TC nº 72-003.267.03-84

2º Julgado

RECURSO. EX OFFICIO. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares os TAs 084/03 e 157/03. Execução de pontilhão. Estrada do Alvarenga. SIURB. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2.959ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 23/05/2017

1º Julgado

ANÁLISE. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SIURB. Execução de pontilhão. Estrada do Alvarenga. Concessão de reajuste indevido, anterior à data prevista. TAs 084/03 e 157/03 IRREGULARES. Demais termos REGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 37, XXI, CF. Arts. 40, XI e 61, parágrafo único, Lei nº 8.666/93. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. Art. 2º 'caput' e § 1º, Art. 3º, Lei 10.192/01. Art. 3º, IV e alínea 'a' do inciso VIII, arts. 6º e 7º, I, Dec. Mun. 25.236/87.

TCs citados 72.004.716.01-40, 72-006.618.04-44 e 72-006.007.04-50

291ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

2º Julgado

ACÓRDÃO

Processo julgado em bloco, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos "ex officio", por regimental, e voluntários, eis que preenchidas as exigências previstas no Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, no mérito, considerando que os apelos não trouxeram argumentos suficientes a amparar a reforma da decisão pela irregularidade dos aludidos termos aditivos, em razão da concessão de reajuste de preços à contratada antes do prazo de 12 (doze) meses, contrariando as disposições do edital e do contrato firmado, em negar-lhes provimento, mantendo-se a R. Decisão da Primeira Câmara prolatada às fls. 672/673, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos presentes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor e EDSON SIMÕES.

Ausente o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, em representação da Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de novembro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

DOMINGOS DISSEIi
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente de Análise de Recursos "ex officio" e ordinários interpostos pelo Ordenador de Despesas Senhor Roberto Luiz Bortolotto e pela Contratada FBS Construção e Pavimentação Ltda., em face da Decisão da Colenda Primeira Câmara, de 29.04.2015, que, à unanimidade, julgou regulares a Tomada de Preços 10/SIURB/2002, o Contrato 10/SIURB/2003 e os Termos Aditivos 101/03 e 159/03, e irregulares os Termos Aditivos 84/03 e 157/03, em razão da concessão de reajuste de preços à Contratada antes do prazo de 12 (doze) meses, contrariando as disposições do Edital e do Contrato firmado entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e FBS Construção Civil e Pavimentação Ltda., para execução de pontilhão da Estrada Alvarenga, altura do nº 2.500.

Cumpre notar que referida decisão, embora atribuindo irregularidade os Termos Aditivos 84/03 e 157/03, reconheceu os efeitos financeiros produzidos por aludidos instrumentos.

O Senhor Roberto Luiz Bortolotto alegou, em síntese, o quanto segue:

"*No ato de assinatura do ajuste, este já sofria uma defasagem econômico-financeira de 16 (dezesseis) meses, tendo em vista que o orçamento de referência constante do edital e balizador da elaboração das propostas comerciais dos licitantes foi efetivado em janeiro de 2002.*

Certo é que a defasagem de mais de 01 (um) ano dos valores utilizados como referência no orçamento da Administração não poderia ser suportada apelas pelo particular, sob pena da alteração das condições contratadas. (...)

Desta Feita, as alterações promovidas pelos Termos Aditivos 084/03 e 157/03 devem ser acolhidos por regulares, uma vez que serviram para equalizar a situação financeira inicial do ajuste, o qual foi julgado regular por essa Egrégia Corte de Contas, inclusive em relação aos efeitos financeiros dele decorrentes. (...)

Pelo exposto, diante da demonstração de ausência de irregularidades e pelo bem do interesse público, requer-se o provimento deste recurso, para que esse E. Tribunal de Contas reforme a decisão proferida, reconhecendo-se a regularidade dos atos aqui discutidos, considerando-se que não houve prejuízo financeiro ao erário."

A empresa contratada FBS Construção Civil e Pavimentação S.A., por sua vez, aduziu em amparo de seu pedido:

"Insurge-se a recorrente contra a r. decisão que julgou irregulares os Termos Aditivos 101/03 e 159/03 decorrentes do Contrato 010/Siurb/2003, celebrados entre a Siurb e a FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S/A, ora recorrente. (...) Conquanto a Assessoria Jurídica opinante e a Siurb tenham opinado pela regularidade dos atos praticados, o voto do E. Conselheiro Relator foi proferido em sentido contrário, julgando-os irregulares. (...)

Tendo como incontroverso ter transcorrido o lapso temporal de 16 (dezesseis) meses entre a data-base da elaboração da proposta e da assinatura do contrato, surge o direito ao reajuste do seu preço, como corolário da manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, cláusulas imutáveis com proteção em nível constitucional. (...)

Por fim, não se pode perder de vista que o reajuste de preços representa instrumento de tutela do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, que representa garantia fundamental do particular contratado, assegurada pelo artigo 37, XXI da Constituição Federal. (...)

Ante o exposto, requerer-se o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a r. decisão recorrida e julgar regulares os Termos Aditivos 084/03 e 157/03, decorrentes do Contrato 10/Siurb/2003."

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, instada a se manifestar, esclareceu que os pontos questionados pelos Representantes foram enfocados nos Relatórios de fls. 521/524 e 528/528vº, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo- AJCE, a saber:

"Dessa forma, examinando as disposições do Edital da Tomada de Preços 010/02/SIURB (Item 8 – Reajuste, fls. 110/111), bem como as do Contrato (Cláusula VI – Reajuste, fls. 347), é forçoso concluir que o reajuste concedido contrariou as referidas disposições, as quais só admitiam a aplicação de reajuste aos preços contratados, "na hipótese do prazo de vigência do Contrato ultrapassar o período de 01 (um) ano (desde que sem culpa da Contratada)".

"Ainda que se possa argumentar que o "lapso temporal decorrido desde a data da elaboração da tabela de custos unitários na qual se baseou o orçamento do objeto da licitação (janeiro de 2002) e a data da celebração do Contrato (09.05.03 – fls. 488 – 2º vol.), de mais de um ano", tenha ocasionado defasagem nos preços cotados pela Contratada, como justificado no parecer jurídico da Origem (fls. 417), esse fato não é suficiente para determinar a aplicação do reajuste."

"Nessas condições, permitimo-nos opinar pela irregularidade do reajustamento concedido aos preços contratados, por descumprimento às normas do Edital 010/02/SIURB e do Contrato 010/03/SIURB que disciplinam a situação aqui examinada."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos voluntários interpostos, eis que cumpridas as exigências do artigo 138 e seguintes do Regimento Interno desta Corte.

No mérito, ressaltou que ambos os recursos trazem como fundamento o direito ao reajuste como instrumento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em virtude do transcurso de 16 (dezesseis) meses, entre a data-base da elaboração da proposta ou do orçamento de referência do edital e a assinatura do Contrato 10/SIURB/2003, baseando-se nos dispositivos legais, ou seja, § 1º do artigo 3º, da Lei Federal 10.192/01 e inciso XI, do artigo 40, da Lei Federal 8.666/93.

No entanto, cumpre destacar que os demais licitantes, diante da impossibilidade de reajustes em prazo inferior a um ano após a assinatura do Contrato, conforme item 8º do Edital, desistiram da contratação, por considerarem inviável o preço estabelecido.

Assim sendo, opinou pelo improvimento dos apelos e consequente manutenção da Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a relevação das falhas apontadas, o provimento dos recursos interpostos e a declaração de regularidade dos instrumentos em análise, mantendo-se, no mais, o quanto decidido.

A Secretaria Geral, acompanhando o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento dos recursos interpostos, mantendo na íntegra a R. Decisão recorrida.

É o Relatório.

VOTO

1. Em julgamento os recursos "ex officio" e voluntários interpostos pelo Ordenador de Despesas, Senhor Roberto Luiz Bortolotto, e pela contratada, empresa FBS Construção Civil e Pavimentação S/A, tendo por objeto a reforma da Decisão da Colenda Primeira Câmara, na parte em que julgou irregular os Termos Aditivos 84/2003 e 157/2003, lavrados em face do Contrato 10/SIURB/2003, em razão da concessão de reajuste de preços à Contratada antes do prazo de 12 (doze) meses, contrariando as disposições do Edital e do Contrato firmado entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e FBS Construção Civil e Pavimentação Ltda., para execução de pontilhão à Estrada Alvarenga, altura do nº 2.500.

2. Cumpre notar que referida decisão, embora atribuindo irregularidade aos aludidos termos aditivos, reconheceu os efeitos financeiros por eles produzidos.

3. No que tange ao juízo de admissibilidade dos recursos, CONHEÇO do "ex officio", por regimental, e dos voluntários, eis que preenchidas as exigências previstas no Regimento Interno desta Corte.

4. Quanto ao mérito, consoante apontados pelos órgãos técnicos e especializados desta Corte, os apelos não trouxeram argumentos suficientes a amparar a reforma da decisão pela irregularidade dos aludidos Termos Aditivos, em razão da concessão de reajuste de preços à Contratada antes do prazo de 12 (doze) meses, contrariando as disposições do Edital e do Contrato firmado.

5. Assim sendo, NEGO PROVIMENTO aos Recursos interpostos, mantendo a R. Decisão prolatada às fls. 672/673, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

6. Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

1º Julgado

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com relatório e voto do Relator, julgar regulares a Tomada de Preços 10/02/SIURB, o Contrato 010/SIURB/2003 e os Termos Aditivos 101/03 e 159/03.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, julgar irregulares os Termos Aditivos 084/03 e 157/03, em razão da concessão de reajuste de preços à contratada antes do prazo de 12 (doze) meses, contrariando as disposições do edital e do contrato.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, acolher os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelos instrumentos retrocitados, fundamentando o Relator, Conselheiro EDSON SIMÕES, na ausência de constatação de prejuízo ao erário, e o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, em caráter excepcional, tendo em conta a ausência de intimação da contratada, não concessão de acesso aos elementos dos autos, embora por ela peticionado, e ainda pelo prazo já decorrido e o valor do ajuste, o que torna inviável pretender reabrir a instrução.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO e o Procurador JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de abril de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos de análise da Tomada de Preços 10/2002, do instrumento contratual 010/2003/SIURB, no valor de R$ 190.771,16 (cento e noventa mil setecentos e setenta e um reais e dezesseis centavos), celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana – SIURB e a empresa FBS Construção Civil e Pavimentação Ltda., e seus respectivos Termos de Aditamento 084/03, 101/03, 157/03 e 159/03, tendo por objeto a execução de pontilhão à estrada do Alvarenga, altura do numero 2500.

A então divisão técnica V, em relatório inicial, concluiu pela regularidade da licitação, do contrato e do termo aditivo 101/03.

No entanto, entendeu necessária a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE acerca da legalidade da aplicação do reajuste referente ao TA 084/03 e retirratificado pelo TA 157/03. A Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou o parecer de fls. 521 – 523, opinando pela irregularidade do reajustamento concedido aos preços contratados, por descumprimento às normas do Edital 010/02/SIURB, o que foi ratificado pela então Assessora Chefe à fl. 524. Com base em tais manifestações foi exarado parecer conclusivo da Divisão Técnica V (fls. 525 – 527), no sentido da irregularidade dos Termos de Aditamentos 084/03 e 157/03, respectivamente, por descumprimento às normas do Edital e do Contrato ora em análise.

Quanto ao TA 159/03, foi considerado regular com ressalva, por infringir o artigo 26 da Lei Municipal 13.278/2002 e artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93 e alterações, em razão da remessa extemporânea de documentos para o Tribunal. Oficiada, a Origem se pronunciou alegando o seguinte: - que o reajustamento de preços foi concedido com base no "Art. 37, inciso XXI da C. F., Art. 2º 'caput' e § 1º do Art. 3º, ambos da Lei Federal 10.192/01; bem como o inciso IV e alínea 'a' do inciso VIII do art. 3º, art. 6º e inciso i do art. 7º, todos do Decreto Municipal 25.236/87" (fl. 584).

Para subsidiar a sua argumentação, a SIURB encartou aos autos a documentação correspondente às fls. 543 – 584, referente ao TC 72-004.716.01-40, que tratou de Auditoria Extraplano, realizada mediante a Ordem de Serviço 1.2.5.0251/01, por entender tratar-se de assunto similar ao destes autos, alegando, em seu entendimento, que o TCM, ao julgar o processo, decretou a regularidade dos procedimentos adotados.

Ato contínuo, a Coordenadoria retificou suas conclusões precedentes no sentido da regularidade da Tomada de Preços 10/02 e do Contrato 10/03; da irregularidade do Termo Aditivo 084/03, retirratificado pelo Termo 157/03, em razão da irregularidade no reajuste de preços concedido; regularidade do Termo Aditivo 101/03 e pela regularidade, com ressalva, do Termo Aditivo 159/03, por infringência ao artigo 26 da Lei Municipal 13.278/2002 e parágrafo único do artigo 61 da Lei 8.666/93, em razão de sua publicação extemporânea.

Da mesma forma, a Assessoria Jurídica, em novo parecer, reforçou sua conclusão inicial pela irregularidade do reajuste, por contrariar disposição contida no edital da tomada de preços e na Cláusula VI do Contrato, as quais só admitiam a aplicação de reajuste aos preços contratados, "na hipótese do prazo de vigência do Contrato ultrapassar o período de 01 ano (desde que sem culpa da Contratada)". Isso porque, ao solicitar prorrogação da validade das propostas, todas as empresas contatadas – e mesmo a antiga vencedora do certame – tinham conhecimento das condições financeiras da contratação, o que as fizeram declinar do contrato.

Assim, sob pena de ofensa ao princípio da competitividade, não se pode conceber que a atual Contratada, antes mesmo de assinar o respectivo Contrato, venha a obter o reajuste de seus preços, de forma diferenciada, contrariando as previsões do edital e do contrato.

Observou ainda que tal fato era sabido pela Contratada, que tomou cautela em pedir o realinhamento dos preços e não reajuste.

Ainda que fosse o caso de realinhamento, destacou apenas ser devido o realinhamento ou recomposição dos preços contratuais, por fato superveniente, imprevisto ou imprevisível, que, comprovadamente, tenha ocasionado o desequilíbrio do contrato, ou seja, tenha alterado as condições efetivas da proposta. De acordo com o verificado pela Auditoria, não foi isso que aconteceu no caso concreto, uma vez que do pedido da Contratada, a justificativa para o realinhamento é o simples lapso de tempo entre a data-base para a elaboração da proposta (janeiro de 2002) e a data da assinatura do contrato (maio de 2003), sem nenhuma demonstração do efetivo desequilíbrio econômico-financeiro do Ajuste. Nessas condições, opinou pela irregularidade do reajustamento concedido (folhas 501/503).

Novamente foi intimado o Ordenador de Despesa e Signatário dos Ajustes, que apresentou defesa, a qual se restringiu a defender a tese de que o ocorrido se tratou de atualização financeira e não de reajuste, uma vez que o orçamento de referência constante do edital e balizador da elaboração das propostas comerciais era de janeiro de 2002 e, portanto, por ocasião da assinatura do contrato (9 de maio de 2003) este já sofria uma defasagem econômico-financeira de 16 (dezesseis) meses (folhas 601/622).

A Assessora Jurídica Opinante, acolhendo as razões de defesa, opinou pela relevação, em caráter excepcional, da irregularidade apontada, em função do seguinte: - O inciso XI do artigo 40 da Lei 8.666/93. "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 (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)". No mais, destacou que a SIURB sempre ressaltou que o pedido da Contratada era de reajuste e não como constou no requerimento (recomposição), no termos do Decreto Municipal 25.236/87 e Lei Federal 10.192/2001.

Ponderou ainda que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que o reajuste se dá após 12 meses, a partir da data de apresentação das propostas e, para tanto, colaciona lição de Marçal Justen Filho sobre o tema:

> *"Somente se admite o reajuste após decorridos doze meses, com efeitos para o futuro. Segundo a nova sistemática (pós Plano Real), não se produz reajuste entre a data da proposta (ou do orçamento a que ela se refere) e a data da contratação. Computa-se sempre o prazo de 12 meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que decorrido um ano da formulação da proposta".*

Diante disso, concluiu que o "direito ao reajuste surge sempre que decorrido o prazo de 12 meses da apresentação da proposta, pouco importando se o contrato tenha condicionado, para realizar o reajuste, o decurso do prazo de doze meses de sua vigência. Não pode haver pactuação contra expressos dispositivos de ordem pública" (folhas 640/645).

Em contrapartida, o Assessor Jurídico Chefe deixou de acolher o parecer antecedente, por entender que os reajustes concedidos pelos termos aditivos não observaram as normas do edital e do contrato. Nesse sentido, reiterou o entendimento manifestado por aquela Assessoria às folhas 521/524 dos autos. No mais, trasladou a seguinte lição: "o resguardo da eficácia da concorrência pública, porque a aceitação de reforço posterior do preço poderia beneficiar o licitante imprudente em detrimento daqueles outros, mais cautelosos e exatos, que ofereceram, desde o início, o justo preço e foram vencidos pela oferta mais baixa que se elevaria mais tarde, pela via revisionista" (RDA nº 167, p. 31, citando lições de Temístocles Cavalcanti).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ao endossar parecer da Assessora Jurídica, propugnou pela regularidade do ajuste concedido e, por conseguinte, de todos os termos aditivos (folhas 648/655).

Finalmente, a Secretaria Geral, na esteira da manifestação da Assessoria Jurídica às folhas 521/524, e do Assessor Chefe às folhas 646, opinou pela irregularidade dos aditivos, em razão da ilegalidade do reajuste concedido à contratada (folhas 657/660).

É o relatório.

VOTO

A Subsecretária de Fiscalização e Controle concluiu pela regularidade da Tomada de Preços 10/2002, do Contrato 010/SIURB/2003 e dos Termo Aditivos 101/03 e 159/03. Todavia, considerou irregulares os Termos de

Aditamentos 84/03 e 157/03 em razão da concessão de reajuste antes de decorrido o prazo de 12 meses, infringindo assim o princípio de vinculação ao instrumento convocatório e o artigo 40, inciso XI da Lei 8.666/93.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Auditoria nos seguintes termos: "examinando as disposições do Edital (Item 8 – Reajuste), bem como as do Contrato (Cláusula VI – Reajuste,), é forçoso concluir que o reajuste concedido contrariou as referidas disposições, as quais só admitiam a aplicação de reajuste aos preços contratados, "na hipótese do prazo de vigência do Contrato ultrapassar o período de 01 (um) ano (desde que sem culpa da Contratada)". (...) Isso porque, quando da solicitação para prorrogação da validade das propostas, todas as empresas contatadas — e mesmo a antiga vencedora do certame — tinham conhecimento das condições financeiras da contratação, o que — certamente — as fizeram declinar do contrato.

Diante disso, não se pode conceber que a atual Contratada, (...) venha obter o reajuste de seus preços, de forma diferenciada, contrariando tudo que estava previsto no Edital e no Contrato. (...) Nessas condições, permitimo-nos opinar pela irregularidade do reajustamento concedido aos preços contratados nos Termos Aditivos 84 e 157 de 2003, por descumprimento às normas do Edital, do Contrato" No mesmo sentido opinou a Secretaria Geral: "Não teve razão a Origem em conceder reajustes antes da data prevista no Edital e no contrato. (...) Não pode a Administração privilegiar a atual contratada com reajuste antes mesmo da assinatura do Contrato, contrariando o Edital e o próprio ajuste."

Diante do exposto, com resguardo nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO REGULARES a Tomada de Preços 10/2002, o Contrato 10/2003/SIURB e os TERMOS ADITIVOS 101/03 e 159/03 e IRREGULARES OS TERMOS ADITIVOS 084/03 e 157/03 em razão da concessão de reajuste de preços à Contratada antes do prazo de 12 (doze) meses, contrariando as disposições do edital e do contrato. Contudo, em coerência com os votos prolatados nos autos dos TCs 6.618/04 e 6.007/04, acolho os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, tendo em vista a ausência de constatação de prejuízo ao erário.

Após o cumprimento das formalidades legais, arquivem-se os autos.