## JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.334.00-33

Contrato – aditamento – prorrogação – alteração dos valores do ajuste – realinhamento de preços – instabilidade e alterações decorrentes do mercado internacional – regulares os termos aditivos.

## RELATÓRIO

No acompanhamento da execução do Contrato 07/2000, pactuado entre a **COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO – CET** e a **PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A**, acolhido pelo V. Acórdão de 31/10/2001, à fl. 201, a Secretaria de Fiscalização e Controle apontou a lavratura dos seguintes Termos Aditivos:

- nº 66/2000, alterando, por força de realinhamento, os preços unitários e global do ajuste original, passando este a ser de R$ 9.074.873,50 (fls. 228/230);

- nº 40/2001, realinhando o preço unitário do álcool etílico hidratado, com acréscimo de R$ 44.918,00 (fls. 250/251);

- nº 23/02, prorrogando o contrato por mais 6 meses (período de 12/02/2002 a 11/08/2002) e acrescendo mais a quantia de R$ 2.279.947,88 (fls. 269/270).

Na análise preliminar desses instrumentos, aquele Órgão Técnico solicitou a prévia manifestação da AT-Jurídica, tendo em vista os realinhamentos efetuados, elevando o preço inicial em 27,74% no primeiro aditamento, 0,63% no segundo, e 32,09% no terceiro (fls. 279/286).

A AT-Jurídica, em parecer exarado às fls. 288/290, prestigiado pela respectiva Subchefia, lembrou, primeiramente, que esta Corte já se posicionou, no julgamento do TC 463.97-96, pela incidência do artigo 81, §§ 1° e 2°, da Lei Municipal 10.544/88, então vigente, não estando a Administração Municipal adstrita ao limite de 25% estatuído no artigo 65, §§ 1° e 2°, da Lei Federal 8.666/93, de caráter não geral.

Ressaltou, também, que o realinhamento do preço inicial tem respaldo no artigo 65, inciso II, letra "d", e § 6°, do mesmo Diploma Federal, que admite a recomposição dos preços contratuais para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, razão pela qual concluiu pela inexistência de ilegalidade nas modificações operadas através dos instrumentos aditivos.

Na seqüência, a Diretora da Divisão Técnica V da Secretaria de Fiscalização e Controle, reportando-se às análises de fls. 279/284, concluiu pela regularidade formal dos Termos Aditivos referenciados, por cuja acolhida opinaram a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria-Diretoria Geral, nas intervenções de fls. 293 e 294, respectivamente.

É o relatório.

## VOTO

O presente focaliza, nesta etapa procedimental, os TAs 66/2000, 40/2001 e 23/2002, realinhando e alterando o preço inicial e prorrogando o Contrato 07/2000, resultante da Concorrência 09/99, vencida pela PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A, a qual foi adjudicado o respectivo objeto.

Como registrado na parte relatorial, todos os Órgãos Técnicos e preopinantes manifestaram-se pela regularidade dos instrumentos analisados, e, conseqüentemente, por sua acolhida.

O contrato originário, já examinado e aprovado por esta Egrégia Corte, na conformidade do V. Acórdão de 31/10/2001, publicado em 08/11/2001 (fl. 201), previa, em sua cláusula quarta, o reajuste dos preços contratados, nesta locução verbal: "sempre que a Agência Nacional do Petróleo – ANP, ou outro órgão que venha substituí-lo, autorizar e divulgar reajuste nos preços dos combustíveis" (fl. 143).

Portanto, na forma contratual, os preços seriam atualizados em função dos reajustes dos combustíveis determinados pela Agência Nacional do Petróleo ou outro órgão federal competente, na mesma medida ou proporção de sua variação.

Todavia, esse critério, ao que se dessume da leitura deste expediente, não foi observado pelas partes, que optaram pelo realinhamento dos preços, como forma de contornar o óbice imposto pelo artigo 28 da Lei Federal 9.069/95, que veda reajustes por períodos inferiores a um ano.

Para regularizar esse procedimento, o Presidente da CET exarou o Despacho reproduzido à fl. 220, autorizando, com fundamento no artigo 81, inciso II, alínea "d", da Lei Municipal 10.544/88, e no artigo 65, inciso II, alínea "d", da Lei Federal 8.666/93, com suas atualizações posteriores, o aditamento ao ajuste original, modificando o valor total e os preços unitários, por força de realinhamento, e a alteração da redação da referida cláusula quarta, formalizada pelo TA 66/2000, ora em julgamento.

Noto, em princípio, que a modificação da cláusula quarta operou-se em desconformidade com a minuta padrão adotada no pleito seletivo inicial, que previa o reajuste dos preços dos combustíveis, à medida em que eles eram reajustados pela Agência Nacional de Petróleo ou órgão federal equivalente (fl. 38).

Observo, por segundo, que realinhamento e reajuste são conceitos jurídicos distintos, sendo aquele uma das formas de recomposição ou restabelecimento da equação econômica inicial do contrato, afetada por fatores extraordinários e imprevisíveis, e este mera correção ou atualização do valor da moeda, corroído ou aviltado pelo fenômeno inflacionário. É o que explica MARÇAL JUSTEN FILHO nos seus comentários ao artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, com as modificações das Leis 8.883/94 e 9.648/98, nos tópicos a seguir transcritos:

> **"Reserva-se expressão "recomposição" de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução**

> **do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos.**
> **Já o "reajuste" de preços é uma solução desenvolvida a partir da prática contratual pátria. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como "reajuste" de preços. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias.**
> **O reajuste baseia-se em índices setoriais vinculados às elevações inflacionárias quanto a prestações específicas. Já a atualização financeira refere-se aos índices gerais de inflação".**
> (Dialética, 7ª edição, 2000, pág. 557).

Bem por isso, não me parece que a solução encontrada para contornar a vedação da Lei 9.069/95 tenha respaldo contratual, a despeito da alteração da cláusula quarta do ajuste primitivo, espelhado no modelo adotado na concorrência realizada, e mesmo legal, porque não ficaram plenamente demonstrados os fatores extraordinários e imprevisíveis que autorizam a recomposição dos preços, como, aliás, foi corretamente evidenciado no parecer da advogada da CET, Dra. LEONETE ANGELA CARDOSO MARTINELLI, refletido na cópia de fls. 206/208, ressaltando, inclusive, a possibilidade da concessão de reajuste, no caso particular de alteração nos preços dos combustíveis, determinada pelo Governo Federal, sem ofensa à regra do reajuste anual da Lei 9.069/95, resultante da Medida Provisória 1.027/95.

Realmente, aquela restrição, no meu enfoque pessoal, não pode servir de empecilho ao reajuste necessário dos preços contratados, quando vinculados a vetores impostos pelo Governo Federal, através de regras de observância, ainda que por períodos inferiores a um ano.

Essa colocação, s.m.j., é coerente com a política de preços do Governo Federal, que, no setor energético, fica sujeito às influências e oscilações do mercado internacional, sobretudo variações do preço do barril do petróleo.

A atualização, condicionada aos reajustes estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, tinha amparo contratual na redação original da cláusula quarta do instrumento visualizado às fls. 142/148, redigido à imagem da minuta que constituiu o Anexo I do Edital de Concorrência 09/99 (fls. 058/064).

Por conseguinte, a modificação, operada à margem do modelo que ditou o conteúdo do futuro contrato, é infringente do artigo 40, § 2°, c/c o artigo 54, § 1°, da Lei 8.666/93.

Esse aspecto, da rigorosa observância das regras estabelecidas no procedimento seletivo, em relação ao contrato, é colocado em relevo pelo Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO, neste fragmento:

> **"O conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório (ou outro ato em que se funde o contrato). Como já afirmado, vigora o princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório. Por isso, as regras do artigo 55 são dirigidas antes ao elaborador do ato convocatório do que ao redator do instrumento contratual. O instrumento contratual não pode inovar o ato convocatório no tocante a condições essenciais para a licitação".** (op. cit., pág. 507).

Não vejo, em outro plano de cogitação, qualquer similitude do caso vertente com aquele apreciado no TC 463.97-66, uma vez que não houve, no rigor jurídico, alteração dos quantitativos do objeto contratual, mas reajuste disfarçado em realinhamento, pelos motivos atrás assinalados, e acréscimo do valor contratual decorrente da prorrogação de seis meses, acordada através do Aditamento 23/02 (fls. 269/270).

Por essa razão, entendo, s.m.j., que a hipótese em foco não comporta a discussão em torno da aplicabilidade do artigo 81, §§ 1° e 2°, da antiga Lei Municipal 10.544/88, suscitada pela AT-Jurídica, na manifestação de fls. 288/290, até porque não estou suficientemente convencido da tese sufragada naquele expediente sobre o caráter e a amplitude daquela norma.

Assim, no panorama desenhado neste voto, não acolho os Termos Aditivos analisados, por ofensa aos artigos 40, § 2°, e 54, § 1°, da Lei Federal 8.666/93, interpretados conjugadamente, respeitando, não obstante, o posicionamento dos órgãos preopinantes.

TCM, 26 de fevereiro de 2003.

**ROBERTO BRAGUIM**
Conselheiro

## VOTO EM SEPARADO

Não acompanho, "data venia", o posicionamento do I. Conselheiro Relator, pelas razões a seguir expostas:

De fato, no contrato nº 7/2000, acolhido, por unanimidade, por esta Egrégia Corte, constava a cláusula quarta com a seguinte redação:

"4.1 – Os preços contratados serão reajustados sempre que a Agência Nacional do Petróleo – ANP, ou outro órgão que venha a substituí-lo, autorizar e divulgar reajuste nos preços dos combustíveis.

"4.2 – Os preços reajustados vigorarão a partir da data da publicação da Portaria da Agência Nacional do Petróleo – ANP, ou outro órgão que venha a subsitituí-lo".

Quer-me parecer, em face dos termos dessa cláusula contratual, que as regras do questionado aditivo nº 66/2000, nada mais fizeram do que aclarar, quanto ao item 4.2, quais as hipóteses que comportariam reajustes autorizados por portarias ministeriais e quais não se

enquadrariam em suas normas, referindo-se, "in casu", a preços que só poderão ser realinhados por força de revisão, quando comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro.

A necessidade de elucidação da cláusula de reajuste surge da identificação de falha na sua elaboração, em razão ter deixado de retratar as composições de custos dos produtos, fixando uma única regra para reajuste, condicionada às autorizações da Agência Nacional de Petróleo – ANP, deixando de contemplar a real situação a que o contrato estaria submetido ao longo de sua execução.

De fato a gasolina comum, que não tem seu preço controlado pela referida Agência, tem em sua composição a gasolina A e o álcool anidro, sendo que o primeiro insumo é controlado pela ANP e o segundo não.

No que toca aos casos de revisão, não há obrigatoriedade de serem instrumentalizados, posto que sua incidência provém da força da lei, e, uma vez provado o desequilíbrio, impõe-se a recomposição, quer expressamente consignado em cláusula do ajuste, quer não.

Evidentemente, na ocorrência de revisão de preços contratuais impor-se-á a lavratura de aditamento contratual por força, também, de impositivo legal, no qual venha explicitado o seu "quantum" de aumento do valor contratual.

Isto porque a regra é: qualquer modificação do contrato há de ser reduzida a termo.

Note-se que na ocorrência de reajuste não há tal obrigatoriedade, em face da norma do § 8º do art. 65 da Lei 8.666/93.

Equivocada, pois, como bem elucidou o I. Relator, a perquirição do enquadramento ou não nos limites de 25%, uma vez que não se cuida, por ora, nos autos, de acréscimo das quantidades objetivadas no ajuste.

O quantitativos, do que se pode depreender do processado, não sofreram aumento.

Resumindo, parece-me que o aditamento em apreço não modificou as regras da cláusula contratual (4ª), apenas as explicitou, visando torná-las mais claras.

Igualmente, entendo que os Aditivos de nº 40/2001, aumento do valor contratual, em face da revisão de preço do álcool etílico hidratado e de nº 23/2002, referente à prorrogação do prazo do ajuste, estão formalmente corretos, ressalvando-se não constar do TC a pesquisa de mercado para verificação das condições de preço (art. 57, II, da Lei 8.666/93), premissa necessária para a prorrogação de prazo.

Não obstante, não me sinto em condições, no momento, de expender meu voto, uma vez que, a despeito de, durante a instrução processual, os órgãos técnicos, a Procuradoria da Fazenda e a Secretaria-Diretoria Geral não terem apontado qualquer irregularidade ou ilegalidade, o convencimento do I. Relator pela irregularidade dos termos aditivos em apreço, faz emergir a necessidade de aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa, insculpidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Isto posto, pelas razões expostas e nos termos regimentais, proponho a conversão do julgamento em diligência para o fim de ser intimada a Origem a apresentar sua defesa, sugerindo, outrossim, os seguintes quesitos:

1. QUAIS DOS PRODUTOS OBJETO DO CONTRATO TÊM COMPONENTES (INSUMOS) CUJOS PREÇOS SÃO REGULADOS PELA ANP? E EM QUE PERCENTUAIS?

2. ESSES PERCENTUAIS PODEM VARIAR DE ACORDO COM A POLÍTICA DE PREÇOS DA ANP PARA OS COMBUSTÍVEIS? PODE A ANP AUMENTAR OU REDUZIR O PERCENTUAL DE ÁLCOOL ANIDRO NA GASOLINA COMUM EM DECORRÊNCIA DA SUA ABUNDÂNCIA OU EXCASSEZ DE OFERTA?

3. QUAL A FORMA DE APURAÇÃO DO PREÇO DA GASOLINA COMUM EM DECORRÊNCIA DA COMPOSIÇÃO ACIMA COMENTADA E DAS SUAS VARIAÇÕES?

4. OS REAJUSTES AUTORIZADOS PELA ANP INCIDEM SOBRE OS PRODUTOS CONTRATADOS? QUAIS? E DE QUE FORMA?

5. QUAL A METODOLOGIA UTILIZADA PARA CÁLCULO DOS ÍNDICES RELATIVOS AOS REALINHAMENTOS OBJETO DOS TA's EM QUESTÃO? (conceitos, fontes de pesquisa de preços, memórias de cálculo e mapa demonstrativo do impacto destes índices, por produto e por período).

Plenário Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, 26 de março de 2003.

**MAURÍCIO FARIA**
Conselheiro

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Divirjo do entendimento expressado no voto do Ilustre Conselheiro Relator e acompanho a conclusão do voto proferido pelo I. Conselheiro Eurípedes Sales. Não obstante, peço vênia ao Egrégio Plenário para apresentar declaração de voto.

É bem verdade que a cláusula quarta do contrato dispunha que os preços dos produtos seriam reajustados sempre que a ANP autorizasse e divulgasse o reajuste nos preços dos combustíveis, o qual passaria a vigorar a partir da data da publicação da Portaria da ANP.

Não obstante, restou demonstrado nos autos que os preços dos derivados básicos do petróleo, como a gasolina 'A' e o óleo diesel, eram, à época, controlados pelo governo federal. Não era assim com os da gasolina comum e do álcool etílico, que tinham sua variação determinada pelo mercado.

Por seu turno, a gasolina comum, à época, tinha em sua composição a adição de 76% de gasolina 'A' e de 24% de álcool anidro, este último percentual, inclusive, sujeito a variação, para mais ou para menos, de acordo com o estabelecido em Portaria do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Ao proceder às revisões de preços da gasolina comum, a Origem tomou por base o preço da gasolina 'A' estabelecido nas Portarias da ANP, observando, contudo, o custo dos insumos do produto na proporção de sua composição.

Ao se aplicar os preços constantes das Portarias da ANP, juntadas nos autos, para efeito do reajuste dos preços nos termos do estabelecido no contrato, ter-se-ia a aplicação de índices de reajustes referentes à gasolina 'A', mas não à gasolina comum, o que poderia até redundar em uma elevação do custo do produto, já que o contrato, na sua redação original, não especificou as parcelas da composição.

Por essas razões, não se tratando de produtos sujeitos a preços totalmente tabelados e à vista da existência de falha na cláusula de reajuste, uma vez inexistir especificação dos componentes dos bens contratados, impunha-se, diante da variação dos preços por fatores alheios à vontade das partes, a aplicação do previsto pelo artigo 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/93, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da Administração, a fim de recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido no contrato, a partir dos critérios adotados pela Origem e da comprovação da elevação dos custos dos insumos efetivamente suportados pela contratada.

E, por se tratar de aquisição de combustíveis destinados ao atendimento das necessidades da Administração, parece-me aplicável ao presente caso o parágrafo segundo do artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, que determina que "será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar".

Ainda assim, releva destacar o fato de que os elementos constantes dos autos indicam a existência de autorizações prévias das despesas, bem como demonstram que os aditamentos não foram instrumentalizados contemporaneamente aos pleitos da contratada. É o caso do TA 66/00 que, firmado em 27/12/2000, veio atender aos pedidos feitos pela contratada em fevereiro, março, julho e agosto de 2000.

Ainda no que se refere à falha perpetrada na cláusula de reajuste originariamente prevista no contrato, tendo em vista que não contemplava um produto composto, por somente prever um item tabelado, é de notar que esta, de certa forma, foi adequada pelas revisões procedidas para definição dos componentes que afetam os preços dos produtos contratados, bem como para maior clareza e detalhamento dos tipos de combustíveis utilizados, sem que se modificasse, contudo, a metodologia de cálculo adotada para fixação do preço ajustado.

Por fim, no que se refere ao TA 40/2001, a Origem demonstrou que os preços contratuais realinhados encontravam-se abaixo dos preços obtidos na pesquisa de preços realizada.

Assim é que, em face dos esclarecimentos prestados pela Origem e frente aos documentos que os acompanharam, às justificativas apresentadas pelos defendentes e aos pronunciamentos favoráveis dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral, bem como da Procuradoria da Fazenda Municipal, entendo suficientemente elucidada a questão central discutida no presente feito, qual seja, tratar-se de aditamento contratual para realinhamento dos preços inicialmente ajustados, conforme previsto pelo inciso II, alínea 'd', da Lei Federal 8.666/93.

Posto isto, julgo regulares e acolho os aditamentos sob exame

Plenário Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, 07 de junho de 2006.

**MAURÍCIO FARIA**
Conselheiro

**VOTO DE DESEMPATE**

Egrégio Plenário:

Cuida-se, nos autos, do julgamento dos Aditivos 66/2000, 40/2001 (ambos de alteração dos preços unitários e global do ajuste original) e 23/02, de acréscimo contratual e prorrogação do prazo do Contrato 07/2000, de fornecimento de combustíveis, celebrado pela Companhia de Engenharia de Tráfego e a Petrobras Distribuidora S.A.

O debate dos dois posicionamentos, integrados pelos Nobres Conselheiros Roberto Braguim – Relator e Edson Simões – Revisor, e Eurípedes Sales e Maurício Faria, pode ser, em essência, resumido à percepção de ter ocorrido reajuste ou revisão de preços contratuais, aquele afastado por norma federal (artigo 28 da Lei 9.069/95, que veda reajustes por períodos inferiores há um ano), esta aceita pela Lei Federal 8.666/93 (artigo 65, inciso II, alínea d).

Da primeira corrente votaram os Nobres Conselheiros pelo não-acolhimento dos instrumentos contratuais, aceitando, todavia, os efeitos financeiros por eles produzidos e, da segunda, pelo acolhimento dos três aditivos.

Em face do empate ocorrido no julgamento, avoquei os autos, nos termos regimentais.

VOTO

Abstendo-me de me estender nos fundamentos de meu voto, porquanto suficientemente desenvolvidas e discutidas as questões enfocadas, filio-me à corrente formada pelos Nobres Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria, entendendo, pelas razões expostas em seus votos, ter de fato havido revisão dos preços do contrato.

Meu voto, portanto, é pelo acolhimento dos aditivos ora julgados.

São Paulo, 28 de junho de 2006

**ANTONIO CARLOS CARUSO**
Presidente

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão (2.277ª S.O.), pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.273ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir

voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES e MAURÍCIO FARIA, tendo o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator proferido seu voto na 2.082ª S.O., ratificando-o, através de adendo, na 2.265ª S.O., quando votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor. Referidos autos tiveram seu julgamento convertido em diligência, conforme proposta do Conselheiro MAURÍCIO FARIA, Revisor à época, na 2.086ª S.O.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES e MAURÍCIO FARIA, consoante declaração de voto apresentada, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar regulares os Termos Aditivos 66/2000, 40/2001 e 23/2002.

Vencidos, em parte, os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, que, através de adendo proferido na 2.265ª S.O., ratificou os termos de seu relatório e voto, e EDSON SIMÕES – Revisor, os quais deixaram de acolher os referidos termos aditivos, por infringência aos artigos 40, § 2º, inciso III, e 54, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, e artigo 76, § 2º, da vetusta Lei Municipal 10.544/88, não obstante, aceitaram os efeitos financeiros já produzidos, em respeito ao princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas consumadas no tempo.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de junho de 2006.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto;

EURÍPEDES SALES
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.