

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS – ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 007/2021

DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 80.590.045/0001-00, com sede na rua Tenente Francisco Ferreira de Souza, 470 – Hauer, Curitiba-PR, vem, respeitosamente e tempestivamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO

aos termos do Edital em epígrafe, com sustentação no art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/1993 e no item 10.1 do Edital, tendo em vista que o mesmo possui flagrantes ilegalidades que ensejam a alteração do edital e a designação de nova data para realização do certame, pelas razões e motivos a seguir.

1. TEMPESTIVIDADE:

A impugnação ora apresentada está em consonância com a legislação pertinente a matéria de licitações públicas, inclusive, estando dentro do prazo instituído pelo art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/1993 e no item 10.1 do Edital.

Assim, o prazo para a apresentação desta impugnação se esgota no dia 06/10/2021 – quarta-feira (segundo dia útil que antecede a data fixada para abertura da sessão pública, 08/10/2021 – sexta-feira), ocasião em que estará devidamente protocolada, devendo ser a mesma recebida e devidamente analisada por Vossa Senhoria.

2. SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS:

Na expectativa de participar do certame em referência, a Impugnante obteve o Edital em apreço, que tem como objeto a “**Registro de Preços para eventual contratação de empresa para prestação de serviços de videomonitoramento e cerco digital, através da captura de imagens através de câmeras speed dome, de reconhecimento facial, câmeras fixas, leitura de placas veiculares (LPR) através de sistema de pontos itinerantes (LPR e PTZ) sobre rede IP e ponto/licença de detecção facial através das câmeras fixas e inspeção técnica, compreendendo a disponibilização dos equipamentos, instalação, suporte e manutenção, tanto na central de operações, quanto nos pontos remotos itinerantes (LPR e PTZ) localizados nas vias públicas e dependências do Município de São Mateus/ES**” (item 2.1 do Edital).

Contudo, após a análise do instrumento convocatório, a Impugnante se deparou com problemas e ilegalidades, não restando alternativa na esfera administrativa senão impugnar o mesmo.

Em primeiro lugar, são feitas exigências excessivas, impertinentes e desnecessárias, que comprometem o caráter competitivo do certame e indicam direcionamento da licitação, especificamente quanto ao exíguo prazo para instalações das câmeras licitadas.

Especialmente considerando o cenário causado pela pandemia da Covid-19, o prazo estipulado pelo Edital se revela deveras exíguo, violando ao art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002, o art. 3º, § 1º, I, e art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993.

Em segundo lugar, o Edital e a Cláusula Quinta da Minuta Contratual (Anexo VII) possuem vício que afronta o art. 40, XIV, 'c' e 'd', da Lei nº 8.666/1993, por deixarem de prever critério de atualização monetária e juros por eventuais atrasos nos pagamentos.

Em terceiro e último lugar, o item 15.4 do Edital condiciona a regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária da contratada para a realização dos pagamentos, em ofensa aos arts. 55 e 87 da Lei nº 8.666/1993.

A Impugnante reitera que a presente impugnação tem por escopo tão somente a melhor satisfação do interesse público, o que se viabilizará com a integral retificação dos vícios que se passa a apontar.

2.1. EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS, IMPERTINENTES E DESNECESSÁRIAS QUE COMPROMETEM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E INDICAM DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO – PRAZO EXÍGUO PARA INSTALAÇÃO DAS CÂMERAS – VIOLAÇÃO AO ART. 3º, II, DA LEI 10.520/2002 E AO ART. 3º, § 1º, I, E ART. 7º, § 5º, DA LEI Nº 8.666/1993:

Em primeiro lugar, o Edital estabelece prazo severamente exíguo para instalação das câmeras licitadas:

3.2. A licitante vencedora deverá manter a base fixa para instalação da central de monitoramento no Município de São Mateus - ES, Estado do Espírito Santo, para atender pronta e rapidamente às solicitações da Prefeitura Municipal, bem como os disparos de alarme. Caso a licitante não possua base em São Mateus - ES, terá o prazo de 30 dias para sua instalação a partir da assinatura do contrato.

CLÁUSULA NONA

9. DA EXECUÇÃO DO OBJETO/CONTRATO

9.1. SOLICITAÇÃO, EXECUÇÃO E ACOMPANHAMENTO DOS SERVIÇOS

9.1.1. A prestação dos serviços deverá ser iniciada logo após a assinatura do contrato. Para tanto, os circuitos de comunicação de dados, videomonitoramento e os equipamentos deverão ser instalados e ativados em até 30 (trinta) dias corridos após a assinatura do contrato, de acordo com as seguintes condições:

13.4.1. Para todos os itens do objeto, a contratada deverá entregar os serviços de totalmente operacionais, com a totalidade da banda de comunicação contratada e os níveis de serviços exigidos, em até 30 (trinta) dias corridos, após a assinatura do contrato.

Veja-se que o Edital obriga os licitantes de fora da municipalidade a instalarem base no Município em até 30 dias corridos, bem como, ao mesmo tempo, procedam com a instalação dos equipamentos. É evidente que a referida obrigação restringe severamente a competitividade do certame, de modo que direciona o certame aos licitantes locais que já possuem base aos redores do Município.

Além disso, ressalta-se que o cenário da pandemia mundial do ‘Corona Vírus – Covid-19’, fato de conhecimento amplo e notório, implicou em atraso tanto nas linhas de produção de insumos tecnológicos quanto na logística de entrega destes produtos.

A pandemia enquanto fato extraordinário e imprevisível tem causado atrasos constantes em praticamente todas as linhas, gerando um impacto severo e que continua reverberando, já que ainda não foi possível o seu controle.

Veja-se que boa parte dos componentes eletrônicos que compõem as câmeras são provenientes da China ou de outros países do exterior, como a Itália. Nesse sentido, boa parte dos fabricantes passaram por longos períodos de isolamento, com as suas fábricas e linhas de produção paralisadas.

É fato notório que este tipo de medida acarretou uma série de atrasos no fornecimento de insumos, bem como ocasionou a falta de oferta de novos produtos, fatores que ainda não foram regularizados. Não obstante, diversos contratos firmados com o Poder Público tiveram de ser prorrogados em razão deste novo cenário imprevisível, conforme já reconhecido pela jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COLETIVA. Ajuizamento pelo Sindicato dos Funcionários da Polícia Civil de Santos. Tutela de urgência concedida para compelir a ré a recolher coletes à prova de bala com prazo de validade vencido e entregar coletes novos aos policiais civis da Delegacia Seccional de Jacupiranga – DEINTER-6. Pleito voltado à extensão dos efeitos da antecipação de tutela aos policiais da

Delegacia Seccional de Santos. Licitação realizada e contrato celebrado para aquisição de 8.857 coletes balísticos. **Descumprimento do prazo de entrega pela fornecedora em virtude da falta de matéria prima que se instalou durante a pandemia. Entrega dos coletes prevista para o mês de março/2021. Perigo de risco ao resultado útil do processo não demonstrado. Rescisão contratual e realização de nova licitação que retardaria ainda mais a entrega dos coletes. Decisão que indeferiu a extensão da antecipação dos efeitos da tutela mantida.** Agravo não provido.

Trecho do voto:

“Com efeito, a falta de matéria-prima em geral, decorrente da atual pandemia da Covid-19, é de conhecimento público. Trata-se de situação que afeta de forma simultânea todas as empresas da cadeia produtiva, o que dificulta a pronta aquisição de material não entregue por meios alternativos.

Igualmente irrepreensível a opção da Administração pela prorrogação do prazo de entrega em detrimento da rescisão contratual, eis que implicaria em maior demora pela necessidade de realização de novo procedimento licitatório”.¹

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO ADMINISTRATIVO EM REGIME DE EMPREITADA GLOBAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E FORNECIMENTOS EMERGENCIAIS - RETOMADA - RISCO DE COLAPSO DAS TORRES PROVISÓRIAS - **POSTERGAÇÃO PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.**

A agravante foi contratada para o reestabelecimento de três torres de energia sinistradas no ano de 2018. Cumpriu a primeira etapa dos serviços, instalando estruturas provisórias que garantiriam a continuidade do serviço essencial do local, mas as inspeções técnicas revelaram deficiências estruturais nas torres definitivas e desde então não houve solução do impasse, alegando a prestadora que não pode ser responsabilizada se houve interferência da contratante durante a execução do serviço.

(...)

Recurso parcialmente provido apenas para prorrogar o prazo de execução do serviço para 90 dias. A pandemia de Covid-19 poderá impor dificuldades logísticas na execução e ficou bem demonstrado que as torres estão localizadas em área sujeita a alagamentos.”²

Além disso, considerando que o presente momento é o mais oportuno para a discussão sobre as cláusulas contratuais, deve-se privilegiar soluções que trarão à Administração Pública a melhor proposta, bem como a garantia de não alteração dos prazos anteriormente previstos.

¹ TJSP – Agravo de Instrumento nº 2049848-87.2021.8.26.0000 – 10ª Câmara de Direito Público, rel. Min. Paulo Galizia; j. 29.03.2021 – *Grifamos e sublinhamos*.

² TJSC – Agravo de Instrumento nº 5014974-16.2020.8.24.0000 – 5ª Câmara de Direito Público – rel. Des. Hélio do Valle Pereira – j. 25.08.2020 – *Grifamos e sublinhamos*.

Afinal, é certo que “*não há margem para dúvida que a alteração drástica no cenário econômico mundial já observada por conta do coronavírus **(com reflexos imediatos nesse ano e prováveis também para o ano de 2021)** insere-se neste contexto de imprevisibilidade ou imensurabilidade afeta a situação de muitas empresas contratadas pelo Poder Público, na medida em que se majoram seus custos e insumos ou retardam seus fornecimentos (no caso de insumos e produtos importados)”³.*

É importante ressaltar, com todo o respeito devido, que a dilação do prazo para instalação das câmeras deve ser concedida para o bem da melhor contratação e, futuramente, da execução do contrato, o que traz benefícios para a futura Contratada, para a Contratante e, em última análise, ao interesse público.

Note-se que exigir a instalação das câmeras em até 30 dias corridos após a assinatura do contrato é um prazo severamente exíguo e acaba causando **restrição da competitividade**. Isso porque, da forma disposta no Edital somente as empresas que já possuem as câmeras em estoque e as próprias fabricantes conseguem atender ao chamamento.

Logicamente, quanto menos concorrência, maior tende a ser o preço a ser pago pela Administração. Assim, a exigência em questão afronta também o princípio da economicidade.

Além disso, é de se ver que não há qualquer justificativa que tenha sido apresentada para exigir a instalação em prazo tão curto. Assim, considerando que certamente o estabelecimento de prazo razoável (120 ou 180 dias) aumentaria a concorrência e diminuiria o preço a ser pago, inexistente qualquer vantagem em manter tal disposição. Ao contrário, constitui ilegalidade na medida em que reduz drasticamente a competitividade do certame.

Rememore-se que o certame é regido pelo Sistema de Registro de Preços, ou seja, **sequer há garantia de contratação**. Ainda assim, o edital exige que a

³ CORDEIRO, Andre Bonat. Coronavírus e seus efeitos nos contratos administrativos. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-seus-efeitos-nos-contratos-administrativos-19032020>>. Acessado em 05.10.2021.

licitante providencie uma sede na municipalidade, em até 30 dias corridos, para atender uma demanda que sequer se sabe se será contratada.

Dessa forma, o Edital viola o art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002, o art. 3º, § 1º, I, e art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, justificando-se apenas para restringir a competitividade e selecionar indiretamente as empresas que já possuem as câmeras em seus estoques.

Veja-se que o art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002 veda exatamente esses tipos de especificações, que são excessivas, irrelevantes e desnecessárias, limitando a competição do certame:

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;**”

Ainda, observe-se que a ilegalidade do curto prazo previsto no Edital é reconhecida pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

“É irregular o estabelecimento de cláusulas que restrinjam o caráter competitivo da licitação, como a fixação de prazos exíguos para execução de serviços.

Trecho do voto:

(...)

9.6.14. Obviamente, é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir que os licitantes comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira necessárias para a execução do objeto contratado. Porém, todas as exigências de habilitação estão subordinadas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa é a regra que este Tribunal segue em seus procedimentos licitatórios e é a regra que foi seguida no PE TCU 19/2006. Ademais, todas as exigências foram adequadamente justificadas nos autos e no instrumento convocatório da licitação.

9.6.15. Não é o que ocorreu nos Pregões Eletrônicos 8/2006 e 10/2007, conduzidos pelo MMA. Não há, nos autos, qualquer estudo que justifique as exigências de habilitação consignadas nos respectivos editais (vide item 9, às fls. 984-988 da instrução anterior). Da mesma forma, as alegações de defesa dos gestores tratam do assunto de forma genérica, sem apresentar elementos novos. **Afirmam, por exemplo, que os prazos exíguos para execução de serviços foram assim estabelecidos para atender a urgências internas, que dizem respeito às políticas do órgão, definidas pelo ministro e por seus auxiliares.**

Contudo, não apresentam nenhum documento que comprove a necessidade de execução de serviços em prazos tão curtos, como a impressão de 20 mil crachás em até 12 horas ou de até 5 mil livros, com qualquer quantidade de páginas, em até 3 dias. Tampouco justificaram as exigências de posse de maquinário específico como condição para habilitação do licitante ou de comprovação de que a empresa mantém, em seu quadro de pessoal, profissionais com formação superior em desenho industrial e letras, ambos com experiência de mais de um ano na atividade. Sobre tais exigências, deve-se lembrar que as empresas que impugnaram o edital afirmaram que outros equipamentos, além daqueles especificados no instrumento convocatório da licitação, seriam capazes de efetuar o serviço demandado (item 9.4, fl. 985). Também questionaram a necessidade de se disponibilizar desenhista industrial para atender ao contrato com o MMA. Esse profissional atua no projeto e na produção de objetos e bens em escala industrial, o que nada tem a ver com o objeto licitado - prestação de serviços de impressão gráfica. Como visto, os pedidos de impugnação do edital foram indeferidos sem uma fundamentação adequada.”⁴

Conforme dito, a situação se agrava por se tratar de certame regido pelo Sistema de Registro de Preços, onde não há garantia da contratação. Ou seja, é possível que a licitante vencedora tenha que providenciar uma sede na municipalidade a qualquer momento, para atender uma quantidade não exata de equipamentos, causando um ônus severo para as empresas.

Neste sentido, já se posicionou a jurisprudência:

“No que tange ao prazo de 10 (dez) dias para instalação do posto de atendimento e cadastramento dos estudantes e estagiários, a municipalidade aduziu que a abertura para escritórios de contato é simplificada e podem ser feitos remotamente por intermédio dos respectivos portais das prefeituras e espaços pequenos e suficientes para o atendimento das demandas contratuais têm oferta ampla em Pinhais e Curitiba.

Segundo o Município de Pinhais prazo seria suficiente, considerando que a abertura sessão do Pregão ocorreria em 19/05/2020, com a assinatura do contrato apenas na segunda quinzena de junho, além do fato de que as questões burocráticas foram simplificadas para funcionamento do escritório e em razão das variadas formas de execução, inclusive mediante compartilhamento de sala para atendimento.

⁴ TCU – Acórdão 8117/2011 – Primeira Câmara – rel. Min. Walton Alencar Rodrigues – j. 13.09.2011. – *Grifamos e sublinhamos.*

Entretanto, analisando os argumentos apresentados entendo que assiste razão à Representante, **pois a eventual primeira colocada no pregão não possui qualquer garantia de que o contrato será assinado, já que mesmo a empresa sendo adjudicada vencedora, não há obrigatoriedade de contratação ou compra por parte da administração.** **Assim, de acordo com a Unidade Técnica, se a empresa vier a dispender recursos e, posteriormente, a municipalidade não lhe contratar, revogando ou anulando o certame, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, ficará sujeita aos prejuízos de seus investimentos, conforme prevê o § 1º 4 do referido dispositivo.**

(...)

Do exposto é possível inferir que o prazo de apenas 10 (dez) dias é demasiado exíguo para que a contratada consiga cumprir todas as obrigações previstas no contrato, previsão essa que restringe, desarrazoadamente, a competitividade do certame.”⁵

Indo além, esse tipo de conduta, com restrição da competitividade, viola expressamente o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou **condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes **ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

Por tudo isso, resta claro, evidente e incontestável que, diante do contexto causado pela pandemia do Coronavírus – Covid19, deve ser extirpada do Edital a exigência referente à instalação das câmeras em até 30 dias corridos após a assinatura do contrato, sob pena de restrição à competitividade.

⁵ TCE/PR – Acórdão 3911/2020 – Tribunal Pleno – rel. Cons. Artagão de Mattos Leão – j. 14.12.2020. – *Grifamos e sublinhamos.*

À retificação deve seguir a republicação do Edital e redesignação de data de abertura da sessão, vez que implica em alteração das propostas realizadas pelos licitantes.

2.2. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS PARA PAGAMENTOS EM ATRASO – OFENSA AO ART. 40, XIV, ‘C’ E ‘D’, DA LEI Nº 8.666/1993:

Em último lugar, é de se ver que o Edital e a Minuta do Contrato contêm ilegalidades por deixarem de prever critério de atualização monetária por eventuais atrasos nos pagamentos à Contratada.

A omissão nesse tocante está, inicialmente, no item 15 do Edital, afrontando o art. 40, XIV, ‘c’ e ‘d’, da Lei nº 8.666/1993. Como é cediço, o referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

“Art. 40. **O edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

(...)

XIV - **condições de pagamento, prevendo:**

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

(...)

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) **compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos**, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;”

Na mesma toada, a Cláusula Quinta da Minuta Contratual (Anexo VII) também é omissa quanto a isso, afrontando o art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993.

Assim é que o Edital e a Minuta do Contrato devem prever os critérios de atualização monetária e juros por eventuais atrasos nos pagamentos devidos pela Administração Pública.

Nesse sentido, verifica-se que a correção monetária consiste em recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda. Ao tempo que não se confunde com penalização ou compensação, que em regra são traduzidas em previsão de juros para o caso de pagamento em atraso. De modo que se faz necessário contemplar ambas as previsões, **a correção monetária e juros**.

A contrariedade ao comando legal é flagrante, como se observa da lição doutrinária de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“20.3) As compensações financeiras e consequências do inadimplemento

O ato convocatório deve disciplinar as condições de adimplemento **e consequências de inexecução**, tanto no tocante ao particular como à própria Administração. **Omitir disciplina da conduta estatal é um desvio de óptica, incompatível com o Estado Democrático de Direito**. A ideia de democracia exige a submissão do Estado e de seus agentes à observância dos princípios jurídicos fundamentais. Entre esses princípios, está o da obrigatoriedade das convenções e da vedação à impunidade. **Não é cabível que o Estado pretenda, através da omissão de regras sobre consequências de inadimplemento, assegurar a si próprio regime excludente de sanções em caso de infração ao Direito**. Aliás, há dispositivo constitucional explícito submetendo o Estado a responder por atos ilícitos (contratuais ou não).

Significa que, **omisso o edital acerca do tema, qualquer particular pode provocar a Administração e exigir esclarecimento. Destaque-se que essa disciplina não é facultativa, mas obrigatória**.⁶

Veja-se que a lei exige a previsão de correção monetária e juros, não bastando apenas uma delas. Ora, a correção monetária apenas recompõe o poder da moeda, enquanto juros correspondem à penalização pelo ato ilícito consistente no atraso do pagamento. Não basta, portanto, prever apenas uma das modalidades.

Portanto, o vício deve ser sanado, com a republicação do Edital contendo previsão acerca das consequências de atrasos no pagamento (**juros e correção monetária**) e o adiamento da sessão. Mantida a situação, é evidente a ilegalidade, como inclusive reconhece a jurisprudência em decisões recentes:

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 648. *Grifamos e sublinhamos*.

(...)

Quanto ao direito material, há indícios de irregularidade no edital do Pregão Eletrônico nº 66/2021 do Município de Campo Largo, merecendo processamento a demanda para o fim de verificar a legalidade/regularidade das seguintes exigências do edital: (i) cor do botão da caixa da botoeira sonora (item 8.2 da especificação técnica, peça 05, fl. 44); (ii) movimento interativo dos módulos a LED Pedestre 200mm (peça 05, fls. 40 e 88); (iii) exigência de Laudo Específico de controlador eletrônico para entrega no momento de análise de amostra (peça 05, fls. 26, 38 e 42); (iv) vedação à participação de consórcios (item 7.2, “a”); e **(v) ausência de previsão de compensação e juros para pagamento em atraso.**

(...)

Diante do exposto, **defiro o pleito de medida cautelar**, com a finalidade única de suspender, no estado em que se encontra, o Pregão Eletrônico nº 66/2021 do Município de Campo Largo, até ulterior julgamento de mérito.”⁷

* * * * *

“Representação da Lei n.º 8.666/93. Pelo conhecimento e, no mérito, pela procedência, com expedição de determinações condicionantes.

Trecho do voto:

(...)

Ora, a primeira omissão detectada no edital do Pregão Eletrônico n.º 09/2021 diz respeito à ausência de previsão de juros moratórios e de correção monetária em caso de atraso no pagamento por parte da Contratante, requisito este expressamente consignado nos artigos 40 e 55 da Lei de Licitações.

(...)

(a) pela procedência da presente representação, consideradas as irregularidades detectadas no edital do Pregão Eletrônico n.º 09/2021, decorrentes da inobservância aos artigos os artigos 40; 3º, §1º e 68; bem como 30, §5º, todos da Lei n.º 8.666/93, com expedição de determinações para que, em 15 (quinze) dias, o Consórcio Intermunicipal de Saúde – CONIMS **providencie as seguintes retificações e consequente republicação do edital: a) inserção de cláusula que trate dos juros moratórios e correção monetária para o caso de atraso de pagamento, em observância ao artigo 40, inciso IV, “c” e “d” e art. 55, III da lei nº 8.666/93;**⁸

Pelo exposto, deve a Impugnação ser acolhida para sanar o vício do item 15 do Edital e a Cláusula Quinta da Minuta Contratual para passar a prever as regras

⁷ TCE/PR – Representação nº 378932/21 – Decisão nº 838/21 – Rel. Ivan Lelis Bonilha – J. 25.06.2021. *Grifamos e sublinhamos.*

⁸ TCE/PR – Acórdão 1458/21 – Pleno – Rel. José Durval Mattos do Amaral – J. 24.06.2021. *Grifamos e sublinhamos.*

de pagamento à contratada com a especificação **juros e correção monetária** por eventuais atrasos, sob pena de violação ao art. 40, XIV, 'c' e 'd', da Lei nº 8.666/1993.

Às retificações devem seguir a republicação do Edital e a redesignação de data de abertura da sessão. Isso porque é evidente que os licitantes deverão levar em consideração a existência (e os riscos disso decorrentes) ou não de previsão contratual de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos nos pagamentos, o que certamente afeta a formulação da proposta.

2.3. IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAR (OU RETER) PAGAMENTOS À COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL:

Em terceiro e último lugar, o item 15.4 do Edital e a Cláusula Quinta da Minuta Contratual (Anexo VII) contém vício a ser sanado, na medida em que é ilegal condicionar o pagamento (ou retê-lo) a comprovação da regularidade fiscal, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei nº 8.666/1993. Veja-se o que dispõe a ilegal previsão editalícia:

5.4. O pagamento será efetuado até 30 (trinta) dias após as medições, por meio de depósito na conta corrente da contratada, através de Ordem Bancária, após a apresentação dos seguintes documentos:

- a) Nota Fiscal/Fatura de serviços discriminativa, em via única, devidamente atestada pela Secretaria requisitante, assim como pelo fiscal do contrato;
- b) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme Lei nº 12.440/2011.
- c) Certificado de Regularidade do FGTS - CRF, emitido pela Caixa Econômica Federal; e
- d) Certidão Conjunta perante a Secretaria da Receita Federal, e a Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme IN/SRF nº 574/2005 e CND Estadual e Municipal na sede do Licitante;
- e) No caso de serviços, obras e/ou locações, Boletim de Medição atestado pela Secretaria requisitante juntamente com o fiscal do contrato.
- f) Relatório de Fiscalização.

15.4. O pagamento será efetuado até 30 (trinta) dias após as medições, por meio de depósito na conta corrente da contratada, através de Ordem Bancária, após a apresentação dos seguintes documentos:

- a) Nota Fiscal/Fatura de serviços discriminativa, em via única, devidamente atestada pela Secretaria requisitante, assim como pelo fiscal do contrato;
- b) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme Lei nº 12.440/2011.
- c) Certificado de Regularidade do FGTS - CRF, emitido pela Caixa Econômica Federal; e
- d) Certidão Conjunta perante a Secretaria da Receita Federal, e a Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme IN/SRF nº 574/2005 e CND Estadual e Municipal na sede do Licitante;
- e) No caso de serviços, obras e/ou locações, Boletim de Medição atestado pela Secretaria requisitante juntamente com o fiscal do contrato.
- f) Relatório de Fiscalização.

Na prática, portanto, os pagamentos somente serão efetuados se e quando a contratada comprovar sua regularidade. Entretanto, é cediço que a situação de irregularidade fiscal (ou mesmo trabalhista e previdenciária) não autoriza a retenção do pagamento devido pelos serviços executados.

Por óbvio, a comprovação de regularidade pode e deve ser exigida para que a contratação seja efetivada. Ainda, a Administração pode exigir, ao longo da execução do contrato, referida comprovação. Porém, a consequência para eventual irregularidade da contratada é a aplicação de penalidades ou até mesmo a rescisão do contrato, não sendo possível a retenção de pagamentos por serviços prestados sob essa condição, sob pena de afronta a ilegalidade e de enriquecimento ilícito da contratante.

Nesse sentido é a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA N. 05/STJ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. **CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DOS PAGAMENTOS POR IRREGULARIDADES.** SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de desbloquear a retenção do pagamento como contraprestação, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 05 e 07/STJ.

II - Na hipótese dos autos, verifico que o acórdão recorrido adotou **entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo artigo 87 da Lei 8.666/93.**

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

IV - A Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, reiterando apenas as alegações veiculadas no recurso anterior.

V - Agravo regimental improvido.”⁹

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO adota, há vários anos, o mesmo entendimento, consagrado no Acórdão nº 964/2012-Plenário:

“CONSULTA. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PAGAMENTO A FORNECEDORES EM DÉBITO COM O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL QUE CONSTEM DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES. CONHECIMENTO. RESPOSTA À CONSULTA.

(...) 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.**”¹⁰

A jurisprudência é uníssona, como se vê dos seguintes julgados:

“Consulta. **Pagamento de serviços prestados a fornecedor com irregularidade fiscal.** Possibilidade de rescisão de contrato ante o descumprimento de cláusula contratual, sendo **vedada a suspensão de pagamento ante a ausência de previsão legal.**”¹¹

* * * * *

“É possível que seja rescindido contrato em virtude da não manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato. Porém, a administração deve buscar adotar sempre a providência menos onerosa para si. **Nunca pode ser retido pagamento em virtude desse tipo de ocorrência.**”¹²

* * * * *

“A Unidade Técnica apontou o processo de Consulta, Acórdão nº 216/2013 – STP, no qual o entendimento deste Tribunal de Contas foi no sentido de não ser possível a retenção do pagamento de serviço prestado nos casos em que o contratado venha a se tornar inadimplente perante o

⁹ STJ - AgRg no AREsp 67.265/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015. *Grifamos e sublinhamos.*

¹⁰ TCU – Acórdão nº 964/2012-Plenário, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, julgado em 25/04/2012. *Grifamos e sublinhamos.*

¹¹ TCE/PR – Acórdão nº 216/2013-Pleno, Rel. Cons. IVAN LELIS BONILHA, julgado em 14.02.2013. *Grifamos e sublinhamos.*

¹² TCE/PR – Acórdão nº 1356/2008 – Pleno - Rel. Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães. *Grifamos e sublinhamos.*

fisco no curso do contrato, ante a ausência de previsão legal.”¹³

Dessa forma, afronta a legalidade as previsões contidas no item 15.4 do Edital e na Cláusula Quinta da Minuta Contratual, visto que os pagamentos somente serão efetuados mediante prova de regularidade fiscal.

Como se viu, a lei, a jurisprudência e a doutrina são unânimes em vedar a retenção de pagamentos por eventual irregularidade ocorrida ao longo do contrato, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

Pelo exposto, deve a Impugnação ser acolhida também para sanar o vício contido no Edital e retirar o condicionamento do pagamento à liberação mediante análise de regularidade, contidas no item 15.4 do Edital e na Cláusula Quinta da Minuta Contratual.

Às retificações devem seguir a republicação do Edital – e redesignação de data de abertura da sessão –, nos termos do nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993.

3. RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO:

Cabe ressaltar, ainda, a responsabilidade do Agente pelo ato Administrativo da Licitação. Deve-se observar que quando as formalidades que deveriam revestir a prática do ato pelo Agente Público são ignoradas ou omitidas, haverá consumação de crime, conforme previsto nos art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e correlatos. Tais crimes se aperfeiçoam através de conduta que impeça a disputa isonômica do procedimento licitatório, ou que resultem em flagrante prejuízo ao erário.

¹³ TCE/PR – Acórdão nº 3595/2020 – Pleno - Rel. Cons. Fábio de Souza Camargo. *Grifamos e sublinhamos.*

4. PEDIDOS:

Por todo o exposto, a licitante **DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA.** em respeito aos princípios e regras norteadores das licitações, requer:

- a) a imediata suspensão, até o julgamento desta impugnação, da abertura programada para o dia 08/10/2021, às 09h00hrs.
- b) o julgamento de procedência desta impugnação com a republicação do Edital e redesignação da data de abertura, nos termos expostos ao longo desta peça, contendo as seguintes alterações:
 - i. Retificar a exigência referente à instalação das câmeras em até 30 dias corridos após a assinatura do contrato, de forma a aumentar o prazo previsto (120 a 180 dias), sob pena de restrição à competitividade.
 - ii. Incluir regras de pagamento à contratada com a especificação de critérios de correção monetária por eventuais atrasos tanto no Edital quanto na Minuta Contratual (Anexo VII);
 - iii. Retificar a redação do item 15.4 do Edital e da Cláusula Quinta da Minuta Contratual, visto que condicionam o pagamento à regularidade fiscal, o que consiste em hipótese ilegal nos termos do arts. 55 e 87 da Lei nº 8.666/1993.
- c) o encaminhamento desta Impugnação à Superior Instância Administrativa competente, caso sejam mantidas as condições atuais do instrumento convocatório, o que não deve ocorrer.

Por fim, informa-se que, caso mantidas as ilegalidades apontadas, a presente impugnação será encaminhada ao conhecimento do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da imprensa local, na forma prevista do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, sendo tomadas as medidas judiciais cabíveis.

Nestes termos, aguarda deferimento.

Curitiba para São Mateus, 06 de outubro de 2021.



JACQUELINE M. FELISBINO
Representante Legal
CPF nº 659.272.819-15