TC nº 72-000.739.04-46

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. ATA DE RP. CONTRATO. SEMPLA. Aquisição de biscoito salgado tipo cracker integral. Impropriedade relavada. Questões superadas. Art. 11 e 26, Lei 13.278/02. Arts. 40, XI, e 55, III, Lei 8.666/93. alínea "d", do inciso II, do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 e alínea "d" do inciso II do artigo 81 da Lei nº 10.544/88. Ata CONHECIDA. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 11 e 26, Lei 13.278/02. Arts. 40, XI, e 55, III, Lei 8.666/93. alínea "d", do inciso II, do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 e alínea "d" do inciso II do artigo 81 da Lei nº 10.544/88.

280ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

Transitado em julgado: 11.07.2012

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regulares a Concorrência 47/SEMAB-DAS/2001 e o Contrato 441/SEMAB-DAS/2003, conhecendo da Ata de Registro de Preços 018/SEMAB/2002.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar à Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEMPLA que abeque seus procedimentos à legislação vigente.

Participou do julgamento a Conselheira YARA TACCONI.

Presentes a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA e o Procurador FRANCISCO COLLET E SILVA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de março de 2012.

MAURÍCIO FARIA – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos da análise da Concorrência n.º 47/SEMAB-DAS/2001 e do Contrato n.º 441/SEMAB-DAS/2003, ajustado com suporte na Ata de Registro de Preços n.º 18/SEMAB/2002, entre a Secretaria Municipal de Abastecimento (atual Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão) e Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda., tendo por objeto a aquisição de produto alimentício (biscoito salgado tipo cracker integral), no valor de R$ 92.100,00 (noventa e dois mil e cem reais).

Nos relatórios elaborados, a Divisão Auditora concluiu pela regularidade do Procedimento Licitatório e pela regularidade, com ressalva, do Contrato, em virtude do atraso da sua publicação no Diário Oficial da Cidade, em afronta ao artigo 26 da Lei n.º 13.278/2002[1].

Encaminhados os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Senhora Assessora, antes de seu pronunciamento, solicitou da Subsecretaria de Fiscalização e Controle o exame da regularidade da variação dos preços da Ata de Registro de Preços de R$ 2,35 (dois reais e trinta e cinco centavos) para R$ 3,07 (três reais e sete centavos).

Nesse objetivo, a Coordenadoria V apontou a lavratura de 2 (dois) Termos Aditivos à Ata de Registro de Preços em pauta, direcionados a alterações de preços. São eles: o Termo Aditivo n.º 25/SEMAB-DAS/2003, lavrado para consignar que a partir de 22 de janeiro de 2003 o preço registrado passaria de R$ 2,35 (dois reais e trinta e cinco centavos) para R$ 2,75 (dois reais e setenta e cinco centavos) o quilo, e o Termo Aditivo n.º 71/SEMAB-DAS/2003, direcionado a estabelecer que a contar de 06 de junho de 2003 aquele preço subiria de R$ 2,75 (dois reais e setenta e cinco centavos) para R$ 3,07 (três reais e sete centavos). Esclareceu, a partir da análise dos aditamentos, que os valores foram reajustados em duplicidade - reajustou-se em junho de 2003 pelo índice do ano, (março de 2002 a março de 2003) sendo que os preços já estavam reajustados até o mês de dezembro de 2002. Registrou, todavia, que o índice aplicado foi inferior aos pesquisados, conforme constou de fl. 66, porém o valor do quilo do biscoito teve reajuste superior caso fosse considerado o Índice de Preços ao Consumidor - IPC da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE. Destacou, porém, que se há de considerar o estabelecido no item 10.1 da Cláusula X do Contrato, que estabelece que deve ser mantida a diferença apurada entre o preço original constante da proposta e o preço de mercado da época da abertura do Certame. Assim, na hipótese de ser mantida a diferença percentual entre o valor da pesquisa e o valor da Ata o primeiro reajuste ficaria em torno de R$ 2,67 (dois reais e sessenta e sete centavos) e o segundo de R$ 3,01 (três reais e um centavo).

Por sugestão da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Secretaria envolvida foi oficiada e informou que as atividades de abastecimento

---

[1] **Art. 26** - O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

foram transferidas para a Secretaria Municipal de Gestão, motivo pelo qual essa Pasta foi ouvida.

Em seus esclarecimentos, a Secretaria Municipal de Gestão, após historiar o ocorrido, alegou que, não obstante o período considerado para concessão do reajuste, deve-se notar que o percentual de acréscimo concedido nas duas readequações foi, no primeiro reajuste, o menor índice de variação e, no segundo, inferior aos obtidos no período, ressaltando que em ambas o índice de reajuste autorizado encontrava-se abaixo da média de variação de mercado. Na primeira readequação a média dos índices de variação encontrada no mercado era de 23,59% e o percentual concedido foi de 17,22%, e, na segunda, aquela média alcançava 16,32% e o reajuste consignou 11,50%. De outro lado, a inexistência na Ata de Registro de Preços de cláusula relativa a reajuste de preços, sendo somente admitida a readequação, decorreu da própria sistemática adotada para a modalidade, conforme previsão da Lei n.º 13.278/02, que determina que o controle e o reajuste de preços de bens e serviços será estabelecido mediante ampla pesquisa de mercado. Acrescentou que o artigo 11 da citada lei dispõe que, a qualquer tempo, cada um dos preços registrados poderá ser revisto em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, cabendo ao órgão responsável convocar os fornecedores registrados para estabelecer o novo valor.

Desse modo, a seu sentir, as alterações de preços nas Atas de Registro devem se basear no comportamento do mercado e poderão, diferentemente dos outros tipos de contratação, sofrer modificação, para mais ou para menos, em periodicidade inferior a um ano, ou seja, quantas vezes for necessário ao atendimento do disposto na legislação.

Ao analisar os esclarecimentos prestados pela Pasta, a Coordenadoria II, após rebater a argumentação desenvolvida, retificou seu posicionamento para considerar irregular também a Concorrência em pauta, pela não inclusão no Edital e na Ata de Registro de Preços de cláusulas que estabeleçam as condições de reajustamento de preços, previsão de índice e periodicidade, infringindo os artigos 40, inciso XI[2] e 55, inciso III[3], da Lei Federal n.º 8.666/93. Quanto ao Contrato, considerou que caso fosse mantida a diferença de percentual entre o valor da pesquisa e o valor da Ata de Registro de Preços, o primeiro reajuste ficaria em torno de R$ 2,67 (dois reais e sessenta e sete centavos) e o segundo de R$ 3,01 (três reais e um centavo). Concluiu que houve infringência à Cláusula X da Ata, do que decorre a irregularidade do Contrato, acrescentando, ainda, o atraso na

---

[2] **Art. 40** - O edital conterá 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.

[3] **Art. 55** - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

publicação do instrumento no Diário Oficial da Cidade, infringindo o artigo 26, da Lei n.º 13.278/02.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Divisão Auditora, opinando pela irregularidade da Concorrência e do Ajuste, acrescentando, outrossim, a infringência à concessão de reajuste em prazo inferior ao permitido. Aduziu que, analisando o caso concreto, percebeu que a revisão prevista no ajuste pode ter sido aplicada como verdadeiro reajuste analítico dos preços, visto que não foi observado o requisito da imprevisibilidade inerente à aplicação de cláusula não automática de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. No que se refere ao Termo Aditivo nº 071/SEMAB-DAS/2003, entendeu, que não haveria violação ao artigo 2º, parágrafos 1º, 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/01, apenas se devidamente preenchidos os requisitos da revisão de preços, pois esta não é algo que ocorre periodicamente, dependendo de averiguação das condições ensejadoras do efetivo desequilíbrio.

Ponderou que a análise da documentação acostada aos autos revela que não houve a observância da Cláusula 10.1.1 da Ata quando da efetivação dos Aditivos e do cálculo dos novos preços, permanecendo a irregularidade apontada pela Auditoria.

Lembrou, ademais que a Lei Federal nº 10.192/01, é clara ao dispor, em seu artigo 2º, § 1º, que *"é nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária*[4] *de periodicidade inferior a um ano"*, estendendo a norma aos municípios, de forma expressa, por determinação de seu artigo 3º, *caput*.[5]

A Procuradoria da Fazenda Municipal, com base no posicionamento e esclarecimentos da Unidade Municipal, opinou pela regularidade dos atos em exame, por entender que os pontos suscitados nos autos não justificam a declaração de irregularidade dos reajustes praticados. Assim concluiu, após discorrer sobre a diferença existente entre os institutos do reajuste, revisão e correção monetária, considerando a partir daí que a Contratada tem direito à recomposição do equilíbrio-financeiro do contrato, rompido pelo aumento dos insumos do produto, pois, parece evidente que o reajuste inicialmente aplicado em 27/12/2002, não importara na recuperação das perdas daquele período, uma vez que é sabido que no último semestre de 2002, houve uma inesperada elevação do ritmo inflacionário, com o aumento imprevisível nos preços dos insumos. Assim, a detentora da Ata solicitou nova readequação dos preços em 23/04/2003, e desde que justificada a sua necessidade em razão do rompimento do equilíbrio econômico financeiro da avença, tal pleito mereceria ser deferido. Enfatizou que a Pasta alegou que os reajustes concedidos mantiveram-se abaixo da variação dos preços praticados no mercado, não se vislumbrando quebra do princípio da economicidade,

---

[4] Entende-se por correção monetária o reajuste periódico de certos preços na economia pelo valor da inflação passada, com o objetivo de compensar a perda do poder aquisitivo da moeda.

[5] Art. 3º "Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993".

não se tendo notícia de que os preços ajustados foram superfaturados, resultando em dano e prejuízo ao Erário.

Por derradeiro, a Secretaria Geral acompanhou as manifestações dos Órgãos Técnicos posicionando-se, igualmente, pela irregularidade dos instrumentos examinados e pela regularidade da licitação.

É o relatório.

VOTO

As questões debatidas nos autos referem-se ao exame da Concorrência nº 47/SEMAB-DAS/2001, que deu origem à Ata nº 18/SEMAB/2002, e do Contrato nº 441/SEMAB-DAS/2003.

Como apontado na instrução, tanto o Edital da Concorrência quanto a Ata de Registro de Preços correspondente estipularam, nas Cláusulas VII e X, respectivamente, a "Adequação dos Preços" (fls. 16 e 55), estabelecendo a possibilidade de **revisão** do preço registrado, *de acordo com o disposto na alínea "d", do inciso II, do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 e alínea "d" do inciso II do artigo 81 da Lei nº 10.544/88.*

Decorreu, também, da instrução, que estariam ausentes nestes instrumentos, **Cláusula de reajustamento** dos preços, com seus índices e periodicidade, como previsto nos artigos 40, inciso XI e 55, inciso III da Lei nº 8.666/93. Mas essa falha, a meu sentir, não quer dizer que a Licitação seja irregular. Nesse sentido a lição de Marçal Justen Filho que, ao comentar o inciso XI[6] do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, profere:

> *"A interpretação do dispositivo [artigo 40, XI] deve ter em vista a época da edição da Lei nº 8.666. Existia, então, inflação desenfreada, que exigia medidas jurídicas para evitar os enormes problemas gerados.* ***Com a estabilização econômica, a aplicação do inc. XI foi afetada. É duvidosa a manutenção da vigência dele, tendo em vista as inúmeras regras supervenientes, trazidas pelos diversos diplomas que disciplinaram o chamado 'Plano Real'".***[7] (grifos meus)

---

[6] **Art. 40** - O edital conterá 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.

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 394.

E continua o Autor, cuidando do inciso III[8] do artigo 55 da Lei de Licitações, que também trata da Cláusula de reajuste, agora no âmbito dos contratos:

> ***"A ausência de previsão contratual do reajuste não importa supressão ou vedação a tanto****, como já exposto nos comentários ao art. 40. No entanto, tornará a questão mais complexa e difícil de ser solucionada na via administrativa,* ***remetendo-se à disciplina geral da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação"***.[9] (grifos meus)

O que se verifica, portanto, é que a ausência de Cláusula de reajuste no Edital e no Contrato não seria capaz de gerar irregularidade, provocando, quando muito, dificuldade maior em se comprovar a necessidade de **recomposição de preços**, cabendo, nesse passo salientar a diferença entre os dois institutos, para o que me socorro, mais uma vez, do magistério de Marçal Justen Filho, assim expresso:

> *"A* ***recomposição de preços*** *é o procedimento destinado* ***a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original****. Já o* ***reajuste*** *é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio".*[10]

Da lição de Marçal Justen Filho conclui-se, pois, não ser recomendável falar-se em irregularidade do Instrumento por eventual ausência da Cláusula de reajuste.

Fixadas essas premissas, passo à cronologia do caso concreto, para assentar que:

1) a pesquisa preliminar de mercado, antecedente da Licitação, ocorreu em 20 de junho de 2001, apontando o valor de R$2,81/kg (fl. 04).

---

[8] **Art. 55** - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 493.

[10] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 395.

2) a proposta da Vencedora, no valor de R$ 2,35/kg, apresentada no curso do Certame, data de 09 de agosto de 2001 (fls. 38/39), e foi comparada, à época, com o preço de mercado, que se encontrava no patamar de R$ 3,51/kg (fl. 42).

3) a Concorrência foi homologada em 28 de fevereiro de 2002 (fl. 45) e a Ata respectiva lavrada em 18 de março do mesmo ano (fls. 47/58), tendo sido prorrogada, por doze meses, a contar de 18 de março de 2003, pelo valor inicial, nada obstante a pesquisa de mercado ter sinalizado o preço de R$ 4,00/kg (fls. 59 e 61).

4) em 21 de janeiro de 2003 foi autorizada readequação do preço registrado, a partir de solicitação da Contratada, utilizando-se para tanto o menor índice de pesquisa, qual seja, aquele fornecido pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE, que apontara para o período de março a dezembro de 2002, a contar 22 de janeiro de 2003, o percentual de 17,22%, ficando, assim, o preço registrado em R$ 2,75/kg (fls. 62, 64 e 65).

5) aos 04 de junho de 2003, restou deferido parcialmente o pedido de reajuste de preços formulado pela detentora da Ata, utilizando-se, na consideração de anterior readequação, o índice de 11,50%, inferior a todos os pesquisados pela ACP (fls. 67/69) passando o preço registrado para R$ 3,07 (três reais e sete centavos).

6) o Contrato nº 441/2003 foi lavrado em 22 de dezembro de 2003, estando em vigor o preço de R$ 3,07/kg (fls. 81/87).

Assim, no caso concreto, ao longo do tempo, a Contratada fez jus à **recomposição** dos preços, o que se coaduna com a própria flexibilidade do sistema da Ata, sempre na consideração de que o Erário não seja afrontado.

Tal procedimento foi chancelado pela Secretaria a partir dos argumentos apresentados pela detentora da Ata, restando comprovado, de outra parte, que foi utilizado o índice mais vantajoso para a Administração.

Por outro lado, o reajuste de preços autorizado levou em conta nos cálculos dos índices, recomposição anterior, deferido que foi parcialmente pela Secretaria, em percentual inferior aos índices pesquisados por sua Assessoria Técnica de Conjuntura e Preços – ACP.

Todos estes motivos, e o fato de os dois aumentos terem razões diferenciadas, são suficientes para se concluir pela regularidade do Procedimento Licitatório, ainda que neste e na Ata de Registro de Preços não tenha sido prevista a Cláusula de reajuste, na forma ortodoxa.

No tocante ao Contrato, duas foram as irregularidades apontadas pelas áreas técnicas: o atraso na publicação no Diário Oficial da Cidade e a afronta à Cláusula X, da Ata que estipula a possibilidade de revisão do preço do

biscoito registrado no caso de ocorrerem alterações no preço do produto no mercado mantendo-se *"a diferença apurada entre o preço originalmente constante da proposta e o preço de mercado da época da abertura do certame".* (fl. 55).

A primeira impropriedade pode ser relevada por seu caráter meramente formal, incapaz de macular o Contrato.

A outra ressalva porta relação com as questões suscitadas no que se refere às fases anteriores, e que, portanto, restaram superadas, inclusive com as diferenciações necessárias dos institutos relacionados às majorações.

De ser ressaltado, ainda uma vez, que os preços não se mostraram desvinculados dos de mercado, tendo sido, ao revés, utilizados os índices mais benéficos, devendo-se, em acréscimo, sublinhar o longo interregno decorrido desde a proposta até a utilização do preço registrado.

Ante todo o exposto, julgo regulares a Concorrência nº 47/SEMAB-DAS/2001 e o Contrato nº 441/SEMAB-DAS/2003, conhecendo da Ata de Registro de Preços n.º 18/SEMAB/2002.

Determino, porém, à Secretaria que abeque seus procedimentos à legislação vigente.