

DEPARTAMENTO JURIDICO

PARECER JURÍDICO Nº 142/2020
PIMB nº 1887/2020

Ementa: Impugnação. Edital de Licitação na modalidade Pregão Eletrônico. Edital 18/2020.

Trata-se de impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 18/2020 (processo licitatório 1887/2020), publicado em 28/05/2020 no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, cujo objeto é o 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.

A presente impugnação foi apresentada pela Empresa **IMTEP GSI CLÍNICA MÉDICA HOSPITALAR** em fls. 278-290.

Não consta data de registro do protocolo da impugnação.

Passo a analisar.

I - DA TEMPESTIVIDADE

A impugnante apresenta impugnação de Edital datada no dia 02/06/2020, porém sem registro da Estatal quanto à data de protocolo.

Contudo, considerando que a peça de impugnação está datada de 02/06/2020 e o processo foi encaminhado ao Departamento nesta mesma data, seria impossível cogitar em protocolo nos dias seguintes a este.

Portanto, sem desconsiderar a obrigação de esta Estatal registrar formalmente a entrada dos documentos que lhe são dirigidos, considero que a impugnação é **tempestiva** por razões óbvias, já que a sessão está marcada para o dia 09/06/2020. (5 dias úteis após).

II - DA IMPUGNAÇÃO QUANTO AO POSSÍVEL RIGORISMO NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DO ITEM 14 DO EDITAL

A impugnante alega certa excessividade nos valores percentuais eleitos a título de penalidade pelo descumprimento de certas cláusulas editalícias, especialmente, daquelas definidas no item 14 do Edital, a saber:

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;

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.

Destaco que os valores percentuais adotados por esta administração no Edital, no intuito de inibir o inadimplemento contratual, como bem referendou o impugnante, não estão previstos em atos administrativos gerais, tanto a nível governamental, quanto *interna corporis*.

Tratam-se de valores eleitos discricionariamente por esta administração, conforme critério de oportunidade e conveniência, de forma a coibir

abusos e excessos por parte do Contratado na defesa do interesse público da contratação.

Certo que todo ato administrativo, ainda que discricionário, deve obedecer a critérios de oportunidade e conveniência. Porém, entendo que os valores impostos a título de penalidade são proporcionais, razoáveis e suficientes a COIBIR atrasos e violações abusivas de cláusulas contratuais.

O Interesse público não pode ficar a deriva, tampouco a delegar ao Contratado a opção em atendê-lo ou não. É preciso uma resposta voraz da administração, seja a título preventivo, seja repressivo, sempre empreendendo esforços para consecução do objetivo da contratação.

Em que pese haja a possibilidade de se eleger valores menores na fixação de estas penalidades, entendo que os valores do Edital representam o interesse do Estado de usufruir do serviço com eficiência.

Acrescenta-se, inclusive, que uma penalidade muito branda ou insignificante poderia incentivar determinadas Empresas a não priorizar o seu compromisso com a Administração Pública, dificultando até mesmo uma hipotética execução judicial destes valores.

Valores irrisórios ou insignificantes demandam um custo operacional de execução, por vezes, muito maiores que a suas próprias cifras, onerando a execução e deixando o interesse público desamparado com o fato impune.

Razão pela qual, ainda que possível, **desaconselho esta administração em reduzir as penalidades** previstas no item 14 do Edital, bem como as que constam da minuta do Contrato.

III - DA IMPUGNAÇÃO QUANTO À INCONSISTÊNCIA NA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE FALENCIA COM PRAZO DE VALIDADE EXPRESSO

De fato, conforme argumenta a impugnante, as certidões negativas de falência não fazem constar a data de validade no seu corpo.

Dessa forma, no intuito de preservar a segurança jurídica e isonomia dos licitantes, recomendo que seja feita uma indicação expressa no Edital quanto à validade dos documentos que omitirem a sua data de validade.

Adotando este critério, todos os documentos que não possuírem uma data expressa de validade no seu corpo, poderiam se enquadrar num prazo definido como regra geral, tal como 45 dias, 90 dias etc.

Neste ponto, dou razão ao impugnante e recomendo a alteração.

IV - DA IMPUGNAÇÃO QUANTO AO PRAZO EXÍGUO PARA PRESTAR SEGURO-GARANTIA PELO CONTRATADO

Neste ponto, entendo que a escolha do prazo de 5 dias seja matéria de decisão discricionária da administração, ficando a seu critério a alteração.

Se a administração entender que o prazo é muito exíguo, poderá prorrogá-lo ou, então, mantê-lo.

Ressalto que se a licitante achar que não consegue operar o seguro garantia em tempo oportuno, poderá optar por outras modalidades de garantia, as quais estão a sua disposição e sua escolha.

Novamente, trata-se de matéria relacionada ao mérito administrativo e não cabe a este Departamento Jurídico imuscuir-se em critérios de oportunidade e conveniência.

V - DA IMPUGNAÇÃO QUANTO À ILEGALIDADE DA PREFERÊNCIA DE ASSINATURA DIGITAL DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A Impugnante insurge-se quanto à obrigatoriedade no Cadastro da Certificação de Chaves de Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP-Brasil), alegando que não há previsão legal e que existem outras formas de certificação digital.

Contudo, sem razão.

O Edital dispõe da seguinte forma:

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.

Perceba que o edital fala em preferência na forma digital e, NÃO, exclusiva. Obviamente, optando o vencedor pela forma eletrônica, deverá utilizar o sistema de Certificação Digital da ICP-Brasil.

Porém, isso não a impede de utilizar o sistema convencional de assinatura.

Considerando que a assinatura poderá tanto se dar de uma forma quanto de outra, não vislumbro qualquer prejuízo aos princípios que regem o certame

Razão, pela qual, recomendo que seja mantida a disposição editalícia.

VI - DA IMPUGNAÇÃO QUANTO AO DIREITO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM RAZÃO DE RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A impugnante alega que a matriz de risco, em determinada linha, retira-lhe o direito constitucional de equilíbrio econômico financeiro do Contrato, especialmente, quanto à possibilidade de revisão; alega que a matriz de risco limita seu direito somente ao reajuste inflacionário, de forma a não acolher o aumento de custo dos insumos, materiais e mão de obra que superarem os índices inflacionários.

Com razão.

A matriz de risco impugnada dispõe da seguinte forma:

Elevação dos custos operacionais para o desenvolvimento da atividade empresarial em geral e para a execução do objeto em particular, tais como aumento de preço de insumos, prestadores de serviço e mão de obra.	Aumento do custo do produto e/ou do serviço.	Reajuste anual de preço.	SCPAR Porto de Imbituba
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

Antes de explicar, é necessário tecer algumas considerações que envolvem o conceito de Reequilíbrio Econômico Financeiro dos contratos administrativos.

O contrato pode ter o seu equilíbrio econômico-financeiro afetado, basicamente, em 3 vertentes: Revisão, Reajuste e Repactuação.

O Artigo 37, Inciso XXI da Constituição Federal define a base conceitual destas 3 vertentes, ressaltando a ideia de “**condição efetiva da proposta**”, de forma preservar a equação financeira entre prestação e contraprestação.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deriva também de alguns princípios constitucionais. Entre eles, estão os princípios da segurança jurídica, vedação ao enriquecimento ilícito, moralidade administrativa, isonomia, impessoalidade e indisponibilidade do interesse público.

Estes princípios reforçam a importância do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que tem como essência, além de evitar o enriquecimento ilícito, dar segurança jurídica às relações contratuais firmadas com Administração.

A previsão constitucional de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato tem a finalidade precípua de evitar o enriquecimento sem causa, assegurando a equivalência entre o encargo e a remuneração através do restabelecimento do equilíbrio contratual porventura alterado durante a sua execução.

Em **análise da matriz de risco** citada alhures, a primeira linha trata do reajuste inflacionário, o qual se dá por fato futuro e certo, com data base e índice prefixado. Esse tipo de reequilíbrio é álea ordinária e contratual, que deverá ocorrer todos os anos, à medida que a contratação se protraia no tempo – abrange os valores relacionados a insumos, prestadores de serviços e mão de obra.

A segunda linha trata de outra hipótese de equilíbrio, ou seja, a revisão propriamente dita. A matriz de risco, ao atribuir a responsabilidade pelo aumento de preços dos custos operacionais (insumos, prestadores de serviços e mão de obra) à Contratada (caso ultrapasse o índice inflacionário), veda a incidência de uma outra modalidade de reequilíbrio econômico financeiro, ou seja, a **revisão**.

A revisão, tal como citada nas linhas anteriores, é direito constitucional do contratado e ocorre por álea extraordinária e extracontratual, tal como fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito e força maior. Diferentemente do reajuste inflacionário que ocorre por fato futuro e certo, a revisão e a repactuação se dão por fato futuro e incerto, ou seja, fora da área contratual ordinária.

Portanto, não deve confundir reajuste inflacionário (fato futuro e certo) com revisão e repactuação (fato futuro e incerto). São direitos e conceitos jurídicos diversos, derivados, fundamentalmente, de cláusula constitucional, intangíveis, por disposições pactuais.

Dadas estas premissas, a supressão da segunda linha da matriz de risco já seria suficiente para regularizar e manter intactos os direitos fundamentais do Contratado perante esta administração pública.

Ante o exposto, este departamento jurídico opina pelo conhecimento da impugnação, por ser esta tempestiva e, no mérito, **opina pela alteração do Edital de Pregão Eletrônico n 18/2020 nos moldes deste parecer.**

Considerando que as alterações recomendadas não interferem na formulação das propostas (fatos futuros dispostos de matriz de risco e prazo de validade da certidão de falência), recomendo que se mantenha a sessão de pregão já agendada.

Cabe registrar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, dos autos do processo administrativo em epígrafe.

Destarte, à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988, incumbe a esta Gerência Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo imiscuir-se na conveniência ou na oportunidade dos atos praticados no âmbito da Diretoria ou qualquer outro Setor Técnico desta Estatal.

É o parecer.

Imbituba, 04 de Junho de 2020.

JOSÉ FRANCISCO PORTO
Advogado - OAB/SC 44.198

SCPar Porto de Imbituba S.A.