WEST SIDE VIAGENS E TURISMO LTDA

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE BOITUVA - SP

Concorrência nº 002/2021

Ref.: Pedido de esclarecimentos de itens do Instrumento Convocatório.

WEST SIDE VIAGENS E TURISMO LTDA. ("West Side", "Solicitante" ou "Interessado"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 47.946.793/0001-08, sediada à Avenida Franz Voegeli, nº 720, sala 34, Parque Continental, Osasco, SP, CEP 06.020.190, vem, respeitosamente, à presença desta Comissão Permanente de Licitações, de acordo com o item 12.1[1] do Edital de Concorrência Pública nº 002/2021 da Prefeitura Municipal de Boituva, **solicitar ESCLARECIMENTOS**, conforme se verá a seguir.

I – DA NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO EM RELAÇÃO AOS PAGAMENTOS CONDICIONADOS À APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

1. De acordo com o item 3.7 do Termo de Referência, do Edital em epígrafe, a Contratada deverá apresentar mensalmente uma série de documentos para recebimento do pagamento devido para execução dos serviços, quais sejam:

> 3.7 Para pagamento a Contratada deverá apresentar mensalmente os seguintes documentos, devidamente atualizados no mês da prestação dos serviços: Certidão Negativa de Débito Estadual e Municipal; Comprovante de Regularidade Fiscal (FGTS); Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme Lei nº 12.440/2011; Prova de regularidade de Tributos Federais e Dívida Ativa da União; Comprovante de Recolhimento dos Impostos Incidentes sobre a execução do objeto (ISS, PIS, COFINS, FGTS, Simples Nacional, IR e Contribuição Social, sendo estes dois últimos trimestralmente); GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia

Recebido 03/09/21

[1] 12.1 – Até **02 (dois) dias úteis** anteriores à data fixada para o reconhecimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimento, providências ou impugnar as disposições deste edital.

> por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social) e Folha de pagamento dos motoristas e monitores; Relatório de execução do serviço de transporte escolar contendo o itinerário, nome do motorista, número de alunos, placa do veículo, escola atendida, atestado pelo fiscal do contrato; Comprovante de pagamento das apólices.

2. Como se pode notar, o pagamento é condicionado a apresentação de documentos que guardam relação principalmente com a regularidade fiscal da contratada.

3. Apesar desse dispositivo, a jurisprudência entende que a subordinação do pagamento ao Contratado à apresentação de documentos de regularidade fiscal é ilegal.

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de vedar a retenção de valores com base na irregularidade fiscal do Contratado, nos termos do julgado abaixo:

> 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.
> 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 pelo 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.**
> 4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "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." (Marçal

Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).
5. Recurso especial a que se nega provimento.
(STJ, REsp 633432, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 22/02/2005)

5. Veja-se, portanto, que, inexistindo qualquer previsão legal que justifique a apresentação de documentos de regularidade fiscal para a realização de pagamento, mostra-se questionável a previsão do Edital que condiciona o pagamento à entrega da documentação indicada.

6. Importante ressaltar que, quando a Administração condiciona a contraprestação pelos serviços prestados, **há afronta aos princípios norteadores da atividade administrativa, uma vez que não se mostra razoável.**

7. Nota-se que o STJ comunga o entendimento de que **o razoável, no caso de ausência de comprovação da regularidade fiscal, é a aplicação das sanções previstas na Seção II – Das Sanções Administrativas – da Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/1993.**

8. Ou seja: a Administração tem o poder-dever de fiscalizar os contratados durante a execução do contrato a fim de coibir práticas irregulares, contudo **não há fundamento jurídico para a implementação de medidas mais gravosas do que às previstas na lei de regência dos ajustes.**

9. Por fim, destaca-se que **a aplicação prática da restrição de pagamentos por serviços prestados e condicionamento do pagamento à demonstração de regularidade fiscal pode configurar enriquecimento ilícito** pela Administração Pública, conforme o previsto no artigo 884 do Código Civil.

10. Assim, tendo em vista o entendimento do STJ, requer-se que haja a análise da previsão do Item 3.7 que condiciona o pagamento da Contratada à apresentação de uma série de documentos de regularidade fiscal, para verificar a plausibilidade de manutenção do Item.

II – DA NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO EM RELAÇÃO À AUSÊNCIA DE PLANILHAS DE CUSTOS

11. Conforme se observa no Edital em epígrafe, não consta a exigência de apresentação de planilha de custos para a avaliação da Administração Pública acerca da origem dos valores propostos.

12. A Lei Federal nº 8.666/93, no Art. 40, inciso X, estabelece que há a necessidade de constar os critérios de aceitabilidade das propostas:

> 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:
> X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
>
> *- Grifos do Solicitante -*

13. Destaca-se que o parágrafo segundo, inciso II, do mesmo diploma e dispositivo:

> § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
> II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

14. Mesmo nos casos de licitações julgadas pelo preço global, mostra-se adequado apresentar os preços unitários, conforme entendimento da doutrina administrativista:

> A jurisprudência vem assentando entendimento de que as propostas devem ser analisadas tanto sob a égide do preço global quanto do preço unitário. A premissa é de que o preço global provém do unitário. Ele é a soma do unitário. Se há problema no unitário, há problema no global, ainda que não sejam aparentes. Aliás, a exigência da apresentação dos preços unitários mesmo em licitação julgada pelo preço global presta-se justamente a este propósito, permitir ampla e completa análise da aceitabilidade das propostas, sob todas

as suas vertentes, a fim de possibilitar à Administração a identificação e a desclassificação de proposta defeituosa.[2]

15. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> [...] 2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários em sintonia com o valor global - arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei 8.666 /93. 3. **Previsão legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos preços unitários, que devem ser exequíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global**. 4. Recurso improvido.
> (ROMS nº 15.051/RS, 2º Turma. Rel. Eliana Calmon. Julg. 01/10/2002).

- Grifos do Solicitante-

16. Dessa forma, questiona-se sobre a possibilidade de exigência de apresentação de planilha de custos unitários, para que a Administração Pública tenha condições de identificar a lisura de todas as propostas da licitação.

V – DO PEDIDO

17. Em razão do exposto, requer-se que a Administração Pública apresente os **esclarecimentos** aos apontamentos acima, de forma objetiva, e com a devida motivação, de forma a esclarecer as disposições do Edital.

Nesses termos,

Pede deferimento.

São Paulo, 02 de setembro de 2020.

WEST SIDE VIAGENS E TURISMO LTDA.

José Tarcísio Ribeiro
Gerente Administrativo
West Side Viagens e Turismo Ltda.

[2] NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 495.