**JURISPRUDÊNCIA**

TC nº 9.653/94-08

Licitação - rescisão do contrato celebrado com a 1ª colocada - inadimplência - contratação da 2ª classificada nas mesmas condições oferecidas pela vencedora - elevação da taxa de administração - recomposição do preço - equilíbrio econômico-financeiro - plano econômico implantado com o real - acolhido ajuste, termo de reti-ratificação e Aditamentos, conhecido termo de rescisão - CF art. 37, XXI - Lei 8666/93 - art. 65, II, "d" - art. 24, XI.

Exmo. Sr. Cons.º Relator

O presente retornou a esta unidade para manifestação específica a respeito da legalidade do Termo Aditivo nº 300/94, juntado às fls.191/192.

Referido aditivo , firmado em 9/9/94, propiciou à contratada um aumento percentual na taxa de administração cobrada de -5,50% (menos cinco inteiros e cinqüenta por cento) para o índice de 0% (zero por cento) com efeito retroativo a 01/07/94.

Houve, a respeito desse instrumento, diversas manifestações divergentes da ATJ. No primeiro momento, aquela Assessoria considerou regular o aditivo (fls.219/220), para após considerá-lo legal, mas ilegítimo (fls.221 e 223, 319/320 e 330/333), porquanto a alteração se efetuara apenas 35 dias após celebrado o contrato original, datado de maio de 1994.

Esse argumento impressionou também o Senhor Secretário de Fiscalização e Controle (fls.255 e 334), o seu Assessor Econômico e a AT Economia. Esses últimos investiram contra a dispensa de licitação para a contratação da segunda colocada na concorrência, após rescindido o contrato firmado com a primeira em virtude de sua inadimplência (fls.138), conquanto tenham reconhecido que houve quebra no equilíbrio econômico-financeiro do contrato a que se referia o aditivo examinado (fls.226/227 e 324/326).

Após defesa oferecida pelo dirigente da origem na época dos fatos (fls.337/343 e 346/349), a ATJ reconsiderou suas manifestações anteriores, passando a defender a regularidade do aditivo examinado (fls.350/353), no que foi acompanhada pela Senhora Assessora Subchefe (fls.35/355) e pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls.370/371).

Ao meu ver, a razão está com essas últimas manifestações.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem hoje sede constitucional (art.37, XXI), sendo cediço na doutrina brasileira e na alienígena (veja-se, a respeito, Celso Antonio Bandeira de Mello, que reporta lições de Hely Lopes Meirelles, Marcello Caetano, Waline e Rivero, *in* Curso de Direito Administrativo - 7º ed. Malheiros Editores. 1995 - SP - p.387/388).

Os requisitos para a "recomposição de preços", expressão cunhada pela doutrina para identificar a alteração resultante do rompimento do equilíbrio econômico-

financeiro do contrato, estão postos no art.65, II, alínea "d", da Lei Federal 8666/93, atualizada pela Lei 8883/94: "superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual".

No caso concreto, a contratada baseava seus ganhos na variação dos índices inflacionários, o que é evidenciado inclusive pelo fato de cobrar taxas de administração negativas pelos seus serviços.

E a legislação do Plano Real, conquanto tenha se iniciado com a Medida Provisória 434, de 01/03/94, cujo texto foi sucessivamente reeditado até se converter na Lei Federal nº8080, de 27/05/94, passou a repercutir de forma drástica nos índices de inflação a partir de julho de 1994. É o que registra o quadro de fls.327, juntado pela AT Economia, onde se verificam os índices do INPC a partir de março do ano de 1994: março (43,1), abril (42,9), maio (42,7), junho (48,2) e julho (7,7).

Com razão portanto assentou a AT Economia ter ocorrido quebra no equilíbrio econômico-financeiro do contrato (fls.326).

De outro lado, é inegável que tendo sido firmado o contrato em maio de 1994, a queda nos índices inflacionários a partir de julho de 1994 representou o fato superveniente e imprevisível exigido pela lei para a efetivação do procedimento de recomposição de preços.

Cumpre, por último, verificar se há necessidade de um certo lapso temporal entre o contrato e o aditivo relativo à recomposição, para legitimar o procedimento.

A doutrina responde negativamente a essa questão, conforme se vê em Marçal Justen Filho:

> "A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve ter em vista a data em que se aperfeiçoou a equação. Trata-se da data em que a proposta é apresentada à administração Pública. Não há nem pode haver prazo mínimo para a concessão do reajuste ou da recomposição de preços" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - AIDE Editora - 1ª ed. 1993 - SP - p.374).

Tendo sido questionada no presente a legitimidade e não a legalidade do procedimento, poder-se-ia, "ad argumentandum", exigir o prazo mínimo de trinta dias para a recomposição, dada a variação mensal dos índices inflacionários com repercussão no contrato em questão. Mesmo esse prazo entretanto foi superado no caso, eis que entre 1º de maio de 1994, quando firmado o contrato 155/94 e 1º de julho de 1994, quando passou a surtir efeitos o Aditivo 300/94, passaram-se cinqüenta dias.

Sou pois, pela inteira legalidade e legitimidade do Aditivo 300/94.

À consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 13 de julho de 1.999

**MARIA PALMA PALOMBINI**
Secretária-Diretora Geral
Substituta

# RELATÓRIO

A Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo - COHAB realizou a Concorrência Pública número 3/93, ajustando com **C.R. - CARTÃO REFEIÇÃO SOCIEDADE CIVIL Ltda.** o **CONTRATO número 468,** datado de 23/11/93, objetivando a prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação para funcionários e estagiários da Contratante, mediante a taxa de administração negativa de 5,5% (cinco inteiros e cinqüenta centésimos por cento).

Em 29/04/94, em razão da inadimplência da CONTRATADA foi firmado o **INSTRUMENTO DE DISTRATO número 133/94**.

Consoante facultado pelo inciso XI (onze) do artigo 24 da Lei número 8.666/93, com redação atualizada, em **11/05/94** foi firmado com a **segunda classificada do certame - COMABEM - ALIMENTAÇÃO LTDA.** o **TERMO DE CONTRATO número 155/94**, no qual foi mantido como retribuição pela prestação dos serviços a taxa de administração negativa de 5,5% (cinco inteiros e cinqüenta centésimos por cento).

Em **09/09/94,** com o propósito de adaptar o Contrato ao Plano de Estabilização Econômica que introduziu o Real, foi firmado o **TERMO DE RETI-RATIFICAÇÃO** e **ADITAMENTO AO CONTRATO número 155/94**, convertendo-se os preços a nova moeda e revista a **taxa de administração negativa** de 5,5% (cinco inteiros e cinqüenta centésimos por cento) para o índice de 0% (zero por cento), com efeito retroativo a **01/07/1994**.

Mediante o **Termo Aditivo número 450/94** ficou estabelecida a prorrogação de vigência do ajuste até 02/12/95.

A Assessoria Técnica Jurídica pronunciou-se pela irregularidade do ajuste, por entender que as alterações contratuais registradas no **TERMO de RETI-RATIFICAÇÃO** e **ADITAMENTO**, constituiu-se em burla ao disposto no inciso XI do artigo 24 da Lei número 8.666/93, com a redação atualizada, tendo em vista a substancial alteração do preço dos serviços registrada em relação àquele oferecido pela vencedora da licitação.

Por determinação do Diretor da Divisão Técnica VI foram os autos encaminhados à Secretaria de Fiscalização e Controle para pronunciamento sobre a real necessidade da lavratura do **TERMO de RETI-RATIFICAÇÃO** e **ADITAMENTO**, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença em razão da implantação do Plano de Estabilização Econômica (Lei número 8.880/94 e Medidas Provisórias anteriores).

Em resposta, o Secretário de Fiscalização e Controle, a partir de levantamento efetuado junto a diversas sociedades de economia mista tais como a Empresa Municipal de Urbanização, Companhia Municipal de Transportes Coletivos, Companhia de Processamento de Dados do Município, concluiu que "o equilíbrio econômico-financeiro **não estaria assegurado à taxa de** -5,5% (menos cinco inteiros e cinqüenta centésimos por cento) **somos de parecer que a questão central situa-se na dispensa de licitação, que pressupõe mesmas condições. O preço do equilíbrio seria dado pela Concorrência em nova licitação**".

Em face do exposto, o pronunciamento da Secretaria de Fiscalização e Controle a respeito do **CONTRATO número 155/94**, do **TERMO de RETI-RATIFICAÇÃO e ADITAMENTO número 300/94** e do **TERMO ADITIVO número 450/94**, foi no sentido da não aprovação da despesa, com fundamento na manifestação da Assessora Subchefe da Assessoria Técnica.

Cientificada a Origem a respeito dos pronunciamentos exarados nos autos, foram anexados documentos, que após examinados pela Secretaria de Fiscalização e Controle e Assessoria Técnica Jurídica, reiteraram anteriores manifestações.

A fim de cumprir-se o disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal foi notificado o Diretor da Companhia Metropolitana de Habitação, à época dos fatos, que apresentou **DEFESA**.

Apreciados os argumentos da Defesa, a Assessoria Técnica Jurídica reviu sua anterior manifestação, entendendo justificado o realinhamento de preços, objeto do **TERMO ADITIVO DE RETI-RATIFICAÇÃO**, conforme dispõe o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, propondo, em conseqüência, o acolhimento dos ajustes.

Em idêntico sentido são os pronunciamentos da Secretaria de Fiscalização e Controle e da Procuradoria da Fazenda Municipal.

Os **Termos Aditivos números 481/95 e 513/96** cuidaram de prorrogações de vigência do **CONTRATO número 155/94**, que foi **unilateralmente rescindido em 25/11/96**, com fundamento no inciso IX do artigo 78 da Lei número 8.666/93, consoante dá conta o documento de folha 365.

Determinei a remessa dos autos à Secretaria-Diretoria Geral para pronunciamento sobre a legalidade do **TERMO de RETI-RATIFICAÇÃO e ADITAMENTO número 300/94**, considerando ter sido o mesmo firmado cinqüenta dias após a celebração do **CONTRATO número 155/94**, independentemente da manutenção das condições oferecidas pela licitante vencedora do certame, especialmente quanto **a taxa remuneratória dos serviços**.

A conclusão da Secretaria-Diretoria Geral é no sentido da legalidade e legitimidade do aludido Termo Aditivo, por entender que a "recomposição" ou "realinhamento dos preços contratados" em razão da implantação do Plano de Estabilização da Economia, afigurou-se indispensável ao restabelecimento da equação econômico-financeiro da avença.

Justificou ser suficiente a leitura do quadro anexado aos autos pela Assessoria Técnica de Economia, no qual acham-se registrados Índices Nacionais de Preços ao Consumidor - INPC, que demonstram a partir de março de 1994 decréscimo acentuado da inflação no país, a saber: **43,1% em março**; **48,2% em junho e 7,7% em julho**, dados suficientemente esclarecedores para concluir-se que a Medida Provisória número 434 de 01/03/94, sucessivamente reeditada até se converter na Lei Federal número 8.880/94, constituiu-se para a Contratada em fato superveniente e imprevisível, configurando a hipótese do artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei número 8.666/93 com redação atual.

Assim, salientou que era forçoso assegurar-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, em obediência ao inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Com propriedade ressaltou que, em contratos da espécie, era usual à época, o oferecimento de taxas negativas de administração retribuitória da prestação dos serviços, de vez que, efetivamente seu lucro advinha da aplicação do capital recebido mensalmente das Contratantes no mercado financeiro, lucro esse que praticamente cessou com a drástica queda da inflação a partir da implantação do Plano de Estabilização Econômica através da Lei número 8.880/94.

Aduziu, trazendo a colação ensinamento doutrinário, no sentido da inexistência de prazo de vigência contratual mínimo para o deferimento de recomposição de preços contratuais.

**É o relatório.**

**VOTO**

Considerando os pronunciamentos dos Órgãos Técnicos, no tocante ao **TERMO de RETI-RATIFICAÇÃO e ADITAMENTO**, em especial as ponderações formuladas pela Assessoria Técnica de Economia, e o pronunciamento da Secretaria-Diretoria Geral, que adoto como razões de decidir, no sentido de que, sem o deferimento do realinhamento de preços à Contratada não estaria assegurado o direito da mesma ao equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, **ACOLHO**, por regulares, o **CONTRATO número 155/94**, o **TERMO de RETI-RATIFICAÇÃO e ADITAMENTO número 300/94**, os **TERMOS ADITIVOS de números 450/94, 481/95 e 513/96**, assim como **CONHEÇO** o **INSTRUMENTO DE RESCISÃO UNILATERAL**.

**É o meu voto.**

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de novembro de 1999.

**EDSON SIMÕES**
**Conselheiro**

**DECISÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.009.653/94-08, do qual é relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

**DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher o Contrato nº 155/94, o Termo de Reti-Ratificação e Aditamento nº 300/94, os Termos Aditivos de nºs. 450/94, 481/95 e 513/96, bem assim conhecer o instrumento de rescisão unilateral do contrato.

Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador da Fazenda FRANCISCO COLLET E SILVA.

Plenário Cons. Paulo Planet Buarque, 25 de novembro de 1999.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator