

01-092427/2014

Protocolo : 01-092427/2014**Interessado :** EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO**Cadastro :** 21/08/2014**Assunto :** 1088 - IMPUGNACAO DE LICITACAO**Telefone :** 41-9644-9560**Documento Original :**

010924272014009883 PLADAP21

Local : SEPLAD - PLADAP21

01-092427/2014

Obs: Para informações a respeito do andamento deste protocolo é possível a consulta no site:
[HTTP://CONSULTAPROTOCOLO.CURITIBA.PR.GOV.BR](http://CONSULTAPROTOCOLO.CURITIBA.PR.GOV.BR)



PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA
SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJ. E ADM.

Folha de Rosto**IDENTIFICAÇÃO DO REQUERENTE****Nome / Razão Social:** EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO**Nome Fantasia / Unidade Administrativa:****CNPJ / CPF:** 877.099.029-87**Telefone:** 41-9644-9560**Endereço:**

R. FREDERICO STADLER JUNIOR Nº 000634 - CAPÃO DA IMBUIA - Curitiba

DADOS DA SOLICITAÇÃO

Sigla Ident.: SEPLAD	Sigla Origem: PLADAP21	Nome Origem : PROTOCOLO SEPLAD
--------------------------------	----------------------------------	--

Sigla Ident.: SEPLAD	Sigla Destino: PLADCPL	Nome Destino : COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
--------------------------------	----------------------------------	---

Assunto:

1088 - IMPUGNACAO DE LICITACAO

Código T.T.D.: 00-03-04 ADMINISTRAÇÃO GERAL - AQUISIÇÃO - SEPLAD**Documento Original****Inscrição Imobiliária / Indicação Fiscal :****Protocolos Anexados :**

01-092427/2014



010924272014009883 PLADAP21

Observações :

DECLARO PARA OS DEVIDOS FINS QUE A PRESENTE DOCUMENTAÇÃO FOI RECEBIDA NESTA DATA 21 DE AGOSTO DE 2014 ÀS 17:52.

Rubens Alves Goes Zampieri
 Diretor / ADAP
 Matrícula 79.618

À PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO
INTERNACIONAL 01/2014 – METRÔ DE CURITIBA

Ilma. Sra. Silvana Beatriz de Brito Nascimento.

21/08/2014
Horsário do
Protocolo
17:52hs

P.M.C SMAD 21/AGO/14 18:07 001085

EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO, Brasileiro,
Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (Conselho Seccional do Paraná), sob o número 30591, comparece respeitosamente perante essa Comissão de Licitação para, com base no seu direito constitucionalmente garantido de peticionar aos Poderes Públicos – art. 5º, inc. XXXIV, “a”, da Constituição Federal –, impugnar o referido documento, o que faz pelas razões que passa a aduzir em anexo.

Roga, desde logo, para que a presente manifestação seja recebida, imediatamente suspenso o certame e que, ao final, seja dado provimento ao pedido, com a rerratificação do Edital e sua republicação, com base nos termos e fundamentos a seguir expostos.

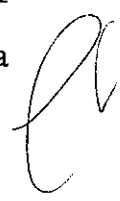


DOS VÍCIOS DO EDITAL

- I -

Participação na licitação: a necessidade de ajustar as hipóteses de impedimento em função de sanções administrativas aplicadas aos concorrentes

1. O item 6.2.2, “a”, do Edital, veda a participação de licitantes “que estejam suspensas ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública, ou que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública, em qualquer uma de suas esferas, nos termos do art. 87, incisos III e IV, da Lei Federal n.º 8.666/1993 e legislação Municipal vigente”.
2. Ocorre que a redação acima está em descompasso com a legislação que rege o tema, ora admitindo a participação de concorrentes legalmente impedidos, ora restringindo injustificadamente que pessoas adentrem à competição.
3. O item 6.2.2, “a”, do Edital, limita-se a impedir a participação de concorrentes que foram alvo das sanções previstas nos incisos III e IV, da Lei 8.666/93. Não há nele – ao menos não expressamente –, vedação à participação de pessoas impedidas de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, em virtude da aplicação da sanção prevista no art. 7º, da Lei 10.520/2002, o que demanda a sua retificação.
4. Por outro lado, a referida disposição editalícia veda a participação de concorrentes que, na forma do art. 87, inc. III, da Lei 8.666/93, foram suspensos de licitar e contratar com todo e qualquer órgão da Administração Pública, condição que se mostra injustificadamente restritiva. Explica-se:



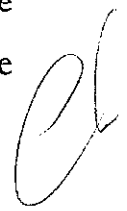
5. O art. 87, inc. III, da Lei 8.666/93, estabelece que a inexecução total ou parcial das obrigações pelo contratado poderá submetê-lo à sanção de "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a **Administração**, por prazo não superior a 2 (dois) anos".
6. Note-se que o legislador, ao delimitar os efeitos da penalidade, o fez utilizando a expressão "**Administração**", e não "**Administração Pública**" – como consta do Edital.
7. A observação é importante porque a própria Lei 8.666/93 atribui significados distintos para as duas expressões, conforme se retira da leitura do seu art. 6º, incs. XI e XII, in verbs:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

8. Ao utilizar no art. 87, inc. III a expressão "**Administração**", definida no art. 6º, inc. XII, o legislador quis dizer que a suspensão temporária do direito de licitar e contratar se daria em face do "órgão, entidade ou unidade administrativa" que a aplicasse.
9. Melhor dizendo, da leitura combinada dos dois dispositivos, tem-se que a suspensão temporária do direito de licitar e contratar somente gera efeitos perante o órgão, entidade ou unidade administrativa que a aplicou.
- 

10. Nessa esteira, o item 6.2.2 do Edital é irregular, pois pretende afastar do certame concorrentes suspensos de licitar e contratar com todo e qualquer órgão da Administração Pública Municipal, Estadual e Federal, direta e indireta, quando somente poderia obstar a participação de particulares que foram penalizados pelo próprio MUNICÍPIO DE CURITIBA.

11. Esse entendimento encontra eco na recente jurisprudência do Eg. Tribunal de Contas da União:

12.

9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante;¹

9.4. esclarecer à Caixa Econômica Federal que:

9.4.1. a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012- Plenário;²

13. Assim, faz-se necessário retificar o item 6.2.2, “a”, do Edital, para fazer constar que estão impedidos de participar da licitação concorrentes que, na forma do art. 87, inc. III, da Lei 8.666/93, estejam suspensos de licitar e contratar com a **Administração** – e não com a “Administração Pública” –, bem como aqueles que sofram os efeitos da sanção prevista no art. 7º, da Lei 10.520/2002.

¹ TCU, Acórdão 3.243/2012 – Plenário, Min. UBIRATAN AGUIAR, j. 28.11.2012.

² TCU, Acórdão 3.439/2012 – Plenário, Min. VALMIR CAMPELO, j. 10.12.2012.

- II -

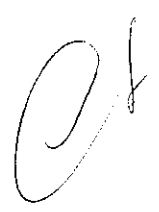
**Requisitos de habilitação: A Certidão Positiva de Débitos
Trabalhistas, com efeitos de Negativa**

14. No que se refere aos requisitos de habilitação exigidos no Edital, uma das disposições merece alguns apontamentos: o item 13, II, "F".
15. Sua leitura deixa claro que a Administração licitante aceitará apenas a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) como prova válida da regularidade trabalhista dos licitantes.
16. Ocorre que ao consignar tal exigência, ela acaba por restringir injustificadamente a competitividade do certame, em afronta ao art. 29, inc. XI, da Lei nº 8.987/95.
17. Isso porque essa exigência não se coaduna com o que dispõe a Resolução Administrativa 1470/2011 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo art. 6º, § 2º, estabelece o seguinte:

Art. 6º.

§ 2º Suspensa a exigibilidade do débito ou garantida a execução por depósito, bloqueio de numerário ou penhora de bens suficientes, devidamente formalizada, expedir-se-á Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, observado o modelo constante do Anexo III.

18. Note-se que o dispositivo em comento prevê a possibilidade de o licitante obter Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da negativa, com o condão de



comprovar sua regularidade trabalhista no bojo de procedimento licitatório, o que denota a irregularidade do item 13, II, "F", do Edital, a qual se mostra demasiado restritiva ao admitir como prova de regularidade trabalhista apenas a Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT).

19. Por essa razão, requer-se que o item 13, II, "F", do Edital seja retificado para que dele conste a possibilidade de os licitantes comprovarem a regularidade trabalhistas também mediante a apresentação de Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas, com efeitos de Negativa.

- III -

**Sanções Aplicáveis aos licitantes: a impossibilidade de se
cumular sanções subjetivas**

20. O item 24.1, do Edital, prevê que o descumprimento das condições nele estabelecidas por qualquer dos licitantes importará na aplicação das seguintes sanções: *a)* advertência; *b)* multa; *c)* suspensão do direito de licitar e contratar com o Município de Curitiba; e *d)* Declaração de inidoneidade em contratar com a Administração Pública.

21. Já o item 24.2, estabelece o seguinte

As penalidades mencionadas no item 24.1 deste EDITAL podem ser aplicadas cumulativamente, desde que compatíveis entre si, e nos termos da Legislação vigente.



of
QW

22. A redação do item acima está a merecer reparo, posto que não deixa clara a impossibilidade de se aplicar cumulativamente sanções de cunho subjetivo, que afetam a imagem dos licitantes, quais sejam, a advertência, a suspensão do direito de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade, sob pena de se incorrem em *bis in idem*.
23. O art. 87, § 2º, da Lei 8.666/93 estabelece que “As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”.
24. Ora, deve-se reconhecer que a regra, ao admitir a cumulação das três primeiras espécies de sanção - advertência, suspensão do direito de licitar e contratar, e declaração de inidoneidade – com a penalidade de multa, a *contrario sensu*, acaba por proibir que as elas sejam cumuladas entre si.
25. Ademais, a aplicação cumulativa das sanções administrativas, em virtude da suposta inexecução contratual na qual ela teria incorrido, ofende o princípio do non bis in idem, que decorre da própria Constituição Federal.
26. Maria Silvia Zanella DI PIETRO corrobora esse raciocínio, ensinando que “A pena de multa pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras (art. 87, § 2º), ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas”.³
27. Assim, faz-se necessário ajustar o item 24.2, do Edital, para que dele conste expressamente que apenas a pena de multa pode ser cumulada com as demais.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 276.

DOS VÍCIOS DA MINUTA DO CONTRATO

- I -

Limites ao ajuste extraordinário da Receita Tarifária em virtude de revisões da Demanda Projetada pelo Poder Concedente: o dever de respeitar o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato

1. A minuta do contrato anexa ao edital – parte integrante deste último, na forma do art. 40, § 2º, inc. III, da Lei 8.666/93 – prevê em sua cláusula 39 que os riscos decorrentes do não atingimento da demanda projetada pelo Poder Concedente serão compartilhados entre este último e o futuro concessionário.
2. Seu parágrafo 2º contém tabela da demanda de passageiros projetada pelo Poder Concedente para cada ano da concessão (item II), bem como critérios objetivos para se promover o ajuste extraordinário da Receita Tarifária acaso a demanda real apresente variações – *para mais ou para menos* – em relação à projeção realizada (itens IV, V e VI).
3. Esse mesmo parágrafo 2º prevê ainda em seu item III que a demanda projetada será revisada pelo Poder Concedente a cada 10 (dez) anos, nos seguintes termos:

A DEMANDA PROJETADA sofrerá revisão pelo PODER CONCEDENTE a cada 10 anos, contados do início da operação previstos na ETAPA II;

4. Todavia, o referido dispositivo – Cláusula 39, parágrafo 2º, item III, da minuta contratual – não indica como e com base em quais critérios objetivos a revisão da Demanda Projetada se dará, **tampouco**

garante que a sua readequação observará o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, perpetra grave incerteza para o projeto a ser concedido, implicando incertezas incapazes de ser assumidas por qualquer licitante sério. Afinal, a Cláusula dá margem a possível revisão do futuro contrato que, em tese, pode atentar contra uma de suas cláusulas econômicas – em desrespeito preceito constitucional e a previsões expressas da Lei nº 11.079/2004.

5. Em assim sendo, a redação da cláusula, nos termos em que se encontra vazada, ofende o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, previsto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal.
6. Além disso, agrega ao projeto uma insegurança financeira desmedida e desnecessária, reduzindo – se não extinguindo – as chances de se obter financiamentos junto a instituições financeiras sérias. Afinal, quem financiará um empreendimento vultoso como este podendo haver alteração unilateral de um de seus mais sensíveis elementos econômicos? Como se assegurar ao financiador a garantia dos recebíveis (autorizadas pela Lei nº 8.987/1995 e pela Lei nº 11.079/2004), uma vez que se acena com a possibilidade de a tarifa ser reduzida sem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato? Esse quadro, portanto, afasta da disputa concorrentes, de modo que viola-se o princípio da competitividade, previsto no art. 29, inc. XI, da Lei n 8.987/1995. É o que se passa a demonstrar.
7. Como assinala Celso Antônio BANDEIRA DE MELO, *“Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no*

*momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá*⁴.

8. O próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ já adjetivou de “indispensável” a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, indicando que:

*(...) antes mesmo de haver contrato de prestação de serviços (chamado também de contrato de assinatura) entre o consumidor e o fornecedor, há um contrato administrativo formalizado entre o poder concedente e a concessionária, no qual deve haver o indispensável equilíbrio econômico-financeiro, equilíbrio que se afirma como o equacionamento entre os deveres da concessionária e as vantagens que lhe são asseguradas.*⁵

9. Portanto, dúvida não há, de que o respeito à equação econômico-financeira é pedra de toque dos contratos administrativos, notadamente os de concessão (*gênero em que se insere a concessão patrocinada*). Aliás, o reconhecimento desse fato se deu por meio do próprio legislador constitucional, o que impede qualquer dúvida acerca do sentido e do alcance do dispositivo.
10. Ocorre que, no presente caso, a estabilidade do projeto é colocada em xeque pela previsão de revisão da Demanda Projetada de passageiros, posto que uma redução abrupta dessa projeção certamente afetará as bases financeiras utilizadas pelo concessionário para formular a sua proposta – sobretudo no que se refere à expectativa de lucro –, em frontal desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se o Poder Concedente reputa

⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 642.

⁵ STJ, REsp 1190242/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 22/05/2012.

adequado esse mecanismo de revisão e caso pretenda inseri-lo no contrato, há de assinalar a ressalva de que ele será implementado com simultâneo respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da avença.

11. Contudo, ao que se infere da leitura da minuta do contrato, não há clareza dos efeitos a serem implementados pelo Poder Concedente por ensejo da deflagração do procedimento de reequilíbrio. É dizer a previsão, embora, em tese salutar, pode se constituir em um “cheque em branco” para o Poder Concedente trazendo incertezas inadmissíveis à relação concessionária, que se pauta pela maior estabilidade possível entre as partes.
12. Nesse contexto, inclusive, não se pode perder de mira que o contrato vigará por longo tempo, estando sujeito a todas as vicissitudes daí inerentes.
13. Deste modo, se hoje há consenso em relação à premissa de que a revisão não poderá trazer impactos para o equilíbrio econômico-financeiro (como decerto há), fato é que nada garante que isso seja assim no que se refere ao futuro.
14. Assim, com todo o acatamento, é que se faz absolutamente necessário que os próprios elementos que regem a relação entre as partes tragam de modo claro e direito quais são todas as regras aplicáveis ao reajustamento da demanda.
15. Nesta linha, é que se põe, portanto, em xeque o próprio princípio da competitividade, na justa medida em que esse só se implementa em havendo transparência total sobre a relação a ser estipulada entre as partes. Isto é, caso haja incertezas no edital e na respectiva minuta de contrato, não se poderá saber com a necessária clareza qual a isonomia das informações disponíveis para os licitantes formularem as respectivas propostas.

16. No que se refere ao princípio da competitividade, Joel de Menezes NIEBUHR pontifica que “O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes são encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público”.⁶
17. O Tribunal de Contas da União – TCU possui resenha de jurisprudência que reputa como ilícitas cláusulas editalícias que restringem injustificadamente a competição:

*O ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame.*⁷

18. Ora, à medida que o Edital da presente licitação – e a minuta de contrato que o integra –, contém instrumento apto a afetar o equilíbrio do projeto, sem resguardar o direito do futuro concessionário de ver incólume o equilíbrio econômico-financeiro da avença, gera insegurança que, ao invés de fomentar a disputa pelo objeto da concorrência, inibe a participação de concorrentes sérios, em afronta ao princípio da competitividade.
19. Em face disso, faz-se necessário que o item III, do Parágrafo 2º, da Cláusula 39 da Minuta do Contrato, seja retificado para fazer constar que as revisões da Demanda Projetada não afetarão o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantindo

⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. p. 36.

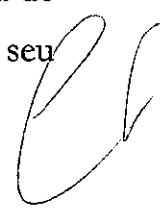
⁷ Decisão disponível no site do Tribunal de Contas da União no seguinte endereço: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1370406826612902::NO::P11_NO_SELECIO_NADO,P11_TELA_ORIGEM,P11_ORIGEM:0_1_557_734_621,LOGICA,0 Acessado em 20/8/2014.

que o futuro concessionário seja devidamente remunerado de forma justa mesmo em face de reduções abruptas daquela projeção.

20. É dizer, os documentos que regem a licitação têm que tornar indene de dúvida que qualquer procedimento de revisão da demanda será realizado de modo a preservar a relação entre encargos e receitas estipulada. Do contrário, tal como exposto, o ajuste se convolará em um ambiente de incertezas, arredio à promoção do interesse público primário.

- II -

**Correção monetária dos aportes: consequência necessária para o
diferimento da sua entrega**

21. Os parágrafos 1º e 2º, da Cláusula 32 da minuta do contrato anexa ao edital estabelece que durante a etapa de implantação do projeto (ETAPA I), o Poder Concedente efetuará APORTES DE RECURSO
22. Esses aportes, segundo o parágrafo 3º da mesma cláusula 32, serão parcelados e diferidos na forma do Anexo VI do Edital, de acordo com marcos contratuais e eventos efetivamente executados pela concessionária no decorrer dos 6 (seis) anos que deve durar a etapa de implantação do metrô, na forma da Cláusula 5ª, parágrafo primeiro, também da minuta do contrato. Além disso, a definição de tais valores remonta a período anterior, que pode implicar a distância cronológica de 8 (oito) anos entre a fixação do número de unidades monetárias e o seu efetivo desembolso.
- 

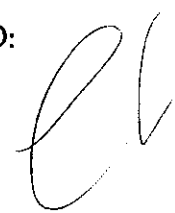
23. Em outras palavras, o APORTE DE RECURSOS por parte do Poder Concedente não ocorrerá de uma só vez, no ato da assinatura do contrato. Ao contrário, seu pagamento será efetuado em parcelas, de modo que o seu recebimento será diferido no tempo.
24. Nada obstante essa constatação, bem como a ciência inequívoca de que ao longo desses 8 (oito) anos, o valor dos APORTES DE RECURSOS sofrerá as consequências do processo inflacionário ordinário, o parágrafo 7º, da Cláusula 32, da Minuta do Contrato, estabelece que:

Sobre o valor correspondente ao APORTE DE RECURSOS não incidirá qualquer reajuste, consistindo a assinatura do presente instrumento na renúncia expressa e irrevogável a qualquer pedido a este título. (g.n.)

25. Respeitosamente, ao prever que o valor correspondente ao APORTE DE RECURSOS não se submeterá a qualquer tipo de reajuste, o Edital ignora que ele se dará de forma diferida, bem como o custo do dinheiro no tempo, estabelecendo desde logo medida que onerará injustificadamente o projeto e a futura concessionária. E isso, é claro, também desestimula a participação de concorrentes sérios, afrontando o princípio da competitividade, inscrito no já mencionado art. 29, inc. XI, da Lei 8.987/95, pois estimula a que os competidores ignorem os custos do dinheiro no tempo.
26. A rigor, o que se dá é a instalação de indevido deságio relativamente aos pagamentos – fazendo com que os números estampados na minuta do Edital e do contrato não sejam fidedignos. Isto é, ao consignar que o “número X” de reais será desembolsado daqui a seis anos sem atualização monetária, o Edital na verdade consigna que o Poder Concedente desembolsará o “número X-inflação” de reais. Em

outras palavras: os aportes serão concretizados em qualquer valor, menos aqueles expressamente consignados no Edital.

27. Ora, como se sabe, é uma premissa da economia que a moeda altera seu valor no tempo, em virtude do processo inflacionário/deflacionário ordinário. Uma das poucas certezas da economia é, precisamente, esta. Valores nominais idênticos pagos com alguns anos de diferença entre eles já não possuem o mesmo poder de compra. O que um real compra hoje não será o mesmo que ele comprará daqui a seis anos, em termos chãos.
28. O mesmo ocorre com as parcelas relativas ao pagamento de um contrato cujo adimplemento se difere no tempo. Ainda que tais parcelas sejam definidas antes da formalização da avença, com o passar do tempo fatalmente o poder de compra da moeda variará. A solução para tal questão é, precisamente, a necessidade de correção dos valores, para preservar o valor do dinheiro dos efeitos do tempo (usualmente deletérios).
29. Não por outra razão, o art. 2º, da Lei 10.192/2001 (*Plano Real e medidas complementares*), prevê que “*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.*” Ou seja, a atualização monetária é devida caso o contrato tenha prazo superior a um ano (periodicidade oficial para a reposição das perdas inflacionárias).
30. O legislador também não se omitiu em matéria de contratos públicos, criando mecanismos aptos a manter o poder de compra dos valores a serem recolhidos pelos particulares contratados durante o prazo de vigência das avenças. É o que explica Carlos Ari SUNDFELD:



Considerando a instabilidade econômica em que vivemos, a lei preocupou-se especialmente em institucionalizar o ajustamento dos preços contratados, através de cláusulas de atualização e reajustamento.

[...]

O reajustamento se destina a retratar a variação do custo da produção (isto é, da mão-de-obra e dos materiais aplicados), razão por que pode ser medido com índices setoriais ou específicos adequados a cada espécie contratual [...].

A atualização financeira visa a corrigir monetariamente a prestação, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela da obrigação contratual (tal qual definida no art. 40-§3º) até a do efetivo pagamento. A preocupação, aqui, é de impedir a perda do valor aquisitivo da prestação, durante o período em que aguarda o pagamento pela Administração; destarte, a atualização financeira leva em conta algo externo ao contrato (a variação do valor de contra da moeda).⁸

31. Por seu turno a Lei de Concessões (aplicável à concessão patrocinada *ex vi* do disposto no art. 3º, §1º da Lei 11.079) exige no seu art. 23, IV que o contrato disponha sobre o reajuste das tarifas. E reajuste de tarifas nada mais é que a preservação destas dos efeitos do tempo. Infere-se, pois, que os valores previstos em um contrato de concessão (*lato sensu*) devem ser objeto das medidas que visam a preservar seu valor no tempo. E não há qualquer razão para a tarifa ser tratada de modo distinto do aporte, afinal ambos refletem elementos de mérito econômico do projeto concessionário.

32. De outro giro, o STJ já se manifestou afirmando que em contratos administrativos, incide correção monetária sobre as parcelas em atraso, ainda que não haja previsão contratual expressa nesse sentido. Vejamos:

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. pp. 245-246.

13
gaw

Esta Corte tem pacífico entendimento no sentido de ser devida a correção monetária em razão do pagamento de parcelas em atraso pela Administração, independente de expressa previsão contratual nesse sentido.⁹

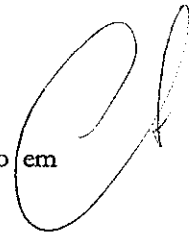
33. Contudo, contratos de longo prazo que envolvem a cifra de bilhões de reais e exigem o financiamento privado, não convivem bem com previsões implícitas – e muito menos negativas – relativamente à manutenção do poder de compra da moeda. Caso se rejeite a correção/atualização monetária, reitere-se, o que de fato se estará fazendo é institucionalizar um desconto, um deságio em relação às quantias expressamente definidas como necessárias ao empreendimento – desnaturando e esvaziando a confiança imprescindível para contratos dessa dimensão (social e econômica).

34. Aliás, tamanho o alcance do dever de preservar hígido o valor dos efeitos do tempo, que o STJ tem duas Súmulas que cuidam do tema e demonstram a necessidade de se garantir a correção monetária, pois isso representa apenas a preservação do valor de compra atrelado a determinada expressão pecuniária. São elas:

Súmula 271 - A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário.

Súmula 179 - O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

⁹ REsp 1178903/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010



35. O valor do contrato de concessão que se pretende formar a partir deste procedimento licitatório certamente será na casa dos bilhões de reais. As parcelas do APORTE DE RECURSOS serão compostas por quantias consideravelmente altas.
36. Nessa esteira, a não correção dessas parcelas gerará para o futuro concessionário prejuízos que girarão na casa das centenas de milhões de reais, o que certamente inviabilizará o projeto concessionário.
37. Sendo assim, requer-se que o Parágrafo 7º, da Cláusula 32 da Minuta do Contrato seja retificado, para que se faça constar ali a previsão de que as parcelas do APORTE DE RECURSOS serão corrigidas de acordo com a inflação – fixando-se, desde logo, o respectivo índice oficial.
38. Por fim, mas não menos importante, tem-se que o cronograma dos aportes (Anexo VI) implica evidente ineficiência econômica, isso porque compromete-se a capacidade de investimento da concessionária ao quebrar o repasse *pari passu* em relação ao projeto, bem como prever a liberação de 10% do valor 180 dias depois que o projeto estiver em operação.
39. Cuida-se de um custo financeiro indevido que, fatalmente, implicará impactos na modicidade tarifária, comprometendo a capacidade de o projeto gerar benefícios públicos.

- III -

Alocação dos riscos geológicos, de interferências imprevistas e custo das desapropriações: ineficiência econômica



40. Por fim, há que se destacar – e atacar – o teor da Cláusula 11, parágrafos 3º e 4º, da Cláusula 15, e ainda da Cláusula 36, parágrafo 3º, itens I, VI, XV, XXI e XXXIII, da minuta do contrato, que dizem respeito à alocação de riscos passíveis de ocorrer ao longo da execução do contrato.
41. Os parágrafos 3º e 4º, da Cláusula 11, da Minuta do Contrato alocam os riscos inerentes às desapropriações de bens e imóveis necessários para implantação do metrô para o concessionário.
42. De acordo com o parágrafo 3º, os pagamentos das indenizações ficarão a cargo da concessionária, até o limite de R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais). A partir desse limite, reza o parágrafo 4º, os custos serão repartidos entre concessionária e Poder Concedente, igualmente, no percentual de 50% (cinquenta por cento):

Cláusula 11. Desapropriação

Parágrafo 3.º. Os pagamentos das indenizações oriundas das desapropriações dos bens e imóveis ficarão sob responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, até o limite de R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais), considerada a data base de 01 de setembro de 2013, a ser atualizado pelo IPCA até a data do efetivo pagamento.

Parágrafo 4.º. Ultrapassado o limite previsto no parágrafo anterior, o saldo remanescente dos pagamentos de indenizações decorrentes de quaisquer desapropriações imprescindíveis à execução dos serviços objeto da CONCESSÃO PATROCINADA, será partilhado, igualmente, no percentual de 50% (cinquenta por cento) a cargo do PODER CONCEDENTE e 50% (cinquenta por cento) a cargo da CONCESSIONÁRIA.

43. Essa alocação de riscos ainda é reforçada pelo teor do item XXXIII, do Parágrafo 3º, da Cláusula 36, da Minuta do Contrato, a qual

impõe à concessionária o ônus de arcar com “Regularização da ocupação e exploração das áreas das estações e demais áreas desapropriadas”.

44. A Cláusula 15, por sua vez, imputa à concessionária todo o risco e ônus financeiro relativo às atividades que demandem reparos, remoção ou recolocação de cabos, canalizações ou outras instalações, bem como interfiram em operações de prestadores de serviços públicos ou de serviços de interesse da Administração Pública, no que é ratificada pela Cláusula 36, Parágrafo 3º, itens I e VI, da Minuta do Contrato.
45. Deste modo, pretende alocar ao parceiro privado todo o risco das chamadas “interferências imprevistas”.
46. Por fim, o mesmo Parágrafo 3º, da Cláusula 36, da Minuta do Contrato, prevê em seus itens XV e XXI que consistem em riscos exclusivos da concessionária o “RISCO GEOLÓGICO-GEOTÉCNICO” e eventual “Situação ou evento geológico que interfira na execução das obras”. *In verbis*:

Cláusula 36. Riscos da CONCESSIONÁRIA

[...]

Parágrafo 3.º. A CONCESSIONÁRIA é responsável inclusive e sem limitação, pelos seguintes riscos, cujo rol é meramente exemplificativo, sendo que a ocorrência dos fatos previstos não ensejará a recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro do CONTRATO a seu favor:

[...]

XV. RISCO GEOLÓGICO-GEOTÉCNICO;

[...]

XXI. Situação ou evento geológico que interfira na execução das obras;

47. Pode-se inferir que tais disposições imputam à futura concessionária riscos que não podem ser alocados ao projeto ou ao

parceiro particular da PPP, posto que são em larga medida incomensuráveis. Em termos econômicos, o risco pode ser compreendido como um evento quantificável e mensurável (só assim ele pode ser alocado nas projeções econômico-financeiras). Todavia, se o evento não dispuser dessa nitidez – seja porque não “administrado” pelo sujeito, seja porque não “criado” por ele –, o conceito se esvazia: não é mais um risco em sentido estrito, mas uma incerteza econômica, que não pode ser alocada num projeto econômico-financeiro que depende do aval de bancos e instituições financeiras de primeira linha. Impor esse tipo de ônus ao particular significa gerar grave insegurança quanto à viabilidade financeira do projeto, colocando em risco o sucesso do procedimento licitatório – por também afugentar concorrentes sérios, em afronta ao art. 29, inc. XI, da Lei 8.987/95 –, bem com o do próprio projeto concessionário. A solução – que parece fácil – de imputar todos os custos ao particular traz severos prejuízos ao interesse público e não merece ser prestigiada.

48. Reitere-se: como é cediço, riscos contratuais devem ser alocados às partes que têm melhores condições de geri-los ou evitá-los. Assim, quem tem melhores condições de gerir o risco deve ficar responsável por assumir os efeitos de sua possível incidência. Por outro lado, é evidente que apenas riscos passíveis de serem quantificados podem ser incorporados pelo parceiro-privado, eis que é pressuposto da apresentação de uma proposta séria que os riscos sejam conhecidos e quantificados adequadamente (nem para cima, nem para baixo).

49. De outro norte, importa assinalar que uma correta alocação de riscos, que atenda aos pressupostos ora expostos contribui com a eficiência econômica do projeto concessionário. Com efeito, a distribuição escorreita dos riscos é instrumento que promove a apresentação de propostas vantajosas, pois garante transparência no

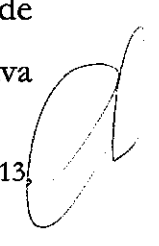
el

relacionamento entre Poder Concedente/concessionário evitando que valores ocultos sejam considerados. Neste sentido, inclusive pontifica Maurício Portugal RIBEIRO que:

Em relação à matriz de riscos, a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo: isto é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização de eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.¹⁰

50. Todavia, a matriz de risco contemplada no contrato, longe de promover a eficiência contratual, produz graves inconvenientes que põem em xeque a própria higidez do projeto concessionário.
51. Isso porque custos de desapropriações (eventualmente subavaliadas), riscos com interferências imprevistas, bem como incertezas geológicas são daquela espécie que a tutela do princípio da eficiência recomenda que sua alocação seja feita ao Poder Concedente. Vejamos.
52. Quanto às desapropriações, a solução proposta traz em si grave inconveniente quando pretende transferir para o particular a incerteza do valor a ser gasto com tais procedimentos com vistas à execução do contrato.
53. Ora, na justa medida em que o Município tem todas as condições de conhecer o valor dos imóveis a serem desapropriados, quando menos por ser o sujeito ativo do Imposto Territorial Urbano – IPTU, é fácil de perceber que é ele quem está em melhores condições de definir o valor a ser gasto com desapropriações. Deste modo, a tentativa

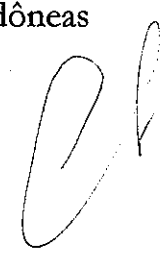
¹⁰ Concessões e PPPs – melhores práticas em licitações e contratos, São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.



de transferir, ainda que parcialmente, esse risco para os particulares é descabida, por ineficiente.

54. Aliás, a solução proposta pelo edital instala severa desconfiança sobre a qualidade dos estudos realizados para a quantificação do valor. Afinal, se os estudos foram bem feitos, porque sinalizar o risco de o valor ser maior, impondo um ambiente de incerteza ao investidor privado?
55. E nem se diga que nesse caso a previsão da sistemática de compartilhamento do risco seria idônea para evitar esse resultado. Isso porque caso o valor previsto esteja superestimado (o que é uma possibilidade haja vista a metodologia adotada) isso implicaria um aumento indevido na remuneração do particular, a prejudicar a modicidade tarifária. Caso seja subestimado, os efeitos detrimntosos indicados acima não de incidir.
56. O risco derivado de interferências imprevistas, por sua vez, deve ser alocado ao Poder Concedente, pois é ele quem tem as melhores condições para conhecê-lo. Isto porque é uma evidente atribuição do Município conhecer os cabos, dutos, etc. que foram instalados em seu território! Sobre esses pontos, o particular nada pode interferir (ou mesmo fazer estimativas realistas), pois toda a informação relativa a tais fatos está de posse do Município (que é quem deve conhecê-la). Os custos e o tempo necessários para a realização de tais levantamentos por licitantes interessados e sérios ultrapassam em muito a cronologia deste certame licitatório. Daí que pretender que o particular responda integralmente por tais eventos implica uma indevida transferência de responsabilidade – ainda mais quando isso é feito sem qualquer limitação de valor.

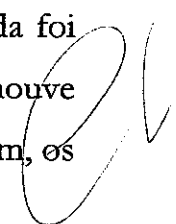
57. Aqui, na pior das hipóteses (*da qual se cogita apenas para argumentar*), o risco deve ser limitado a um montante pré-estimado e consistente, de modo a permitir a própria apresentação de equivalentes propostas consistentes. Como o risco tal qual posto é incomensurável, fato é que torna-se impossível formular propostas sérias que o contemplem.
58. Por fim, quanto ao risco geológico, ele também não pode ser corretamente conhecido. Cuida-se de uma verdadeira incerteza, que se refere a um elemento nevrálgico do projeto. Tal como previsto, o Edital instala verdadeira loteria, pois, por mais estudos que sejam feitos, é uma possibilidade que no decorrer das escavações tome-se ciência de elementos desconhecidos, a onerar o projeto.
59. Nesta linha, a alocação desse risco ao particular se mostra indevida, pois tal circunstância está muito para além da sua capacidade de gestão. Tendo em vista que as efetivas condições do subsolo são uma incógnita até a efetiva escavação dos túneis, fato é que se demonstra indevido alocar esse risco integralmente ao particular. Aqui cuida-se de típico evento que deve ser alocado ao Poder Concedente, sob pena de os licitantes sérios encarecerem sobremaneira suas propostas, pois se precaverão de modo conservador acerca da sua possível incidência. Ou ainda pior, o risco não será estimado corretamente, o que redundará, caso este se materialize, na certeza de que o particular não mais executará corretamente o contrato.
60. Assim como no caso visto acima, na pior das hipóteses o limite máximo de exposição a esse risco deve ser fixado de modo consistente e parametrizado, de modo a permitir a apresentação de propostas idôneas pelos interessados.



- 25
ew
61. Respeitosamente, a minuta do contrato merece reparo para que sejam realocados os riscos tal qual indicado neste tópico. Trata-se de licitação de porte, que marcará a história da Administração Pública municipal. Do modo como está, contudo, o contrato promove graves ineficiências econômicas que põem em causa a própria viabilidade de se executar o contrato. Daí a imperiosidade desta impugnação ao edital, feita em vistas a colaborar com a Administração, a fim de que apenas licitantes sérios e comprometidos com a eficiência do projeto concessionário compareçam ao certame.

- IV -

A questão da demanda projetada e as bandas de compartilhamento de risco

62. O projeto concessionário pressupõe o compartilhamento de risco de demanda entre Poder Concedente e concessionário no que se refere à demanda do projeto. Visa com isso a inibir as incertezas associadas à implementação de um projeto “green field”. A banda de variação, como não poderia deixar de ser, pressupõe, todavia, a fixação pelo Poder Concedente da demanda média projetada durante toda a vigência do contrato.
63. É dizer: a sistemática do compartilhamento dos riscos tem por pressuposto, a fixação de um parâmetro firme no que se refere à demanda projetada. Sem que essa se constitua em um parâmetro idôneo, a sistemática de bandas de compartilhamento de risco se mostra inefetiva, pois distorcida “ab ovo”.
64. No caso em exame, a curva de demanda base considerada foi definida exclusivamente pelo Poder Concedente que, inclusive, houve por bem descartar os estudos apresentados por ensejo da PMI. Assim, os
- 

valores básicos de demanda considerados foram fixados, exclusivamente, com base em dados de conhecimento das autoridades municipais. Portanto, nessa linha, é natural que os riscos associados a essa escolha sejam assumidos pelo Poder Concedente, seguindo a metodologia já exposta nestas considerações.

65. Mais do que isso. Nesse contexto em que a fixação da demanda se deu de modo unilateral pelo Poder Concedente a adoção do sistema de bandas agrava a exposição de risco dos particulares. Isso porque alarga, por assim dizer, a faixa de risco assumido. No caso concreto, em que a banda varia no primeiro escalão na proporção de 10% (dez por cento), cria-se um intervalo de exposição de risco de 20% para o concessionária – substancialmente superior à hipótese de não ter sido prevista a existência de bandas.
66. Deste modo, a previsão das bandas de demanda, ao invés de servir a mitigação de riscos, se torna fonte de promoção de incertezas, deturpando sua própria razão de ser.
67. Assim, diante desse quadro duas opções se põem ao Poder Concedente: ou elimina as bandas, indicando que o risco de demanda é integralmente do Poder Concedente (reduzindo o nível de incerteza do projeto) ou apresenta estudos firmes capazes de sinalizar que a demanda utilizada para a modelagem do projeto concessionário corresponde àquela que se espera que, de fato ocorra (e aí sim as bandas cumprem sua vocação).
68. Diante desse quadro, roga-se, portanto, pela eliminação das bandas de demanda ou, alternativamente, pela suspensão do projeto até que sejam apresentados os estudos necessários à eleição da demanda utilizada para conceber a modelagem do projeto.

- V -

Os estacionamentos previstos

69. Prevê-se junto às estações a construção de estacionamentos anexos a tais estruturas.
70. Com respeito e acatamento, tais estruturas depõe contra o próprio objetivo do projeto de metro, eis que se constituirão em inegável fator de atração de veículos para o centro da cidade, agravando a situação do tráfego urbano. Nessa linha, a medida parece depor contra o interesse público e mereceria melhores atenções do Poder Concedente.
71. Neste sentido, roga-se pela eliminação da referida obrigação, eis que ela está em desalinho com as premissas do projeto.

- VI -

Requerimentos Finais

72. Preliminarmente, **cumpre requerer formalmente que o certame seja suspenso para que os temas ora apresentados sejam enfrentados e sanados, reabrindo-se o prazo de apresentação das propostas.** Com efeito, como é cediço, cuida-se de licitação extremamente complexa para a execução de um projeto de longo prazo, com um substancial nível de variáveis a serem ponderados de parte à

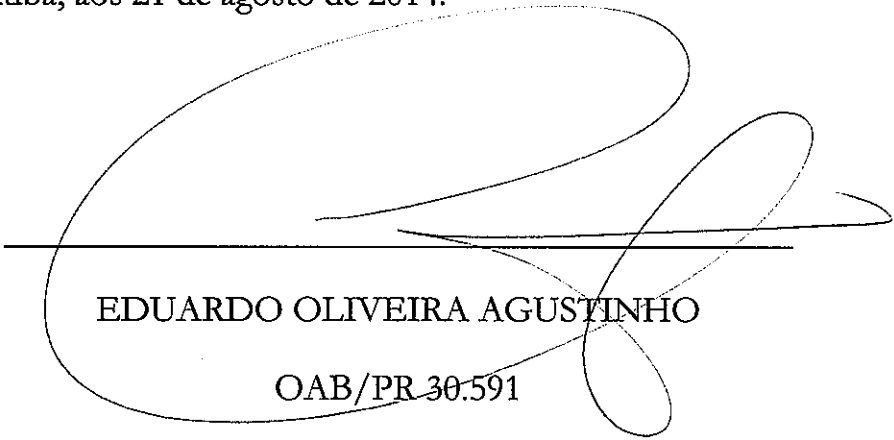
parte. Deste modo, qualquer erro cometido quanto às concepções do projeto implicará severos riscos para o interesse público futuramente. Daí porque, por precaução, ser cabível a paralisação do certame com vistas à proteção do interesse público.

73. Assim, em caráter preliminar, roga-se pelo recebimento das presentes razões e imediata suspensão do certame.
74. Requer-se, no mérito, a essa d. Comissão Especial de Licitação o recebimento da presente impugnação com efeito suspensivo e o seu provimento, a fim de ser retificado e republicado o Edital, com reabertura do prazo de publicidade, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, sanando-se os vícios que ora são apontados.
75. Entretanto, caso este não seja esse o entendimento, requer-se a remessa do presente recurso à autoridade competente em conformidade com o disposto no §4º do artigo 109 da Lei nº 8.666/1993, para que esta conheça do mesmo e lhe dê provimento nos termos expostos.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Curitiba, aos 21 de agosto de 2014.



EDUARDO OLIVEIRA AGOSTINHO

OAB/PR 30.591