

Zimbra

cleiton.silva@tjam.jus.br

Impugnação - Pregão Eletrônico N° 00031/2014 - TJAM

De : Naira Regina Costa Viana (AM-DEVS) <nviana@thyssenkruppelevadores.com.br>

Qua, 22 de Out de 2014 08:28

Assunto : Impugnação - Pregão Eletrônico N° 00031/2014 - TJAM 1 anexo**Para :** cpl@tjam.jus.br**Cc :** Ruy dos Santos Andrade (AM-COORD ADM) <ruya@thyssenkruppelevadores.com.br>, Marco Augusto da Silva Freitas (AM-DEVS) <mafreitas@thyssenkruppelevadores.com.br>, Elindalva Wanzeler de Freitas (AM-RHQB) <ewfreitas@thyssenkruppelevadores.com.br>

Prezados, bom dia!

*Segue anexo, Impugnação referente ao **Pregão Eletrônico N° 00031/2014 – TJAM***

Atenciosamente,

Naira Regina Costa Viana

Vendas de Serviços

ThyssenKrupp Elevadores - Brasil

Fone: +55 92 2126.4300 - R: 4307

E-mail: nviana@thyssenkruppelevadores.com.br

Web: <http://www.thyssenkruppelevadores.com.br>

Como é de seu conhecimento, mensagens enviadas por e-mail podem ser alteradas por terceiros. Por esta razão, nossas mensagens via e-mail não são, no geral, juridicamente vinculantes. Esta mensagem eletrônica (incluindo quaisquer anexos) contém informação confidencial, podendo ser privilegiada ou de outra forma protegida contra divulgação. A informação é dirigida para uso apenas do destinatário. Por favor, fique ciente de que qualquer revelação, cópia, distribuição ou uso do conteúdo desta mensagem está proibido. Caso você tenha recebido este e-mail por engano, por favor, me informe imediatamente respondendo-o e apague esta mensagem, assim como seus anexos, de seu sistema. Obrigado por sua cooperação.

As you are aware, messages sent by e-mail can be manipulated by third parties. For this reason our e-mail messages are generally not legally binding. This electronic message (including any attachments) contains confidential information and may be privileged or otherwise protected from disclosure. The information is intended to be for the use of the intended addressee only. Please be aware that any disclosure, copy, distribution or use of the contents of this message is prohibited. If you have received this e-mail in error please notify me immediately by reply e-mail and delete this message and any attachments from your system. Thank you for your cooperation.

 **Impugnação.pdf**
2 MB



ILMO. SENHOR PREGOEIRO,
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 031/2014 – TJAM,
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0016-02, com endereço na Rua Rio Amapá, Quadra 03, Casa 05, Conjunto Vieiralves, bairro Nossa Senhora das Graças - CEP: 69053-150, na cidade de Manaus/AM, 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

DO ICMS

A **Impugnante** pretende participar da referida licitação, cujo objeto é a *“contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de 04 (quatro) elevadores eletromecânicos de passageiros com fornecimento de peças e materiais para atender ao Tribunal de Justiça do Amazonas, conforme especificações e condições definidas no Termo de Referência (Anexo IV) deste edital.”* Ab

No intuito de personificar a proposta ao Órgão Público, insta o conhecimento de todos os pormenores jurídico-tributários da contratação. Um desses fatores é a condição de contribuinte ou não da Contratante no que tange ao ICMS.

Nessa situação, requer-se o esclarecimento acerca da condição da Contratante frente ao Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços: se contribuinte ou não, para que possa ser devidamente avaliado o valor que se fará constar da proposta da empresa interessada.

DA POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO PARCIAL DOS SERVIÇOS

Verifica-se que há **divergência** entre o disposto no edital, consoante redações que seguem, de itens constantes do termo de referência e da minuta de contrato, conforme exposto:

TERMO DE REFERÊNCIA

É vedada à CONTRATADA transferir a outrem, no todo ou em parte, os serviços objetos desta Licitação.

MINUTA CONTRATUAL:

zz) Não transferir a outrem, no todo ou em parte, a execução dos serviços, sem prévia e expressa anuência do CONTRATANTE;

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – DA CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA

26.1. O presente Contrato não poderá ser objeto de subcontratação total ou parcial, ficando a CONTRATADA inteiramente responsável pelo cumprimento das obrigações, bem como dos requisitos técnicos e legais pertinentes.

Diante disso, visando garantir a regularidade do processo de contratação e a segurança jurídica necessária às licitantes interessadas, requer sejam os itens supramencionados devidamente **esclarecidos e retificados**, tornando clara e adequada a estipulação acerca da possibilidade de subcontratação ou não da execução do objeto licitado.

AB

DA (IN)APLICABILIDADE DO CDC À CONTRATAÇÃO

Observa-se do item que segue a previsão de aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à contratação:

21.5 - Nos termos dos artigos 3º e 39º inciso VIII da Lei nº 8.078/90 – Código do Consumidor, é vedado o fornecimento de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas especificadas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial.

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*”¹.

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.

¹ 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, I²).

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 da previsão do item impugnado, com a retificação do edital no ponto.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL ILIMITADA

Verifica-se, da análise do ato convocatório, que o edital prevê cláusula de responsabilização civil ilimitada da contratada, senão vejamos:

A CONTRATADA deverá fornecer as peças e materiais para manutenção corretiva dos equipamentos, mesmo nos casos de ocorrência de queda ou sobrecarga da tensão elétrica, excesso de umidade, poeira, gases e infiltração de água, dentre outros a serem julgados pela FISCALIZAÇÃO, não sendo admitida pelo CONTRATANTE a inserção dessas ocorrências nos casos previstos no item anterior, como justificativa para o não fornecimento das peças pela CONTRATADA.

Essa cláusula não pode ser admitida, pois afronta a disposição legal do art. 927 do CCB², o qual responsabilizou o ato ilícito tal qual

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.



conceituado pelo art. 186³ (ou art. 187⁴), do mesmo diploma legal, baseado na ideia de culpa. A Lei nº 8.666/1993, no mesmo viés, nos arts. 86 e 87, determina que as sanções administrativas serão aplicadas em decorrência do inadimplemento do contratado, pressupondo-se, nas palavras de Marçal Justen Filho, a *inexecução culposa*.

Outrossim, Marçal Justen Filho lecionou que:

A configuração de infrações pressupõe a reprovabilidade da conduta do particular. Isso significa que a infração se caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais ou contratuais, que configure materialização de um posicionamento subjetivo reprovável.⁵

Não se pode, portanto, impor obrigação a alguém em razão da concretização de uma ocorrência danosa material, mas tão somente quando a conduta desse particular efetivamente der causa a ela. Procede-se, desta forma, a verificação da culpabilidade subjetiva do agente causador do dano, limitando-se a ela, e não de forma ilimitada, o que acarreta a ilicitude da própria sanção.

No caso em tela, a imposição de troca de peças sem custos para a Contratada é flagrantemente irregular, tendo em vista que determina a substituição das peças desgastadas em razão de ocorrências de casos fortuitos e força maior.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, nesse sentido, já decidiu:

O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed., Editora Dialética. p. 1012

a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado, nos termos do art. 70 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 437/2009 Plenário (Sumário)

Diante desses fundamentos, o requerimento é pela retificação da cláusula que disciplina a responsabilidade da contratada, adequando-a aos ditames legais, como explicitado alhures.

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.

Manaus/AM, 21 de outubro de 2014.

Ruy do Santos Andrade
CREA 6701TDPA
Representante legal
ThyssenKrupp Elevadores S.A.