

AUTOS DO PROCESSO Nº: 1088758 - 2020 (Denúncia)

1 – DA IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia oferecida por **FERNANDO SYMCHA DE ARAÚJO VIEIRA**, com **pedido liminar de suspensão cautelar do certame**, em face de possível irregularidade ocorrida no âmbito do **Pregão Presencial nº 010/2020, Processo nº 017/2020** da **Prefeitura Municipal de São Sebastião da Vargem Alegre/MG**, cujo objeto é *“ [...]a aquisição de pneus, câmara de ar, e capacetes e material de borracharia, para atender todas as Secretarias. ”*

2 - DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

Protocolizada em 13/03/2020, sob o nº 6027211, a denúncia veio instruída com vários documentos, dentre os quais se destacam: cópia do Acórdão nº 73/2010 – TCU – PLENÁRIO - e cópia do edital e anexos do **Pregão Presencial nº 010/2020, Processo nº 017/2020**.

Após o seu recebimento pelo Conselheiro-Presidente Mauri Torres, fl. 34, a denúncia foi distribuída à relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, em 16/03/2020, fl. 35, que, mediante o despacho de fls. 36/37, determinou, como medida de instrução processual, a intimação do senhor Claudiomir José Martins Vieira, Prefeito de São Sebastião da Vargem Alegre, e Thaisa Ferreira Caetano, Pregoeira Municipal, para encaminharem “[...] cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame, bem como para que tomem conhecimento do inteiro teor da denúncia e para que apresentem os esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos denunciados.”, assim como o encaminhamento dos autos a esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação para exame, no prazo de cinco dias, devendo, ao final, retornarem conclusos.

Salienta-se que o presente estudo técnico abordará apenas a questão que fora trazida pela Denunciante, qual seja, a ausência de cláusula com critério de reajuste de preços nos termos do art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, ambos da Lei 8.666/93.

2.1. Da denúncia

2.1.1. Da ausência de cláusula com critério de reajuste de preços nos termos do art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, ambos da Lei 8.666/93

O inconformismo do Denunciante decorreu do fato de não constar do edital em tela cláusula com critério para reajuste de preços, o que estaria, no seu entender, ferindo o disposto no art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, ambos da Lei 8.666/93

A Denunciante afirmou que a referida cláusula decorre da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante toda a execução contratual.

Também informou que “[...] *um dos institutos utilizados para manutenção de tal equilíbrio, é o reajustamento dos preços que visa reestabelecer o preço real da proposta [...]*”.

Colacionou jurisprudência do Tribunal de Contas da União que socorre o seu entendimento.

O autor da denúncia entendeu que havia elementos suficientes para a concessão de medida cautela, alegando que “[...] *há lastros evidentes de dano irreparável ao direito pretendido, assim como verossimilhança das alegações.*”

Para o Denunciante,

“O **periculum in mora** reside no fato de a demora da apreciação do mérito da presente questão, resultar em um dano irreparável antes da decisão desta corte, tendo em vista que a data da abertura do pregão será no **dia 17 de março de 2020**, portanto, cerceando a participação das empresas interessadas que não possuam tal documento.”

“O **fumus boni iuris**, como já exposto anteriormente, encontra amplo amparo legal, tendo em vista que as medidas apontadas no edital são restritivas e afetam a ampla competitividade, portanto, atentando contra os artigos 3º, 40, XI e 55, III, todos da Lei 8.666/93.

Ao final requer o Denunciante a instauração da representação, a concessão da medida liminar de suspensão e a apuração dos fatos.

ANÁLISE

Primeiramente, registre-se que a cláusula de reajuste dos preços pretende evitar que o contrato venha a ter, na fase de execução, sua equação econômica financeira rompida,

ruptura essa decorrente de elevação dos custos da produção. Tal cláusula se insere na etapa de planejamento, ocasião em que se opta por aquela que melhor reflita a realidade do contrato, e aplica-se após um ano, possuindo caráter prospectivo.

A cláusula de reajuste é justificada pelo período de alta inflação em que foi concebida à época da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, extremamente casuística ao tratar do reajuste de preços, para fazer face aos efeitos da desvalorização da moeda, conforme pode ser verificado em diversos de seus dispositivos que tratam de tal tema:

Art. 40. O edital conterá 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:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

[...]

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;

[...] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...] § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Ademais, o reajustamento - e sua obrigatoriedade - é disciplinado pela Lei Federal nº 10.192/2001, cujo artigo 3º prescreve que os contratos celebrados pelos entes da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MATÉRIAS ESPECIAIS
COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO



Administração Pública municipal, estadual e federal, serão reajustados na periodicidade anual, *in verbis*:

Art. 3º. Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Nos contratos de duração superior a 12 (doze) meses, o reajuste é um dos instrumentos de que dispõe a Administração para sua alteração, sendo decorrente de eventos previsíveis. Deve retratar, nos termos da lei, a variação efetiva dos custos dos insumos utilizados pelo contratado, desde a data da apresentação da proposta/orçamento até a data do adimplemento.

Parte da jurisprudência, no entanto, vem entendendo que em todos os contratos, mesmo aqueles com prazo de duração igual ou inferior a 12 (doze) meses, a cláusula de reajuste é indispensável, pois frequentemente são promovidas prorrogações contratuais pela Administração Pública, indo além do prazo de vigência inicial.

Nesta linha de inteligência, colacionamos entendimento desta Corte de Contas, nos autos da Representação nº 951339, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, em acórdão publicado no dia 01/03/2018:

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA O FORNECIMENTO DE CBUQ FAIXA C E EMULSÃO RRIC PARA OPERAÇÃO TAPA BURACOS. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA MÁXIMA PARA LOCALIZAÇÃO DA USINA EM RELAÇÃO AO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS E DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DA FIXAÇÃO DE CRITÉRIO PARA REAJUSTE DE PREÇOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA.

[...]

3. Em todos os contratos administrativos, mesmo naqueles com prazo de duração inferior a 12 (doze) meses, a cláusula de reajuste é indispensável, o que

se justifica, vez que não é rara a necessidade de prorrogação de prazo de vigência para além do previsto.

Ocorre que este mesmo tema foi objeto de prejulgamento de tese firmado por esta Corte na Consulta nº 761137, de relatoria do então Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

Naquela oportunidade, o representante da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, na condição de consulente, arguiu acerca da possibilidade de se proceder a reajustes de contratos administrativos, com vigência de 12 (doze) meses, prorrogável até o limite inserto no artigo 57, inciso II da Lei nº 8.666/1993, mesmo não havendo previsão editalícia para tanto, *in verbis*:

Conforme afirma Marçal Justen Filho, o Reajuste visa à recomposição do valor real da moeda, ou seja, compensa-se a inflação com a elevação nominal da prestação devida. Afirma o citado jurista: “Não há benefício para o particular na medida em que o reajustamento do preço tem natureza jurídica similar [1]¹ à da correção monetária”. [2]²

Nesse mesmo sentido, Adilson Dallari afirma que “há apenas correção do valor proposto, ou seja, simples alteração nominal (...) da proposta do licitante vencedor, sem aumento ou redução real do valor do contrato”. Assim, não existe efetiva alteração “de coisa alguma, mas sim simples manutenção de valor”.

Portanto, tem-se que, ainda que não haja previsão expressa no edital ou no instrumento contratual quanto à forma como se dará o reajustamento de um contrato de prestação de serviços com prazo de duração superior a 12 (doze) meses [3]³, não há dúvidas de que é devido o Reajuste, tendo-se em vista a preservação do valor real inicialmente contratado. (destaque no original)

A interpretação literal do art. 40, XI da Lei 8.666/93, neste caso, implicaria admitir a ocorrência de indesejável desequilíbrio contratual, ensejando enriquecimento sem causa do Poder Público.

¹ [1] Embora se afirme que a natureza jurídica é “similar”, não se deve confundir o instituto da correção monetária com o reajuste contratual, de modo que a previsão de ambos em um contrato administrativo é perfeitamente possível. A correção monetária é utilizada como forma de manter o valor inicial de um contrato, erodido pela inflação, pelo fenômeno de desvalorização da moeda nacional. Por outro lado, o reajustamento visa à revisão do montante pactuado tendo em vista fatores mercadológicos, como custos de execução e remuneração, que alteram os preços e, em consequência, repercutem na avença.

² [2] JUSTENFILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª edição. São Paulo: Dialética, 2000, p. 407.

³ [3] Nos termos do §1º do artigo 3º da Lei Federal 10.192/01, o reajuste dos contratos administrativos somente é permitido após doze meses da data limite para a apresentação da proposta em licitação. Todavia, é importante ressaltar que essa restrição temporal incide apenas nas hipóteses de reajustamento, não sendo oponível nos casos em que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato foi abalado por evento inevitável, imprevisível, ensejando a aplicação da teoria da imprevisão.

Outrossim, o edital em análise traz a seguinte previsão quanto à possibilidade de reajuste de preços:

*“15.1 – Os preços propostos poderão ser objeto de repactuação entre as partes, com base na adequação aos novos preços de mercado, devendo a contratada justificar e comprovar os **reajustes** praticados com notas fiscais e planilhas, respeitadas as disposições legais vigentes. ” (grifamos)*

Também, há na minuta do contrato a possibilidade de revisão, nos termos de sua cláusula décima:

“Este Contrato somente sofrerá alterações ante circunstâncias de fatos supervenientes, consoante disposições do art. 65 da Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, por meio de Termo Aditivo, numerado em ordem crescente e publicado no Diário Oficial. ”

Depreende-se, pois, que o edital prevê a possibilidade de **reajuste** dos preços, quer seja por questões de mercado, nos termos da cláusula editalícia 15.1, e de **revisão** em razão de circunstâncias de fatos supervenientes, nos termos da cláusula décima da minuta do contrato, em que pese não constar o critério de reajuste de preço, ou seja, o índice a ser adotado pela Administração nos moldes do art. 40, inciso XI, e art. 55, III, ambos da Lei 8.666/93.

Acerca da previsão ou não dos critérios de reajuste de preços, mister se faz registrar, também, os entendimentos jurisprudenciais.

Esta Corte de Contas já se manifestou que o reajuste dos contratos administrativos ocorre independente de previsão expressa nos certames acerca dos critérios, conforme se verifica nos autos da Denúncia nº 944685, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres, em acórdão publicado no dia 24/03/2017:

[...]

2. Apesar de o art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993 estabelecer a necessidade de definição critério para reajuste de preços, a ausência do índice específico que será utilizado para a correção da perda inflacionária no período de 12 meses no edital e no contrato não obsta a atualização dos preços contratados.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União, nos autos do Acórdão nº 2205/2016, de relatoria da Ministra Ana Arraes, entendeu pela obrigatoriedade de fazer constar nos editais de licitação os critérios de reajuste de preços, mesmo na hipótese de contratos com duração inferior a 12 (doze) meses:

Entretanto, o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital, cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço.

Por fim, registre-se o entendimento esposado pelo Relator na sua decisão liminar:

Vale, ainda, ressaltar que este Tribunal já reconheceu que o fornecedor possui direito ao reajuste dos preços dos produtos licitados, mesmo o edital estando silente sobre a matéria. Nesse sentido, infôrmo que, nos autos da Denúncia nº 1.084.662, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, ao analisar suposta irregularidade idêntica à suscitada nos presentes autos, indeferiu pedido de suspensão liminar de procedimento licitatório com base nos seguintes argumentos:

*(...) em relação ao apontamento da denúncia (iii) relacionado à **falta de critérios de reajuste de preços**, e tendo em vista o procedimento escolhido na licitação, qual seja, registro de preços, compartilho o entendimento deste Tribunal² no sentido de que “a ausência do índice específico que será utilizado para a correção da perda inflacionária no período de 12 meses no edital e no contrato não obsta a atualização dos preços contratados”. Vejamos: (negrito nosso)*

DENÚNCIA. EXIGÊNCIA DE BANDEIRA PARA POSTO DE GASOLINA. IRREGULARIDADE SANADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE REAJUSTE DE PREÇOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO CERTAME. RECOMENDAÇÃO. [...] 2. Apesar de o art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993 estabelecer a necessidade de definição de critério para reajuste de preços, a ausência do índice específico que será utilizado para a correção da perda inflacionária

no período de 12 meses no edital e no contrato não obsta a atualização dos preços contratados. [...] (Grifei)

Extrai-se da fundamentação do julgado:

[...]

[...] constata-se que a ausência de previsão de critério de reajuste de preços no edital do Pregão Presencial n. 04/2015 – apontada como irregular pelo órgão ministerial – não provocaria, por si só, os efeitos danosos mencionados pelo Parquet decorrentes das variações inflacionárias. Isso porque a Administração Municipal poderia ter corrigido a perda inflacionária do valor contratado, com base em índices oficiais, caso tivesse sido superado o prazo de 12 meses entre a assinatura da ata de registro de preços e o término do último contrato firmado com lastro na ata.

Portanto, entendo que o referido apontamento também não possui o condão de representar possível risco à competitividade do certame e tampouco ao erário.

Além disso, deve-se levar em conta o risco concreto de prejuízo ao erário com a paralisação do certame e a eventual deflagração de outros procedimentos para atendimento à necessidade administrativa. Nessa linha, diante da ausência de indícios de que as cláusulas questionadas pelo denunciante possam comprometer de forma concreta os resultados da licitação e a execução do objeto contratual, de relevância ao atendimento dos interesses públicos, entendo que a paralisação do certame e a consequente repetição de atos ou deflagração de outros procedimentos pode acarretar custos superiores a hipotéticos benefícios [...].

Portanto, com a devida vênia das argumentações do denunciante, afastada a plausibilidade jurídica quanto às irregularidades das cláusulas citadas na denúncia; à míngua de demonstração de efetivo prejuízo à competitividade; diante do risco de dano inverso com a suspensão do certame pela essencialidade e natureza dos serviços pretendidos e, por fim, vislumbrando prejuízos concretos com a deflagração de outros atos ou procedimentos pela Administração, nesse juízo perfunctório e urgente, indefiro o pleito liminar, sem prejuízo da propositura de outras medidas ao longo ou ao fim da instrução.

Diante do exposto, tendo em vista o comando das cláusulas 5.8. e 5.8.1 do Anexo VIII do edital e seguindo a linha de argumentação desenvolvida na decisão monocrática proferida nos autos da Denúncia nº 1.084.662, não vislumbro, no presente momento, indício veemente de irregularidade no edital (“fumaça do bom

*direito”), motivo pelo qual, com fundamento no art. 60, caput, da Lei Complementar Estadual nº 102/20083, **indefiro** o pedido da denunciante de suspensão liminar do Processo Licitatório nº 032/2020 – Pregão Presencial nº 013/2020 – Registro de Preços nº 09/2020, promovido pela Prefeitura Municipal de Martins Soares.*

Interpretando o edital em tela sob a luz dos entendimentos acima mencionados, tem-se que, mesmo diante da ausência de critério de reajuste de preços em instrumentos convocatórios, permanece o direito da futura contratada em obter uma correção dos valores originais, caso as partes optem por prorrogar a vigência do contrato para além dos 12 (doze) meses iniciais.

Diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica entende que a denúncia não merece prosperar, vez que presente no edital em comento cláusulas de reajuste de preços (item 15.1), a que o edital denomina de repactuação, bem como cláusula de revisão dos preços, nos termos da cláusula décima da minuta contratual.

Todavia, em que pese não constar o critério de reajuste de preços, adota-se a tese de que a cláusula em comento se faz dispensável no edital diante da obrigatoriedade da lei.

Contudo, considerando a controvérsia acerca do tema e como forma de garantir uma maior segurança jurídica aos contratos administrativos firmados pelo Município, pode-se recomendar aos gestores públicos que, nos futuros editais, façam constar a previsão do critério de reajuste de preços, como medida de boa prática administrativa.

3. DA CONCLUSÃO

Após análise da denúncia oferecida por **FERNANDO SYMCHA DE ARAÚJO VIEIRA**, com **pedido liminar de suspensão cautelar do certame**, em face de possível irregularidade ocorrida no âmbito do **Pregão Presencial nº 010/2020, Processo nº 017/2020** da **Prefeitura Municipal de São Sebastião da Vargem Alegre/MG**, cujo objeto é “ *[...]a aquisição de pneus, câmara de ar, e capacetes e material de borracharia, para atender todas as Secretarias.* ”, esta Unidade Técnica entende que a **denúncia é improcedente**, vez que presente no edital em comento cláusulas de reajuste de preços (item 15.1), a que o edital



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MATÉRIAS ESPECIAIS
COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO



denomina de repactuação, bem como cláusula de revisão dos preços, nos termos da cláusula décima da minuta contratual.

ssu posto, entende-se que a denúncia pode ser julgada **improcedente**, com resolução do mérito, e os autos podem ser arquivados.

Contudo, considerando a controvérsia acerca do tema e como forma de garantir uma maior segurança jurídica aos contratos administrativos firmados pelo Município, pode se recomendar aos gestores públicos que, nos futuros editais, façam constar a previsão do critério de reajuste de preços, nos termos da legislação regente, como medida de boa prática administrativa.

Por fim, diante de todo o exposto, entende-se que **não estão presentes os requisitos ensejadores da concessão de medida cautelar** requisitada pelo Denunciante.

À consideração superior,

DFME/CFEL, 11 de maio de 2020.

Filipe Eugênio Maia Ballstaedt
Analista de Controle Externo
TC – 1457-2