



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



03-09-13

SEB

=====

59 TC-036255/026/06

Contratante: Prefeitura Municipal de Guarulhos.

Contratada: Agência de Desenvolvimento de Guarulhos - AGENDE.

Autoridade que firmou o Instrumento: Luciano Felintro da Silva
(Secretário Municipal do Trabalho).

Objeto: Prestação de serviços especializados para execução de atividade na área técnico-pedagógica do Programa Bolsa Auxílio ao Desemprego, mediante disponibilização de técnicos para ministrar aulas e acompanhamento de funcionamento de subprogramas.

Em Julgamento: Termo de Aditamento celebrado em 20-08-08.
Apostilamento em 16-10-08.

Advogados: Antonio Carlos Zovin de Barros Fernandes e outros.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Esta Câmara, na sessão de 12-02-08 (fl. 266), julgou regulares o pregão presencial nº 259/06 e o contrato nº 245/06, de 17-10-06, celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS** e a **AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DE GUARULHOS - AGENDE**, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados para execução de atividade na área técnico-pedagógica do Programa Bolsa Auxílio ao Desemprego, mediante disponibilização de técnicos para ministrar aulas e acompanhamento de funcionamento de subprogramas em etapas, com grade de formação e carga horária, com prazo de vigência de 24 meses, a contar de 18-10-06, no valor de R\$ 3.088.800,00.

Posteriormente, também foi julgado regular, com recomendações (fls. 329), o termo de rerratificação nº 01-245/2006, de 28-01-08, que teve por finalidade apenas o remanejamento dos recursos orçamentários entre os exercícios em razão do retardamento do início da execução contratual.

1.2 Agora estão em exame:

a) o termo de aditamento nº 01-245/2006, de 20-08-08



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



(fls. 367), extrato publicado em 26-08-08 (fl. 371), que teve por finalidade:
a) incluir no termo contratual cláusulas de reajustamento¹ e de prorrogação²; b) prorrogar por mais 24 dias o prazo de vigência do ajuste;
c) fixar o valor do instrumento em R\$ 3.088.800,00;

b) o apostilamento de 16-10-08 (fl. 382) que reajustou em 10,37% o valor da hora aula de R\$ 0,65 para R\$ 0,72 e o valor do contrato em R\$ 152.640,00; elevando o total ajustado para R\$ 3.421.440,00.

1.3 As partes se deram por cientes da remessa do instrumento contratual a esta Corte e notificadas para acompanhar os trâmites do decorrente processo por meio de publicações na imprensa oficial (fl. 368).

1.4 A **Fiscalização** (fls. 384/388) destacou a vedação de reajuste de preços consoante o disposto no Anexo I³ do edital (fl. 75) e na cláusula 4^a, item 4⁴, do contrato e sugeriu a oitiva da **Assessoria Técnico-Jurídica**, que, por sua vez, propôs abertura de prazo às partes para apresentação de alegações, acrescentando outro questionamento, qual seja, a falta de previsão de prorrogação do prazo de vigência do ajuste (fls. 390/391).

1.5 A **D. Secretaria-Diretoria Geral** (fls. 393/394), embora destacando a existência de previsão para prorrogação de prazo na minuta do contrato (fl. 82), corroborou a proposta formulada por ATJ porque o termo contratual excluiu essa possibilidade, bem assim porque houve expressa proibição de reajuste de preços.

1.6 O e. **Conselheiro Relator** assinou às partes o prazo comum de 30 dias (fl. 395), nos termos e para os fins previstos no artigo 2º, XIII, da Lei Complementar estadual nº 709/93.

¹ **"REAJUSTAMENTO** – O(s) preço(s) expresso(s) neste contrato poderá(ão) ser reajustado(s), anualmente, pelo IPCA – IBGE, obedecidas as indicações do ato convocatório e desde que transcorridos, no mínimo 12 (doze) meses."

² **"PRAZO DE VIGÊNCIA:** O prazo de vigência deste Termo é de 24 (vinte e quatro) meses, compreendendo o período de 18/10/2008 a 18/10/2010."

³ **"REAJUSTAMENTO DE PREÇOS:** não haverá".

⁴ **"REAJUSTAMENTO** – O preço expresso neste contrato será irrealizável."



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.7 A **Prefeitura de Guarulhos** (fls. 399/455), por sua Procuradora Municipal, alegou:

a) a possibilidade de prorrogação do ajuste foi conhecida através do instrumento convocatório, fato constatado pela D. SDG, e sua exclusão no momento da celebração do ajuste *“em nada afetou a competitividade da licitação, pois neste momento a relação se restringiu à empresa vencedora”*;

b) além disso, o objeto contratual refere-se a serviços de natureza continuada, o que torna possível a prorrogação de prazo, mesmo sem previsão editalícia, pela inteligência do artigo 57, II, da Lei nº 8.666/93, que admite o prolongamento por até 60 meses;

c) a despeito da existência de posição minoritária na doutrina, que defende que a prorrogação de prazo deveria estar prevista em edital, o entendimento majoritário *“sustenta que tal interpretação conferiria ao texto da lei uma extensão não pretendida pelo legislador. Primeiramente, porque o artigo 40 da Lei 8666/93, dispositivo que determina as cláusulas obrigatórias do edital, em nenhum dos seus incisos e parágrafos menciona a obrigatoriedade de previsão de prorrogação”*, tese que procura sustentar colacionando lições do saudoso DIÓGENES GASPARINI;

d) a possibilidade de prorrogação de prazo é questão que deve ser decidida dentro do poder discricionário da Administração, respeitados os princípios da eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade, sem contar o fato de que durante a vigência inicialmente prevista não foi efetuado nenhum reajuste;

e) com a prorrogação do prazo de vigência, *“abalou-se a equação econômico-financeira inicial do contrato, passando a contratada a sofrer um ônus excessivo perante o Município, algo não desejado quando o pacto foi firmado; assim, “o princípio do pacta sunt servanda é relativizado, tendo lugar a aplicação da cláusula ‘rebus sic standibus’, que ordena a necessidade de reequilibrar o ajuste”*;

f) assim, com fulcro nas lições de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO e MARÇAL JUSTEN FILHO, procurou diferenciar os institutos do reajuste de preços e da revisão, figura similar à repactuação, que ocorre sempre que se prevê a renovação de contrato de execução continuada e consiste numa avaliação da variação dos componentes dos custos necessários à execução contratual, comparando-se dois momentos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



históricos, tal qual ocorreu no caso em tela, não sendo necessária sua anterior previsão editalícia.

1.7 Analisadas as razões de defesa, a ilustre **Chefia da Assessoria Técnica** (fl. 457) entendeu que foram violados, a uma só vez, *“os princípios da isonomia (ocasionando privilégios à contratada), da vinculação ao edital e da proposta mais vantajosa para a Administração”*. Destarte, opinou pela irregularidade do aditivo em exame.

1.8 A D. **SDG** devolveu os autos ao Gabinete sem a emissão de parecer, em decorrência das orientações traçadas no TC-A-027425/026/07.

2. VOTO

2.1 Em que pese o esmero com que foram apresentadas, as razões de defesa não são suficientes para afastar os questionamentos suscitados.

Ainda que na minuta do ajuste tenha sido admitida a prorrogação de prazo, esta não foi inserida no instrumento contratual, o que, *per se*, já resulta em afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, positivado nos artigos 3º, *caput*; 41; 43, IV e V; da Lei nº 8.666/93, segundo o qual *“Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”*.

Tal falha, contudo, até poderia ser relevada se fosse isolada. Ocorre que dela derivou outra, de maior gravidade, que tem potencial suficiente para fulminar a atuação administrativa e impedir o beneplácito desta Corte.

É que no caso concreto não houve desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial do contrato a justificar a aplicação da revisão ou repactuação de preços, como pretende a defesa, porquanto não resultou caracterizada a hipótese prevista no artigo 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, qual seja, a ocorrência de *“fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



extracontratual”.

De acordo com a cláusula de reajustamento transcrita alhures (nota de rodapé nº 1), a Administração elegeu o IPCA – IBGE como índice de reajuste de preços do contrato e, efetivamente, o reajustou em 10,37%, resultado da variação do referido índice entre o mês de outubro/06 a agosto/08, elevando o valor da hora/aula de R\$ 0,65 para R\$ 0,72 e o total do contrato de R\$ 3.088.800,00 para R\$ 3.241.440,00, conforme se verifica na memória de cálculo (fl. 380) utilizado para a assinatura do apostilamento em exame.

Mas não é só.

A tese de que a natureza do objeto se refere a serviços continuados também não merece acolhida. Embora este caso verse sobre prestação de serviços, a Administração pretendeu contratar um número certo de horas/aula (2.376.000). No caso, o prazo serviu apenas para que a Administração pudesse exigir o cumprimento da prestação de forma a alcançar o interesse público pretendido; assim, esgotado o número de horas/aula, consumado foi o objeto.

Tanto assim que o “Anexo I – Memorial Descritivo” do edital (fl. 75) e a cláusula quarta do ajuste inicial, item 4 (fl. 239), expressamente determinaram que o preço pactuado seria “*irreajustável*”, não havendo falar sequer em ausência de previsão no edital, mas de expressa proibição, hipótese que sepulta de vez os argumentos da defesa.

Portanto, mais uma vez, a administração descumpriu o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que nada mais é do que a lei interna da licitação.

Sobre o tema, importante destacar o entendimento do ilustre CARLOS ARI SUNDFELD, para quem o princípio da vinculação ao edital cumpre triplo objetivo: aferra a administração ao direito, impede a criação de etapas *ad hoc* ou a eleição de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar um licitante e evita surpresas para os participantes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que pretende a Administração⁵.

A atitude da Administração também violou o princípio da isonomia, porquanto, se à época da formulação de propostas os demais licitantes soubessem que o ajuste seria prorrogado e os preços reajustados, certamente teriam condições de participar da disputa com

⁵ *Licitação e Contrato Administrativo*, editora Malheiros, 2ª ed., São Paulo, 1995, p. 21.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



preços mais competitivos.

2.2 Diante do exposto, julgo **irregulares** o termo aditivo e o apostilamento de reajuste em exame e ilegais as despesas decorrentes.

Determino as providências previstas no artigo 2º, XV e XXVII, da Lei Complementar estadual nº 709/93, ciente este Tribunal, em 60 dias, das providências adotadas.

Aplico pena de multa ao Responsável (Luciano Felinto da Silva, ex-Secretário Municipal do Trabalho), nos termos do artigo 104, II, da Lei Complementar referida, por infração aos dispositivos legais mencionados nesta decisão que, à vista do valor das despesas efetuadas e de sua natureza, fixo no equivalente pecuniário de 300 UFESPs (Trezentas Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), a ser recolhido no prazo de 30 dias.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO