



À COMISSÃO DE LICITAÇÃO, EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 018/2020, DA SCPAR PORTO DE IMBITUBA S.A

Ref.: Licitação Eletrônica nº 817337
PREGÃO ELETRÔNICO

IMTEP GSI CLÍNICA MÉDICA HOSPITALAR LTDA., pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.196.526/0001-99 (*doc. 01 anexo*), com sede à Rua Emiliano Pernetá nº 297, 21º andar, Bairro Centro, CEP 80.010-050, neste ato representada na forma de seu contrato social (*doc. 02 anexo*), vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, com fulcro no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição da República e no item 7.1 e seguintes do Edital, diante de ilegalidades detectadas no Edital em epígrafe, apresentar a devida **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com base nos fatos e fundamentos que passa a expor.

1. DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

1.1 Do cabimento da impugnação

A SCPAR Porto de Imbituba S.A, tornou público o certame licitatório em epígrafe, visando a “*contratação de empresa para fornecimento de mão de obra para prestação de serviços na área da saúde para adoção de medidas de proteção para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (COVID-19) no porto de Imbituba*”.

Ocorre que se evidenciou ilegalidade e contradição no instrumento convocatório, sendo necessária sua impugnação.



www.imtep.com.br

A Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXIV, “a”, assegura o direito de petição ao Poder Público:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) **o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.**

Ademais, o próprio instrumento convocatório, em seus itens 7.1 e seguintes, disciplinou a possibilidade de impugnação de suas disposições. Perfeitamente cabível, portanto, a presente impugnação.

1.2 Da tempestividade da impugnação

Naquilo que diz respeito à tempestividade da presente impugnação, o Edital em seu item 7.1 disciplina de forma expressa que, até cinco dias úteis da data fixada para a realização da sessão pública, poder-se-á solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o edital.

Assim, estando a sessão pública prevista para o dia 09/06/2020 (terça-feira), a data final para a apresentação do presente petitório é o dia 02/06/2020 (terça-feira), o que o torna perfeitamente tempestivo.

Sobre a contagem de prazo para apresentação de impugnação ao Edital, destaque-se que em seu item 16.5, o Edital em epígrafe determina que:

16.5 - Na contagem dos prazos estabelecidos neste Edital e em seus Anexos observar-se-á o que segue:

I. excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento;

II. os prazos somente serão iniciados e vencidos em dias de expediente na SCPAR Porto de Imbituba S.A.

Perfeitamente tempestiva, portanto, a presente impugnação.

1.3 Da existência de ilegalidades insanáveis no Edital

Registre-se que é através do instrumento convocatório que a Administração Pública define o objeto da licitação, fixa os parâmetros de julgamento e torna previsíveis os critérios a serem avaliados no curso do processo licitatório.

Em outras palavras, cumpre ao Edital definir os direitos e deveres da Administração e dos possíveis contratantes, conferindo estabilidade e segurança jurídica ao certame, pelo que “[a] Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (princípio da vinculação ao instrumento convocatório - Lei Federal nº 13.303/2016, art. 31, caput).

Assim, depois de publicado o instrumento convocatório e transposto o prazo de impugnações e esclarecimentos, não se admitem – *salvo previsão expressa da Lei* – quaisquer alterações unilaterais e/ou supressões aos termos antes afixados. O edital impõe, de forma vinculante, os provimentos a serem concretizados pela Administração Pública e pelos particulares.

É nesse sentido o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

O ‘Edital’ no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o ‘objeto da licitação’, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.¹

Assim, a modificação do Edital para corrigir eventuais distorções no procedimento antes da abertura da sessão é medida que se impõe, seja em atendimento a pedido de interessado, seja *sponte propria*.

¹ STJ, MS 5.418/DF - 1ª S., Min. Demócrito Reinaldo, DJ, 01.6.1998, p. 24.

Esclarece-se, desde já, que tal pedido não deve ser entendido como uma crítica negativa ao ato convocatório, mas sim e unicamente como uma oportunidade para a Administração aperfeiçoar esse instrumento, conferindo segurança jurídica, razoabilidade e competição sadia ao certame que se levará a cabo, bem como, para que, mediante essa colaboração, seja possível o suprimento de ilegalidades e a eliminação de contradições, como é o caso.

Dessa forma, e por constituir medida de rigor à adaptação do presente edital, principalmente ante a necessária demonstração de boa-fé das empresas participantes, para fazer incluir previsão editalícia sem a qual não se pode desenvolver licitamente o objeto pretendido, vem a Requerente, tempestivamente, propor o que se segue.

2. DA ILEGALIDADE POR AUSÊNCIA CRITÉRIOS OBJETIVOS À APLICAÇÃO DE SANÇÕES

Daquilo que se depreende do item 14 e seguintes do Edital Licitatório, **destaque-se que a aplicação de multa de mora nos percentuais indicados mostra-se medida excessiva e desproporcional.**

É que, no âmbito do direito administrativo sancionador, a formalidade e a objetividade da previsão da multa devem dar espaço aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de violar competências comezinhas da Administração Pública.

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade exigem que as competências administrativas **sejam exercidas na exata medida de sua necessidade, de modo que qualquer atuação diversa deve ser de plano rechaçada.**

Não sem razão, Helenilson Cunha PONTES, acompanhado pela maioria da doutrina do país, entende que o princípio da proporcionalidade tem função de "cláusula geral anti-arbítrio".²

² PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 200. p. 57.

Do princípio da proporcionalidade decorrem os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a compreensão conjunta desses três princípios correlatos encerra qualquer dúvida a respeito da necessidade de os Contratos Administrativos possuírem cláusulas disciplinando penalidades proporcionais e moderadas.

Como bem leciona Rafael Munhoz de MELLO, o *princípio da adequação* implica o dever de os atos estatais serem praticados de **forma idônea** para que se alcance o resultado pretendido. O *princípio da necessidade*, por sua vez, impõe que os agentes estatais adotem as medidas **menos gravosas** quando de sua atuação. Já o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, de suma importância na aplicação de penalidades administrativas, uma vez que as sanções dessa natureza atingem negativamente a esfera do sancionado, implica **vedação aos excessos**.³

Umbilicalmente atrelado ao princípio da proporcionalidade está o princípio da razoabilidade, que exige que o Poder Público mantenha uma **coerência lógica com as medidas administrativas aplicáveis**.

Assim, a atuação administrativa sancionadora, além de definir a medida adequada e necessária para atingir legitimamente determinado fim, ainda deve ser praticada com coerência lógica e na exata proporção exigida no caso concreto.

Dessa forma, o edital prevê a aplicação de multa no item 14 e seguintes. Veja-se:

14. As empresas que não cumprirem as normas de licitação e as obrigações contratuais assumidas estarão sujeitas às sanções e penalidades estabelecidas na Lei Federal nº 13.303/2016 e Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Porto de Imbituba S.A., quais sejam:

(...)

II – Multa:

a) 5% do valor máximo estabelecido para a licitação, em decorrência da interposição de recursos meramente procrastinatórios;

³ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 171.

- b) 5% do valor máximo estabelecido para a licitação, em decorrência da não regularização da documentação de habilitação, nos termos do artigo 80, §5º, do Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Porto de Imbituba S.A.;
- c) 5% do valor máximo estabelecido para a licitação, pela recusa em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pelo instrumento convocatório;
- d) 5% do valor máximo estabelecido para a licitação, no caso de atraso na entrega da garantia contratual, quando exigida;
- e) 10% do valor correspondente à parcela não executada ou do saldo remanescente do contrato, nos demais casos de atraso;
- f) 20% sobre o valor da parcela não executada ou do saldo remanescente do contrato, no caso de inexecução parcial;
- g) 30% sobre o valor da parcela não executada ou do saldo remanescente do contrato, no caso de inexecução total.

Dessa forma, a aplicação de multa de 10% sobre valor correspondente à parcela não executada ou do saldo remanescente do contrato, 20% sobre o valor da parcela não executada ou do saldo remanescente do contrato, no caso de inexecução parcial, ou de 30% sobre o valor da parcela não executada ou do saldo remanescente do contrato, no caso de inexecução total do objeto contratual, parece extremamente desproporcional e excessivamente onerosa, **eis que não existe um critério objetivo determinado.**

Não sem razão, o Tribunal de Contas da União, de maneira bastante clara, alçou o princípio da proporcionalidade como balizador máximo das penalidades previstas nos editais e contratos administrativos. Senão, veja-se algumas de suas recomendações recentes:

9.2.9. em atenção ao art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei 8.666/1993, preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras de aplicação das penalidades, **estabelecendo graduações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser penalizada**, observando o disposto no item 9.1.5 do Acórdão 2.471/2008-TCU - Plenário (achado II.7).⁴

⁴ AC-1597-24/10-P - Sessão: 07/07/10 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI – Fiscalização.

Acórdão 669/2008 TCU – Plenário

(...)

d) cabe determinar ao MEC que, em atenção aos princípios **da proporcionalidade** e da prudência, inclua, nos contratos relativos à prestação de serviços de tecnologia da informação, celebrados por esse Ministério, cláusulas prevendo penalidades específicas para possíveis falhas cometidas na execução dos serviços contratados. Devem ser estabelecidas **punições proporcionais aos descumprimentos verificados**; (...)

Como se pode notar, cláusulas editalícias e contratuais que disciplinam penalidades administrativas devem ser avaliadas de acordo com a necessária observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo para não se incorrer em violação ao julgamento objetivo e ao princípio da impessoalidade, e, por conseguinte, ao princípio da legalidade.

Desta feita, merece reforma o "Item 14 - DAS SANÇÕES E PENALIDADES" do instrumento convocatório em relação às penalidades disciplinadas, tendo em vista as ilegalidades apontadas, **de modo a demonstrar critérios objetivos** do valor da multa a ser aplicada sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade.

3. DA INCONSISTÊNCIA NA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA

Daquilo que se depreende do item 6.5.3 do edital, onde se estabelecem os critérios para qualificação Econômico-financeira, sua alínea "b" exige prazo de validade expresso na certidão negativa de falência:

6.5.3 - Qualificação Econômico-financeira:

(...)

*b) Certidão negativa de falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, expedida pelo distribuidor ou pelos cartórios de registro da falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial da sede da pessoa jurídica, **com prazo de validade expresso.***
(grifou-se)

Ocorre, importante registrar que essas certidões, via de regra, não possuem prazo de validade, mas apenas data de emissão. Assim, é comum que o referido prazo seja determinado expressamente no respectivo edital.

No caso em tela, conforme destacado, o Edital não determina este prazo e exige que a certidão possua prazo de validade próprio.

Com o máximo respeito, como essas certidões não possuem prazo de validade, a omissão na determinação do prazo enseja ilegalidade, pelo que o Edital deverá aplicar interpretação ampliativa quanto ao número de concorrentes, sendo válidos os documentos emitidos dentro do exercício (ano) que está ocorrendo a licitação.

Evidente, portanto, a ilegalidade destacada em razão de omissão do instrumento convocatório.

4. DO PRAZO EXÍGUO PARA PRESTAR SEGURO-GARANTIA

Daquilo que se depreende dos itens 12.1 e 12.2 do Edital, os mesmos tratam da garantia necessária para prestação do serviço objeto, conforme redação abaixo:

12.1 – Em até 5 (cinco) dias, contados da data de assinatura do contrato, a licitante vencedora deverá prestar garantia correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor global da contratação, em conformidade e em uma das modalidades previstas no art. 70 da Lei Federal 13.303/2016.

12.2 - Se a adjudicatária optar pela modalidade seguro-garantia, das condições especiais da respectiva apólice deverá constar disposição expressa, estipulando a responsabilidade da Seguradora pelo pagamento dos valores relativos a multas de quaisquer espécies, aplicadas à tomadora dos seguros.

Contudo, importa esclarecer que o prazo de até 5 dias para prestar a garantia é exíguo, ainda mais se considerada a modalidade de seguro-garantia, sobretudo porque, após a ampliação da Resolução nº 477/2013 para a Resolução 577/2018 da SUSEP, passou-se a incluir a exigência de cobertura de seguro trabalhista e previdenciário para descumprimento de obrigações dessa natureza não oriundas de ações judiciais.



Muitas seguradoras, portanto, respaldadas em decisões administrativas de seus sindicatos e federações não estão cumprindo tal Resolução, reduzindo-se o número de segurados no mercado capazes de atender às exigências de contratos administrativos.

Desta feita, ao fundamento dos princípios da razoabilidade e da realidade vivenciada, sobretudo com respaldo no artigo 22 da Lei nº 13.655/2018 – Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro (LINDB), destaca-se a necessidade de adequação do prazo, de modo que as licitantes não sejam punidas com multas administrativas por condições entabuladas pela realidade prática, que jamais poderiam lhe ser imputadas.

5. DA ILEGALIDADE DA PREFERÊNCIA DE ASSINATURA DIGITAL DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Os itens 9.1 e seguintes do Edital determinam a preferência de assinatura digital no instrumento contratual do respectivo certame, senão, veja-se:

9.1.1 – Os contratos deverão ser assinados preferencialmente na forma digital.

9.1.1.1 – Para assinatura digital deverá ser utilizada a Certificação ICP-Brasil.

Há que se destacar, entretanto, que a obrigatoriedade do cadastro na Certificação de Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) reside apenas em âmbito federal por força da Instrução Normativa nº 3 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Logo, sua exigência em âmbito estadual, sem previsão por igual instrumento que prepare os licitantes à novas exigências na contratação com a Administração Pública, significa verdadeira violação ao princípio constitucional da isonomia, conforme disciplina expressa no artigo 31 da Lei 13.303/2016, bem como no artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88.

Dessa forma, é fundamental possibilitar o uso de diferentes certificações digitais, visando impedir que a ausência do respectivo certificado acarrete obstáculo à adjudicação do objeto licitado.

Ou, no caso de se tornar indispensável, que a necessidade seja devidamente motivada nos moldes do artigo 20 da Lei nº 13.655/2018 – Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro



www.imtep.com.br

(LINDB), que demonstra a preocupação em relação à **motivação de atos administrativos**, cujo intento é, justamente, "reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal."⁵

Como se pode notar, a LINDB determina de forma expressa que a motivação da decisão deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta à realidade.

Cabe destacar que todas as irregularidades aqui apontadas, se não corrigidas, podem acarretar severas consequências, não apenas ao licitante, mas ao objeto que será adjudicado, uma vez que a violação do princípio da isonomia atinge, por conseguinte, a seleção da proposta mais vantajosa e a economicidade que o certame se propõe a garantir.

Dessa forma, resta necessária a adequação do edital tanto aos parâmetros legais, quanto à realidade dos licitantes, já que, qualquer inadequação implica erosão das vantagens que se pretende auferir com a licitação, haja vista a desqualificação de interessados por condições que não correspondem ao seu potencial para prestação do objeto.

6. DO DIREITO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM RAZÃO DE RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Da análise da Cláusula Nona da Minuta Contratual, observa-se que a Matriz de Risco, no que tange ao Risco da Atividade Empresarial, implica supressão de direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contratado, **uma vez que aloca a elevação dos custos operacionais para o desenvolvimento da atividade empresarial ao Contratado**, veja-se:

Elevação dos custos operacionais definidos na linha anterior, quando superior ao índice de reajuste previsto na Cláusula de Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato.	Aumento do custo do produto e/ou do serviço.	Planejamento empresarial.	Contratada
--	--	---------------------------	------------

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. p. 15.

O referido risco faz remissão à Cláusula Segunda, item III, alínea “b”, que trata do reajuste de preços dos insumos utilizados na execução do objeto, como uniformes, material de consumo etc., do seguinte modo:

III- Do reajuste dos preços

Havendo renovação do prazo, o contrato terá seus preços reajustados na seguinte forma:

(...)

b) o montante “B” (Anexo III.A) será reajustado após cada doze meses de vigência do Contrato, tendo como marco inicial a data da sua assinatura, pelo Índice IGPM-FGV ou, em sua falta, o que vier a substituí-lo.

Logo, depreende-se da leitura dos trechos acima que, caso o valor dos insumos necessários à execução do objeto seja acrescido acima do índice IGPM-FGV, **a diferença será arcada pelo Contratado**, tratando-se portanto de violação ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que esta diferença entre o aumento real do insumo e o aumento previsto pelo índice pode se dar de tal monta que inviabilize a execução do objeto, ou até mesmo represente prejuízo ao Contratado em manter o ajuste com a Administração Pública.

Com o máximo respeito, a equação econômico-financeira do contrato administrativo é determinada pelo conjunto dos encargos impostos pela Entidade licitante e pela remuneração proposta pelo particular, sendo estabelecida quando da apresentação da proposta durante o processo licitatório. Referida equação, portanto, deve se manter equilibrada durante toda execução do contrato, em razão do disciplinado na Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI.

Na Lei Federal nº 13.303/2016, o instituto do equilíbrio econômico-financeiro do contrato está previsto no artigo 81, inciso VI:

VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (grifou-se)

Com o máximo respeito, a elevação dos custos operacionais para o desenvolvimento da atividade empresarial é álea extraordinária, de modo que a supressão de referido direito, conforme disciplina a Matriz de Risco da Cláusula Nona da minuta do contrato, trata-se de ilegalidade.

Não sem razão, o posicionamento do TCU é pacífico no sentido de cabimento de repactuação do contrato no caso de ocorrência de álea extraordinária e superveniente ao originalmente contratado:

Reequilíbrio econômico é o reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, por conta da ocorrência de álea extraordinária, superveniente ao originalmente contratado. *O reajuste de preços é a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. A repactuação, referente a contratos de serviços contínuos, ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (Acórdão 1.827/2008 Plenário).*

Dessa forma, merece adequação referida cláusula contratual, de modo a assegurar o direito constitucional e legal dos contratantes de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

7. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se, respeitosamente, a reforma do Edital em epígrafe, para:

- a) Readequar as multas contratuais previstas no item 14 do Edital, sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade.
- b) Retirar a necessidade de constar expressamente a validade na Certidão negativa de falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial que trata a alínea "b" do item 6.5.3 do Edital, estabelecendo-se como válidas as certidões emitidas dentro do exercício financeiro em que ocorre a licitação.
- c) Estender o prazo de cinco dias para apresentação de seguro-garantia previsto no item 12.1 do Edital, considerando a realidade prática externada.



- d) Alterar a redação do item 9.1.1.1., possibilitando o uso de outras certificações digitais, ou não sendo possível, motivar a razão pela qual se dá preferência à Certificação ICP-Brasil.
- e) Adequar a Matriz de Risco na Cláusula Nona, de modo a alocar o encargo da elevação dos custos operacionais, além do índice de reajuste, a SCPAR Porto de Imbituba, eis que não está na esfera de controle dos contratados a álea extraordinária de variação de insumos contratuais.

Termos em que, pede-se deferimento

Curitiba, 02 de junho de 2020.

Dr Cezar Sarraff Berger
CEO
IMTEP

IMTEP GSI CLÍNICA MÉDICA HOSPITALAR LTDA.



www.imtep.com.br