



DECISÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 25/2023 – MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC

OBJETO: Contratação de empresa especializada em prestação de serviços de manutenção corretiva, preventiva e assistência técnica dos equipamentos do sistema semafórico no município de Tubarão/SC. Conforme Memorando 20.880/2023.

IMPUGNANTE: *DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA.* (Protocolado através do portal de compras públicas).

I – DAS PRELIMINARES

Trata-se de Impugnação Administrativa tempestiva, interposta pela empresa supramencionada, aos termos do edital Pregão Eletrônico nº 25/2023, cujos argumentos passarão a ser analisados a seguir.

II – DA ALEGAÇÃO DA IMPUGNANTE

A IMPUGNANTE requer observância e acatamento das seguintes considerações:

- a) o Edital é impreciso e incompleto em algumas exigências e requer esclarecimentos a respeito da quantidades de funcionários para a execução do serviço de atendimento 24 horas, bem como dos dados quanto ao parque semafórico existente;
- b) a Planilha de Custos do Termo de Referência (Anexo I) apresenta valores inconsistentes em relação à média de mercado, bem como se omite quanto a custos que serão arcados pela Contratada;
- c) há ofensa à Lei nº 8.666/93 uma vez que tanto o Edital como a minuta do Contrato condicionam a realização dos pagamentos à comprovação de regularidade fiscal da contratada;
- d) o edital ofende a Lei nº 8.666/93 ao não prever critério de correção monetária e juros para os pagamentos feitos em atraso pela Contratante.

III – DO MÉRITO

A impugnação foi encaminhada para análise e parecer da Procuradoria Jurídica Municipal, e, ainda, do setor técnico responsável, os quais manifestaram-se acerca dos requerimentos pela IMPUGNANTE.

A Procuradoria Geral do Município se manifestou através do despacho nº39-20.880/2023, nos seguintes termos:



Pois bem. Antes de tudo, cabe salientar que este exame deve se ater sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo imiscuir-se na conveniência ou na oportunidade dos atos praticados pela Administração Municipal, nem analisar aspectos de natureza eminentemente administrativos da entidade e/ou técnico de outras áreas do conhecimento. Além do mais, entende-se que os itens a e b descritos no Relatório possuem caráter estritamente técnicos, devendo ser questionados ao setor técnico competente a respeito do aceite ou não. Com relação à análise jurídica – corresponde aos itens c e d – estas serão analisadas nos tópicos abaixo. II.1 – Da Retenção de Pagamento à Comprovação de Regularidade Fiscal Adentrando ao tema, o art. 55, XIII da Lei nº 8.666/93 dispõe que: Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Com relação ao tema, é importante destacar que a Lei de Licitações prevê, em seu artigo 27, que a comprovação de regularidade fiscal é um requisito de participação no certame, ou seja, é necessário que o licitante esteja em situação regular perante a Fazenda Pública para poder participar da licitação. No entanto, uma vez vencida a licitação e celebrado o contrato, a retenção de pagamento com base na regularidade fiscal pode ferir o princípio da igualdade, uma vez que a situação fiscal do licitante já foi analisada e considerada regular no momento da habilitação. A retenção de pagamento posteriormente, com base nesse critério, poderia prejudicar o licitante de forma desproporcional, criando uma condição desigual entre os contratados. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados do TCU: 15128 – Contratação Pública – Contrato – Condições de habilitação – Não manutenção – Regularidade fiscal – Retenção do pagamento – Impossibilidade - Exceção Se no momento do pagamento a Administração verificar que o particular não cumpriu com todas as obrigações assumidas, especialmente no que diz respeito à sua regularidade fiscal, cumprirá ser instaurado processo administrativo no intuito de aplicar a penalidade contratualmente prevista para essa hipótese. Contudo, a não manutenção da regularidade fiscal não pode dar ensejo à retenção de pagamento se o objeto contratado foi devidamente entregue. Se isso fosse possível, a Administração estaria incorrendo em flagrante enriquecimento sem causa. Válido destacar que a retenção do pagamento é justificada nos casos em que há risco de responsabilização subsidiária da Administração Pública, como ocorre, por exemplo, nos contratos de terceirização quando se verifica descumprimento de obrigações trabalhistas. Sobre o tema, recomenda-se a leitura do Acórdão nº 964/2012 do Plenário do TCU. (Acórdão nº 964/2012 – Plenário). E: 13091 – Contratação pública – Contrato – Inexecução – Não manutenção da regularidade fiscal – Retenção dos pagamentos – Ilegalidade – TCU 1. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a Administração deve exigir a comprovação, por parte da contratada, da



regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal (...). 2. Nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada deve constar cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento dessa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93). 3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração". (TCU, Acórdão nº 964/2012, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 07.05.2012, Informativo nº 103, período de 23 a 27.04.2012.) Ademais, a retenção de pagamento com base na regularidade fiscal deve ser analisada sob o prisma do princípio da proporcionalidade, que exige que as medidas adotadas pela administração pública sejam adequadas, necessárias e proporcionais aos fins a serem atingidos. Em muitos casos, a retenção de pagamento por questões de regularidade fiscal pode ser considerada excessivamente rigorosa e desproporcional em relação ao objetivo de garantir o cumprimento das obrigações tributárias. Sobre o caso, destaca-se decisão do STJ: 14845 – Contratação pública – Contrato – Regularidade fiscal – Não manutenção – Retenção de pagamento – Impossibilidade – STJ O STJ, ao apreciar recurso que pretendia reconhecer a legalidade de portaria que determinava a retenção de pagamento de contrato na hipótese de não comprovação da regularidade fiscal pela contratada, concluiu que “a pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei 8.666/93”. (STJ, ARREsp nº 1.313.659/RR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 06.11.2012.) Decisões do STJ no mesmo sentido: REsp nº 633432/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005; AgRg no REsp nº 1048984/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.09.2009; RMS nº 24953/CE, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 17.03.2008. Ainda, a regularidade fiscal é um requisito que deve ser atendido pelos licitantes para a celebração de contratos com a Administração Pública. No entanto, a natureza dessa regularidade é declaratória, e não constitutiva. Isso significa que o licitante deve comprovar, no momento da habilitação, que está em situação regular perante os órgãos fiscais competentes. A Administração Pública não pode criar sanções automáticas de retenção de pagamento em caso de irregularidades posteriores à habilitação, uma vez que a regularidade é pressuposta no momento da celebração do contrato. Sobre o assunto, a jurisprudência do E. TRF da 5ª Região é no seguinte sentido: 16157 – Contratação pública – Contrato – Regularidade fiscal – Não manutenção – Penalidades aplicáveis – Retenção de pagamento – Impossibilidade – TRF 5ª Região Conforme entendimento do TRF da 5ª Região, “é cediço que é obrigação da empresa



contratada apresentar comprovante de regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, contudo, uma vez constatada a irregularidade, a Administração Pública pode aplicar apenas as seguintes penalidades: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; e emissão de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, conforme previsão do art. 87 da Lei nº 8.666/93. 3. A retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna. Precedentes do STJ e do TRF5”. (TRF 5ª Região, ARN nº 0009867-84.2011.4.05.8300, Rel. Francisco Wildo, j. em 10.04.2012.) Dessa forma, vê-se que a retenção de pagamento à comprovação de regularidade fiscal em licitações não encontra respaldo na legislação brasileira, uma vez que a regularidade fiscal é um requisito de habilitação, e a Administração Pública não possui competência legal para criar sanções não previstas em lei. II. 2 – Da Necessidade de Previsão de Juros e Correção Monetária Pois bem. Inicialmente, sobre o tema, O art. 55, III da Lei nº 8.666/93 dispõe que: Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; A cláusula mencionada no art. 55, III da Lei nº 8.666/93 possui natureza essencial, necessária, portanto, obrigatória em todo e qualquer contrato administrativo firmado pela Administração Pública e que tenha por fundamento a lei de licitações. Ademais, entre outros assuntos, o art. 40, inc. XIV, da Lei nº 8.666/1993 prevê que o edital deverá, obrigatoriamente, definir as condições de pagamento que deverão ser observadas pela Administração. Já o art. 54, § 1º, exige que os contratos estabeleçam com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes. Da conjugação dessas normas forma-se a regra segundo a qual a Administração deve estabelecer, nos editais e nos contratos, como serão realizados os pagamentos referentes aos serviços e fornecimentos contratados com os particulares, observando o prazo estabelecido em lei e, conseqüentemente, as implicações a que se submeterá caso esse pagamento seja realizado em atraso, tais como a aplicação de correção monetária e a incidência de juros moratórios. Para o prof. Marçal Justen Filho: (...) em princípio, a atualização monetária é incabível nos contratos administrativos. Mas poderá tornar-se exigível nas hipóteses em que for superado o prazo contratualmente estabelecido para a liquidação do pagamento devido ao credor. (2021, p. 1231). Ademais, verifica-se a necessidade de inclusão da referida cláusula nos contratos, conforme se retira, por exemplo, do entendimento do Tribunal de Contas abaixo descrito: 57239 – Contratação pública – Contrato – Pagamento – Atraso – Cláusula de atualização monetária – Obrigatoriedade – TCE/MG Trata-se de denúncia em que foi apontada a ausência de critérios obrigatórios de atualização financeira em caso de atraso de pagamentos. Segundo o tribunal, “são cláusulas necessárias dos instrumentos



*convocatórios e dos contratos administrativos a previsão de critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, nos termos do art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666/93 e do art. 55, III, da Lei nº 8.666/93”. (Grifamos.) (TCE/MG, Denúncia nº 1076985, Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, j. em 10.11.2022.) Complementos da Anotação TCE/MG - Processo nº 1076985 É importante esclarecer que, mesmo diante de eventual silêncio dos instrumentos convocatório e contratual a respeito da correção monetária e da incidência de juros moratórios, no caso de pagamentos realizados pela Administração em atraso, essa condição deve ser observada. Nesse sentido, o próprio STJ determina o pagamento de correção monetária referente às parcelas em atraso, ainda que o contrato seja omissivo a esse respeito, conforme se retira do seguinte julgado: A submissão dos contratos administrativos às cláusulas nele estabelecidas não exige a Administração de pagar correção monetária às parcelas em atraso, ainda que o contrato seja omissivo a respeito. (STJ, REsp nº 599851/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 09.05.2005.) Isso porque, na hipótese da realização do pagamento com atraso, a Administração pratica um ilícito contratual, e, conforme dispõe o art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Não se pode aceitar que a Administração, por equívoco ou deliberação, acabe se beneficiando de uma conduta irregular que, além de caracterizar descumprimento de uma obrigação contratual – de realizar o pagamento pelo serviço prestado ou fornecimento realizado pelo contratado na data do vencimento –, acaba gerando enriquecimento sem causa em razão de uma conduta ilícita. A Advocacia-Geral da União também já se manifestou sobre essa questão nos seguintes termos: **CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 103/2016 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ATRASO DO PAGAMENTO. I. As normas da Lei nº 8.666/93 que previram atualização financeira dos valores serem pagos nos contratos administrativos desde data final do período de adimplemento de cada parcela até data do efetivo pagamento foram tacitamente revogadas pelos arts. 28 e 83, caput, da Lei nº 9.069/1995 C/C arts. 2º e 3º da Lei nº 10.192/2001. II. Contratado tem direito ao pagamento de correção monetária incidente sobre os valores das parcelas pagas com atraso imputável, exclusivamente, Administração Pública (art. 15 da Lei nº 10.192/2001, arts. 394, 395, 397 do Código Civil art. 54, caput, da Lei nº 8.666/93). (Grifou-se). Com base no exposto, **conclui-se ser devida a fixação de cláusula contratual assegurando a correção monetária de valores pagos em atraso, bem como o pagamento de juros moratórios, sendo tal obrigação devida independentemente de previsão contratual.*****

Ainda após o parecer jurídico foi solicitado ao requisitante do processo, para que se manifestasse tecnicamente sobre os itens impugnados, visto se tratar de matéria técnica, se manifestou através do Despacho nº 41-20.880/2023, nos seguintes termos:

Trata-se de Impugnação encaminhada pelo Memorando nº 20.880/2023 e apresentada por DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL



LTDA a respeito do Pregão Eletrônico nº 25/2023, na qual esta requer a retificação do edital do referido Pregão. Em relação aos requisitos técnicos, a empresa alega que: a) o Edital é impreciso e incompleto em algumas exigências e requer esclarecimentos a respeito das quantidades de funcionários para a execução do serviço de atendimento 24 horas, bem como dos dados quanto ao parque semafórico existente; b) a Planilha de Custos do Termo de Referência (Anexo I) apresenta valores inconsistentes em relação à média de mercado, bem como se omite quanto a custos que serão arcados pela Contratada; Em relação ao quesito “a”: No que concerne à quantidade de funcionários para a execução do serviço esclarecemos que este parâmetro deve ser analisado pela empresa ao formular sua proposta. Neste sentido ressalta-se que cada empresa presta serviços de forma autônoma, uma prefere contratar funcionários em regime de escalas, outra sobreaviso aos funcionários, outra hora extra, etc... Logo, não é de interesse do Ente Público a forma de contratação dos funcionários da empresa licitante, mas, da devida execução dos serviços. Ainda que a impugnante não esteja de acordo com o apresentado no Edital, nota-se que os valores calculados para a execução do serviço foram feitos através da média de três orçamentos, inclusive com a participação de empresa de fora do Estado de Santa Catarina. Na fase de busca de orçamentos, nenhuma outra empresa questionou sobre número de funcionários, e, ressalta-se que em relação aos valores praticados no mercado os parâmetros dos orçamentos estão de acordo com o que preceitua a legislação. Já havendo no termo de referência o parque semafórico existente, não há necessidade de especificação dos dados de cada semáforo, pois, a empresa contratada deve ter a expertise necessária para realizar a manutenção em qualquer tipo de equipamento, seja a marca/tipo que for, pois não trata-se o presente processo licitatório de aquisição de semáforos. Logo, a impugnação não deve prosperar nesse ponto. Em relação ao quesito “b”: “i. Os valores indicados para os serviços e itens exigidos da Contratada, na medida em que não há qualquer justificativa ou demonstração de quais seriam os parâmetros ou orçamentos utilizados, estando os valores notavelmente abaixo da média de mercado para esse tipo de contratação;” Já devidamente justificado na resposta ao item “a” salientando que os orçamentos encontram-se anexos ao presente memorando. “ii. Os custos de locação de local para manutenção de parque semafórico – (item 7 do Termo de Referência – Anexo I).” Somente para efeito de esclarecimento, a manutenção semafórica é comumente realizada no local onde estão instalados os semáforos. Salientando que há previsão no próprio edital de valores reservados para aquisição de peças por parte da contratante ficando a cargo da contratada a comprovação de aquisição através de notas fiscais. O edital é muito claro no que concerne ao serviço, inclusive dois orçamentos levantados pertencem a empresas de outras Cidades. Porém, diante da manifestação da impugnante, **verificamos que não há necessidade de estrutura física no Município**, sendo que, encaminhamos errata neste sentido.



Desta forma, considerando os pareceres técnico e Jurídicos, DECIDO pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da impugnação analisada, alterando o instrumento convocatório, através de errata.

Dê-se ciência. Publique-se.

Tubarão/SC, 10 de Outubro de 2023.

JAIRO DOS PASSOS CASCAES
PREFEITO