



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 63
Func. fls

PARECER

Processo Administrativo nº 979/2019

Pregão Presencial nº 23/2019

Impugnação de Edital

Processo Administrativo nº 1316/2019

Impugnante: E & L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA

Trata-se de impugnação de Edital de Pregão Presencial nº 23/2019, processo administrativo nº 979/2019, interposta pela empresa E & L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA, cujo objeto é a contratação de pessoa jurídica para locação de licença de softwares de sistema de Nota Fiscal Eletrônica, Protocolo e Documentos para implantação e Treinamento para operacionalização dos softwares, manutenção mensal, diagnóstico, conversão, atualização, atendimento e suporte técnico do sistema para continuidade no processo de informatização do Município de Cantagalo-RJ.

Em suas longas razões alega inconformismo quanto aos termos do edital de licitação, nos seguintes pontos:

- A – Devolução do prazo de publicidade ante ter havido alteração do Edital que modificou a forma de julgamento de menor preço por global por menor preço por item;
- B – Parcelamento do Objeto;
- C – Exigência de 80% das funcionalidades conforme disposto nas alíneas “a” e “c” do item 9 do Edital;
- D – Restrição a participação de empresas em recuperação Judicial;
- E – Exigência de prova de regularidade fiscal como pressuposto de pagamento de empresa pública;
- F – Comprovação de regularidade fiscal das Meis e EPPs;
- G – Média de preços apurada pela administração e o julgamento objetivo.
- H – Princípios Básicos.

Passo agora a análise dos itens acima a luz do que preconiza o diploma legal que rege os procedimentos licitatórios em nosso país, lei nº 8.666/93.

- A – Devolução do prazo de publicidade ante ter havido alteração do Edital que modificou a forma de julgamento de menor preço por global por menor preço por item;

4



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 64
Func. JBS

No tocante a devolução do prazo a luz do § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, havendo modificação no edital exige a divulgação da mesma forma do texto original, devendo reabrir prazo inicialmente estabelecido.

Pelo teor do dispositivo legal em pauta, a exceção prevista à republicação do edital só pode ser utilizada quando, a alteração não afetar a formulação das propostas, aqui entendendo o termo "proposta" como sendo o conjunto formado pela documentação de habilitação, a proposta técnica (quanto houver) e a proposta comercial.

Também precisa ficar claro que a alteração no edital tratada no dispositivo legal pode estar no corpo principal do edital, assim como em qualquer de seus anexos. O que importa, para impor a necessidade de republicação do edital é que haja uma modificação em qualquer parte do edital, que interfira na forma de conseguir a habilitação ou na elaboração das condições de disputar o certame, seja na proposta comercial ou na proposta de técnica, se esta for exigida.

Para que não haja dúvida de relevância da modificação que implique na republicação do edital o legislador teve o cuidado de limitar a utilização da exceção aqui tratada para os casos em que a alteração na proposta (extensível também para a habilitação) for incontestável. Assim, se houver dúvida se a modificação do edital vai afetar ou não a proposta (compreendida como proposta comercial e documentação), essa modificação deve ser republicada.

Dessa forma, só restariam permitidas as modificações do edital, sem a reabertura de prazo, para aquelas alterações que efetivamente não iriam trazer nenhuma consequência para a montagem da habilitação ou da elaboração da proposta ou meros erros materiais ou substantivos.

Na hipótese em questão com razão o impugnante da necessidade da republicação com reabertura de prazo, visto que alteração na proposta de julgamento, trata-se de alteração significativa a exigir a reabertura do prazo, consoante dispõe o diploma legal acima citado.

Portanto, no meu entender correta a decisão do Pregoeiro acolher neste ponto os argumentos do impugnante, julgando procedente, no sentido de cumprir a regra do § 4º do artigo 21 e artigo 3º da Lei nº 8.666/93, observando os princípios que rege o certame licitatório.

B – Parcelamento do Objeto;

Utilizando como paradigma o art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93 e a Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União, tem-se que a divisão do objeto, em itens ou lotes, é trabalhada



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 65
Func. 738

como regra. Isso em decorrência da presunção de que, com a cisão em parcelas menores, aumentará a competitividade e, conseqüentemente, as chances de alcançar propostas mais vantajosas.

No entendimento de Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, o objetivo maior da obrigatoriedade do parcelamento do objeto é a ampliação das vantagens econômicas para a Administração, na medida em que se reduzem as despesas administrativas. Para referido autor *"a possibilidade de participação de maior número de interessados não é objetivo imediato e primordial, mas via instrumento de se obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar em elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares."*

Isso implica em dizer que, embora a Lei tenha adotado como regra o parcelamento do objeto, o mesmo somente se justifica e fundamenta quando houver viabilidade técnica e, principalmente, ganho econômico para a Administração Pública. Nesse sentido a Decisão 348/1999, Plenário do TCU:

"Na forma do art. 23, § 1º da Lei 8666/63, deve a Administração buscar o parcelamento do objeto, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo, ampliar a competitividade do certame. Todavia, essa orientação exige que o parcelamento somente seja efetuado quando não resultar em perda de economia de escala. Não se pode esquecer, e nisso andou bem o legislador, que a licitação é procedimento administrativo que visa, entre outros aspectos, a que a Administração contrate de forma mais vantajosa possível. Logo, não seria razoável, além de ser ilegal, que o parcelamento venha ocasionar economia de escala e, por via de consequência, maiores custos para a Administração Pública."

No mesmo sentido, o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que no Parecer nº 2086/00, elaborado no Processo nº 194/2000 do TCDF, manifestou da seguinte forma:

"Desse modo a regra do parcelamento deve ser coordenada com o requisito que a própria lei definiu: só se pode falar em parcelamento quando há viabilidade técnica para sua adoção. Não se imagina, quando o objeto é fisicamente único, como um automóvel, que o administrador esteja vinculado a parcelar o objeto. Nesse sentido, um exame atento dos tipos de objeto licitados pela Administração Pública evidencia que embora sejam divisíveis, há interesse técnico na manutenção da unicidade, da licitação ou do item da mesma. Não é pois a simples divisibilidade, mas a viabilidade técnica que dirige o processo decisório. Observa-se que, na aplicação dessa norma, até pela disposição dos requisitos, fisicamente dispostos no seu conteúdo, a avaliação sob o aspecto técnico precede a avaliação sob o aspecto econômico. É a visão jurídica que se harmoniza com a lógica. Se um objeto, divisível, sob o aspecto



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc.	1316	Fls.	66
Func.	JBS		

econômico for mais vantajoso, mas houver inviabilidade técnica em que seja licitado em separado, de nada valerá a avaliação econômica. Imagine-se ainda esse elementar exemplo do automóvel: se por exemplo as peças isoladamente custassem mais barato, mesmo assim, seria recomendável o não parcelamento, pois sob o aspecto técnico é a visão do conjunto que iria definir a garantia do fabricante, o ajuste das partes compondo todo único, orgânico e harmônico. Por esse motivo, deve o bom administrador, primeiramente, avaliar se o objeto é divisível. Em caso afirmativo, o próximo passo será avaliar a conveniência técnica de que seja licitado inteiro ou dividido".

5. A ausência de prejuízo econômico também é requisito estabelecido na Súmula 247 da Corte de Contas para o parcelamento do objeto:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."

Dessa Súmula extrai-se a necessidade da Administração adotar a licitação por itens quando não houver perda de economia de escala e prejuízo ao conjunto ou ao todo. Nessa linha, o certame ocorrerá em um único instrumento convocatório, que estabelecerá diferentes objetos, autônomos entre si, em que cada licitante poderá oferecer propostas para cada um deles ou parte deles. Embora materialmente consubstanciado em um único documento, o certame poderá originar vários contratos, a depender do número de itens existentes e dos licitantes vencedores. Pode-se dizer, então, que são várias licitações em um único procedimento.

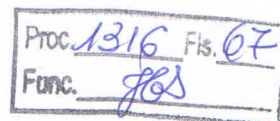
Como se vê este raciocínio precisa ser sopesado com muita cautela, caso a caso.

Afinal, é pressuposto de legitimidade do parcelamento, que ao assim realizar, não ocorra prejuízo ao todo, à responsabilidade técnica, à solução integral esperada, à gestão das avenças e, inclusive, à economia de escala.

Portanto, para uma análise adequada de parcelamento, mostra-se imprestável bem conhecer tanto os possíveis **reflexos técnicos/gerenciais** de eventual divisão, como o **mercado** no qual se insere a atividade/solução a ser licitada; sopesando se o segmento atua, preponderantemente, nas diversas demandas ou não. Se a resposta para esta última questão for afirmativa, por exemplo, de modo que as empresas atuam preponderantemente nas diversas demandas, é provável que a adoção de lote único reverterá em ganho de economia de escala.



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica



Feitas, estas considerações, no caso em questão no meu entendimento poderá haver inviabilidade técnica, em caso de várias empresas vencedoras, no tocante a incompatibilidade dos sistemas, podendo acarretar conflitos na comunicação e importação de dados, fazendo que o ente pública possa até alcançar a ampliação da vantagem econômica, mas esbarra na inviabilidade técnica deixando de alcançar o interesse maior da administração pública, por isso entendo que tem razão o impugnante em suas alegações.

Todavia, entendo que não há ilegalidade no fracionamento por item ante dispõe o diploma legal acima citado, sendo da álea discricionária do ente deflagrador que entende haver possibilidade técnica e econômica ao adotar o julgamento por item, deixando assim esta escolha em sua discricionariedade, para evitar ingerência desta especializada naquilo que não ofende o ordenamento legal.

C – Exigência de 80% das funcionalidades conforme disposto nas alíneas “a” e “c” do item 9 do Edital.

Neste item com inteira razão a decisão do Pregoeiro, não acarretando esta exigência nenhum ferimento aos princípios básicos que regem a administração pública, mormente os princípios previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Esta prova de conceito não se demonstra no entender desta Assessoria Jurídica desarrazoável, mas ao contrário visa garantir os objetivos e o alcance dos interesses da administração como meio de proteção a garantir um serviço de qualidade, mormente neste tipo de objeto licitado, além de como bem salienta o Pregoeiro direcionamento a uma única solução de mercado e aumenta a competitividade.

Neste contexto, então, é realizada uma análise de conformidade dos requisitos funcionais, técnicos e de qualidade do objeto/solução licitada, o que pode ser atestado Esse “teste do objeto” (*software/solução*), conforme necessidade de sua verificação, deverá ser realizado seguindo os requisitos expressos e delimitados em edital (previsão de prova prática de conceito), de conhecimento aberto a todos os interessados em participar do certame. Isso porque, havendo eventual ocorrência de não observância de tais requisitos, o licitante descumpridor poderá ter sua proposta afastada da competição.

É usual nas licitações para contratação de solução de tecnologia da informação a exigência de prova de conceito para verificar se o proposto pelo licitante atende as exigências do edital, exatamente o caso concreto em análise.



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 68
Func. JBS

Também é importante destacar que deve estar claramente, definido no edital como será feita a prova de conceito e o que deve ser atendido, bem como as condições para a aprovação e reprovação do sistema quando da sua análise.

Tal prova de conceito não pode ser exigida como condição de qualificação técnica da licitante, junto com a habilitação, tendo em vista que o artigo 30 da Lei 8.666/1993 traz uma relação limitativa das exigências possíveis para a qualificação técnica e a prova de conceito não está lá relacionada. Ademais, a prova de conceito é questão atinente ao produto que está sendo ofertado, não à empresa, e, portanto, é item classificatório. A prova de conceito só deve ser exigida do licitante que estiver classificado provisoriamente em primeiro lugar. Essa é a orientação do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.763/2013 – Plenário:

A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal. Esse é o entendimento pacificado nesta Corte, no Acórdão 1113/2009 – TCU – Plenário, e sustentado na nota técnica 4/2009-Sefti/TCU.

O item 9 (nove) do edital traz regras claras e bem definidas da prova de conceito exigidas isonomicamente para todos os participantes do certame, não ferindo a regra do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Portanto, entendo que neste ponto a impugnação deve ser rejeitada.

D – Restrição a participação de empresas em recuperação Judicial;

As empresas submetidas a processos de recuperação judicial podem participar de licitação, desde que demonstrem, na fase de habilitação, ter viabilidade econômica.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no AREsp nº 309867 que, inexistindo autorização legislativa, é incabível a inabilitação automática de empresas submetidas à **Lei 11.101/2005** unicamente em virtude da não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 69
Func. JBS

Segundo o relator, ministro Gurgel de Faria, mesmo que a Lei da Recuperação Judicial tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o **artigo 31** da Lei 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática.

A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis 8.666/1993 e 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores”, concluiu o ministro.

Desta forma, o fato de uma empresa estar em recuperação judicial não pode impedir sua habilitação para que ela participe de uma licitação.

Isso não significa que está se dizendo que a administração pública não pode exigir na qualificação econômico financeiro a certidão negativa de falência, até porque a exigência tem previsão legal no artigo 31, II da Lei nº 8.666/93.

Deve apenas constar do edital que empresa em recuperação judicial poderá participar desde que demonstre na fase de habilitação ter viabilidade econômica e provar a condição de estar em recuperação judicial.

Portanto, o edital deve contemplar esta hipótese, sem deixar de exigir a certidão de falência e recuperação judicial.

E – Exigência de prova de regularidade fiscal como pressuposto de pagamento de empresa pública;

A questão prende-se, mais especificamente, ao disposto no art. 55, XIII e no art. 71, §2º, da Lei 8.666/93, e às disposições do Decreto n. 3.722/2001 e Decreto n. 4.485/2002, como se reconduz, de forma geral, ao previsto no art. 195, §3º, da Constituição Federal.

A Lei n. 8.666/93, que trata dos requisitos de habilitação aos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública, estabelece no seu art. 27 e 29 as exigências relacionadas à regularidade fiscal:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fis. 70
Func. JBS

- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.
- (...)

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso consistirá em:

- I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei;
- IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Afora a previsão específica da Lei n. 8.666/93, a regularidade fiscal como pressuposto para as contratações realizadas pelo Poder Público também é prevista constitucionalmente. A exigência de regularidade fiscal, portanto, além de ser uma obrigação vinculada à fase da habilitação, deve ser mantida durante todo o contrato, como expressamente estabelece o art. 55, XIII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

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.

Se por um lado, a exigência de regularidade fiscal revela-se obrigatória para qualquer empresa habilitar-se em procedimentos licitatórios, por outro, a questão relacionada às sanções administrativas que, porventura, poderão ser aplicadas nas hipóteses de situação fiscal irregular – seja por estar inadimplente, seja por não estar com a certidão válida –, apresenta-se, no mínimo, como complexa, seja em decorrência da própria indeterminação do Direito – que, ao contrário da pretensão iluminista de resolver todos os problemas do mundo através da simples emanção de normas gerais e abstratas reguladoras de todas as situações concretas, revela-se como um problema



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc.	1316	Fls.	71
Func.	[assinatura]		

real para o intérprete do Direito, seja em decorrência da multiplicidade de entendimentos, na maioria das vezes contraditórios, tomados pela Administração Pública, Poder Judiciário e Tribunal de Contas sobre o mesmo assunto.

Nesse diapasão, embora se afigure como legítima a exigência de regularidade fiscal como condição sine qua non para a habilitação em licitações, em decorrência de expressa previsão legal, o mesmo não pode ser aplicado, seja com que argumento for à situação fiscal regular como pressuposto para a realização de pagamentos por serviços prestados. A retenção de pagamento a empresa que, comprovadamente, efetuou os serviços a que estava obrigada em decorrência de contrato administrativo revela-se como abuso de poder administrativo, sem qualquer amparo jurídico e impossível de ser defendido, seja através do entendimento administrativo tradicional do princípio da legalidade estrita, seja em decorrência da existência do princípio da juridicidade ou da noção de integridade jurídica, tributários de um entendimento mais adequado ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, é justamente fundamentando-se na legalidade estrita e, de uma forma constitucionalmente mais adequada, no princípio da juridicidade e da integridade, que se nega a possibilidade dessa retenção.

A Lei n. 8.666/93, conforme citado supra, estabeleceu, no art. 55, XIII, a obrigação da contratada manter, durante toda a execução do contrato, as mesmas condições de habilitação exigidas na licitação. Mas, se ela descumprir essa cláusula contratual? Quais as consequências? Sobre as sanções administrativas aplicáveis ao contratado, o art. 87 da Lei n. 8.666/93 é enfático:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes de punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

4



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316	Fls. 72
Func. RS	

Além da possibilidade da aplicação de sanções administrativas, o descumprimento ou o cumprimento irregular de cláusula contratual acarreta a rescisão do contrato administrativo, conforme estabelece o art. 78, I, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 78. Constituem motivo para a rescisão do contrato:

- I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos.

Com efeito, e conforme averba a doutrina tradicional do Direito Administrativo acerca do princípio da legalidade administrativa, a Administração Pública, ao contrário dos particulares, só pode agir quando expressamente autorizada pela lei. Ora, se não há previsão legal da possibilidade de suspensão de pagamento em virtude de situação fiscal irregular, ipso facto, não poderá a Administração Pública atuar nesse sentido. Sobre como a legalidade deve ser entendida quando aplicada à atividade administrativa, o entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello é esclarecedor:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.

A jurisprudência acerca do assunto é bastante esclarecedora. O STJ, através do voto do Ministro Luiz Fux, no Recurso Especial 633432-MG, assentou, na data de 22/02/2005, o seguinte entendimento:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 73
Func. JRS

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Já na doutrina, existe entendimento no mesmo sentido. Um dos maiores especialistas em licitações e contratos administrativos, Marçal Justen Filho, assevera: Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis.

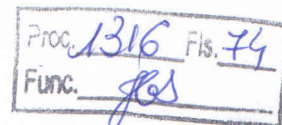
Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.

Ademais, consoante o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, a contratada pode, quando a retenção de pagamentos pela Administração Pública ultrapassar os 90 dias, pleitear judicialmente a rescisão do contrato ou mesmo suspender a sua execução:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica



XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade públicas, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Como se vê, não resta qualquer dúvida acerca da impossibilidade da suspensão de pagamento de contratado em virtude de situação fiscal irregular, no SICAF, seja por inadimplência, por certidão negativa com prazo de validade expirado ou pela impossibilidade de atualização dos cadastros de contribuintes em decorrência de greve. Tal entendimento pode ser defendido tanto da perspectiva do princípio da legalidade estrita adotado pela doutrina clássica em Direito Administrativo, tanto sob a ótica do princípio da juridicidade, mais adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Apesar da orientação do TCU – que extravasa qualquer interpretação coerente da Lei n. 8.666/93 e da Constituição Federal – doutrina e jurisprudência são incisivas no sentido da impossibilidade da suspensão.

Registre-se, por fim, que não se desconhece o previsto no art. 71, §2º, da Lei n. 8.666/93, nem do assinalado pelo art. 195, §3º, da Constituição Federal. Se a situação de irregularidade fiscal do contratante deriva do não pagamento de tributos afetos à Seguridade Social, a atitude da Administração Pública deve ser mais drástica, em face da solidariedade estabelecida pela Lei n. 8.666/93. Mas, de qualquer maneira, a situação não autoriza a retenção dos pagamentos.

Diante do exposto, **entendo correta a decisão do Pregoeiro neste ponto, chamando atenção para o caso de débito de tributos afetos à Seguridade Social que a administração deve adotar medidas mais severas, em face da solidariedade.**

Assim, sugere esta especializada a existência de texto que autoriza o ente municipal comunicar ao órgão federal competente.

F – Comprovação de regularidade fiscal das Meis e EPPs;

Nesta questão com razão o impugnante devendo constar do Edital o prazo de 5(cinco) dias úteis para que as microempresas e empresas de pequeno porte adjudicatária regularize a documentação fiscal, conforme dispõe a Lei 147/14 que alterou a Lei 123/06.

Assim, correta a decisão do Pregoeiro que acolhe neste ponto a pretensão do impugnante.

G – Média de preços apurada pela administração e o julgamento objetivo.



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Cantagalo
Assessoria Jurídica

Proc. 1316 Fls. 75
Func. JRS

Não há dúvida da existência de divergência ente a redação do Edital e o Termo de Referência no que diz respeito o suporte técnico full time nas dependências da prefeitura.

Ao se excluir do Edital o valor referente a prestação de serviço, treinamento e suporte técnico in loco, também deve ser excluído do termo de referência evitando interpretação dúbia e equivocada depois de firmado a contratação.

Assim, correta a decisão do Pregoeiro de acolher a pretensão do impugnante, corrigindo o Edital, até porque não se poderia cobrar a prestação do serviço sem a contra prestação do pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da administração pública.

H – Princípios Básicos.

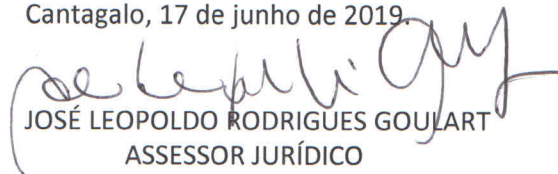
Os pontos discutidos nesta impugnação passíveis de retificação, acolhidos pelo Pregoeiro visa atender os termos da legislação aplicável a espécie Lei 8.666/93, dando mais clareza ao edital e a seus termos, atendendo, conseqüente aos princípios básicos que regem os procedimentos licitatórios, preceituado no artigo 3º do diploma legal citado.

No mais do Edital respeita todos os princípios básicos citados diploma legal, não havendo nenhuma impertinência ou ilegalidade a feri-los.

CONCLUSÃO:

Por todo exposto, esta Assessoria Jurídica entende correta a decisão do Pregoeiro nos questionamentos objeto da presente impugnação, com exceção a questão relativa ao fracionamento por item, nos termos deste parecer.

Cantagalo, 17 de junho de 2019.


JOSÉ LEOPOLDO RODRIGUES GOULART
ASSESSOR JURÍDICO