Resposta SEI-GDF - METRO-DF/PRE/CEL.CONC.02/2018

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO Nº 00097-00004868/2018-01

REFERÊNCIA: Concorrência nº 02/2018-METRÔ-DF

OBJETO: Contratação de empresa para execução de Obras Civis para Expansão da Linha 1 – Trecho Samambaia do METRÔ-DF.

I. DAS PRELIMINARES:

1. Impugnação interposta tempestivamente pela empresa Telar Engenharia e Comércio S.A., com fundamento na Lei Nº 8.666/93 e Lei Nº 10.192/2001.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

2. Em resumo, a Impugnante contesta a forma de reajustamento dos preços do contrato, conforme redação prevista no item 15.1 do Edital. Alega que no Art. 3º da Lei Nº 10.192/2001, é previsto que os contratos "serão reajustados", diferentemente do que está estabelecido em edital, cujo termo é: "poderão ser reajustados", trazendo à Administração o dever da aplicação do reajuste e não uma faculdade. Questiona que no § 1º, do Art. 3º, do mencionado normativo legal, é previsto que a periodicidade anual de reajuste dos contratos é contado a partir da data limite para apresentação das propostas, ou do orçamento a que essa se referir. Por sua vez, o Edital estabeleceu a data de assinatura do contrato, como marco de reajuste dos preços. Alega ser "suficiente o alcance do período de um ano da data da proposta para sua direta e automática aplicação", do reajuste dos preços, independente de requerimento ou termo aditivo. Contesta o fato do Edital ter sido assinado em 20/09/2018 e o orçamento de referência ser de janeiro de 2018, o que atentaria contra o Art. 7º, § 2º, inciso II da Lei nº 8.666/93. Afirma que nesse período dois dos insumos da obra, "trilhos" e "AMVs", sofreram acréscimos na ordem 20% em virtude de variação cambial.

III. DO PEDIDO DA IMPUGNANTE

3. Requer a Impugnante:

a) corrigir a cláusula de reajustamento de preços, de forma a eliminar a expressão "poderá ser reajustada" e substituí-la por "será reajustada";

b) eliminar a expressão "mediante requerimento da contratada";

c) modificar a data de contagem do prazo para o reajuste, passando a ser "a partir da data de entrega das propostas"; e

d) atualizar a preços de mercado a Planilha Orçamentária Referencial.

IV. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

4. Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade da referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta na forma e prazo estabelecidos em Edital. Assim dispôs o capítulo 4 do Instrumento Convocatório:

> 4.1. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o presente Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº. 8.666/93, do Decreto Distrital nº.

26.851/2006, e da Lei Complementar nº. 123/2006, devendo fazê-lo via e-mail, para o correio eletrônico licitacao.samambaia@metro.df.gov.br, ou, ainda, presencialmente, no Departamento de Recursos Materiais - ARM, **em até 5 (cinco) dias úteis** anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, cabendo à CEL decidir sobre a petição em até **3 (três) dias úteis.**

4.2. Decairá do direito de impugnar os termos do Edital a licitante que não o fizer até o **2º (segundo) dia útil** que anteceder a abertura da sessão pública, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

4.3. As impugnações deverão ser endereçadas ao Presidente da CEL, com a citação do número de série do Edital, contendo, obrigatoriamente, sob pena de não serem conhecidos:

4.3.1. Qualificação completa do peticionário (Razão social, CNPJ, endereço e telefone, em se tratando de empresas; e nome, RG ou CPF, endereço e telefone, em se tratando de cidadãos);

4.3.2. Objeto da petição com a identificação dos atos e documentos questionados e a sua fundamentação;

4.3.3. Fundamentação do pedido;

4.3.4. Data e assinatura (Nome do signatário e cargo exercido, em se tratando de empresas);

4.3.5. Instrumento público ou particular de procuração (firma reconhecida) acompanhada do contrato social, que credencie o peticionário, para os casos de constituição de representantes;

4.3.6. Conter documentos anexados originais ou por meio de cópias autenticadas.

5. A data de abertura da sessão pública ficou estabelecida para o dia 23/10/2018, conforme item 2.1 do Edital. A impugnação foi recebida por e-mail em 16/10/2018, sendo portanto, tempestiva. Quanto a forma, constatou-se plenamente satisfeitos os itens 4.3 a 4.3.6 do Edital. Dessa forma, será o mérito analisado.

6. No que se refere aos itens 3. a); e 3. b), destacamos a redação dos itens 15.1 do Edital e 3.3 da Minuta de Contrato, conforme 1ª Retificação ao Edital da Concorrência Nº 02/2018:

Item 15.1 do Edital:

15.1. O valor contratado será fixo e irreajustável, porém poderá ser corrigido anualmente mediante requerimento da contratada, observado o interregno mínimo de um ano da assinatura do contrato, adotando como marco a data-base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo.

Item 3.3 da Minuta de Contrato:

3.3. O valor consignado neste Contrato é fixo e irreajustável, porém poderá ser corrigido anualmente mediante requerimento da contratada, observado o interregno mínimo de um ano da assinatura do contrato, adotando como marco a data-base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo.

7. Acerca da concessão do reajuste de forma automática, destacamos o Parecer Nº 02/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU da Advocacia-Geral da União – AGU:

(...)

33. Evidente, pois, que a repactuação exige uma conduta ativa do particular do contratado face à Administração, no sentido de requerer, formal e justificadamente, o reajustamento dos preços contratados, fazendo prova da efetiva alteração de custos.

34. Nessa linha de intelecção, a inércia do contratado em pleitear a repactuação de preços do contrato a que já fizer jus por ocasião da subsequente renovação do

> contrato administrativo equivale, de acordo com a tese adotada pelo TCU e pela AGU, à aceitação dos valores até então contratados, ou, ainda, à renúncia tácita ao reajustamento que lhe seria devido.
>
> 35. Assim, não é dado ao contratado, após a assinatura do termo aditivo de prorrogação do prazo de vigência contratual, requerer a repactuação dos preços ajustados, pois tal conduta se mostra contraditória em relação à anterior aceitação dos preços contratados (ou à renúncia tácita ao reajustamento), configurando, pois, a preclusão lógica do direito de repactuar os preços do contrato.
>
> 36. Entender de modo diverso implicaria, sob essa ótica, admitir o comportamento contraditório da empresa contratada, em violação ao princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, corolário da cláusula geral da boa-fé objetiva.
>
> 37. O mesmo não pode ser dito, entretanto, em relação ao reajuste em sentido estrito, Isso porque o reajuste consiste na **aplicação automática** de índices gerais, específicos ou setoriais, que refletem as elevações inflacionárias ou as reduções deflacionárias. É justamente **a nota da automaticidade do reajuste em sentido estrito** que afasta a incidência da preclusão lógica em relação a esse critério de reajustamento.
>
> 38. Deveras, como leciona Marçal Justen Filho. "**o reajuste é procedimento automático**, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste consiste em consequência de uma espécie de presunção absoluta de desequilíbrio".

8. Nessa mesma linha, recentemente, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PGDF, por meio do Parecer Jurídico SEI-GDF n.º 440/2018 - PGDF/GAB/PRCON, assim entendeu:

> PARECER N° 440/2018 - PRCON/PGDF. APROVAÇÃO PARCIAL. CONTRATO DE OBRA. COMPULSORIEDADE DO REAJUSTE ANUAL. TERMO INICIAL PARA O CÔMPUTO DO PERÍODO DE UM ANO. 1. Ainda que o dispositivo da Decisão TCDF n° 746/2018 não traga, de forma literal, a necessidade da concessão automática do reajuste, existem outros elementos que permitem alcançar essa conclusão. 2. Seguindo o novel posicionamento do TCDF, necessária a alteração do entendimento firmado nos Pareceres n° 1.104/2015, 1.271/2016, 394/2017, 689/2017 e 279/2017 - PRCON/PGDF, registrando que **o reajuste dos contratos administrativos, após o prazo de um ano, se dará de forma automática, em respeito à garantia constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro**. 3. Os efeitos provenientes da presente mudança de entendimento não retroagem aos casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada. 4. **O termo inicial do prazo de um ano para a concessão do reajuste é a data limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento estimativo, ressaltando que a Administração tem o poder de escolher entre uma data e outra, bastando que esteja claramente estabelecido no edital**, independentemente do tempo transcorrido entre a data da proposta e a data da assinatura do contrato, bem como da existência de prévia ressalva feita pela contratada. (grifo nosso)

9. Consigna-se, também, que o Tribunal de Contas da União – TCU já admitiu o caráter automático do reajuste, fazendo a brilhante diferenciação com o instituto da repactuação:

> A diferença fundamental entre os dois institutos é que, **enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital**, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a

prestação de serviços executados de forma contínua. Acórdão 1828/2008 - Plenário. (grifo nosso)

10. Portanto, entendemos pertinente a argumentação da Impugnante no sentido de **tornar automática a concessão do reajuste dos preços, independente de requerimento pela contratada**.

11. No que se refere ao marco temporal para a concessão do reajuste (item 3. c)), como bem colocou a Impugnante, o Art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93 e o Art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001, mencionam duas hipóteses para tanto, a data limite para apresentação da proposta ou a data a qual o orçamento se referir, senão vejamos:

> **Lei nº 8.666/1993:**
>
> 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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
>
> (...)
>
> **Lei nº 10.192/2001:**
>
> 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 conflitarem, 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**.

12. Ou seja, a Lei facultou à Administração optar entre duas hipóteses para início da contagem do prazo de reajustamento do contrato, a data limite para apresentação da proposta ou a data a qual o orçamento se referir. Dessa forma, entendemos pertinente, como previstos no Edital e Minuta de Contrato a **adoção como marco temporal a data-base do Orçamento Referencial**.

13. Tal faculdade é compreensível, visto que se torna **inviável a atualização instantânea de orçamentos para obras de grande magnitude**, como essa que se apresenta. Além disso, entendemos não haver prejuízo à futura contratada a desatualização do orçamento, uma vez que os preços serão reajustados após transcorrido o prazo de um ano, a contar da data base do orçamento.

14. Nessa esteira, em relação à solicitação da empresa Telar para a atualização da Planilha Orçamentária Referencial (3. d)), destacamos o recente Acórdão nº 19/2017 - TCU - Plenário, o qual analisou matéria similar e recomendou a adoção de reajuste contratual contado da data-base do orçamento estimativo para os casos de licitações de obras públicas, cuja atualização dos preços se apresentar demasiadamente complexa e morosa:

> 1. Embora o gestor público possa adotar, discricionariamente, dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos, (i) a data limite para apresentação das propostas ou (ii) a data do orçamento estimativo da licitação, o segundo critério é o mais adequado, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas. Trata-se de

> Representação, com pedido de medida cautelar, formulada por empresa, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, relatando possíveis irregularidades ocorridas no Edital da Concorrência 2/2015, promovido pelo então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), cujo objeto é a reforma do Bloco "O" da Esplanada dos Ministérios, em Brasília (DF). O valor previsto para a contratação foi de R$ 99.709.799,26. **A empresa representante se insurgiu, entre outros, contra o seguinte aspecto no certame em tela: defasagem entre a data-base do orçamento estimado (janeiro de 2016) e a data do reajuste, o qual ocorreria após um ano a contar da entrega da proposta (13/9/2016), o que supostamente resultaria em prejuízo aos licitantes e ensejaria desequilíbrio contratual, uma vez que o interregno entre as referidas datas é de oito meses.** No voto condutor do julgado, **o relator anotou: "o gestor público pode adotar discricionariamente dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos: (i) a data limite para apresentação da proposta; e (ii) a data do orçamento. Ocorre que o segundo critério se mostra mais robusto, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas".** Ao final, o Tribunal, ao acolher o juízo de mérito da relatoria, decidiu, entre outras medidas, conhecer da Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; indeferir o pedido de medida cautelar formulado pela empresa e recomendar ao atual Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) que: "**em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa e morosa a atualização da estimativa de custo da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária**, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192/2001". Acórdão 19/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler. (grifo nosso)

15. Sendo assim, como previsto em Edital e Minuta de Contrato, entende-se pertinente a **manutenção da data-base do Orçamento Referencial, como marco temporal para o reajuste do contrato**, visto a inviabilidade de atualização do orçamento da licitação sem que se retarde em demasia a Concorrência nº 02/2018.

V. DECISÃO

16. Isto posto, conhecemos da impugnação apresentada pela empresa Telar Engenharia e Comércio S.A., para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; acatar a solicitação da Impugnante no sentido de tornar o reajuste dos preços automático, independente de requerimento pela contratada, com base em todo o exposto e Parecer da Procuradoria Jurídica do METRÔ-DF; e indeferir os pedidos de modificação da data-base para reajuste, conforme a data de entrega das propostas, bem como, pela não atualização do Orçamento Referencial, com base no Acórdão nº 19/2017 - TCU - Plenário.

17. Por todo o exposto, o **item 15.1** do Edital (conforme 1ª Retificação ao Edital da Concorrência Nº 02/2018) passa a ter a seguinte redação, **onde se lê**: "15.1. O valor contratado será fixo e irreajustável, porém poderá ser corrigido anualmente mediante requerimento da contratada, observado o interregno mínimo de um ano da assinatura do contrato, adotando como marco a data-base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo.", **leia-se**: "15.1. O valor contratado será fixo e irreajustável, devendo ser corrigido de modo automático e anual, observado o interregno mínimo de um ano, adotando como marco inicial a data-base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo.".

18. Nesse mesmo entendimento, no **item 3.3** da Minuta de Contrato (conforme 1ª Retificação ao Edital da Concorrência Nº 02/2018), **onde se lê**: "3.3. O valor consignado neste Contrato é fixo e irreajustável, porém poderá ser corrigido anualmente mediante requerimento da contratada, observado o interregno mínimo de um ano da assinatura do contrato, adotando como marco a data-base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo.", **leia-se:** "3.3. O valor consignado neste Contrato é fixo e irreajustável, devendo ser corrigido de modo automático e anual, observado o interregno mínimo de um ano, adotando como marco inicial a data-base do Orçamento

Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo."

Brasília, 19 de outubro de 2018.

(*assinado eletronicamente*)

Anderson Luiz Senna Costa

Comissão Especial de Licitação

Presidente da Comissão

Documento assinado eletronicamente por **ANDERSON LUIZ SENNA COSTA - Matr.0002859-2**, **Presidente da Comissão Especial de Licitação - Concorrência nº. 02/2018**, em 19/10/2018, às 16:03, conforme art. 6º do Decreto n° 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site: http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 verificador= **14012338** código CRC= **7394CE2B**.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL

COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL

Presidência

Procuradoria Jurídica

Memorando SEI-GDF Nº 484/2018 - METRO-DF/PRE/PJU

Brasília-DF, 17 de outubro de 2018

Processo:	00097-00004868/2018-01
Interessado:	Presidente da Comissão Especial de Licitação – Concorrência n° 02/2018
Assunto:	Impugnação ao Edital – Concorrência n° 02/2018

Retorna a esta Procuradoria Jurídica – PJU o presente procedimento administrativo, tendo em vista o recente Despacho de autoria do r. Presidente da Comissão Especial de Licitação – Concorrência n° 02/2018 (13927199), ocasião em que, noticiando a Impugnação ao Edital ofertada pela empresa Telar Engenharia (13927015), apresenta os seguintes questionamentos:

1. *É possível a concessão de reajuste de forma automática?*
2. *Permanece o entendimento dessa PJU quanto a possibilidade de aplicação do Acórdão nº 19/2017-TCU - Plenário para a contratação em tela?*
3. *Entende essa PJU, ser pacífica a hipótese de reajuste somente após o transcurso do interregno mínimo de um ano da assinatura do contrato?*

Pois bem. Acerca da concessão do reajuste de forma automática, objeto da questão n° 1, esta PJU entende pela sua possibilidade, muito embora tenha conhecimento de entendimentos contrários.

A fim de reforçar tal possibilidade, convém destacar que a pretendida concessão de ofício do reajuste já foi tema enfrentado em Parecer:

- da Advocacia-Geral da União – AGU[1], consubstanciado em lições de eminentes doutrinadores, a exemplo de Joel Menezes Niebuhr e Marçal Justen Filho; e
- recentemente, **setembro/2018**, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PGDF[2], cuja conclusão teve por base a Decisão n° 746/2018 do Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF.

Consigna-se, também, a propósito, que o Tribunal de Contas da União – TCU já admitiu o caráter automático do reajuste, fazendo a brilhante diferenciação com o instituto da repactuação:

> A diferença fundamental entre os dois institutos é que, **enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital**, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua. [3]

No mesmo sentido:

> A diferença entre repactuação e reajuste é que **este é automático e deve ser realizado periodicamente, mediante a simples aplicação de um índice de preço**, que deve, dentro do possível, refletir os custos setoriais. Naquela, embora haja periodicidade anual, não há automatismo, pois é necessário demonstrar a variação dos custos do serviço. [4]
>
> A Lei 10.192/2001 admite, para reajustar os contratos, a utilização de índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados. Nos casos em que isso é permitido, **o reajuste é automático, mediante simples aplicação do índice de preços estabelecido no contrato**, que deve, dentro do possível, refletir a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados no contrato. [5]

Desta feita, com base no exposto, entende-se que, uma vez previsto no Edital e pactuado no âmbito da minuta do Contrato Administrativo, o reajuste deve possuir caráter automático, devendo ser periodicamente realizado pela própria Administração, não sendo exigível prévio requerimento ou solicitação da parte contratada.

No que se refere à questão n° 2, registra-se que o entendimento constante do Memorando 13513911 permanece inalterado, pelas razões lá expostas, consubstanciadas no referido Acórdão do TCU[6], salvaguardando como marco inicial, para fins de reajuste, a data-base do Orçamento Referencial, não havendo que se falar, portanto, em termos relativos à assinatura de contrato, na forma da questão n° 03.

Por todo exposto, esta PJU sugere nova redação às cláusulas 15.1 do Edital e 3.3 da Minuta do Contrato, a saber: "[...] *fixo e irreajustável, devendo ser corrigido de modo automático e anual, observado o interregno mínimo de um ano, adotando como marco inicial a data-base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo*".

À Comissão Especial de Licitação – Concorrência n° 02/2018 do METRÔ/DF, para ciência e providências subsequentes.

GABRIEL BUNN ZOMER

Chefe da Procuradoria Jurídica

---

[1] Parecer n° 02/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

[2] Parecer Jurídico SEI-GDF n.º 440/2018 - PGDF/GAB/PRCON

[3] Acórdão 1828/2008 - Plenário

[4] Acórdão 1105/2008 - Plenário

[5] Acórdão 161/2012 – Plenário.

[6] Acórdão 19/2017 – Plenário.

Documento assinado eletronicamente por **GABRIEL BUNN ZOMER - Matr.0003002-3**, **Chefe da Procuradoria Jurídica**, em 17/10/2018, às 18:20, conforme art. 6º do Decreto n° 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?
acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **13991071** código CRC= **72512831**.

À

COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL

Att. ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 02/2018

TELAR ENGENHARIA E COMÉRCIO S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 62.570.320/0001-34, com sede na cidade de São Paulo, estado de São Paulo, na Av. Angélica, 2.510 - 2º andar, conjunto nº 22 – Fone: (11) 3156-3700, CEP: 01228-200, Consolação, por seu Diretor Superintendente abaixo subscrito, vem, com fulcro no art. 40, da Lei nº 8.666/93 e art. 3º da Lei 10.192/01, **IMPUGNAR** o Edital da **Concorrência Nº 001/2017**, promovida pela **Companhia do Metropolitano do Distrito Federal,** cujo objeto é a Execução de Obras Civis para Expansão da Linha 1 - Trecho Samambaia do Metrô-DF, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

Visto - Telar Eng.ª e Comércio S.A.

DAS IRREGULARIDADES QUE DEVEM SER REFORMADAS, ITENS 15.1 – CAPÍTULO 15 – DO REAJUSTAMENTO E ITEM 24.10 - CAPÍTULO 24 – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, COMBINADO COM O ANEXO I - PARTE I – PLANILHA ORÇAMENTÁRIA REFERENCIAL

DA LICITAÇÃO

A Concorrência nº 02/2018 é regida por Edital datado de 20 de setembro de 2018.

Da simples leitura do conjunto dos dispositivos transcritos, fica evidente que a definição do Edital quanto ao reajustamento de preços e valor de referência da contratação é abusiva e deve ser reformada, senão vejamos:

O Edital ao definir a forma de Reajustamento dos Preços do Contrato, disposto no item 15.1, traz a seguinte redação:

> 15.1. "O valor contratado será fixo e irreajustável, **porém poderá ser corrigido anualmente mediante requerimento da contratada**, observado o interregno mínimo de um ano**, da assinatura do contrato**, adotando como marco a data base do Orçamento Referencial, pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC, ou outro que vier a substituí-lo
>
> (Grifos nossos)

Diante da norma legal, não paira nenhuma dúvida de que a forma proposta de reajustamento não encontra amparo legal, estando em desacordo com o previsto na Lei

Visto - Telar Eng. e Cimbrão S.A.

Federal 8.666/93, Art. 40 inciso XI e Art. 55 inciso III, bem como na Lei Federal 10.192/01 Art. 2º e Art. 3 inciso III, como podemos aferir a seguir:

Lei Federal 8.666/93 – A própria Lei de Licitações estabelece em seus artigos 40 e 55 como *cláusulas obrigatórias* aquelas que estabeleçam critérios de reajustamento. ***Obrigação, e não faculdade e ainda a partir da data prevista para apresentação das propostas, ou do orçamento a que esta se referir, e não da assinatura do contrato***. Vejamos:

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;

Visto - Telar Eng. e Comércio S.A.

Lei Federal 10.192/01

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Art. 3 – 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.

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

Novamente, é de se observar que a lei opta por determinar a aplicação do reajuste, e não facultá-la; a expressão "*serão reajustados*" não equivale a "*poderão ser reajustados*", pois tem sentido nitidamente impositivo, e não meramente permissivo.

Além disso a lei define como início do período anual a data de apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir e não a data de assinatura do contrato, que como bem sabemos, pode ocorrer muitos meses após.

O reajuste, representa uma cautela prévia para impedir o rompimento do referido equilíbrio, materializado na aplicação periódica e automática, sobre os preços contratados, de um índice de preços setorial ou geral (art. 55, inciso III, Lei de Licitações) que reflita as variações dos custos de produção; este o sentido da expressão "variação efetiva do custo de produção", inscrita no art. 40, inciso XI, da Lei Federal n. 8.666/93.

A Lei Federal n. 10.192/2001 também expressa, em seu art. 2º, o inequívoco objetivo da cláusula de reajuste, a saber, a absorção, pelo contrato, da variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados no contrato refletidos num índice que, espera-se, venha a impedir o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, *não estando sua aplicabilidade submetida a nenhuma condição, exceto a periodicidade anual*;



é suficiente o alcance do período de um ano da data da proposta para sua direta e automática aplicação.

Desta forma, como se pode observar, descabe falar-se, ao se analisar a aplicação do reajustamento, que é periódico e automático, independente de requerimento ou termo aditivo, em extemporaneidade na solicitação do pagamento.

Afinal, a aplicação de reajuste não é devida em função de qualquer elemento comprobatório ou solicitação do contratado, mas pela simples ultrapassagem de um ano da data da apresentação da proposta.

Em outras palavras, sua aplicação é um poder-dever da Administração Pública emergente sempre que alcançadas as datas-bases dos contratos administrativos.

Com efeito, não deve restar dúvida de que o reajustamento não é direito cuja eficácia fica submetida a previsão contratual ou pedido do particular contratado, vez que está inserto dentre as obrigações da Administração Pública, ao contratar, *o poder-dever de manter as condições efetivas da proposta vencedora do certame licitatório respectivo.*

> Assim, como ensina Marçal Justen Filho, "o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão do ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante". Completa o professor paranaense:
>
> "*São inconstitucionais todos os dispositivos legais e regulamentares que pretendem condicionar a concessão de reajustes de preços, recomposição de preços, correção monetária a uma previsão no ato convocatório ou no contrato*" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos FILHO, Marçal Justem, 8ª ed, Dialética, São Paulo, 2000).
>
> Em outra ocasião, o professor Marçal Justen foi ainda mais explícito sobre a ausência de discricionariedade da Administração em conceder ou não reajustes, dado o poder-dever de fazê-lo:

"Não têm validade dispositivos regulamentares que condicionam o reajuste à existência de autorização correspondente no edital. Decorre da própria garantia constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas contratações administrativas. ***A concessão do reajuste não é faculdade para a Administração. Nem haverá discricionariedade para a Administração inserir ou dispensar a cláusula no edital; nem haverá discricionariedade para a Administração conceder ou negar o reajuste, no curso da contratação***." (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 4ª Edição. 1995: Ed. Aide).

O Edital ao definir o Valor Global da Contratação, disposto no item 24.10 e Anexo I, traz a seguinte redação:

24.10. O valor global estimado da contratação é de **R$ 122.909.390,69 (cento e vinte e dois milhões e novecentos e nove mil e trezentos e noventa reais e sessenta e nove centavos).**

Já no Anexo I do EDITAL – Planilha Orçamentária Referencial, fica evidente que os preços são referidos a **janeiro de 2018.**

Conforme previsto no Edital item 2.1-Capítulo 2 – DO DIA, DA HORA E DO LOCAL, a sessão pública para recebimento das propostas e da documentação será o dia: **23 de outubro de 2018.**

Sendo assim, os Licitantes estarão apresentando preços referidos ao mês de **outubro de 2018.**

Ora o Edital foi assinado para divulgação no **dia 20 de setembro de 2018**, com preços de referência de **janeiro de 2018.**

Vemos aqui mais um desatendimento as normas vigentes, no Art. 7, §2 º, inciso II da Lei Federal 8.666/93 - Existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a

Visto - Telar Eng. e Cont. S.A.

composição de todos os seus custos unitários, e no Art.8 da mesma lei diz- A execução de obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, **previstos seus custos atual e final** e considerados os prazos de sua execução.

Portanto entre janeiro de 2018 e setembro de 2018, já se transcorreram 8 meses e se considerarmos que neste período o Brasil vem passando por uma crise econômica, financeira e política jamais vista, e mesmo que a Administração venha a corrigir os valores através de índices setoriais, nunca será igual a um orçamento real realizado na época da liberação do Edital aos licitantes.

Citamos apenas dois dos inúmeros insumos componentes dos custos das obras: "trilhos" e "AMVs", que tem dependência direta da variação cambial do dólar e que alcançou cerca de 20% de variação no período de janeiro a outubro de 2018.

Entendemos também que a adoção de orçamento não atualizado fere o princípio do equilíbrio econômico financeiro da contratação, pois desde o início os Licitantes já veem esta condição não atendida.

Mais ainda, este valor de orçamento de referência servirá também para o julgamento da Propostas de Preços, conforme Item 10.6 – Desclassificação das Propostas de Preços, do Capítulo 10 – Dos Critérios de Julgamento da Proposta de Preços. Vemos aí mais uma afronta ao desequilíbrio econômico financeiro, pois as Licitantes apresentam preços reais referidos a **outubro de 2018**, e o Edital tem seus preços referidos a **janeiro de 2018** e não existem nenhuma informação de como os mesmos serão atualizados para a comparação na mesma base de preços ou seja outubro de 2018.

Mesmo que a Administração faça a correção por índices setoriais, existirá uma diferença entre os índices e a cotação de preços reais a época da entrega das propostas.

A qualidade do valor orçado pela Administração é questão destacada pelo notável Prof. Carlos Motta, para a aferição da proposta apresentada na licitação:

Visto - Telar Eng. e Contrato S.A.

> Destarte, e em resumo, o critério descrito no art. 48, notadamente, no § 1°, almeja aferir parâmetros de concretude, seriedade e firmeza da proposta. A consecução desse objetivo dependerá certamente da fidedignidade do valor orçado pela Administração, base de todo o cálculo. (MOTTA, 2008, p. 534)

Diante de tudo o anteriormente considerado, é de rigor que o Edital seja suspenso a fim de que as irregularidades apontadas nos itens 15.1 – Capítulo 15 – do reajustamento e item 24.10 - Capítulo 24 – Das Disposições Gerais, combinado com o Anexo I - Parte I – Planilha Orçamentária Referencial, do Edital, sejam sanadas.

Visto - Telar Eng. e Comércio S.A.

O PEDIDO

EX positis, requeremos a V.Sa., que digne-se receber essa impugnação administrativa, atribuindo-lhe efeito suspensivo, para que, ao final, determine a devida retificação do Edital de licitação no sentido de afastar as irregularidades apontadas nos Itens 15.1 – Capítulo 15 – Do Reajustamento e Item 24.10 - Capítulo 24 – Das Disposições Gerais, combinado com o Anexo I - Parte I – Planilha Orçamentaria Referencial, para no primeiro caso corrigir a Cláusula de Reajustamento de Preços, eliminando a expressão " poderá ser reajustada" para "será reajustada" e "mediante requerimento da contratada" e modificar a data de contagem do prazo para o reajuste, passando a ser "a partir da data de entrega das propostas". E no segundo caso, para atualizar a preços de mercado a Planilha Orçamentária Referencial, para a data mais próxima da data de entrega das propostas.

A não alterações fica sob pena de nulidade dos termos do Edital ora impugnados e sob o risco de afastar as Licitantes da competitividade do certamente, causando sério risco de dano à Administração Pública e a Sociedade.

Termos em que,

Pede-se e espera deferimento.

São Paulo, 15 de outubro de 2018

MAURO SILVESTRE LEITE
Diretor Superintendente
RG nº 5.896.087-9- SSP-SP