



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Segunda Câmara
Sessão: 27/8/2013

26 TC-003018/003/08 - INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

Contratante: Prefeitura Municipal de Amparo.

Contratada: Comercial João Afonso Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Cesar José Bonjuani Pagan (Prefeito).

Objeto: Aquisição de 750 cestas básicas de alimentos para os servidores.

Em Julgamento: Licitação - Pregão Presencial. Contrato celebrado em 11-01-08. Valor - R\$898.200,00. Termo de Aditamento celebrado em 18-08-08. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Robson Marinho, publicada(s) no D.O.E. de 04-12-08 e 24-11-09.

Advogado(s): Isabel Cristina da Silva Rocha, Reginaldo José da Silva Rocha, Simone Cristina Papesso e outros.

Fiscalizada por: UR-3 - DSF-II.

Fiscalização atual: UR-19 - DSF-II.

Relatório

Em exame, licitação na modalidade pregão, promovida pela **Prefeitura Municipal de Amparo**, visando à aquisição de cestas básicas para 750 servidores, e os decorrentes contrato e termo aditivo, firmados com a empresa **Comercial João Afonso Ltda.**

O Edital de licitação, publicado somente no DOE e em jornal local, contou, dentre outras, com as seguintes exigências:

- apresentar amostra de todos os itens juntamente com a proposta; e
- para qualificação técnico-operacional, comprovar através de atestado, o fornecimento dos produtos que são objeto do certame.

Somente participou do certame uma empresa, Comercial João Afonso, que apresentou proposta no valor unitário de R\$ 113,00, reduzindo-a para R\$99,80 após a fase de negociação. Só consta dos autos 1 (uma) pesquisa de preços feita com a própria vencedora do certame (valor de R\$



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

111,00 por cesta), sendo que consta do Edital o valor estimado de R\$85,00 por cesta.

Com essa empresa, após a homologação e a adjudicação, foi firmado em 11/1/08 o contrato em exame, vigente por 12 (doze) meses, pelo valor total de R\$ 898.200,00.

Em 18/8/08, foi realizado um termo aditivo, visando à recomposição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, passando o valor da cesta para R\$111,78, totalizando R\$ 35.940,00, em relação às cestas que ainda não haviam sido entregues.

As partes foram cientificadas da remessa da documentação a esta Corte e notificadas para acompanhar os trâmites do processo.

A fiscalização, a cargo da UR-3, opinou pela irregularidade da matéria, apontando:

- a ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação; e
- remessa extemporânea de documentação a este Tribunal.

A Prefeitura Municipal de Amparo expôs que a ausência de publicação em jornal de grande circulação não restringiu a participação dos licitantes e nem causou prejuízo ao erário. Em relação ao envio intempestivo de documentação, disse que decorreu do remanejamento de funcionários e outras mudanças no departamento de licitações.

A ATJ, sob o aspecto econômico-financeiro, entendeu que não ficou comprovada a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis a justificar o realinhamento de preços.

Sob o prisma jurídico, opinou pela irregularidade da matéria, diante da ausência de publicação em jornal de grande circulação.

A Chefia da ATJ também alertou para a fragilidade na verificação da compatibilidade dos preços praticados com os de mercado, desde a instauração do certame, até a formalização do termo aditivo em exame.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

A Prefeitura Municipal de Amparo expôs que não inseriu no Edital exigências de índices e garantia para licitar, pois não são obrigatórias. Quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro, este é previsto no artigo 37, XXI da Constituição Federal e no artigo 65, II, "d" da Lei de Licitações; para tanto, a contratada deve demonstrar que: um evento posterior à formulação da proposta ensejou o desequilíbrio, o aumento de encargos não derivou de uma conduta culposa sua e que há vínculo de causalidade entre o evento e a majoração de encargos; a contratada demonstrou através de notas fiscais o aumento do preço de compra da cesta junto a seu fornecedor; há nos autos notícias de jornal a respeito da alta dos preços de alguns produtos. Ainda, entendeu-se que a publicação do Edital no DOE supria a necessidade de publicidade em jornal de grande circulação. Sobre a remessa extemporânea de documentação, reproduziu os mesmos argumentos já apresentados, juntando aos autos cópias de decisões em que tal falha foi relevada. Por fim, no tocante ao valor referencial, embora conste do Edital o valor unitário estimado de R\$ 85,00 por cesta, este constou ali por equívoco, tendo em vista que era o valor estimado para a contratação anterior; o preço referencial correto era R\$ 111,00, obtido em orçamento feito pela empresa Comercial João Afonso.

A empresa contratada também apresentou justificativas, procurando demonstrar que fazia jus ao reequilíbrio econômico-financeiro, trazendo tabelas para comprovar o aumento do preço pago junto ao fornecedor, a variação de preço apurada pelo IEA (Instituto de Economia Agrícola), pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estudos Socioeconômicos e pelo PROCON. Ainda, trouxe dados sobre o aumento de preços de alguns produtos¹ e alegou que foi

¹ - Soja e derivados- aumento de preço decorrente da menor oferta, que ocorreu pela troca da área de cultivo por outros alimentos, do aumento da exportação para atender à demanda dos EUA e pela inserção da soja na produção do biodiesel;

- feijão - teve alta pelo excesso de chuvas em algumas áreas e seca em outras, além da migração do cultivo para outros alimentos, como cana-de-açúcar;
- arroz - alta devido à falta de estoques e dificuldades na importação;
- trigo e derivados - a safra nacional prevista não se efetivou, pela geada, além da redução da exportação/produção pela Argentina e pelo Canadá;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

requerido o realinhamento de preço de R\$ 99,80 para R\$ 122,03, mas que este só foi concedido parcialmente - R\$ 111,78 - após uma análise morosa de 2 (dois) meses. Por fim, aduziu que não houve reajuste de preços, destacando a diferença entre reequilíbrio econômico-financeiro e reajuste.

A ATJ, no que diz respeito ao aspecto econômico-financeiro, acolheu as justificativas apresentadas.

Contudo, quanto ao aspecto jurídico, a ATJ concluiu pela irregularidade da matéria, sendo acompanhada por sua Chefia.

Os autos foram encaminhados à SDG, retornando em virtude do disposto no TC-A - 27425/026/07.

É o relatório.

bccs/



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Voto

TC-003018/003/08

As justificativas apresentadas pela Origem foram insuficientes para afastar as irregularidades apontadas na instrução do processo.

De acordo com o inciso I do artigo 4º da Lei Federal nº 10.520/02, a convocação dos interessados deverá ser feita por meio de jornal de grande circulação, conforme o vulto da licitação.

Neste Tribunal, a jurisprudência pacífica tem considerado de grande vulto, para esta finalidade, as licitações cujo valor estimado supere aquele que ensejaria a aplicação da modalidade concorrência.

No caso em tela, a contratação inicial pretendida era de 450 cestas por mês, sendo o valor médio estimado de R\$ 111,00, totalizando, para 12 (doze) meses de contrato, a estimativa de R\$ 999.000,00.

Dessa forma, o valor referencial para a contratação era superior àquele que, segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, tornaria exigível a publicação do instrumento convocatório em jornal de grande circulação.

A corroborar com o exposto, trago à colação a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, presente em seu Curso de Direito Administrativo²:

Assim, para que o pregão não se ressinta de inconstitucionalidade atacável por ação popular ou por qualquer interessado, a solução será efetuar sua divulgação por jornal de grande circulação nos casos em que esta seria obrigatória em função dos limites de valor estabelecidos pela Lei 8.666.

Ainda, não merece acolhida o argumento de que a ausência de publicação do Edital em jornal de grande circulação não tenha restringido a participação dos licitantes. Apesar de se tratar de bem comumente encontrado

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 542.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

no mercado, somente uma empresa apresentou proposta, o que pode ter sido consequência da baixa publicidade do certame.

Também, a Prefeitura Municipal de Amparo não apresentou justificativas consistentes para ter dado continuidade à licitação sem a elaboração de um orçamento mais preciso. A cotação junto a somente uma empresa - fato agravado por ter sido esta a única participante e vencedora do certame - não é suficiente para aferir a real economicidade do ajuste. Dessa forma, não foi comprovada a compatibilidade do preço praticado com o de mercado, requisito constante do inciso II do artigo 48 da Lei de Licitações.

Ainda, em relação ao fato de ter constado por equívoco do preâmbulo do edital o valor referencial de R\$ 85,00 por cesta, em vez de R\$111,00, pode ter sido mais um dos fatores a contribuir para um baixo interesse das empresas em participarem do certame.

Essas impropriedades, que comprometeram princípios basilares da licitação, previstos no artigo 3º da lei de regência - publicidade, seleção da proposta mais vantajosa, isonomia - são suficientes para concluir pela irregularidade da licitação e do decorrente contrato.

Some-se a isso a falha referente ao encaminhamento extemporâneo de documentação a este Tribunal que, por si só, não seria suficiente para concluir pela irregularidade de todo o feito, mas, quando somada às demais impropriedades, só vem a reforçar a conclusão pela irregularidade da matéria.

Como consequência, em virtude do princípio da acessoriedade, também seriam suficientes para se considerar irregular o termo aditivo em exame.

Este princípio decorre de previsão legal contida no §2º do artigo 49 da Lei de Licitações. Também, provém do artigo 184 do Código Civil, que prevê que a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Ainda que assim não o fosse, a meu ver, não houve justificativas suficientes para o reequilíbrio econômico-financeiro que foi produzido pelo termo aditivo nº 611/08.

Quando uma empresa formula uma proposta para o fornecimento de bens pelo período de 12 (doze) meses, ela já deve levar em consideração a oscilação dos valores dos produtos ao longo desse ciclo. Os produtos que compõem uma cesta básica são sazonais, sendo certo e previsível que, ao longo de 1 (um) ano, alguns dos itens sofrerão aumento e outros redução de preços. As empresas do ramo têm plena condição de calcular tais variações através de fatores históricos, já levando em consideração tais oscilações quando formulam sua proposta, evitando que tenham que suportar no futuro um ônus muito grande ou que tenham que repassá-lo à contratante através de recomposição de preços.

Nesse sentido, trago trecho de interesse do voto proferido quando da análise de situação semelhante, tratada no TC-10931/026/06³:

Em suma, não basta que a Contratada apresente notas de compra com valores maiores ao que vinha orientando seus negócios antes da contratação com a Administração. Deve, em verdade, para conseguir o benefício, abrir sua proposta analiticamente a fim de demonstrar que a majoração deste ou daquele produto inviabiliza integralmente a continuidade do fornecimento, daí não havendo na decorrente análise a ser efetuada por parte da Administração qualquer avaliação relativa à diminuição do lucro previsto inicialmente. Não pode a Administração vir suportar, por exemplo, custos adicionais, ainda que demonstrados por notas fiscais apresentadas pela contratada, decorrentes da inoperância da empresa na manutenção de seus custos junto aos fornecedores.

Tanto a Prefeitura Municipal de Amparo quanto a contratada se limitaram a tentar demonstrar o aumento do preço da cesta básica no período de janeiro a agosto de 2007, mas nada fizeram no sentido de comprovar que esse

³ Segunda Câmara; sessão de 27/4/10. Relator e. Conselheiro Renato Martins Costa



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

aumento foi excessivo quando comparado ao incremento sofrido no mesmo período, em anos anteriores.

A alínea d do inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93 possibilita que o reequilíbrio econômico-financeiro ocorra em caso de superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, hipótese de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe. Esses casos pertencem à álea econômica extraordinária e extracontratual, o que não ficou comprovado no caso em tela.

Diante do exposto, voto pela **irregularidade** da licitação, do decorrente contrato e do termo aditivo em exame e pela **ilegalidade** das correspondentes despesas, em face do descumprimento dos artigos 3º; 48, II; 49, §2º e 65, II, todos da Lei de Licitações; artigo 4º, I, da Lei Federal nº 10.520/02 e do prazo para encaminhamento de documentos determinado pelas Instruções nº 02/02, vigentes à época, aplicando-se o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, e, com fundamento no inciso II do artigo 104 dessa norma legal, pela aplicação de **multa** ao Sr. Cesar José Bonjuani Pagan, ex-Prefeito Municipal de Amparo, no valor equivalente a **200 UFESP's**, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal no prazo de 30 dias do trânsito em julgado.