METRÔ DF
Companhia do Metropolitano do Distrito Federal

PROCESSO No: 097.000.725/2017

INTERESSADO: Companhia do Metropolitano do Distrito Federal – METRÔ - DF

OBJETO: Contratação de empresa para obras de conclusão da Estação 110 Sul, Passagem para Pedestres e acessos em superfície do METRÔ-DF.

ASSUNTO: Impugnação aos termos do Edital

RESPOSTA IMPUGNAÇÃO

Em atenção à impugnação apresentada por licitante, relativas ao Edital da Concorrência nº 05/2017, cujo objeto é a Contratação de empresa para obras de conclusão da Estação 110 Sul, Passagem para Pedestres e acessos em superfície do METRÔ-DF, temos que:

1 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO SOBRE O IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DE "PESSOA JURÍDICA QUE E ENCONTRE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL"

Com relação ao item 5.3.8 do Edital, que impede pessoas jurídicas de participar da licitação por se encontrar em recuperação judicial, não há qualquer irregularidade a ser retificada.

A Impugnante manifesta o entendimento de que esse impedimento seria ilegal porquanto o termo "concordata" constante do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em referência à antiga lei de falências não pode ser interpretado de modo a equivaler à "recuperação", judicial ou extrajudicial, prevista na Lei nº 11.101/05. Aduz ainda que esse impedimento violaria o próprio objetivo do processo de recuperação da empresa insolvente, violando a função social da empresa.

Esse debate jurídico não é novo, porém ainda não foi pacificado.

Como bem ressaltado, ainda que por maioria de votos e com resultado controvertido, o STJ já julgou a favor da possibilidade de empresas em recuperação judicial de participar de licitações públicas.

Por outro lado, a AGU também já emitiu parecer para proibir a participação quando o plano de recuperação judicial não tiver sido aprovação e homologado em juízo (Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU).

Ainda, boa parcela da doutrina é diretamente contrária à decisão do STJ, pois, conforme leciona Marçal Justen Filho, *"quem requer a própria recuperação judicial confessa-se insolvente"*, fazendo recair, por conseguinte, a regra de que *"há presunção absoluta de que o insolvente não possui qualificação econômico-financeira"* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 637).

Dentre os três entendimentos, parece mais correto o último.

Primeiramente, as diferenças entre os institutos da concordata e da recuperação não são tão pronunciadas que haja um impedimento lógico para equipará-los no contexto ora estudado. A principal consideração para a Administração Pública é saber se há ou não insolvência. Em ambos casos, há.

A Lei de Licitações não pode ser desnaturada por uma mudança de nomenclatura de um instituto jurídico diverso sem uma fundamentação jurídica relevante e consistente para o fim que se busca (idoneidade econômico-financeira para contratação pública).

Outrossim, a função social da empresa detém um escopo de social muito limitado quando comparado à magnitude da ação social do Estado. Numa análise sistêmica, as duas leis em conflito (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 11.101/05) devem buscar harmonia em seus objetivos e, se não puderem, deverá prevalecer a regra que assegura o maior bem à sociedade.

Nesse sentido, o risco de inexecução contratual em razão da insolvência confessada é muito elevado para poder prevalecer sobre os benefícios que o objeto licitado trará. No caso específico, ainda se sentem os efeitos de estações de metrô inacabadas e inoperantes. Esta licitação servirá para eliminar esse custo. Deve-se privilegiar, sobretudo, a interpretação jurídica que busca a eficiência da Administração Pública.

Sobre a situação de insolvência, diga-se que é notória a dificuldade que as empresas têm para concluir com êxito seus processos de recuperação judicial. Muitas vezes não consegue aprovar nem mesmo um plano; outras vezes o plano significa ao credor aceitar deságio de mais de 50% no pagamento da dívida. E mesmo com um plano de recuperação aprovado, as dificuldades de mercado e operacionais, inclusive de relacionamento entre administrador judicial e ex-administradores/acionistas, não favorecem a retomada da empresa. A consequência de qualquer impontualidade significa a convolação da recuperação judicial em falência.

Assim, como já dito, ainda que os três entendimentos vistos tenham argumentos jurídicos relevantes, é correto adotar aquele que prima pelos valores jurídicos mais relevantes à sociedade, que é a primazia do princípio da eficiência da Administração Pública, mediante a eliminação de riscos contratuais de alto impacto e de alta probabilidade de ocorrência.

2 - QUANTO AO QUESTIONAMENTO "EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EXCLUDENTE"

O METRÔ-DF permite a possibilidade de habilitação mediante a comprovação de quaisquer dos 04 (quatro) métodos executivos de escavação subterrânea: (i) escavação invertida ou (ii) NATM (New Austrian Tunneling Method) ou (iii) Cut and Cover ou (iv) TBM (Tunnel Boring Machine Method). Ou seja, quaisquer dos métodos serão considerados para a habilitação, **nenhum dos quatro métodos será excluído da Qualificação Técnica**.

A seção transversal de **escavação mínima** exigida, de 20,00 m^2, **representa**, aproximadamente, **a metade da área de seção transversal média de projeto**, sendo, portanto, absolutamente compatível e necessária ao grau de qualificação técnica exigida para a habilitação da licitante.

A execução da obra subterrânea será realizada sob os Eixos Rodoviário ("Eixão") e W/ L Sul ("Eixinhos"), que são vias arteriais com grande volume e variado porte de veículos. É premissa de projeto garantir, ao máximo possível, a fluidez do trânsito, acarretando baixo impacto na circulação em horários de pico, principalmente, sem colocar em risco a segurança dos usuários e a estabilidade da escavação.

Dessa maneira, é solicitada a comprovação de execução de seção mínima de escavação para garantir que a futura contratada tenha experiência para manter estável o maciço durante a escavação subterrânea, sem risco aos usuários e edificações do entorno e sem determinar a paralisação do fluxo de veículos nas mencionadas vias, por falta de *expertise*.

Sendo assim, pelo exposto, o argumento da impetrante é Improcedente e a exigência editalícia será mantida nos termos já conhecidos.

03 – QUANTO AO QUESTIONAMENTO "INCORREÇÃO ACERCA DAS REGRAS PARA O REAJUSTAMENTO ANUAL"

O cerne da questão jurídica debatida é acerca da legalidade da tese da preclusão lógica do direito do contratado ao reajuste de preço com base em índice inflacionário previsto no edital do certame.

Conforme sustentado na impugnação, o entendimento de que o direito subjetivo do contratado ao reajuste do preço deve ser atendido automaticamente pela Administração Pública, uma vez decorrido o lapso temporal de 12 meses entre a data da apresentação das propostas e a data do pagamento, está fundamentado no direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, da proibição de enriquecimento sem causa, dado que o reajuste do preço por um índice inflacionário tem por finalidade a recomposição da perda do valor da moeda em razão da inflação geral ou setorial.

Todavia, ainda que esses fundamentos sejam, com efeito, regras jurídicas aplicáveis e verdadeiras *per se*, deve-se compreender que não são suficientes para alcançar a conclusão jurídica pretendida.

Primeiramente, deve-se distinguir a figura do reajuste do contrato da figura da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Este último é tutelado constitucionalmente e não pode ser afastado, nem mesmo por lapso temporal mínimo; aquele primeiro, ao contrário, é uma presunção legal, com periodicidade anual e aplicação segundo estudos de amplitude geral ou setorial, que se aplica por previsão contratual. Note-se que o reajuste não exclui a possibilidade de se requerer a recomposição; por outro lado, a recomposição exige ampla comprovação de cada valor ou encargo modificado, ao passo que o reajuste incide em toda a planilha de preços, de modo uniforme, sem a necessidade de demonstração mais aprofundada.

Em segundo lugar, o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (assim como ao reajuste de preço) é subjetivo do contratado e depende de provocação da máquina administrativa. Sem o requerimento da parte interessada, o contrato será executado sem qualquer alteração do preço, sem ficar configurada nenhuma ilegalidade por suposto pagamento a menor.

Nessa esteira, havendo o requerimento de recomposição, somente cabe à Administração Pública averiguar o enquadramento e a veracidade do requerimento, sem poder negá-lo se o direito subjetivo ficar devidamente demonstrado pelo contratado.

Da mesma maneira ocorre com o reajuste e com a repactuação do preço, com a ressalva de que nestes casos há um limite temporal para que seja efetuado o requerimento, por força da própria natureza contratual e disponível da relação entabulada entre as partes.

Numa relação contratual a médio ou longo prazo, as partes mantêm contato contínuo e seus comportamentos devem ser consistentes até o momento da extinção do contrato.

Desse modo, ao negociar a prorrogação da vigência do contrato, não pode a parte contratada omitir maliciosamente a sua intenção de modificar o preço em momento posterior, visando com isso assegurar o êxito da negociação de aditivo contratual.

Ainda, é igualmente condenável a prática de contratados em emitir faturas no preço inicialmente acertado para aquelas etapas de execução do contrato, sem mencionar em nenhum

Companhia do Metropolitano do Distrito Federal

momento a necessidade de reajuste somente para receber esses valores o quanto antes, dando quitação ao pagamento realizado pela Administração Pública com a reserva mental de que a quitação não abrangeria a obrigação em sua totalidade por falta do (omitido) reajuste.

Essas condutas são contraditórias e violam o princípio da boa-fé, não podendo prevalecer sobre a renúncia tácita (ou aparente) de um direito disponível.

A quebra de expectativa (razoável e de boa-fé) da Administração Pública com os custos contratuais envolvidos gera efeitos nefastos no gerenciamento da coisa pública, podendo inviabilizar qualquer planejamento orçamentário ou de fluxo de caixa, especialmente em momentos de crise financeira.

Outrossim, o reajuste não pode ser automático porquanto o próprio contratado pode agir de má-fé durante a execução do contrato para desrespeitar o cronograma físico-financeiro, ou para atrasar a apresentação de faturas de modo proposital, com vistas à obtenção de ganhos maiores pelo reajuste financeiro em situações limítrofes ao prazo de incidência.

Em outras palavras, deve-se aplicar os princípios da boa-fé contratual, *pacta sunt servanda* e *venire contra factum proprium*, assim como a proibição de reserva mental, para dar maior estabilidade à relação contratual e evitar manipulação indevida por parte do contratado.

Por fim, o direito ao reajuste, além de ser disponível, também está sujeito ao prazo prescricional, sendo esta outra característica que demonstra a inviabilidade da tese de aplicação de ofício pela Administração Pública.

Para corroborar a tese ora defendida, colaciona-se os seguintes precedentes:

> CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA.
>
> OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO.
>
> 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado,

frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.

2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa.

Precedentes.

3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

4. O princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra facutm proprium, surrectio e supressio.

5. A supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp 1202514/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DIREITO AO REAJUSTAMENTO DOS VALORES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 3º, CAPUT E § 1º, DA LEI 10.192/2001. REAJUSTE SEM PREVISÃO CONTRATUAL. REEXAME.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Segundo consignado no acórdão recorrido, "não há reajuste anual exigível se, no momento do contrato firmado, as partes nada convencionaram neste sentido. Como foi descrito no voto do relator, o reajuste anual é matéria contratual, autorizada sua feitura por lei, por conseguinte, o reajuste é direito disponível e precisa estar previsto no contrato até para garantia de dotação orçamentária correspondente" e, no caso, "poderia haver a presunção de que, se não houve cláusula de reajuste anual no contrato administrativo, a licitante, por se tratar de instituição profissional experiente, já tenha incluído em sua proposta um valor compatível com a não incidência de reajuste".

II. Diante desse contexto, alterar o entendimento do Tribunal de origem ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos e do contrato celebrado entre as partes, procedimento vedado, pelas Súmulas 5 e 7 desta Corte. Precedentes do STJ.

III. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1518134/SE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 01/03/2016)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE OBRA. PRORROGAÇÃO POR INICIATIVA DA EMPRESA CONTRATADA. REAJUSTE PREVISTO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O art. 2º, da Lei nº 10.192/2001, com a finalidade de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, admite reajuste anual do preço ajustado caso ultrapassado o período de um ano.

2. Embora a regra do reajuste anual esteja prevista no instrumento convocatório, não se admite sua incidência se os contratos aditivos que ensejaram a dilação do prazo nada dispuseram a respeito e se as prorrogações decorrerem de requerimento feito pelo próprio executor da obra.

3. O reajuste pretendido contraria o princípio da boa-fé objetiva - artigo 4º da Lei n° 9.784/1999 - o qual exige das partes contratantes que pautem sua conduta na honestidade, lisura, probidade, lealdade e retidão desde o início das tratativas até o final da avença.

4. Nas sentenças de total improcedência, os honorários advocatícios são fixados de forma equitativa, em conformidade com o § 4º do CPC, cabendo ao julgador arbitrar valor justo, prezando pelo equilíbrio entre o tempo despendido e o esforço desempenhado pelo advogado, mas sem ficar adstrito aos percentuais de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento) exigidos, em regra, nas sentenças condenatórias.

5. Mantém-se a verba honorária fixada na instância, uma vez compatível com os parâmetros de moderação e equidade, em observância aos critérios delineados no artigo 20 do CPC.

6. Recursos desprovidos.

(TJDFT, Acórdão n.937825, 20140111217952APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/04/2016, Publicado no DJE: 05/05/2016. Pág.: 249/256)

Ocorre preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados.

(TCU, Acórdão 1601/2014-Plenário, TC 020.970/2010-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 18.6.2014)

Pelo exposto, improcede o entendimento jurídico de que o reajuste de preço deve ser automático, sendo que a redação da cláusula de reajuste de preço mostra-se compatível com a tese

da preclusão lógica e com o ordenamento jurídico pátrio, cabendo rejeitar os argumentos da impugnação que a regra é lícita pelos fundamentos supra expostos e que o termo “poderá” se refere à hipótese de o direito subjetivo a reajuste de preço não ficar configurado pela ausência de requerimento ou por atraso na execução do cronograma físico-financeiro por culpa do próprio contratado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos pelo **NÃO PROVIMENTO** do pedido de impugnação impetrado, e que os licitantes deverão atender ao instrumento convocatório, lei interna da licitação, que contém todos os dados e informações necessárias para os licitantes apresentarem propostas que **atendam ao Interesse da Administração**.

Ressalte-se que o edital visou assegurar iguais oportunidades a todos os interessados visando a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contrato, **desde que atendidas as disposições do ato convocatório**. Com isso, restam atendidos os princípios encartados no art. 3º da Lei 8.666/93.

É o entendimento.

Klaus Vilar Wurmbauer
Presidente da CEL
METRÔ-DF