

ILMO. SENHOR PREGOEIRO,  
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 043/2016,  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS.

RECEBIMENTO  
Recibido nesta data em conformidade com o autos.  
Data: 07/10/16  
às 13:50 Kátia  
Dep. Contrar de Aquisições - TJ/AL

**THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0022-42, com endereço na Avenida Fernandes Lima, nº 1434 - sala 210, Bairro Farol - CEP: 57055-000 - Maceió/AL, através de seu representante legal (procuração anexa), vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, com base no disposto no art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO**, cumulada com **PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS**, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

### DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

#### **DA (IN)APLICABILIDADE DO CDC À CONTRATAÇÃO**

A impugnante pretende participar da referida licitação, cujo objeto é a *“contratação de empresa de engenharia especializada para executar serviços de assistência técnica e manutenção em caráter preventivo e corretivo, com fornecimento de peças, materiais e componentes, de elevadores instalados nas Unidades Operacionais do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas”*.

Primeiramente, observa-se a previsão de aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à contratação:

*8.7 O aceite/aprovação do bem pelo órgão licitante não exclui a responsabilidade civil do fornecedor por vícios ocultos, ou qualidade do bem, ou disparidades com as especificações estabelecidas no Edital, verificadas, posteriormente, garantindo-se ao órgão licitante as faculdades previstas no art. 18 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).*

Ocorre que os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico administrativo, onde o ente público coloca-se numa posição privilegiada em relação aos particulares na relação jurídica.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato administrativo *“é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante do contratante privado”*<sup>1</sup>.

Nos contratos administrativos, o órgão ou entidade estatal contratante coloca-se, na relação, com inegável superioridade jurídica, sempre como forma de proteger o interesse público, assim, neste tipo de regime jurídico não há como sustentar a aplicabilidade do CDC, diploma legal que tem como intuito proporcionar o equilíbrio entre as partes contratantes.

A garantia dos direitos previstos no CDC em favor do ente contratante é absolutamente desmedida, portanto, por se tratar de relação jurídica sob a esfera do direito administrativo, onde já existem vantagens jurídicas definidas em favor da administração.

---

<sup>1</sup> Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 383.



Ademais, o artigo 2º da Lei nº 8.078/90 (CDC) define o consumidor como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”.

Conforme definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final, não sendo o bem ao qual se destina o objeto da licitação de atividade final do contratante, de sorte que não há como vislumbramos a figura do consumidor nesse caso.

Sobre o tema, traz-se a abalizada opinião de Marçal Justen Filho (2000, p. 573/574) em sentido contrário a pretensão da administração de aplicabilidade do CDC, *verbis*:

*“alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou de serviços. Isso é inviável, porquanto a administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a administração como ‘consumidor’, não haveria espaço para incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, estenda toda a matéria subordinada às regras da lei de licitação do ato convocatório e do contrato”. (grifamos)*

Ou seja, questiona a existência ou não de vulnerabilidade da Administração na relação de consumo, pois possui prerrogativas que a coloca em condição de supremacia perante o fornecedor e portanto não a caracteriza como consumidora final conforme os princípios do CDC (art. 4º, I<sup>2</sup>).

Na mesma linha, alguns Tribunais de Justiça acompanham este entendimento:

*Acórdão de 3 de abril de 2013 na Apelação Cível nº 20110111948137APC da 1ª Turma Cível do TJ do Distrito Federal e dos Territórios:  
“Registre-se, inicialmente, que, no que se refere à divergência havida entre as partes, acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica em tela, filio-me ao entendimento dominante nesta Corte, bem como no Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não aplicação do CDC, presente o fato de se tratar de contrato firmado entre a Administração Pública, por intermédio de uma empresa pública, e o particular, atraindo a*

*incidência das previsões constantes na Lei de Licitações e, subsidiariamente, no Código Civil.*

*A questão já foi analisada, inclusive, em agravo de instrumento manejado nos presentes autos, tendo esta Eg. Primeira Turma se manifestado acerca do tema, da seguinte forma:*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO DE IMÓVEL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.*

*AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TUTELA ANTECIPADA. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DA DEMORA. AUSÊNCIA. 1. Na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, considera-se válida a capitalização mensal de juros, desde que expressa no contrato, a partir do cotejo entre o resultado do cálculo linear da taxa de juros mensal por doze e o percentual fixado ao ano 2. Inviável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em face de contrato celebrado entre particular e empresa pública, uma vez não se configurar relação entre fornecedor e consumidor. 3. Inexistindo plausibilidade nas alegações perpetradas, bem como ausente o perigo da demora, o indeferimento do pedido de tutela em antecipada configura medida que se impõe. 4. Negou-se provimento ao agravo de instrumento. (Acórdão n.555082, 20110020210113AGI Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Publicado no DJE: 14/12/2011. Pág.: 71).(g.n)"*

Diante desses fundamentos, o requerimento é pela exclusão do item impugnado, com a retificação do edital no ponto.

## **DO PRAZO PARA A REPOSIÇÃO DE PEÇAS**

O edital prevê, ainda, que o **prazo máximo para substituição de peças** será de 48 (quarenta e oito) horas, tempo exíguo a ser atendido pela empresa contratada, conforme se vê do item abaixo transcrito:

*5.4.5 No caso de solicitação emitida pelo Fiscal do contrato para substituição de peça ou componente danificado, inadequado ou de má qualidade, utilizado no serviço de assistência técnica e manutenção, a **Contratada terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas da solicitação para substituição.***

Ocorre que em que pese a empresa fornecedora tenha em estoque as peças usualmente utilizadas na manutenção dos equipamentos, nem todos os componentes possuem condições de pronta reposição. Assim, por vezes os reparos necessários nos equipamentos de transporte vertical poderão demandar a requisição da peça junto ao fabricante, tornando inviável a reposição em 48 (quarenta e oito) horas para todos os componentes.

Diante disso, a ora Impugnante requer seja dilatado o prazo máximo para reposição de peças para 04 dias úteis, de forma que a execução dos serviços não reste prejudicada; alternativamente, requer seja admitida a reposição de determinados componentes em período superior, mediante justificativa técnica por parte da licitante vencedora.

## DO TEMPO DE ATENDIMENTO

Outrossim, verifica-se que o edital prevê os prazos para atendimento dos chamados efetuados pela Contratante, consignando que, em caso de **chamados emergenciais**, o atendimento deverá ser realizado em no máximo 30 (trinta) minutos:

*4.4 A manutenção corretiva será prestada mediante chamado telefônico dentro dos seguintes limites:*

*a) Em casos de acidentes ou de pessoas presas na cabina, em qualquer dia da semana e em qualquer horário, diurno ou noturno, o prazo máximo de atendimento, após a chamada, será de 30 (trinta) minutos;*

Ocorre que tal prazo mostra-se **exíguo** ao atendimento dos chamados, em virtude da necessidade de deslocamento da equipe técnica com os respectivos equipamentos até o local. Devem ser consideradas as possíveis **dificuldades inerentes ao trânsito da equipe técnica**, eis que a mobilização desse pessoal é efetuada de forma imediata após o chamado, em virtude da segurança dos usuários dos equipamentos de transporte vertical.

Para que o objeto licitado possa ser atendido na integralidade, com a regular e competente prestação dos serviços de manutenção corretiva nos equipamentos instalados no órgão, sem que haja qualquer problema futuro quanto a eventual impossibilidade de cumprimentos dos prazos de atendimento, importante seja retificado o edital no ponto, com a dilação do prazo para o máximo de 120 minutos.

Diante desses fundamentos, tem-se que deve ser retificado o edital, para que conste o **prazo máximo de 240 minutos** ao atendimento dos chamados emergenciais da Contratante, evitando problemas futuros durante a execução contratual.

## **DO FORNECIMENTO DE PEÇAS GENUÍNAS**

Observa-se, também, que para regularização do funcionamento do equipamento, as peças substituídas deverão ser **genuínas**, como se vê do item que segue:

*9.1 Todo o material usado pela Contratada deve ser de primeira qualidade, as **peças substituídas deverão ser genuínas**, e recomendadas pelos fabricantes de elevadores ou componentes.*

Ocorre que a imposição de fornecimento de peças genuínas do fabricante, restringe o caráter competitivo da disputa, na medida em que a fabricante do equipamento instalado será beneficiada em detrimento das outras empresas interessadas, em flagrante quebra da isonomia.

O art. 3º da Lei 8.666/93 assevera que "*A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos*".

Comentando a supracitada normal legal, norteadora do processo licitatório Jessé Torres Pereira Júnior bem explicou a necessidade de observância da igualdade nas contratações públicas:

*Posta nestes devidos termos, a isonomia prescindiria de menção expressa para impor-se às licitações e contratações públicas. Mas andou bem o*

*legislador ao incluí-la em disposição enunciativa dos princípios básicos da licitação, como que a advertir administradores e licitantes de que aqueles princípios há de ser aplicados em harmonia com o da igualdade.*<sup>2</sup>

No particular, existem diversos fabricantes de elevadores, os quais produzem **peças compatíveis e similares**, portanto, plenamente aptas a atender os serviços de manutenção preventiva e corretiva nos elevadores.

Necessário seja admitida, portanto, a prestação dos serviços mediante aplicação de componentes compatíveis qualitativa e tecnicamente.

A exigência de que os interessados, incluindo aí diversos fabricantes de elevadores, só possam participar da disputa através da compra de peças de outro fabricante, sem qualquer justificativa de ordem técnica, é flagrantemente ilegal.

**Não há embasamento técnico que justifique a necessidade de aplicação de peças genuínas do fabricante**, mas apenas a necessidade de manutenção dos elevadores para perfeito e seguro funcionamento dos mesmos, através da **aplicação de peças similares e equivalentes**.

Assim, não havendo qualquer prejuízo técnico na substituição de peças dos elevadores instalados por componentes compatíveis, deve-se permitir a participação de empresas que fabriquem seus próprios componentes, trazendo inclusive a possibilidade de melhorar o desempenho do elevador, além de evitar irregularidade no processo de contratação.

Diante desses fundamentos, deve ser retificado o item questionado, permitindo que a reposição de peças seja realizada mediante o fornecimento de **peças similares e compatíveis tecnicamente** com o

---

<sup>2</sup> Jessé Torres Pereira Júnior, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 1997.

equipamento instalado, tendo em vista que inexistem qualquer prejuízo de ordem técnica aos serviços a serem prestados.

## **DA RESPONSABILIDADE POR INTERVENÇÃO DE TERCEIROS CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO LICITANTE**

O edital é silente no que tange à responsabilidade por intervenção de terceiros contratados pela Contratante, durante o período da contratação e posterior garantia dos equipamentos/serviços, à execução de quaisquer serviços nos equipamentos que compõe o objeto do certame.

Esse item se mostra indispensável à segurança jurídica dos contratantes, à vista da responsabilidade técnica da Contratada sobre os equipamentos que compõe o contrato.

Ocorre que a intervenção de terceiros nos equipamentos configura hipótese de exclusão de responsabilidade da empresa sobre os mesmos, visto que não pode sujeitar-se aos fatos decorrentes de atos sobre os quais não possui qualquer gerência ou previsão.

Nessa situação, é inviável a responsabilização administrativa, civil ou penal sobre incidentes envolvendo os equipamentos em que houvesse um terceiro interveniente realizando qualquer tipo de serviço.

Salienta-se, porque relevante, o que exposto *in* Licitações E Contratos - Orientações e Jurisprudência do Tribunal De Contas Da União, 2010 (p. 741):

### ***Direitos e Responsabilidades das Partes***

*É obrigação da Administração contratante, dentre outras específicas para execução do objeto contratado:*

- permitir acesso dos empregados do contratado ao local de fornecimento do material, execução da obra ou prestação dos serviços;*
- impedir que terceiros estranhos ao contrato forneçam o objeto licitado, executem a obra ou prestem os serviços, ressalvados os casos de subcontratação admitidos no ato convocatório e no contrato;*



- *prestar informações e esclarecimentos que venham a ser solicitados pelo contratado;*
- *solicitar reparação do objeto do contrato que esteja em desacordo com a especificação apresentada e aceita, ou que apresente defeito;*
- *fiscalizar e acompanhar a execução do objeto do contrato (essa fiscalização não exclui ou reduz a responsabilidade do contratado);*
- *efetuar pagamento no prazo previsto no contrato.*

Destarte, a fim de evitar questionamentos futuros acerca do apontamento, inclusive litígios na via judicial, requer-se a inclusão de obrigação à Contratante, **coibindo a contratação de outra empresa para efetuar qualquer tipo de serviço relacionado à engenharia dos equipamentos licitados, bem como a retirada ou colocação de peças sem a expressa autorização da Contratada.**

#### **DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO**

Verifica-se, também, que não há disposição referente ao valor estimado para a contratação. No entanto, não se vislumbra qualquer motivo para que não conste do ato convocatório a informação ora questionada.

Porque pertinente, menciona-se o teor do Parecer PGFN/CJU/COJLC/ 94/2010, expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no qual se aduz a faculdade da publicação do valor de referência no ato convocatório, sendo duas as fontes para obtenção da informação: os autos do processo e o edital de licitação com seus anexos.

Ambas as fontes são públicas, diferenciando-se pelo grau de facilidade de acesso. O Edital e seus anexos são mais acessíveis, pois enquanto o edital pode facilmente ser copiado e lido via internet, os autos só poderão ser acessados nas repartições públicas, em sua intranet, podendo demandar até mesmo agendamento para que ocorra o atendimento por servidor do órgão.

Convém salientar que não há qualquer óbice legal à divulgação do valor estimado da contratação, não sendo uma *escolha neutra* ante o

princípio da publicidade o silêncio sobre o tema. Outrossim, pode ferir o princípio da isonomia, tendo em conta que, por essa escolha da Administração, certos fornecedores podem gozar de vantagem em relação a outros, dependendo da distância, meios de comunicação e meios de transporte entre a sede de cada um até um local onde possam ter acesso aos autos.

O jurista Marçal Justen Filho, sobre a temática, leciona:

*Questão que sempre merece reiteração é a vedação ao sigilo acerca de informações relevantes. Uma dessas questões é o valor do orçamento ou do preço máximo.(...) Deve insistir-se acerca do **descabimento da Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo**.*

*(...) a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei nº 8.666.<sup>3</sup>*

No mesmo diapasão, a Súmula TCU 259/2010, dispõe:

*Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.*

Em recente julgado, a Corte de Contas da União ventilou que, ainda que se trate de pregão, devem estar contemplados no edital o orçamento detalhado e critérios de aceitabilidade de preços unitários e global; não existindo vedação a sua dispensa, desde que motivada, considerando os riscos e benefícios da medida, no caso de objetos complexos, com alto grau de incerteza em sua definição e/ou características muito peculiares de mercado:

*[A] aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, norma que estabelece as regras gerais para todas as modalidades de licitação, incluindo o pregão, está prevista no art. 9º da Lei 10.520/2002, que institui o pregão, não subsistindo dúvidas sobre esse tema (...). [D]e maneira geral, deve permanecer a exigência de inserir o orçamento detalhado e critérios de aceitabilidade de preço unitário e global (...) elaborado em consonância com os valores praticados no mercado (...).*

*[O] objetivo de tal publicidade é assegurar a isonomia entre as licitantes (...) retirar essa exigência de todas as licitações pode comprometer a transparência na sua condução, o tratamento isonômico entre os licitantes,*

<sup>3</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, p. 378.

*o critério objetivo de julgamento e, por conseguinte, os resultados dos certames com eventual prejuízo à Administração (...). [A] exigência poderá ser dispensada em casos particulares, com a cautela requerida [e desde que motivadamente] para objetos complexos, com alto grau de incerteza em sua definição e/ou características muito peculiares de mercado que justifiquem a medida, considerando os riscos e benefícios esperados para a Administração no caso concreto. Acórdão 2547/2015-Plenário, TC 005.917/2015-8, relator Ministro Raimundo Carreiro, 14.10.2015.*

Nesse contexto, a faculdade prevista à publicação do valor estimado da contratação no ato convocatório deve requerer algum motivo cuja existência não se vislumbra no presente processo, impondo-se o **esclarecimento quanto à estimativa de valores** para prestação dos serviços licitados.

## **DAS MULTAS**

O item 11.4, alínea “b” do presente edital disciplina a sujeição da contratada às multas por dia de atraso, com base no valor de 0,66% (sessenta e seis centésimos por cento), como se extrai da leitura do item transcrito a seguir:

*11.4 A multa deverá ser aplicada pelo ordenador de despesas ou outra autoridade competente, nas seguintes percentuais e hipóteses:*

*(...)*

*b) **0,66 % (sessenta e seis centésimos por cento) por dia**, pelo atraso na entrega do bem, calculado, desde o primeiro dia de atraso, sobre o valor correspondente à parte inadimplente, em caráter excepcional e a critério do órgão ou entidade interessada, **quando o atraso ultrapassar 30 (trinta) dias;***

Verifica-se que, não bastasse o ato convocatório prever a possibilidade de aplicação de outras penalidades previstas na Lei de Licitações, o disposto no edital impõe à Contratada a sujeição às **multas por dia de atraso sem definição de limites**, a teor da disposição da cláusula supramencionada, o que configura flagrante ilegalidade.

Nos termos em que redigida, a cláusula editalícia abre a possibilidade de aplicação ilimitada de multa à contratada, previsão que foge às regras de proporcionalidade e razoabilidade.

A respeito da proporcionalidade das sanções, leciona com propriedade Marçal Justen Filho:

*é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. (...) é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados.<sup>4</sup>*

Sendo assim, a lógica é que a imposição de multa diária sobre o valor inadimplente contenha um limite, como, por exemplo, 10% (dez por cento) do valor global da contratação.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, nesse sentido, já exarou a seguinte jurisprudência:

*Estipule, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, penalidades específicas e proporcionais a gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais; Acórdão 1453/2009 Plenário*

Desta forma, requer seja retificado o edital no que tange à imposição das multas, **fixando limites máximos à aplicação da penalidade**, para garantia da segurança jurídica das licitantes.

## DA VISTORIA

Por fim, quanto à necessidade de realização de vistoria no local de instalação do elevador, tem-se que o edital apresenta contradição, na medida em que no item 9.6.5 há previsão de que a vistoria é facultativa, e no item 2.1 consta a obrigatoriedade da realização de vistoria:

9.6.5 As **empresas poderão realizar vistoria** no local/equipamentos onde os serviços serão executados apresentando uma declaração de vistoria. A vistoria poderá ser agendada junto ao Departamento Central de Engenharia e Arquitetura – DCEA, por meio do telefone (82)4009-3020 ou pelo email [dea@tjal.jus.br](mailto:dea@tjal.jus.br).

9.6.5.1 **Caso a empresa não apresente a declaração de vistoria**, não poderá alegar desconhecimento para eximir-se das obrigações assumidas,

---

<sup>4</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed., p. 569.

não sendo tal declaração um requisito obrigatório para participação neste certame.

2.1. **A empresa licitante deverá apresentar**, obrigatoriamente, declaração assinada pelo seu responsável técnico e pelo seu representante legal de que vistoriou os locais e os equipamentos onde serão executados os serviços de manutenção, e de que tem pleno conhecimento do estado de uso e das condições físicas dos mesmos. Em nenhuma hipótese serão aceitas reclamações futuras ou alegações de desconhecimento do estado das máquinas, dos serviços a executar e de dificuldades técnicas não previstas.

Dessa forma, a licitante interessada requer seja **esclarecido o ponto referente à realização de vistoria**, para que fique claro se existe obrigatoriedade, ou se tal ato é facultado às empresas interessadas, na forma do disposto no termo de referência.

### **DO PEDIDO**

Ante o exposto, requer seja **conhecida e acolhida** a presente Impugnação, em todos os seus termos, para que Vossa Senhoria se digne retificar o edital nos itens impugnados, com a finalidade de preservar a integridade e harmonia lógica do certame, dentro da legislação aplicável as contratações realizadas pelos entes públicos.

Maceió/AL, 05 de outubro de 2016.

  
**Representante legal**  
**ThyssenKrupp Elevadores S.A.**  
Carlos Augusto Torres  
Administração - DADM  
ThyssenKrupp Elevadores S/A  
Unidade Legal

