JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-013.830.98-39

ACOMPANHAMENTO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. PRODAM. Locação de subsistema de armazenamento de dados. CONHECIDO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.003.208.99-67.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Edson Simões, após determinação de Sua Excelência, na 2.476ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos. Naquela sessão, votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor, Roberto Braguim e Eurípedes Sales.

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 das conclusões favoráveis alcançadas pelos Órgãos Técnicos no procedimento licitatório Concorrência Pública 10.001/98.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor, Roberto Braguim e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de abril de 2010.

a) Edson Simões – Presidente;

a) Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida o presente julgamento da apreciação dos seguintes instrumentos:

a) da regularidade do processamento da Concorrência n° 10.001/98, objeto de análise no âmbito do TC nº 13.830.98-39;

b) do Contrato n° 06.02/99 dela decorrente, firmado entre a Empresa da Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo S.A. – PRODAM e a empresa UNISYS do Brasil Ltda., para a locação de subsistema de armazenamento de dados em discos magnéticos, bem como do respectivo Termo de Aditamento nº CO-08.02/99, que teve por objeto o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, a redefinição do valor da locação mensal e a alteração do prazo de entrega dos equipamentos, instrumentos estes analisados no TC nº 3.208.99-67.

Os relatórios de análise da Auditoria acerca do certame realizado, da contratação e do respectivo aditamento foram conclusivos, originariamente, pela regularidade formal.

Encaminhados os autos à Assessoria Técnica de Economia, à época, para que fosse esclarecida a questão relativa à taxa de câmbio utilizada e sua fundamentação legal, concluiu a Especializada que seria necessária prévia demonstração, pela Contratada, da composição dos custos, inclusive da participação dos produtos importados nesses custos, para o objeto em questão.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo indicou a necessidade de esclarecimento, por parte da Origem, quanto à comprovação dos custos, na forma sugerida anteriormente, bem como quanto à opção de prosseguir com a homologação do certame, não obstante o recebimento da correspondência do licitante vencedor, informando as razões pelas quais não poderia honrar os termos da proposta recebida pela Comissão de Licitações, ainda na fase de abertura do envelope n° 3.

A Origem, em sua manifestação, fez constar as seguintes justificativas em relação aos atos praticados:

- das três empresas participantes da Concorrência em julgamento, a empresa Unisys foi a única a chegar à fase de classificação, com proposta comercial datada de 18/12/98, que apresentou valores em Reais, refletindo a estabilidade da política cambial até aquele momento;

- o preço ofertado mostrava-se compatível com o mercado, conforme as pesquisas de preços realizadas anteriormente ao procedimento licitatório. Por fim, esclareceu que, em janeiro de 1999, em decorrência da abrupta variação cambial, a proposta da Unisys tornou-se impraticável, uma vez que o objeto consistia em locação de equipamentos importados e que o desequilíbrio da proposta comprometeria o pleno atendimento do futuro contrato;

- a correspondência entregue pela licitante à PRODAM, na data da abertura do envelope comercial, teve o objetivo de declinar da proposta, alegando a ocorrência de fato posterior à abertura do processo licitatório (variação cambial), causando total impossibilidade de cumprimento do seu objeto pelo desequilíbrio econômico-financeiro provocado;

- diante das necessidades técnicas e operacionais da empresa, não seria possível optar por novo processo licitatório por total insuficiência de prazo, uma vez que o contrato anterior expirava, razão pela qual optou pela contratação da Unisys com a repactuação dos preços pela variação cambial havida na época.

Em nova manifestação, a AT-Economia, à época, entendeu que as informações complementares prestadas pela Origem não foram suficientes para demonstrar a necessidade da revisão dos valores da proposta para todos os itens e, particularmente, aqueles relacionados aos encargos iniciais, tendo em vista que contemplavam outros fatores e serviços não dependentes do mercado externo e que, portanto, não se sujeitavam a alterações de custos em decorrência da variação cambial.

A Auditoria e a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestaram-se pelo acolhimento do procedimento licitatório e do Contrato. Não obstante, manifestaram-se pela rejeição do Termo Aditivo nº CO-08.02/99, com base nos entendimentos alcançados pela AT-Economia, à época.

A Unisys do Brasil Ltda., uma vez intimada, apresentou argumentos de defesa, demonstrando os valores referentes às aquisições dos equipamentos, no montante de US$ 687.648,21 (seiscentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quarenta e oito dólares e vinte e um centavos de dólar), que teriam orientado a sua proposta. Entretanto, seu correspondente em Reais fora substancialmente alterado pela súbita alta da moeda norte-americana, que passou de R$ 1,20 para R$ 1,86, no período compreendido entre 18/12/98 e 09/02/99, elevando o valor dos equipamentos de R$ 829.853,86 para R$ 1.279.094,58, valor este efetivamente pago pela Unisys ao seu fornecedor, conforme comprovantes anexados pela contratada.

A Auditoria, apesar de parecer anterior pela regularidade formal dos instrumentos, ponderou, em nova manifestação de fls. 345 e 346, que a Unisys fora contratada para locar os equipamentos e não para vendê-los à PRODAM, cuja posse lhe retornaria em 24 meses, além do fato de que a empresa ofertou na licitação um equipamento do qual não dispunha e que, portanto, deveria arcar com os seus custos e, até mesmo, com os eventuais riscos, como, no caso, a defasagem cambial, entendimento este ratificado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo às fls. 357 a 362.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, após indeferida nova solicitação de intimação dos interessados, pelas razões expostas nos despachos denegatórios constantes dos autos, interpôs Agravo Regimental Retido com fundamento nos arts. 113 e 114, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, a ser apreciado no momento processual próprio, bem como opinou pelo acolhimento dos instrumentos em exame.

A Secretaria Geral, encerrando a instrução processual, acompanhou os órgãos técnicos quanto à regularidade do certame e do contrato e, reiterando as manifestações precedentes, julgou irregular o aditivo.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

A questão central tratada nestes autos permeia eventuais falhas na atuação administrativa em revisão contratual, por decorrência de variação cambial do dólar ocorrida no final de 1998 e começo de 1999.

De início, depreende-se da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo (fl. 71) possível censura ao comportamento da Comissão de Licitações, que poderia ter tido, à época da sessão de abertura da proposta, maior cautela na aceitação do preço oferecido pela empresa Unysis, diante da sua expressa manifestação quanto à possibilidade de desistência dessa proposta, motivada pela variação cambial ocorrida entre a data de sua elaboração e o desenrolar do certame, bem como tendo em vista sua consequente incompatibilidade com os novos preços de mercado.

De fato, ao que nos parece, poderia a Comissão de Licitações ter utilizado, naquele momento, da faculdade prevista no art. 43, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/93, a fim de colher com a Unidade interessada, no objeto da licitação, um parecer acerca da adequação do preço cotado ante a nova realidade do mercado; ou uma segunda proposta, se confirmada a inexequibilidade da primeira, diante da variação cambial superveniente; ou ainda, simplesmente, revogado a licitação, se fosse o caso. Mas, fato é que não teve a Comissão, à época dos fatos, atuação conforme alguma das alternativas acima aventadas, optando por concluir o julgamento e adjudicar o objeto nos termos formulados, sem avaliar, expressamente, a pertinência do eventual pedido de desistência anunciado pela licitante contratada, à luz do disposto no parágrafo 6º do art. 43 c/c arts. 81 e 87 da Lei n° 8.666/93.

Assim, ainda que tenha havido insegurança ou imperícia da Comissão de Licitações na condução dos trabalhos, fato este que não restou aprofundado nas análises dos órgãos técnicos no decorrer da instrução processual, a questão que remanesce, de maior relevância, é a pertinência da repercussão da variação cambial sobre o contrato em questão, uma vez delineada em momento posterior à formalização do ajuste, a título de recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

Desta forma, passamos à análise desta questão, enfocando os seguintes tópicos: (a) a possibilidade, em tese, da revisão contratual em decorrência de variação cambial, bem como do momento da sua formalização, e (b) a pertinência da revisão procedida nos aspectos econômico-financeiros (compatibilidade entre encargos e preço final fixado). Vejamos.

(a) Revisão contratual em decorrência de variação cambial.

O Edital, dentre outras coisas, tem a função de definir os encargos do particular perante a Administração Pública na futura relação contratual, da qual se origina o binômio encargos/retribuição, cuja equação deve ser mantida durante toda a execução do contrato. Em tese, pois, não se discute o direito à revisão quando verificada a ocorrência de desequilíbrio na equação econômico-financeira (art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93).

Da análise do ato convocatório em julgamento, depreende-se do subitem 1.1.1, combinado com os demais itens vinculados às Especificações Técnicas contidas no Anexo II, que o equipamento licitado era complexo (subsistema de armazenamento de dados em discos magnéticos), conforme inclusive atestado pela Auditoria às fls. 246, e que este deveria ser totalmente novo, sem uso e estar em linha de fabricação.

Desta obrigação, agregada à proibição constante do art. 30, parágrafo 6º, parte final, da Lei n° 8.666/93, quanto à exigência de propriedade prévia de instalações, máquinas e equipamentos, podemos deduzir, numa primeira conclusão, que, por ocasião da participação no certame, a empresa adjudicatária não possuía o objeto licitado, bastando os atestados apresentados por ela em fase habilitatória para demonstrar a capacidade de fornecer o produto.

Assim, de fato, a incidência de variação cambial sobre os custos de produtos desta natureza concorre, de forma indiscutível, para a formação dos custos totais da empresa, vez que todos os encargos de importação incidem sobre o valor do bem no exterior. Não é por outra razão que Renato Geraldo Mendes, "in" comentários publicado no Boletim Informativo de Licitações e Contratos nº 60/fevereiro/1999, assim se manifesta: *'É mister atentar para o fato de que a equação econômico-financeira é constituída no momento da apresentação da proposta e não por ocasião da celebração do contrato, consoante se poderia supor. Por ocasião da celebração do contrato, a equação constituída é aperfeiçoada, o que é diferente'.*

Vejamos se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça [5], ao avaliar a questão da variação cambial em contratos que envolvem importação, pode ser entendida como incluída dentro do risco da atividade comercial:

> *'Entretanto, o fato econômico de que se cuida não pode, de nenhum modo, ser tido como uma mera variação do valor da moeda, que devesse ser suportada pela arrendatária por conta de sua opção de risco. A álea aceitável em casos como este é aquela que pode ser antevista normalmente pelo cidadão comum com base, apenas, na observação do histórico da cotação do câmbio, e esta, como é notório, apresentava-se estável há mais de quatro anos, permitindo supor que era uma*

tendência segura. Portanto, é forçoso reconhecer que houve, sim, uma abrupta e imprevista alteração no regime cambial que vigera desde 1994. Antever essa reviravolta com tanta antecedência, se tal era possível, só mesmo para privilegiados especialistas'.

De fato, ninguém se submeteria ao regime de um contrato administrativo se não lhe fosse garantida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos assumidos. Essa disciplina é que caracteriza a equação econômico-financeira, de forma a equalizar os encargos assumidos pelo contratado e a compensação oferecida pela Administração, para ajustar a contraprestação à sua expectativa quanto às despesas e ao lucro normal do empreendimento.

Entendidas essas premissas, é importante assinalar que, enquanto a hipótese de reajuste contratual tem periodicidade pré-definida, o reequilíbrio pode ocorrer a qualquer tempo, conforme inclusive, expressa a doutrina de Benedicto Porto Neto[6], no sentido de que *'[...] o contrato tem direito à recomposição de preços desde o momento do fato superveniente gravoso. A circunstância de ser materialmente impossível promover a recomposição concomitantemente ao seu acontecimento ou logo depois dele não pode amesquinhar seu direito. Daí porque negar a recomposição ao contratado que tenha enfrentado os ônus extraordinários antes da revisão representaria direta ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé, que presidem as relações contratuais'.*

Assim sendo, uma vez não adotada pela Comissão de Licitações nenhuma das alternativas possíveis no decorrer do certame licitatório, ante a notícia inequívoca da extraordinária e surpreendente variação cambial de 1998/1999 ocorrida posteriormente à formulação da proposta, não nos parece que a formalização da revisão da equação, após a lavratura do ajuste, espelhe irregularidade tal a macular de forma insanável a alteração contratual promovida, até porque, a teor da disciplina contida na Lei nº 8.666/93, a revisão dos preços ofertados só pode ocorrer depois da celebração do ajuste.

Todavia, não obstante toda a análise acima proposta, a questão que remanesce é entender que o fato de o contrato envolver bens originariamente importados não significa, por si só, que esteja caracterizada a obrigatoriedade da revisão dos preços, salvo quando demonstrado, cabalmente, que o evento em questão (oscilação do dólar) ensejou o desequilíbrio na relação contratual.

Cabe, portanto, a prova dos seguintes fatores: efetiva elevação dos encargos do particular, ocorrência do evento imprevisível ou sua falta de previsibilidade antes da formulação da proposta e o vínculo de causalidade entre o evento e a majoração dos encargos, e esta análise só pode ocorrer à luz do caso concreto. Passemos a ela.

b) Aspecto econômico-financeiro.

Conforme argumentado no item anterior, e pacificado em farta jurisprudência de nossos tribunais, *'o episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (Real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes'*[7].

Nesses termos, afasto, por primeiro, eventual inocorrência do evento imprevisível ou sua previsibilidade antes da formulação da proposta, uma vez que sua ocorrência restou comprovada nos autos, em princípio, pela própria intenção de desistência da proposta formulada por parte da licitante, bem como pela natureza imprevisível do evento já reconhecida, inclusive, no âmbito do Poder Judiciário. Afasta-se, de igual forma, por consequência, dúvidas sobre o nexo causal entre a referida variação cambial e a majoração dos encargos.

Resta, portanto, examinar a efetiva proporção de elevação dos encargos do particular. No exame do caso concreto, a Assessoria Técnica de Economia, à época, entendeu que não restou caracterizado o desequilíbrio, por não ter havido o desmembramento financeiro dos serviços englobados no contrato, de forma a demonstrar que a composição dos insumos importados repercutiu na definição do preço final (fls. 342/346), não obstante ter entendido que o percentual de 30% de aumento aplicado sobre os encargos iniciais mostrava-se em patamar razoável.

Ora, sobre os pareceres lançados ao longo da instrução do processo, percebe-se que prevaleceu nas análises, de forma genérica, discussão em torno do cabimento ou não do argumento do desequilíbrio econômico-financeiro, sua comprovação e consequente aplicação do dispositivo legal pertinente, sem que tenha havido, entretanto, uma abordagem direta e detalhada quanto ao conteúdo da proposta, seu objeto e finalidade.

Nesse sentido, não há como se afastar do fato de que a contratação ora analisada teve por objeto a locação de subsistema de armazenamento de dados em discos magnéticos, cujos equipamentos deveriam ser novos e importados. Assim, em se tratando de produtos importados, obviamente o dólar é a referência principal do preço proposto, seja no que toca aos custos diretos, como também para os indiretos (fretes, embalagens, seguros e outros), que são dimensionados por percentuais do custo direto, como bem afirmado na proposta da Fujitsu por ocasião da pesquisa de preços que antecedeu à licitação (fls.17 e 18 do TC nº 13.830.98-39).

Há que se perceber, portanto, que os ditos encargos iniciais, em casos dessa natureza, equivalem ao custo de mobilização e são dimensionados com base nos custos relativos ao investimento inicial, tendo nas parcelas mensais, além da remuneração da contratada, a amortização do bem ao longo do período de locação.

Nesses termos, no caso concreto, os encargos iniciais representaram 22,63% do valor da proposta, conforme pactuado, parcelados nos primeiros 06 meses de contrato[8]. A análise deste, de forma detalhada, demonstra que os encargos iniciais continham tão somente a amortização de 58% do investimento demandado pelo contrato.

Ante o exposto, considerando que o escopo do objeto contratado somente poderia ser prestado com equipamentos novos, importados e precificados em dólares americanos – conversíveis em Reais à época da efetivação da sua compra –, ao que nos parece, a discussão do quanto haveria de participação de outros serviços na composição do valor da proposta, de forma a desqualificar o reequilíbrio contratual levado a efeito, não restou cabalmente comprovada.

Nesta senda, mesmo que houvesse outros serviços relevantes agregados ao principal (locação dos equipamentos), todos estariam vinculados aos custos dos equipamentos, ou por percentuais do seu custo, ou, ainda, por serem prestados pelo fornecedor estrangeiro desses equipamentos.

Nesse sentido, não se sustentam os argumentos lançados pela não caracterização do desequilíbrio. Para nós, o valor da locação nada mais fez que refletir o custo mensal desses equipamentos, considerados, aqui, todos os fatores que concorreram para a formação do preço ofertado, tais como depreciação, taxa de juros, manutenção e operação dos equipamentos.

Assim sendo, frente ao exposto, conheço das conclusões favoráveis alcançadas pelos órgãos técnicos no Acompanhamento da Concorrência nº 10.001/98, bem como voto pela regularidade dos instrumentos em julgamento, em especial por se verificar que todos os elementos componentes da contratação foram preservados, tendo variado apenas a relação da moeda entre US$ x REAL.