio constitucional utilizado para proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade.

Como se sabe, a medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do Impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.

Assim, o deferimento da liminar em Mandado de Segurança visa resguardar o “possível direito da Impetrante”, para tanto basta a este a apresentação de relevantes fundamentos, assim como a possibilidade da ocorrência de dano pelo não acolhimento da medida.

Em outras palavras, para ser viável sua impetração, é imperativo que estejam comprovados os fatos alegados na inicial, porque, para a concessão da ordem, a situação fática e jurídica não pode gerar dúvida e, muito menos, depender a narrativa de dilação probatória.

Como relatado, o presente *mandamus* foi impetrado com a finalidade de obter uma decisão para que seja determinado o afastamento imediato da aplicação do Termo de Ajuste de Gestão ao Contrato nº 35/2015 – SINFRA, bem como que seja determinado às autoridades Impetradas que promovam a devida retificação dos Encaminhamentos de Medição de 05.06.2019.

Extrai-se dos autos que a Impetrante cumpriu todo o objeto do Instrumento Contratual nº 035/2015/00/00-SINFRA (Contrato nº 35/15), levando-a a formalizar a competente Medição Final no valor de R\$ 2.571.683,96 (dois milhões, quinhentos e setenta e um mil, seiscentos e oitenta e três reais e noventa e seis centavos), bem como o Pedido de Reajustamento Final no valor de R\$ 880.176,67 (oitocentos e oitenta mil cento e setenta e seis reais e sessenta e sete centavos), todavia a autoridade Impetrada efetuou a glosa parcial dos valores medidos, aplicando retroativamente o TAG – Termo de Ajustamento de Gestão firmado entre o TCE e a SINFRA no ano de 2013.

Observa-se, ainda, que a autoridade Impetrada acolheu o Parecer nº 799/SGAC/PGE/2019, de lavra da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso, o



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

qual opinou pela necessidade de retificação do valor medido e a aplicação do TAG anteriormente celebrado, bem como para alterar a tabela de preços de materiais betuminosos disposta no processo licitatório, aplicando-se a Tabela ANP Centro-Oeste (ID nº 25267205).

Entretanto, em que pese o argumento aviado pela Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso, o qual foi homologado pela SINFRA/MT, perfilho do entendimento de que, ao menos nesta análise sumária, as autoridades Impetradas não agiram de modo correto, como será demonstrado.

No ano de 2013 foi celebrado o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG entre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso – TCE/MT e o Secretário de Estado da SINFRA/MT (ID nº 21021405), o qual tinha por objeto a adequação dos procedimentos de contratação de obras, nos casos apontados pelo Relatório de Auditoria (Processo 7182-0/2013), bem como para promover aprimoramentos na atuação interna da própria SINFRA, em especial a formação de comissão para elaborar estudos para a contratação de projetos, tratando ainda dos preços dos materiais betuminosos.

A *posteriori*, como bem se observa no documento de ID nº 21021407, foi rescindido integralmente, pelo próprio TCE/MT (Acórdão nº 866/2018 – TP), o aludido Termo de Ajuste de Gestão – TAG celebrado, sob o fundamento de que a SINFRA não adimpliu com as cláusulas ora pactuadas, notadamente a formação de comissão mista para elaborar os estudos.

À vista disso, não se mostra plausível, tampouco razoável, o ato praticado pela autoridade Impetrada em acolher integralmente o parecer lavrado pela PGE/MT, o qual opinou pela aplicação retroativa do TAG acima mencionado, tendo em vista que o mesmo já havia sido plenamente revogado, além do que referido TAG não abrangia o Contrato nº 35/15 (celebrado com a Impetrante), de modo que podemos considerar que as autoridades Impetradas basearam o seu ato em uma premissa inexistente.

De mais a mais, denota-se que durante toda a execução da obra objeto do contrato celebrado não houve quaisquer indícios, ou ao menos uma menção, de que ocorreria uma alteração nos valores constantes na Tabela de Preços utilizada pela SINFRA, surpreendendo a Impetrante após a apresentação da medição final, ato este que afronta princípios previstos na Constituição Federal.

Com efeito, a doutrina pátria segue o entendimento de que é vedada a adoção de



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

comportamentos contraditórios por parte da Administração Pública (Teoria *Venire Contra Factum Proprium*), ao passo que a Administração não pode seu bel prazer se aproveitar para prejudicar o particular, de modo a retroagir os valores diferentes dos outrora pactuados.

Melhor elucidando a matéria, convém transcrever o ensinamento adotado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

“A cláusula geral de boa-fé objetiva obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato. Em outras palavras, a parte não pode ‘venire contra factum proprium’” (in NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 7. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009).

Assim, resta demonstrado o *fumus boni iuris*, uma vez que as autoridades Impetradas aturaram de forma temerária ao aplicar retroativamente um Termo de Ajustamento de Gestão – TAG já revogado, trazendo prejuízos à empresa-impetrante.

Da mesma maneira resta evidente o *periculum in mora*, na medida em que a manutenção do ato objurgado acarretará em demasiados prejuízos financeiros e às atividades da Impetrante.

Portanto, demonstrados os requisitos autorizadores, impõe-se o deferimento da medida.

ISTO POSTO, consoante a fundamentação supra, **DEFIRO A LIMINAR** pleiteada para determinar a suspensão imediata da aplicação do Termo de Ajuste de Gestão ao Contrato nº 35/2015 – SINFRA, bem como determino às autoridades Impetradas que promovam a devida retificação dos Encaminhamentos de Medição de 05.06.2019, até ulterior decisão de mérito a ser proferida neste *writ*.

Notifiquem-se as autoridades coatoras enviando-lhes a segunda via da inicial, a fim de que, no **prazo de 10 (dez) dias**, prestem as informações de praxe, e na oportunidade intime-as do teor desta decisão (art. 7º, I, Lei nº 12.016/09).

Oficie-se a Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso sobre a presente decisão enviando-lhe cópia da inicial, para que querendo ingresse no feito (art. 7º, II da Lei nº 12.016/2009).



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Em seguida, abro vistas ao ilustre representante do Ministério Público, para, querendo, manifestar-se no presente feito, nos termos do art. 12 da Lei nº 12.016/09. Após, decorrido o prazo das informações, prestadas ou não, voltam-me os autos conclusos para sentença.

Intimem-se.

Cumpra-se, expedindo-se o necessário.

Cuiabá/MT, 24 de outubro de 2019.

ROBERTO TEIXEIRA SEROR
JUIZ DE DIREITO

Ressalte-se que, da liminar concedida foi manejado Agravo de Instrumento (1019401-24.2019.8.11.0000). Não obstante, o efeito suspensivo pleiteado não foi concedido.

Retornando ao caso *sub examine*, o presente protocolo prosseguiu com o pedido de reconsideração às fls. 394 e seguintes em que a contratada pretendia demonstrar prejuízos financeiros insustentáveis pela adoção da tabela ANP Centro Oeste, com a juntada de inúmeras Notas Fiscais de compra de CAP 50/70.

Diante de tais documentos, novos, esta consultoria jurídica lançou nos autos as Manifestações n. 056/SGAC/PGE/2020 e n. 213/SGAC/PGE/2020, almejando o aporte nos autos de documentos que pudessem, de forma concreta, demonstrar o alegado desequilíbrio econômico do contrato também com relação aos outros dois insumos asfálticos que integram o instrumento contratual (CM-30 e RR1C), de modo a representar que os custos dos produtos suplantaria o *quantum* previsto na tabela ANP-Centro Oeste.

Este é o cenário atual da demanda, tendo os autos vindo para emissão de parecer conclusivo com as novas informações contidas na Nota Técnica apresentada pela RTA



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Engenheiros Consultores Ltda (NTG 0581680420 - fls. 508 e seguintes) e no despacho de fls. 518, da Secretaria Adjunta de Obras Rodoviárias.

Respondendo a questionamento anterior, a gerenciadora RTA reforçou que o CAP 50-70, insumo cujas notas fiscais já foram apresentadas pela contratada é a matéria-prima do asfalto diluído CM-30 e da emulsão asfáltica RR-1C (fls. 513/514), de modo que “uma tomada de decisão frente ao cenário do CAP 50/70, norteará os procedimentos referentes aos demais materiais betuminosos” (fls. 516). A partir deste raciocínio, o setor técnico pontuou *prima facie*, que seria “desnecessária a apresentação dos documentos que comprovem os preços dos demais insumos” (fls. 518).

Após nova solicitação da unidade jurídica (fls. 520/522), o setor técnico apresentou a Nota Técnica n. 015/2020/SAOR/SINFRA-MT (fls. 524 e seguintes), em um contexto no qual, diante da impossibilidade de apresentação de todas as notas fiscais dos produtos, formulou a seguinte tabela, com vistas a demonstrar a variação dos preços dos materiais betuminosos na tabela ANP-Mato Grosso:

Referência ANP Mato Grosso (R\$ / t)												
Mês/Ano	CAP 50/70			CM-30		RR-1C			RR-2C		RC-1C	
	R\$/t	R\$/t	% sobre CAP	R\$/t	R\$/t	% sobre CAP	R\$/t	R\$/t	% sobre CAP	R\$/t	R\$/t	% sobre CAP
set/14	1.342,63	2.038,18	152%	1.218,12	91%	1.168,80	87%	1.811,86	135%			
mar/15	1.821,38	2.447,16	151%	1.149,31	71%	1.284,88	79%	2.089,99	129%			
set/15	1.599,41	2.431,83	152%	1.161,71	73%	1.317,19	82%	1.718,27	107%			
mar/16	1.854,67	2.986,58	161%	1.470,35	79%	1.630,18	88%	1.799,26	97%			
set/16	1.838,02	2.864,36	156%	1.452,71	79%	1.515,04	82%	1.882,25	102%			
mar/17	1.780,75	2.788,03	157%	1.354,22	76%	1.427,32	80%	1.897,15	107%			
set/17	1.749,28	2.697,30	154%	1.350,58	77%	1.428,15	82%	1.961,37	112%			
mar/18	2.067,09	3.115,07	151%	1.429,61	69%	1.630,55	79%	2.025,59	98%			
set/18	2.603,33	3.958,68	152%	1.804,95	68%	2.051,85	79%	2.359,22	91%			
mar/19	3.290,88	4.936,46	150%	2.087,84	63%	2.797,73	89%	2.638,05	80%			
set/19	3.141,47	4.811,99	153%	2.728,81	87%	2.372,07	78%	2.674,54	85%			
		Média		153%		76%		82%		104%		
		Desvio Padrão		3%		8%		4%		17%		

Este documento é cópia fiel do original assinado digitalmente por CARLOS EDUARDO SOUSA BOMFIM:39547503847. Para visualizar o original, acesse o site <http://cjd.pge.mt.gov.br:8080/authenticidade-documento/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 22097772018 - SINFRA - Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística e o código 32894-1



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

O setor técnico continua a reforçar a tese de que a ratificação dos preços dos materiais betuminosos a partir dos valores indicados na tabela ANP – Centro Oeste – setembro de 2012 importa em prejuízos ao contratado.

A Secretaria Adjunta de Obras vincula o seu entendimento ao conteúdo apresentado pela Gerenciadora na Nota Técnica NTG 349140319, citando exemplificativamente o produto auferido dos valores medidos de CAP 50/70 no período, com o que seria pago à contratada caso fossem recalculados com base na tabela ANP – Centro Oeste – setembro de 2012 (fls. 526), de modo a corroborar a tese que os preços da tabela ANP – CO não fazem frente aos valores medidos.

Valores medidos no período (item CAP 50/70)	R\$ 3.179.007,51
Valores recalculados com preços ANP C.O. Set/12	R\$ 2.584.828,08
% Diferença	18,69 %

Não se pretende, nesta ocasião, questionar a validade do Termo de Ajustamento de Gestão - TAG (Doc. nº 215915/2014, homologado em 23/04/2013 pelo Tribunal Pleno, Acórdão nº 1.093/2013) firmado entre o Estado de Mato Grosso e o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso com o objetivo de adequar os procedimentos de contratação de obras rodoviárias estaduais, bem como, corrigir as distorções nos preços que constavam nas planilhas orçamentárias que subsidiaram as licitações realizadas pela SINFRA porque, como mencionado em diversas oportunidades, o entendimento do Tribunal de Contas da União é pela solidariedade do contratado em relação a sobrepreços constatados:



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

O fato de a administração não ter cumprido seu dever de verificar a economicidade dos preços ofertados em processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação não isenta de responsabilidade a empresa contratada por eventual sobrepreço constatado no contrato, uma vez que a obrigação de seguir os preços praticados no mercado se aplica tanto à Administração Pública quanto aos colaboradores privados, pois ambos são destinatários do regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas.

(TCU. Acórdão 1392/2016. D.j.: 01/06/2016. Relator Min. Benjamin Zymler.)

Mas não se pode desconsiderar, todavia, a posição que vem sendo reiteradamente sustentada pelo setor técnico (e sobre a qual não há expertise jurídica que a possa contestar) no sentido de que **a rerratificação dos preços dos materiais betuminosos a partir dos valores indicados na tabela ANP – Centro Oeste – setembro de 2012 importa em severos prejuízos ao contratado.**

Assim, seria afastada a responsabilidade solidária do contratado pelo prejuízo ao erário, eis que prejuízo aos cofres públicos não haveria conforme análise realizada pela área técnica.

Em relação a este ponto, são oportunas algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais relativas à natureza do contrato administrativo, à existência de cláusulas exorbitantes em favor do poder público e possíveis limites ao seu reconhecimento quando avançam sobre aspectos econômicos e financeiros do ajuste.

O contrato administrativo, sabidamente, pode ser conceituado como o ajuste celebrado entre a administração pública e um particular, regido por regras de direito público, tendo por objeto a prestação de atividade que guarda em si algum interesse público.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta as seguintes lições ao definir contrato administrativo:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as



Governo do Estado de Mato Grosso

PGE - Procuradoria Geral do Estado

condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 445).

Extrai-se daí a linha que difere o contrato administrativo dos contratos regidos pelas regras do direito civil, que passa pela existência de prerrogativa especial que dá tratamento diferenciado ao Estado, consubstanciado em supremacia do poder público para fixar as condições iniciais do contrato.

Como decorrência lógica desta supremacia, reserva-se a faculdade do Poder Público em realizar alterações unilaterais no contrato administrativo, especialmente como na hipótese dos autos, onde a Corte de Contas indicou possível sobrepreço nos materiais betuminosos contratados.

Há, todavia, posição doutrinária no sentido de que estas alterações somente podem abranger as cláusulas chamadas regulamentares, vale dizer, aquelas que dispõem sobre o objeto e a execução contratual. Neste ponto, são bastante precisas as lições da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ensina a respeito da diferença entre cláusulas regulamentares e cláusulas econômico-financeiras:

“Todos os contratos administrativos contém dois tipos de cláusulas: **as cláusulas regulamentares, que dizem respeito à forma de execução do contrato**, abrangendo as pertinentes ao objeto, regime de execução, forma de fornecimento, direitos e responsabilidades das partes, penalidades cabíveis, dentre tantas outras indicadas no artigo 55 da lei 8.666/93; e as **cláusulas financeiras, que dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro**, ou seja, à relação entre o encargo assumido pelo contratado e o preço estipulado no contrato.”

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros Editores, 4 ed, 2000, p. 291).

Neste contexto, defende-se que as cláusulas regulamentares sempre



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

poderão ser alteradas unilateralmente, sem a concordância do contratado. De outro lado, as modificações de cláusulas com reflexo na equação econômico-financeira do ajuste, devem preservar os preços pactuados, até mesmo para se amoldar ao que prevê o artigo 58, inciso I, da Lei n. 8.666/63, assim como ao artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, texto que conferiu nível constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do 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, imparcialidade, 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 a 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”

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;**

(...)

É importante ressaltar que os direitos do contratado se limitam à garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que não se confunde com a impossibilidade de se realizar a modificação, o que poderia configurar afronta à própria prerrogativa do Poder Público de alterar unilateralmente os seus contratos.

Nesta linha de ideias, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro se filia à tese de que o princípio da mutabilidade dos contratos administrativos não pode se aplicar indiscriminadamente às cláusulas financeiras dos ajustes, pelas seguintes razões:

“(...) enquanto as cláusulas regulamentares decorrem do poder regulamentar da Administração Pública [...], **as cláusulas financeiras têm natureza tipicamente contratual, porque elas que estabelecem o equilíbrio econômico-financeiro do**



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

contrato". Completa sua doutrina justificando que "nenhuma empresa que exerce atividade econômica de fins lucrativos teria interesse em contratar com a Administração Pública se não fosse protegida por cláusulas tipicamente contratuais, imutáveis por decisão unilateral".

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. São Paulo: Malheiros Editores, 4 ed, 2000, p. 292).

No mesmo sentido já se pronunciou o c. Superior Tribunal de Justiça

"Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela administração".

(Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SS nº 1404/DF, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 25/10/2004, DJ 06/12/2004)

A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, inciso XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo ao Poder Público poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração."

(Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SL nº 76/PR, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 01/07/2004, DJ 20/09/2004)

De todo o exposto, denota-se que a Administração possui poderes exorbitantes na execução do contrato administrativo o que de certa forma a confere certos privilégios no curso do contrato. De outro lado, é pacífico o entendimento de que é irretocável a cláusula econômico-financeira do contrato, que se revela proteção excepcional em proveito do particular que celebrou avença com a Administração.

E, justamente com vistas a evitar afronta ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, o setor técnico sugere a rerratificação do contrato, considerando-se os



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

preços dos materiais betuminosos da tabela ANP-Mato Grosso, de setembro de 2013, retroagidos a setembro de 2012.

Esta tese foi defendida pelo particular em algumas oportunidades em que lhe foi oportunizado apresentar razões nos autos, tendo argumentado que haveria certa incorreção na posição adotada pela própria Corte de Contas Estadual quando se reportou à necessidade de observância do custo médio do preço do material betuminoso divulgado para a região Centro-Oeste, quando existe “*critério diverso para a apuração do valor unitário do material betuminoso*” fazendo alusão à tabela da ANP para o estado de Mato Grosso.

Para tanto, colacionou conhecido julgado do Tribunal de Contas da União no sentido de que aos critérios a serem adotados na aquisição de materiais betuminosos devem levar a efeito a tabela da ANP na unidade da federação onde se localiza obra, *in verbis*:

Enunciado

Para a aquisição de materiais betuminosos, sempre que possível, devem ser adotados os preços divulgados pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) na unidade da federação onde se localiza a obra, em especial se os preços praticados no estado forem inferiores aos preços regionais divulgados pela ANP.

(TCU - Acórdão 1447/2010-Plenário)

Importante considerar que a posição por nós defendida anteriormente, qual seja, de que se o Contratado não concordasse com os preços ANP-Centro-Oeste, o Poder Público não poderia obrigá-lo a sua execução, mas deveria anular o Contrato Administrativo, cede espaço para possibilidade de correção da irregularidade.

Assim, o presente Parecer Jurídico é arrimado em 3 (três) premissas: 1) de que a adoção da tabela de preços SETPU/2012 após o TAG configura irregularidade; 2) os



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

preços praticados no mercado local são incompatíveis com a planilha ANP Centro-Oeste; 3) o contratado, recebendo pelos preços SETPU/2012 não se beneficiou de valores acima do mercado local no decorrer da execução contratual. A primeira premissa, jurídica, já constava em diversos pareceres anteriores. As outras duas, demonstradas pela área técnica, sendo a terceira vinculada, estritamente, à realidade do contratado, haja vista os documentos apresentados.

Diante de tal cenário, frente à anulação do Contrato, surge a possibilidade de que se saneie a irregularidade mediante adoção da Tabela ANP Mato Grosso realizando o deflacionamento para a data base do Contrato, haja vista que, ainda assim, haveria uma **diminuição do valor pago a tal título**, em comparação à SETPU SET/2012 beneficiando ainda assim o erário estadual.

O saneamento de tal irregularidade, possibilita, outrossim, que inexista dano a ser apurado pela Tomada de Contas Especial ordenada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso frente ao inadimplemento da SETPU/SINFRA no cumprimento do Termo de Ajustamento de Gestão.

É importante ressaltar, ainda, que a área técnica logrou demonstrar que uma nova licitação, os preços seriam **maiores aos do presente contrato administrativo**:



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Comparativo Valores Medidos

CM-30

CONTRATO x ANP x PREÇO DE MERCADO

Contrato: IC 349/2014

COMPOSIÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO OU EVENTUAL NOVA CONTRATAÇÃO - PELA ANP M.T.					PREÇO CONTRATUAL E REARRESTADO	COMPARAÇÃO		MEDIÇÕES PAGAS	
Mês	Base	Preço	Preço Ref. - ANP / 3	INCHI		Quant. (1)	CONTRATO	PREÇOS ANP + BDI	
dez/12	MT	1.602,90	13.607%	2.291,92	2.129,31	4.700	11.330,45	11.138,71	
abr/13	MT	2.603,40	23.308,76	3.299,07	4.156,58	44.300	201.029,24	191.567,12	
mai/13	MT	2.650,92	23.600,00	3.355,29	4.156,58	10.340	81.729,39	65.840,12	
jun/13	MT	2.662,13	23.600,00	3.373,30	4.156,58	6.960	41.386,50	33.511,82	
jul/13	MT	2.692,10	23.600,00	3.218,70	3.747,60	28.373	106.130,63	145.232,91	
set/13	MT	3.056,58	4.361,18	5.206,20	5.234,19	22.512	116.706,07	115.641,54	
out/13	MT	3.002,79	4.361,18	5.260,86	5.234,19	29.367	125.435,72	125.327,22	
nov/13	MT	4.963,44	5.426,30	6.527,58	5.234,19	61.170	216.362,73	208.803,16	
dez/13	MT	5.017,89	5.426,30	6.673,54	5.234,19	21.897	128.541,50	200.235,46	
mar/14	MT	5.123,74	5.712,11	6.817,40	5.234,19	68.512	343.439,42	431.164,35	
mai/14	MT	4.969,76	5.426,30	6.563,33	5.234,19	52.300	276.807,63	154.840,46	
agosto/14	MT								

Comparativo Valores Medidos

RR-1C

CONTRATO X ANP X PREÇO DE MERCADO

Contrato: IC 349/2014

COMPOSIÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO OU EVENTUAL NOVA CONTRATAÇÃO - PELA ANP M.T.					PREÇO CONTRATUAL REAJUSTADO	COMPARAÇÃO		MEDIDAS PAGAS	
Mês	Base	Preço	Preço Ref. x ANP/1- (7,60%+1,65%)	BOI DM		Quant. (t)	CONTRATO	PREÇOS ANP + BOI	
Formulas		A	B = A/0,9075	C	D = A ou B x C	G	H	I = G x H	J = D x H
nov/14	MT	1.036,84		15,00%	1.160,17	1.351,73	1.620	2.188,99	1.679,47
jul/16	MT	1.366,22		15,00%	1.571,13	1.580,44	0,348	590,74	229,18
ago/16	MT	1.544,89		15,00%	1.776,62	1.580,44	0,206	325,57	865,98
mai/17	MT	1.346,32	1.431,55	15,00%	1.706,08	2.054,70	0,289	585,59	586,73
dez/17	MT	1.310,85	1.444,46	15,00%	1.661,13	2.054,70	15,780	32.422,17	26.212,67
mai/17	MT	1.274,50	1.404,41	15,00%	1.615,07	2.054,70	4,773	8.007,08	7.708,72
jun/17	MT	1.088,15	1.364,35	15,00%	1.569,01	2.054,70	12.253	25.176,24	29.225,02
ago/17	MT	1.270,39	1.399,88	15,00%	1.629,86	2.054,70	5,756	10.729,50	8.463,43
ago/18	MT	1.773,98	1.954,78	19,35%	2.333,03	1.963,54	7.914	15.539,46	18.463,57
set/18	MT	1.823,15	2.018,68	19,35%	2.497,72	2.479,42	16,635	41.245,15	39.886,77
out/18	MT	1.872,34	2.065,18	19,35%	2.462,41	2.479,42	9,108	27.582,56	22.427,64
dez/19	MT	2.282,86	2.515,57	19,35%	3.003,83	2.479,42	24.840	61.586,79	74.577,95
mai/19	MT	3.171,00	2.897,29	19,35%	2.855,19	2.479,42	10,800	26.777,74	30.826,25
jun/19	MT	2.399,14	2.423,29	19,35%	2.802,20	2.479,42	15,764	37.485,87	44.146,51
ago/19	MT	2.482,42	2.711,41	19,35%	3.238,46	2.479,42	11,088	77.491,81	85.307,91
Totalis >>>							314.608,26	330.814,78	

Este documento é cópia fiel do original assinado digitalmente por CARLOS EDUARDO SOUSA BOMFIM: 39547503847. Para visualizar o original, acesse o site <http://cpj.pge.mt.gov.br:8080/autenticidade-documento.abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 220977/2018 - SINFRA - Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística e o código 328941



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Assim, diante do quadro fático-jurídico delineado, pendente apenas a inserção, no cálculo dos recebimentos totais do contratado, eventuais parcelas pagas a título de reequilíbrio econômico financeiro no interregno do Contrato Administrativo, visando tão somente confirmar a inexistência de prejuízo ao erário.

Neste cenário, com vistas a preservar a equação econômico-financeira do contrato não se verifica óbice a que a rerratificação considere os preços dos materiais betuminosos da tabela ANP-Mato Grosso, de setembro de 2013, retroagidos a setembro de 2012, como alternativa à anulação do contrato administrativo.

A presente solução observa, *in totum*, o comando normativo insculpido no art. 26 da Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro, na redação dada pela Lei nº 13.655/2018:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
II - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Ademais, deve ser reconhecida as circunstâncias peculiares do caso concreto¹, posto que uma nova licitação traria situação menos vantajosa ao erário público, sujeitaria o Estado diversas ações judiciais com o mesmo escopo da mencionada acima, assim como o “não agir” provocaria a manutenção dos preços SETPU, condenados pelo Tribunal de Contas Estadual.

Consoante aferido pela Nota Técnica sub examine, existem outros contratos administrativos, do mesmo grupo econômico/contratado, que estão na mesma situação fática do contrato em análise.

Vale ressaltar que a data base dos contratos é a mesma (SET/2012), com execução iniciada na mesma época. Assim, é possível que as notas fiscais apresentadas sirvam também como referencial dos preços praticados no mercado também para os outros contratos administrativos, o que merece ser analisado pela área técnica caso a caso.

A solução uniforme envolve, ainda, o Contrato Administrativo 035/2015 que fora judicializado pela contratada visando fazer valer sua tese da impossibilidade de alteração dos preços licitados (SETPU/2012). Em havendo concordância da contratada, a renúncia ao direito em que se funda a ação é fundamental para solução administrativa da controvérsia.

Manifestamo-nos contrários, não obstante, a adoção das presentes conclusões ao Contrato 013/2019, eis que neste houve a concordância expressa pelos preços ali expostos. Assim, eventual ratificação naquele contrato alteraria a equação econômico-

¹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

financeira delineada em prejuízo ao erário público.

III – CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, mesmo reputando válidos os argumentos que deram ensejo à celebração do TAG junto ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, neste caso pontual, considerando ter sido certificado nos autos o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato ao particular, caso os preços dos insumos asfálticos sejam rerratificados a partir da tabela ANP-Centro Oeste (fls. 526) e, com vistas justamente preservar a equação econômico-financeira do instrumento, postulado inclusive de índole constitucional, destaca-se como alternativa à anulação, a possibilidade de que a rerratificação seja realizada pelos preços da ANP-Mato Grosso, setembro/2013, retroagidos a setembro de 2012, como sugerido pela Secretaria Adjunta de Obras Rodoviárias.

Para tanto, reputamos mais uma vez imprescindível que se acresça os valores eventualmente pagos a título de reequilíbrio econômico-financeiro aos já valores computados (preço inicial e reajuste).

Nesta hipótese, recomenda-se que rerratificação seja precedida de peça de justificativa em apartado que aponte os prejuízos econômicos e sociais da adoção de outra solução ao presente caso.

Com relação aos demais ajustes, **se presentes as mesmas circunstâncias fáticas, a mesma solução jurídica é cabível. Ressalta-se que o Contrato Administrativo 035/2015 deve ser tratado, administrativamente, da mesma forma. Para tanto, reputa-se crucial a renúncia ao direito sobre que se funda a ação por parte da Contratada, visando solver administrativamente todas as questões relacionadas aos preços SETPU e preços ANP.**



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Por outro giro, o Contrato Administrativo 013/2019 foi formado com preços ajustados à planilha ANP, havendo concordância da contratação com relação a tal matéria (preço do material betuminoso), razão pela qual tais preços não devem ser alterados.

É o parecer.

À superior consideração.

Cuiabá, 30 de junho de 2020

Carlos Eduardo Sousa Bomfim

Procurador do Estado de Mato Grosso

