



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 23-07-14 – ESTADUAL

=====
Processo: TC-0001636.989.14-7 (ref.: TC-003904.989.13-4)
Recorrente: Universidade de São Paulo – Superintendência de Assistência Social
Assunto: Pregão presencial nº 61/2013-SAS, do tipo menor preço por lote, que tem por finalidade a aquisição de produtos hortifrutigranjeiros minimamente processados.
Em julgamento: Pedido de Reconsideração do acórdão do E. Tribunal Pleno que considerou parcialmente procedente a representação.
Responsável: Waldir Antonio Jorge (Superintendente)
Advogados cadastrados no e-Tcesp: Giselda Freiria Presoto (OAB/SP nº 161.603), Hamilton de Castro Teixeira Silva (OAB/SP nº 161.750), Gustavo Ferraz de Campos Monaco (OAB/SP nº 270.454) e Adriana Fragalle Moreira (OAB/SP nº 290.141)
=====

01 – RELATÓRIO

1.1 Em sessão de 12-03-2014, o E. Tribunal Pleno considerou parcialmente procedentes as impugnações arguidas por Ceazza Distribuidora de Frutas, Verduras e Legumes Ltda. na representação que objetivou o exame prévio do edital do pregão deflagrado pela **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – SUPERINTENDÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL**, com a finalidade de adquirir produtos hortifrutigranjeiros minimamente processados.

Naquela oportunidade, o E. Plenário, acolhendo voto de minha relatoria, determinou à Universidade que adotasse as medidas corretivas pertinentes, a fim de que: *“a) inclua a exigência de licença de funcionamento do estabelecimento, expedida pela Vigilância Sanitária do Estado ou do Município onde estiver instalada a licitante, como documento de habilitação jurídica e não como de qualificação técnica; b) retifique os itens 6.1.4 c.c. 5.2 do edital e cláusula sexta da minuta do contrato, ou, caso opte por continuar a*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

adotar a sistemática combatida o faça apenas como critério de adjudicação e não como de contratação, sem prejuízo da admissão de propostas formuladas com base em boletim CEAGESP da data imediatamente anterior à da sessão pública do pregão; e c) inclua no edital cláusula de previsão de pagamento de encargos decorrentes de eventuais atrasos no pagamento”.

1.2 Inconformada com a decisão, a Autarquia ora interpõe **Pedido de Reconsideração** visando reverter a decisão exarada para considerar a representação improcedente.

Argumenta que a admissão de propostas com base em Boletim do Ceagesp, de data diversa da que foi utilizada para a elaboração do orçamento, inviabilizaria a comparação dos preços.

Aduz que a utilização como parâmetro do informe de preços de data imediatamente anterior à da sessão pública do pregão, como consignado no decisório, prejudica as licitantes que tomariam, assim, conhecimento de informação essencial para a elaboração de suas propostas a apenas um dia da entrega dos envelopes, em prejuízo da própria finalidade do prazo mínimo de oito dias úteis entre a publicação do edital e a sessão pública, estabelecido pela legislação de regência.

Em relação ao critério de pagamento estabelecido, arrazoa que o artigo 40, inciso X, da Lei federal nº 8.666/93 não se aplica à questão objeto da presente discussão, já que a vedação daquele dispositivo teria por finalidade afastar os problemas surgidos com o “*estabelecimento de limites máximos e mínimos para aceitação das propostas (faixa de variação) na extinta licitação por “preço-base” (preço de referência)*”. Desta forma, entende que a norma não proíbe que as propostas sejam feitas em função de preço de referência estabelecido no edital.

Acrescenta que a utilização de percentual sobre a tabela Ceagesp, como sistemática de pagamento, garante efetivamente a preservação da equação econômico-financeira delineada inicialmente, pois permite o constante acompanhamento das oscilações de mercado dos produtos hortifrutigranjeiros.

Nesse aspecto, defende que o caso se assemelharia ao serviço de emissão de passagens aéreas e ao gerenciamento de combustível, destacando que esta Corte não condena a utilização de taxa de administração para



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

gerenciamento de benefícios, ou de tabelas oficiais para o fornecimento de autopeças.

No que tange à ausência de previsão de multas e encargos, aponta que a Universidade não paga seus fornecedores com atraso, razão pela qual considera não haver necessidade de sua estipulação no edital.

Solicita, ao final, a inclusão da Procuradora da Universidade Adriana Fumie Aoki, OAB/SP nº 235.935-N, no quadro dos advogados cadastrados no presente processo.

1.3 A **Assessoria Técnico-Jurídica** pronunciou-se pelo conhecimento e parcial provimento do Pedido de Reconsideração, por entender não haver óbice na utilização do Boletim Informativo Diário da Ceagesp do dia 06-08-13, ao invés do referencial emitido em data imediatamente anterior à sessão pública do pregão, eis que tal procedimento nada mais seria do que uma forma de substituição da usual pesquisa de preços de mercado. Anotou que, em qualquer das hipóteses, não haveria como garantir que os preços seriam os mais próximos da realidade de mercado durante toda a execução contratual, haja vista a inegável oscilação diária de preços dos hortifrutigranjeiros.

No mais, entendeu não merecer reparo a decisão combatida, destacando que os precedentes invocados pela recorrente referem-se a objetos díspares do aqui almejado.

Destacou que a utilização de desconto sobre a tabela do fabricante não serve como parâmetro, pois a jurisprudência mais recente da Casa aceita o uso de tabelas referenciais como critério de julgamento e não de pagamento.

Por fim, pontua que a previsão de juros e multa é obrigatória, nos termos do artigo 40, inciso XIV, alíneas “c” e “d”, da Lei federal nº 8.666/93.

1.4 A **Procuradoria da Fazenda do Estado** manifestou-se pelo não provimento do apelo, mantendo-se o v. acórdão.

1.5 Por sua vez, o **Ministério Público de Contas** considerou que a pretensão merece parcial acolhida.

Ponderou não ser adequada a formulação de proposta com base em data imediatamente anterior à sessão pública do pregão, por entender que a USP, ao se utilizar do último Boletim divulgado quando da elaboração do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

orçamento, atendeu à jurisprudência desta Corte, que considera haver defasagem da estimativa somente após o interregno de 06 (seis) meses.

Nesse sentido, acrescentou não vislumbrar óbice na utilização do dia 06-08-13 como referência, ou qualquer outro diverso daquele, desde que definido previamente à divulgação do ato convocatório e dentro do período aceito pela jurisprudência desta Casa.

1.6 A **Secretaria Diretoria Geral** posicionou-se pelo conhecimento e provimento parcial do Pedido de Reconsideração.

Mencionou que a adoção do Boletim Ceagesp, de data imediatamente anterior à sessão pública, prejudicaria as licitantes, que tomariam conhecimento de informação essencial para elaboração de suas propostas apenas no dia anterior à entrega do envelopes, o que iria, inclusive, de encontro à finalidade do prazo mínimo legal.

Não obstante, obtemperou não haver razão para alteração dos demais aspectos da decisão, destacando *que “em caso de objetos da espécie, ao revés do que alega a Recorrente, esta Egrégia Corte tem aceito a eleição de critério de julgamento de propostas sobre tabela de preços, condenando, no entanto, a extensão de tal sistemática à execução contratual, como forma de remuneração da contratada”*.

Em relação à incidência de multas, decorrentes de atraso do pagamento por parte da contratada, salientou ser imposição legal, não podendo a Administração deixar de cumpri-la.

É o relatório.

2. PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 18-03-2014 e o recurso, interposto em 02-04-2014. Tempestivo, portanto.

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo conhecimento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. VOTO

3.1 De início, em relação ao pedido de cadastramento da Procuradora da Universidade dentre os advogados habilitados nestes autos, consigno que a providência deve ser efetivada nos termos do artigo 7º da Resolução 01/2011, que regulamenta o processo eletrônico.

3.2 Em nova análise da matéria, considero, na esteira das manifestações unânimes dos órgãos técnicos e do Ministério Público de Contas, que o pedido ora intentado pela Universidade merece parcial acolhimento.

Primeiramente, no que concerne à data-base do Boletim Ceagesp fixada pela Administração para a apresentação da proposta, há que se considerar dois aspectos – o orçamento estimativo e a proposta de preços.

O orçamento, conforme assente entendimento desta Corte, deve ser efetivado em período inferior a 06 (seis) meses da data de abertura do certame, de forma a possibilitar a verificação da compatibilidade dos preços com os praticados no mercado à época da efetiva realização da licitação, de acordo com o que preceitua o artigo 43, inciso IV, da Lei de Licitações.

No caso em comento, o orçamento foi realizado com base no informe referencial do dia 06-08-13 e o edital subscrito em 21-11-13, respeitando-se assim, *a priori*, o intervalo admitido por este Tribunal.

No entanto, é preciso aqui ponderar que o v. Acórdão ora recorrido foi publicado em 18-03-14, estando defasada aquela estimativa para efeitos de republicação do edital, eis que transcorridos quase 07 (sete) meses.

De outro lado, tem-se o valor a ser admitido para a formulação da proposta e a data a que ele se refere.

Julgo temerário que as licitantes sejam compelidas a elaborarem seus preços, com base em valores apurados meses atrás, eis que o mercado de hortifrutigranjeiros é reconhecidamente sazonal. Nesse aspecto é que considere, na decisão ora combatida, que a formulação da proposta deveria se dar em data mais próxima da sessão pública do pregão, refletindo, assim, preços mais próximos da realidade do mercado.

Ao contrário do alegado pela recorrente, a admissão de ofertas com base em Boletim do Ceagesp, de data diversa da que foi utilizada para a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

elaboração do orçamento, não inviabiliza a comparação dos preços, já que tanto ela, quanto as licitantes utilizar-se-iam de um mesmo parâmetro.

Reconheço, todavia, não ser o mais adequado estabelecer para tal mister o dia imediatamente anterior à sessão pública do pregão, já que, de fato, não se estaria privilegiando os princípios da segurança jurídica e da isonomia entre as licitantes.

Inobstante, tratando-se de licitação na modalidade pregão, cuja publicidade deve respeitar o prazo de 08 (oito) dias úteis, plausível que fosse estipulado como referência os preços praticados em momento próximo da divulgação do procedimento, disponibilizando-se, desta forma, prazo razoável aos interessados formularem adequadamente suas propostas, mas, ainda assim, com valores próximos da realidade do mercado.

3.3 No mais, não cabem ao presente caso os precedentes citados pela recorrente, eis que se referem a objetos diversos do aqui tratado.

Não há, ao contrário do alegado, qualquer similaridade entre o gerenciamento de abastecimento de frota e de benefícios, tais como vale-alimentação e vale-refeição, e a matéria ora tratada. Naqueles casos busca-se a melhor oferta pelo serviço a ser prestado – administração/gerenciamento –, enquanto aqui, tratando-se de fornecimento de gêneros alimentícios, pretende-se o menor preço do produto a ser fornecido. Na mesma hipótese situa-se a emissão de passagens aéreas, cujo objeto é o serviço da agência e não a aquisição dos bilhetes aéreos, como alegado pela Autarquia.

Por outro lado, o uso de tabelas referenciais só é aceita por este Tribunal como critério de adjudicação. Ocorre que, conforme se depreende da atenta leitura do edital, buscou-se a utilização do Boletim Ceagesp como forma de estabelecer os valores a serem pagos, durante a execução do contrato, procedimento reiteradamente reprovado por esta Corte.

Sobre o assunto destaco a decisão proferida nos processos TCs-1102.989.13-4, 1103.989.13-3 e 1173.989.13-8, sessão plenária de 24-07-13, Relatora a e. Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES:

“Acerca do questionamento da adoção do “maior percentual de desconto” sobre a tabela do edital, de fato, este Tribunal tem sérias restrições quanto a tal procedimento em se tratando de aquisições no âmbito do Sistema de Registro de Preços, pois, ao se registrar o percentual de desconto sobre tabela



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

que, ao longo do período de 12 meses, pode sofrer oscilação significativa, não se terá o preço firme e irreajustável.

Nessa direção, reproduzo excerto do voto exarado pelo eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, nos Exames Prévios de Edital nº. 350.989.13-3 e 354.989.13-4 em sessão de 26/06/2013:

“(...) 2.7 Já o critério estabelecido no item 8.2.2 do edital sinaliza que cada valor unitário dos hortifrutigranjeiros deve ser apresentado considerando-se, para tanto, o percentual de desconto ou de acréscimo aplicado sobre a tabela máxima oficial do CEAGESP do dia anterior à da sessão pública, devendo constar da proposta o percentual utilizado, tudo isto a título de melhor “adequar o registro de preços à característica sazonal desses alimentos”, segundo as próprias razões de defesa apresentadas.

Em tese, não haveria óbices a que se adotasse o critério de julgamento do tipo “maior percentual de desconto sobre tabela”, mesmo porque se registraria em ata o menor preço obtido na disputa, que permaneceria fixo e irreajustável ao longo dos 12 meses de sua validade.

Mas igual sorte não tem o registro em ata do “percentual de desconto ou de acréscimo aplicado sobre tabela”, pois que na contramão do art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 e da forte jurisprudência deste Tribunal, de que é exemplo o decidido pelo E. Plenário em sessão de 17-04-13, nos autos do TC-00000282.989.13-6, Relator o E. CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA.

Daí reforçar-se a convicção de que, ao subsumir-se à aplicação do modelo, a hipótese deve servir apenas como critério de julgamento, jamais podendo ser utilizada como critério de pagamento. Assim, deve a Administração registrar preços por itens e não percentuais de descontos sobre quaisquer tabelas que sejam. (...)”.

Embora se refira a licitação que objetivava registro de preços, entendo que os fundamentos da decisão acima aplicam-se ao caso concreto aqui em exame tendo em vista o teor da Cláusula Segunda da minuta do Contrato, segundo a qual os pagamentos serão feitos por percentual de desconto e não valores fixos¹. (gn)

¹ “(...) Cláusula Segunda - DO PREÇO: A Contratante pagará à Contratada pelo fornecimento do objeto do contrato, os seguintes descontos sobre os medicamentos:

Lote 0 - Medicamento Ético: 0,00% de Desconto

Lote 02— Medicamento Genérico: 0,00% de Desconto

Lote 03— Medicamento Similar: 0,00% de Desconto (...).”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse mesmo sentido foi o voto proferido pelo e. Conselheiro RENATO MARTINS COSTA, nos autos do TC-952.989.14-3 e outros, em sessão plenária de 02-04-14:

“Porém, em outro aspecto, aquele relativo ao critério de julgamento definido a partir do oferecimento de maior desconto ou menor acréscimo, aplicado sobre a coluna Preço Médio do penúltimo Boletim Diário do CEAGESP – Entrepasto Terminal de São Paulo, bem definiu esta Corte, nos autos dos eTC’s-000350.989.13-3 e 000354.989.13-4 que: “deve a Administração registrar preços por itens e não percentuais de descontos sobre quaisquer tabelas que sejam”, admitindo, entretanto, como correta a adoção de critério de julgamento que contemple propostas de maior desconto ou acréscimo sobre tabelas de preços previamente definidas no edital”.

3.3 Inaceitáveis, ainda, as alegações de USP de que deixou de prever cláusulas de multa e encargos, em razão de não efetuar pagamentos em atraso.

Ora, o estabelecimento de atualização financeira e penalizações são imposições dos artigos 40, inciso XIV, alíneas “c” e “d”² e 55, incisos III e VII³, ambos da Lei federal nº 8.666/93, não podendo a recorrente furtar-se de seu cumprimento.

3.4 Em consequência, acolho os pareceres dos órgãos técnicos e do Ministério Público de Contas e dou **PROVIMENTO PARCIAL** ao Pedido de Reconsideração, exclusivamente para que se admita como referência para a

² Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; [\[Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\]](#)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;”

³ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

formulação de propostas os preços praticados em momento próximo à divulgação do procedimento, por refletir valores mais condizentes com a realidade do mercado.

Sala das Sessões, 23 de julho de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO