ILMO. SR. PREGOEIRO DA COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO - CORSAN

Ref. : PREGÃO ELETRÔNICO N.º 49/2018

A **HITSS DO BRASIL SERVIÇOS TECNOLÓGICOS LTDA.**, CNPJ n.º 11.168.199/0001-88, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012 – 8º andar, Centro, Rio de Janeiro–RJ, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse i. Pregoeiro, apresentar **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO,** que, em caso de indeferimento, seja recebido com efeito de Impugnação na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I – INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, ITEM 14.14.3: DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Eis como estabelece o item editalício 14.14.3:

> 14.14. Para comprovar a habilitação econômico-financeira, a licitante deverá apresentar:
>
> 14.14.3. Certificado de Capacidade Financeira Relativa de Licitante, emitido pela Contadoria e Auditoria Geral do Estado - CAGE, ou os documentos previstos no Decreto Estadual nº 36.601/96 e suas alterações e na Instrução Normativa CAGE n° 2/96 e suas alterações.

O Edital, quando trata, no subitem 14.14, das exigências quanto à qualificação econômico-financeira, o faz de forma muito restritiva, exigindo o Certificado de Capacidade Financeira Relativa de Licitante, emitido pela Contadoria e Auditoria Geral do Estado – CAGE, ou documentos previstos no decreto estadual mencionado. Especialmente porque se trata de uma licitação em que participará concorrentes de todo o Brasil, e a exigência de qualificação econômica pautada apenas numa norma estadual,

tão diversa da norma federal, usualmente empregada em licitações ao redor do país, restringe indevidamente a competitividade do certame.

Da forma como se encontra o Edital, empresas capacitadas e com saúde financeira estarão excluídas da possibilidade de vir a contratar com a CORSAN, que, por sua vez, ficará impossibilitada de contratar com a melhor proposta que poderia achar no mercado, frustrando a economicidade da futura contratação – principal objeto da realização de procedimentos administrativos como este.

Assim, solicitamos a alteração do item 14.14.3 a fim de que passe a prever a possibilidade de alternância de meios para a demonstração de saúde financeira pelo interessado em participar da licitação, agasalhando também as hipóteses previstas na Lei nº 8.666/1993, art. 31.

As exigências de qualificação econômico-financeira visam, inclusive, evitar que empresas aventureiras participem do certame, sendo, portanto, uma forma legítima da Administração proteger-se de uma contratação boa, apenas na aparência. Tal objetivo permanecerá resguardado, eficazmente, por meio da alternatividade ora solicitada, que trará apenas benefícios à contratante, pois o rol de interessados será ampliado, aumentando significativamente a possibilidade de uma contratação mais vantajosa.

Da forma como se encontra, o presente instrumento convocatório que, por não prever tal alternância de meios comprovatórios da saúde financeira da empresa interessada em participar do certame, inviabilizará a participação de empresas que, embora gozem de boa situação financeira, não atendam a todas as exigências do aludido subitem, levando a uma indevida restrição à ampla competitividade da licitação, prejudicial à Administração, que poderá deixar de contratar, em razão de uma omissão indevida no Edital, a melhor e mais vantajosa proposta disponível no mercado.

Face ao exposto, requer a revisão do subitem em comento, de modo a não vir a excluir do certame empresas que se encontrem saudáveis financeiramente, e assim se passe a estabelecer critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira, ampliando-se a competitividade da concorrência em análise, sem gerar risco indevido à Administração e ao interesse coletivo que se deseja atender por meio de futura contratação.

II – TERMO DE REFERÊNCIA. ITEM 27.14: FERRAMENTA DE GERÊNCIA DE ATENDIMENTO.

Eis como estabelece o item 27.14 do Termo de Referência:

> 27.14. Ser certificado pela Pink Elephant (PinkVERIFY 3.1 Toolsets ou superior) para os processos de gerenciamento de incidentes. O motivo de tal exigência é atestar a conformidade do Sistema de Gestão de Service Desk com a especificação padrão da Biblioteca ITIL.

Entretanto, trata-se de uma exigência muito restritiva à competitividade do certame, seja porque a Pink Verify é um certificação pouco usual no mercado, e porque o atesto à conformidade do Sistema de Gestão de Service Desk com a especificação padrão Biblioteca ITIL pode ser realizado de outras formas menos onerosas à competitividade do certame.

Como se sabe, quanto mais exigências feitas pela Administração, menos participantes haverá no certame, restringindo a chance de ocorrer a contratação da proposta mais vantajosa.

Nesses termos, por não se tratar de uma exigência essencial ao bom andamento da futura relação contratual, solicitamos a exclusão do referido item.

III - MINUTA CONTRATUAL, CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: DAS PENALIDAES.

É notório que em qualquer contratação pública existe a possibilidade de inexecuções, parcial ou total, e a Administração Pública deve estabelecer parâmetros para penalizar a Contratada por tais fatos. No entanto, devem ser pautadas na razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de grande monta é um fator a mais no desequilíbrio econômico do contrato com o consequente enriquecimento sem causa

da parte Contratante, o que fere não só equilíbrio econômico-financeiro como afeta a comutatividade do contrato.

Cabe ressaltar ainda, que as penalidades elencadas no presente certame, constituem cláusulas moratórias, de sorte que, sua conceituação legal visa apenas penalizar o contratado pelo efetivo período de atraso na prestação dos serviços. Desta forma, a imposição de multas até 30% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, por diversas infrações previstas no instrumento convocatório, mostra-se extremamente excessivo. Verifica-se na referida cláusula, que a Administração estabelece critério demasiadamente oneroso e não razoável.

Destaca-se que a necessidade de se adequar a penalidade aplicada em caso de inexecução, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

> "CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.
> Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.
> Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
> O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.
> Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).
> Princípio da Razoabilidade.
> Recurso Improvido."

Deste modo, não restam dúvidas de que as penalidades elencadas no edital e seus anexos devem ser revistas, de modo a ser aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, evitando enriquecimento sem causa por parte da Contratante e o desequilíbrio econômico-

financeiro do contrato e buscando seu único fim, qual seja, o ressarcimento da mora, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Frisa-se também que tais imposições extrapola o limite de 10% sobre o valor do fornecimento não realizado, teto máximo estabelecido tanto pelo Decreto nº 22.626/33 como pela Medida Provisória nº 2.172/01 e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e a Administração Pública. Ressaltamos ainda que não consta na Lei 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração, bem como a imposição de multas excessivas.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

> “Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiam outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis-, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam por quem tivesse atributos normais de pridência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.
>
> (...)
>
> É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)”

Neste sentido, extrai-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Valem dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Por todo o exposto, requer a adequação das penalidades elencadas no edital em epígrafe e seus anexos, para que as multas observem o limite máximo de 10% (dez por cento) nos casos estipulados no instrumento convocatório e na minuta contratual e que a multa seja calculada sobre a parcela contratual que restou descumprida, não sobre o valor total da contratação, em caso de inadimplemento parcial.

E não é só. Estarmos diante de norma sancionatória e, assim, a segurança jurídica das relações deve ser especialmente resguardada. Por isso, o edital, ao cuidar das penalidades contratuais, deve especificar, minimamente, quais condutas a Administração deseja desestimular e inibir. Ou seja, não pode, para fins de aplicação de sanções administrativas, a mera reprodução da letra fria da lei.

Tal omissão confere à contratante discricionariedade muito ampla na aplicação das sanções, uma vez que não informa os elementos minimamente essenciais para compreensão da conduta do licitante/contratado que se deseja reprimir, desestimular e punir. Ademais, devemos ressaltar o fato de que a idoneidade de uma conduta exige a configuração do elemento subjetivo doloso.

DA CONCLUSÃO E PEDIDO

Como resta demonstrado, as alterações requeridas do Edital, da Minuta Contratual e do Termo de Referência em comento, nos itens supramencionado, consistem numa medida que garantirá a alcance de todos os objetivos de uma licitação, possibilitando à CORSAN selecionar a proposta mais vantajosa para os serviços a serem contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção da incoerência aqui apontada.

Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios norteadores do procedimento licitatório, requer a alteração do

instrumento convocatório em análise, nos moldes propostos acima. Caso o i. Pregoeiro não acate as solicitações apresentadas, que a presente seja recebida como impugnação, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente e, requeremos, assim, que a ela seja dado o devido PROVIMENTO.

Brasília, 24 de maio de 2018.

ODÉLIO DE MELO HORTA FILHO

CPF: 874.770.251-68