ILMO(A). SR(A). PREGOEIRO(A) DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 58/2018 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Ref. Edital nº 58/2018

ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA., pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.028.986/0001-08, com sede na Avenida do Estado, nº 6116, no Bairro Cambuci, na Capital do Estado de São Paulo e Filial na Cidade de Goiânia-GO, na Alameda Couto Magalhães, 49, Quadra 213 Lote 04, Setor Pedro Ludovico, CEP 74825-040, inscrita no CNPJ 00.028.986/0009-65, vem, tempestivamente, por seu representante infra-assinado, apresentar **IMPUGNAÇÃO** em relação ao edital em epígrafe, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I – DA PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE

1. Nos termos do art. 18 do Decreto nº 5.450/05, o prazo para apresentação de Impugnação ao Edital é de até 2 (dois) dias úteis, antes da data fixada para a abertura para abertura das propostas, qual seja, 27 de setembro de 2018, conforme dispõe o edital no item 18.1.

2. Dessa forma, a apresentação de impugnação aos termos do edital deverá ocorrer impreterivelmente até 25 de setembro de 2018.

3. Assim sendo, não restam dúvidas quanto a tempestividade da presente impugnação.

II – DA MANUTENÇÃO PREDITIVA

4. O item 1.1. juntamente com o item 3.4. do Edital dispõem que o objeto do contrato compreende também a manutenção preditiva. Sobre manutenção preditiva entende-se:

> 3.4. Entende-se por **manutenção preditiva** os serviços que envolvam medições e avaliações sobre o estado de funcionamento dos equipamentos, quando comparado com as condições normais de projeto. Tais serviços devem ser realizados através de análise de vibração das máquinas girantes, estado de carregamento de motores, alinhamento de cabos e cabines, testes termográficos de quadros elétricos, roldanas, cabos, a fim de verificar diferenças de temperatura de trabalho ou detectar vazamentos de lubrificantes, análise de energia para verificação e correção de fator de potência em motores de indução, entre outros;

5. Ressalta-se que esse tipo de manutenção compreende soluções de Inteligência Artificial (IA) e Internet das Coisas (IoT), tecnologias recém-chegadas às maiores empresas de elevadores do país.

6. Sabe-se do grande valor que esse tipo de tecnologia agrega à manutenção de elevadores, cita-se como exemplo (i) redução pela metade o tempo atual que os elevadores ficam fora de operação; (ii) aumento significativo de disponibilidade dos equipamentos; (iii) eficiência de transporte nas grandes cidades; e, (iv) ampliação de alternativas de comunicação com os técnicos de manutenção.

7. Entretanto, é importante frisar que esse tipo de tecnologia não é possível de ser aplicada em equipamentos mais antigos, como é o caso dos instalados nas vossas dependências. Além disso, não há possibilidade, atualmente, de uma empresa prestar esse tipo de solução tecnológica em equipamentos que não sejam de sua própria fabricação.

8. Dessa forma, há um grande risco na competitividade do certame e na possibilidade de execução adequada do contrato, já que pouquíssimas empresas possuem esse tipo de tecnologia no mercado e só podem trabalhar em seus próprios equipamentos com tecnologia compatível.

9. A fim de garantir a execução integral do contrato e o princípio da competitividade, requer seja excluído do certame a manutenção preditiva, ou seja, ela entendida como um sinônimo de manutenção preventiva.

IV - DAS PENALIDADES CONTRATUAIS

10. As multas previstas no edital (item 13 do Termo de Referência) são inquestionavelmente exorbitantes, pois poderão atingir patamar superior a 20%, de forma que poderá prejudicar a execução plena do contrato. Confira-se:

13.2.2. **Multas**, conforme graus e condutas dispostos nas tabelas 1 e 2 abaixo e demais especificações a seguir, limitadas a 10% do valor mensal da contratação:

TABELA 1

GRAU	CORRESPONDÊNCIA
1	1% do valor mensal da contratação
2	2% do valor mensal da contratação
3	4% do valor mensal da contratação
4	6% do valor mensal da contratação
5	8% do valor mensal da contratação
6	10% do valor mensal da contratação

TABELA 2

ITEM	DESCRIÇÃO	GRAU	INCIDÊNCIA
1	Permitir situação que crie a possibilidade de causar ou que cause dano físico, lesão corporal ou consequências letais	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação

3	Transferir a outrem, no todo ou em parte, o objeto da contratação, salvo mediante prévia e expressa autorização deste Tribunal	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação
7	Executar qualquer manutenção, substituição de peças, sem prévia autorização do gestor da contratação.	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação
9	Manter a garantia dos serviços prevista neste termo e a garantia contratual	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da
11	Manter a documentação de habilitação atualizada	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação
19	Executar os testes previstos para a manutenção preditiva, quando solicitado pelo gestor do contrato, em função de anomalias detectadas por este.	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação

11. Ainda, ressalta-se o disposto no item 13.2.2.1. do Termo de Referência:

> 13.2.2.1. A multa, no caso de rescisão por ato unilateral da Administração e motivado por culpa da Contratada, será de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da contratação, não cumulativa com as multas presentes na Tabela 2. Tal multa não exime a Contratada pelas reparações dos prejuízos e das demais sanções cabíveis.

12. **Observando as condutas que ensejam multa de 10%, nota-se uma desproporcionalidade, pois a mesma multa será aplicada em caso de rescisão por culpa da empresa, somada às penalidades da tabela 2. Assim, a multa poderá atingir patamar de 20%.**

13. O art. 86 da Lei de Licitações reconhece o cabimento de multa contratual na hipótese de atraso no cumprimento das obrigações previamente estabelecidas, entretanto, é fundamental que se atenda a finalidade da norma, que definitivamente não pretende prejudicar os particulares prestadores de serviços retirando a comutatividade da avença, muito menos captar proveitos econômicos ao Poder Público,

e sim reprimir a mora contratual com percentuais de multa razoáveis e proporcionais ao inadimplemento verificado.

14. Assim, **necessária a observância da lesão causada ao ente público, do grau de culpa na conduta do agente e, principalmente, do interesse público**, para a dosagem da sanção a ser estipulada, adequando-a à finalidade da norma e cumprindo os preceitos legais.

15. Nesta esteira, o objetivo legal para a cláusula de penalidade moratória é apenas penalizar o contratado ou contratante pelo período de mora, e não ensejar o enriquecimento de uma das partes ou até mesmo compensar os danos sofridos por elas.

16. Nesse caso, deve o edital ser revisto por meio do Princípio da Razoabilidade para rever as condutas de grau 6 que incidem multa de 10%.

17. Pois, para a aplicação de qualquer penalidade a proporção do dano e o efetivo causador devem ser vislumbrados. Caso contrário, a empresa poderá ser responsabilizada por danos causados por outrem.

18. É certo que esse limite deve necessariamente ser reduzido para até 10% do valor total do contrato; seja em atenção ao Princípio da Razoabilidade, seja por ser essa a praxe utilizada pelos demais Órgãos Públicos, quando dos processos administrativos.

19. Exemplo disso é o item 20.5, do Edital de Licitação n.º 092/2018, da PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, abaixo transcrito:

> "20.5. As multas previstas nos incisos II e III do item 20.4, calculadas pela Contratante, ficam limitadas em até o equivalente a 10% (dez por cento) do valor total da parte do fornecimento ou serviço não realizado, por ocorrência.

20. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 597/2008 – Plenário, assim se manifestou acerca da limitação da sanção de multa:

> "9.1.19. **promova a pertinente adaptação da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, vez que referido dispositivo prevê a possibilidade de cumulatividade de aplicação de penalidades pecuniárias por atraso na execução do objeto contratual as quais poderão importar em extrapolação do limite de 10% previstos no Decreto nº 22.626, de 07/04/1933** (consoante entendimento exposto pelo TCU no TC – 016.487/2002-1 – Representação – Acórdão nº 145/2004 – Plenário)." (TCU Acórdão 597/2008 – Plenário – DOU 14/04/2008 – Grifos nossos).

21. Na mesma linha de raciocínio, é entendimento pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a limitação da multa em 10% nos contratos administrativos. Vejamos:

> "CONTRATO ADMINISTRATIVO. **MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO.** INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. **APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**.
>
> 1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.
>
> 2. **Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração**, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
>
> 3. **O art. 86, da Lei n° 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos**.

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

5. **Princípio da Razoabilidade.**

6. Recurso improvido. (STJ – Resp:330677 RS 2001/0091240-0. Relator: Ministro José Delgado, Data de Julgamento: 02/10/2001, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04/02/2002).

22. Do voto do Ministro Relator no referido julgado, destaca-se:

"… constata-se que a aplicação de tal penalidade fez com que a recorrida recebesse cerca de 12% (doze por cento) do valor contratado, o que se constitui em indiscutível locupletamento ilícito por parte da empresa pública. Assim, **o acórdão do Tribunal *a quo*, ao manter a decisão de primeiro grau que reduziu a multa para 10% (dez por cento) sobre o quantum devido, não negou vigência aos dispositivos apontados pela recorrente, uma vez que, de acordo com o art. 54, da Lei de Licitações é permitida a aplicação supletiva da legislação civil**:

"Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado."

(…)" omissis. (Grifos nossos)

23. Assim, mesmo sabendo que para não aplicação das referidas penalidades, basta que a empresa contratada efetivamente cumpra as obrigações pelas quais ela se comprometeu, não se pode conceber sequer a possibilidade de penalidades tão severas contra a contratada, em razão propriamente de que a aplicação de penalidade de multa em percentual superior a 40% do valor total do contrato inviabiliza a própria contratação.

24. Ressalta-se que, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 busca a proposta mais vantajosa, sendo vedada aos agentes públicos incluir, nos atos de convocação, cláusula ou condições que comprometam, estrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, bem como sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato.

25. Logo, ao manter penalidades tão severas, o interesse público não poderá ser atingido, além de poder configurar um enriquecimento ilícito da Administração Pública.

26. Diante disso, requer-se, **com base no Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, a não cumulatividade das multas previstas, excluindo-se do edital toda e qualquer cláusula que cumule penalidades extrapolando o percentual adequado para os meios e os fins de 10% (dez por cento**).

27. Ainda, o item 3.15.9 do Termo de Referência, aponta que caso haja repetição do mesmo problema no mesmo equipamento, no intervalo de trinta dias, poderá haver aplicação de multa contra a empresa. Vejamos:

> 3.15.9. A repetição do mesmo problema no mesmo equipamento, no intervalo de 30 (trinta) dias poderá ensejar a aplicação de penalidade (multa);

28. Ora, suponhamos que a empresa conserte um defeito de uma peça promovendo sua substituição. Mas, a peça nova apresenta defeito de fábrica ou por mal uso de terceiros, o mesmo problema volta à tona dentro do prazo de trinta dias. Não é razoável que a empresa seja responsabilizada por defeito do fabricante ou por danos gerados por terceiros.

29. Conforme tratado no tópico “Da Responsabilidade Civil da Contratada”, deve ser expressamente anotado na minuta contratual as impossibilidades de cobertura total, como por exemplo, pelo mal uso das peças e equipamentos.

30. Caso essa questão seja desconsiderada, referido item viola o 3º da Lei nº 8.666/93, pois prejudica o caráter competitivo do presente certame e, consequentemente, impede a Administração de obter a proposta mais vantajosa.

31. Contudo, deverá a empresa substituir novamente a peça sem sofrer qualquer penalização, conforme disposição legal dos arts. 186, 393 e 927 do Código Civil Brasileiro.

V - DAS CONDUTAS DE GRAU 6 (Tabela 2 – Termo de Referência)

32. O item 1 da Tabela 2 do Termo de Referência estabelece que a conduta da empresa em permitir situação que crie a possibilidade de causar ou cause dano físico, lesão corporal ou consequências letais tem grau 6 de reprovabilidade e implicará em multa de 10% do valor mensal da contratação. Vejamos:

13. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

TABELA 2

ITEM	DESCRIÇÃO	GRAU	INCIDÊNCIA
1	Permitir situação que crie a possibilidade de causar ou que cause dano físico, lesão corporal ou consequências letais	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação

33. Ocorre que a empresa não pode ser responsabilizada por qualquer acidente de trabalho além de suas responsabilizações legais e próprias.

34. Explica-se, o acidente de trabalho causa prejuízos diretos e indiretos para empresa. Nesse sentido, apenas o fato de ter ocorrido um acidente na empresa é motivo bastante para fazer todos os empregados deixarem sua função, na tentativa de ajudar ou de descobrir o que aconteceu. Isso significa que é um período em que a empresa deixa de produzir e, claro, culmina em prejuízos.

35. Além disso, o acidente pode, além de machucar o trabalhador, causar estragos às máquinas que estavam sendo operadas naquele momento.

36. Acrescente a isso o fato de que a empresa empregadora precisa comunicar o ocorrido ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) até o 1º dia útil seguinte, por meio de CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, sob pena de pagamento de multa.

37. De acordo com o número de acidentes de trabalho, entre outros fatores, o MTE classificará a empresa em atividade preponderante de risco leve, médio ou grave. O nível de risco verificado determinará o percentual a ser recolhido sobre a folha de pagamento, para o INSS, com o fim de custeio das despesas decorrentes de acidente de trabalho.

38. Assim, verificado um número elevado de acidentes, a empresa estará sujeita ao recolhimento com base em uma alíquota maior.

39. Além disso, caso seja necessário o afastamento temporário de até 15 dias, caberá ao empregador arcar com o salário do funcionário deste período. Por outro lado, caso o afastamento seja superior, além de precisar contratar um novo funcionário, continua sendo obrigatório o recolhimento do FGTS do empregado afastado.

40. E, quando o empregado acidentado retornar ao exercício da função, o empregador estará impedido de demiti-lo por até 12 meses, tendo que arcar com os custos de um funcionário pouco produtivo.

41. Ainda, ressalta-se que uma empresa sempre disponibilizará Equipamentos de Proteção Individual (EPI) e treinamentos a seus funcionários para evitar ao máximo qualquer acidente em suas dependências.

42. Assim sendo, **não existem dúvidas de que é exorbitante atribuir multa de 10% em caso de acidente de trabalho à empresa que tomou todos os cuidados**

necessários. Logo, deve essa conduta ser excluída do edital para constar apenas a obrigatoriedade em emissão de CATs em caso de acidentes e o uso de EPIs.

43. Outra conduta com atribuição de reprovabilidade de grau 6 é do item 7, da tabela 2, a seguir:

13. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

TABELA 2

ITEM	DESCRIÇÃO	GRAU	INCIDÊNCIA
7	Executar qualquer manutenção, substituição de peças, sem prévia autorização do gestor da contratação.	6	Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação

44. Quando a empresa se ver em situação de execução de qualquer manutenção ou substituição de peças, deverá aguardar por resposta do gestor da contratação, porém o gestor deverá responder em tempo hábil, caso contrário a empresa será penalizada por fato de terceiro em multa de 10% sobre o valor do contrato.

45. Por exemplo, se a empresa tem o prazo de 2 (dois) dias úteis para refazer os serviços aque apresentarem defeito, durante o prazo de garantia, nos termos do item 6.2. do Termo de Referência abaixo, e se o gestor do cotrato não sinaliza qualquer autorização nesse curtíssimo espaço de tempo, a empresa não poderá executar os serviços e será responsabilizada, nos termos do contrato.

> 6.2. Durante o prazo da garantia, a Contratada deverá refazer os serviços que apresentarem defeitos, no prazo de 02 (dois) dias úteis do recebimento da notificação do defeito, não sendo permitido transferir sua responsabilidade a terceiros, mesmo que fabricantes.

46. Esse item é tão absurdo que a empresa terá que escolher qual penalidade sofrerá: (i) executa o serviço sem autorização, pois não recebeu em tempo hábil,

recebendo multa de 10% do valor mensal contratado, ou (ii) deixa de executar o serviço e é penalizada em multa de 2% do valor do contrato, conforme item 8 da tabela 2, a seguir:

13. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

TABELA 2

ITEM	DESCRIÇÃO	GRAU	INCIDÊNCIA
8	Cumprir os prazos estabelecidos neste termo.	2	Por ocorrência, observado o limite máximo de incidência previsto no subitem 13.2.2., sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação

47. Assim, deve o referido item ser revisto para (i) aplicar penalidade ao gestor caso o não cumprimento de qualquer prazo estabelecido no edital etnha ocorrido por sua culpa exclusiva; (ii) razoabilizar o grau de reprovabilidade da conduta do item 7 do edital; (iii) cumprir com os princípios basilares das Licitações, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

VI - INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DE RELAÇÃO DE CONSUMO AO CONTRATO

48. Diante da menção da cláusula décima sétima da Minuta do Contrato à norma do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), cabe desde já esclarece que referido diploma legal não se aplica aos contratos firmados com a Administração Pública, que observam a regra do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

49. Realmente, a natureza das relações travadas na contratação administrativa é de direito público, e não de direito privado, o que descarta o emprego das regras do CDC.

50. E, ainda fosse aceitável a aplicabilidade das normas privadas, esta seria subsidiária, pois a Lei de Licitações já confere aos liames contratuais requisitos suficientes para garantir a devida proteção ao interesse público.

51. Além disso, o Poder Público não apresenta condição de hipossuficiência, seja técnica, jurídica ou econômica, afastando-se do conceito de consumidor capitulado no art. 2 do CDC.

52. De fato, não há hipossuficiência técnica porque a Prefeitura de Curitiba possui acesso às características técnicas do produto ou serviço a ser adquirido, como se demonstrou pela existência do "Termo de Referência", documento do edital que, por força de lei, comporta informações técnicas.

53. Também, de forma presumida, possui acesso a conhecimento jurídico por meio da consultoria da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, o que é suficiente para descartar sua hipossuficiência jurídica. E, por último, não há como admitir a sua vulnerabilidade econômica, dada o valor representativo do erário público municipal.

54. Deste modo, por não ser a Administração Pública hipossuficiente, em qualquer modalidade, não há como admitir que suas contratações sejam também regradas pelo direito do CDC, devendo ser afastado do edital o item 2.3.

55. Esse entendimento é acompanhado pela jurisprudência uníssona do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, responsável pelo julgamento dos recursos contra as decisões da Justiça Federal de Curitiba, que em recente decisão declarou a inaplicabilidade do CDC na relação de aquisição de produto/serviço. Vejamos a transcrição da ementa do referido julgado:

> "(...) **LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO PELA SANEPAR DE CAIXA SUBTERRÂNEA EM POLIPROPILENO. PLEITO DE ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO.** (...)

2.2)- INAPLICABILIDADE DA LEI 4.150/62 AO CASO. **INAPLICABILIDADE TAMBÉM DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC), TENDO EM VISTA QUE A RELAÇÃO RETRATADA NOS AUTOS NÃO É DE CONSUMO E SIM DE DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO. INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONTIDAS NA LEI 8.666/93.** DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DESCABIMENTO DE INVOCAR O INC. X DO ART. 6º DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES PARA EXIGIR NORMATIZAÇÃO DA ABNT PARA O PRODUTO LICITADO, POIS O TEXTO LEGAL RECLAMA A ADOÇÃO DE TAIS NORMAS PARA A ELABORAÇÃO DO PROJETO EXECUTIVO."

(TRF-4. APC Nº 1.326.507-1. Relator: Juiz Rogério Ribas. Data do julgamento: 24/11/2015).

56. No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") é pacífica ao inadmitir a aplicação de normas consumeristas nos casos em que a Administração Pública contrata serviços em seu favor. Confira-se:

"ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. 1. **Contrato de prestação de serviços firmado**, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a **construção de duas agências dos Correios**. (...) **Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor** com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva (...) 4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública. 5. **A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as**

> **que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado.** 6. **À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão sub judice não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo**. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. (...) . 8. Recurso especial desprovido.
>
> (STJ. REsp nº 527.137 – PR. Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 11/05/2004)

57. Assim sendo, não restam dúvidas de que regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor não participam do regramento jurídico dos Contratos Administrativos, porquanto a Administração não atende aos requisitos legais e jurisprudenciais para se caracterizar como consumidora, desqualificando a relação jurídico-consumerista.

58. Dessa forma, por existir regime próprio para os Contratos Administrativos, pugna-se pela alteração do edital para conferir às contratantes apenas responsabilidades de caráter de direito público.

VII – DA CESSÃO E SUBCONTRATAÇÃO

59. O edital e seus anexos são omissos quanto a possibilidade de subcontratação e cessão de mão de obra para a realização dos serviços de manutenção preventiva e corretiva.

60. A omissão também reside na porcentagem permitida para a cessão de mão de obra.

61. Essa omissão caracteriza prejuízos para ambas as partes do contrato, ensejando dúvidas a todas as empresas licitantes e a possibilidade de reformulação de projetos durante a execução dos serviços.

62. Portanto, tem-se que a parte técnica descrita no referido item e alíneas deve ser revista para (i) aprimoramento da "avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução" e (ii) "minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem", nos termos do artigo 6º, IX, da Lei nº 8.666/93.

VIII - RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA

63. O item 8.7. do Termo de Referência dispõe que:

> 8.7. Assumir integral responsabilidade pela boa execução e eficiência dos serviços que realizar, assim como pelos danos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da realização desses;

64. Entretanto, a Lei de Licitações determina que a responsabilidade civil da empresa contratada, isso é, o dever de reparar um dado causado, estará restrita aos danos que ela diretamente causar[1].

65. De outro modo não poderia ser, já que não se pode admitir que o Órgão contratante seja ressarcido por danos indiretos, tais como lucros cessantes, por exemplo; distinguindo-se, porém, da responsabilidade civil da empresa contratada perante terceiros alheios a essa contratação, tais como os usuários dos equipamentos, para quem a empresa contratada responderá ilimitadamente.

[1] "Art. 70, da Lei nº 8.666/93**. 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 a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado."

66. Assim, a empresa poderá ser responsabilizada civilmente, sem considerar os atos de terceiros, força maior e caso fortuito, que são expressamente excluídos da responsabilidade da parte pela legislação pátria, conforme disposição legal dos arts. 186, 393 e 927 do Código Civil Brasileiro.

67. Caso essa questão seja desconsiderada, referido item viola o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, pois prejudica o caráter competitivo do presente certame e, consequentemente, impede a Administração de obter a proposta mais vantajosa

68. Afinal, trata-se, simplesmente, da responsabilidade contratual (que pode ser limitada) existente entre o Órgão contratante e a empresa contratada; e a responsabilidade extracontratual, que não poderá ser limitada, essa última havida na relação da contratada com quaisquer terceiros.

69. Todavia, é imprescindível fazer constar e limitar a responsabilização da empresa para, exclusivamente, aos danos diretos, sob pena de violação aos dispositivos legais relativos à responsabilidade civil, desequilíbrio contratual que pode comprometer sua execução e, consequentemente, o objetivo do certame.

70. Face ao exposto, requer a Impugnante seja alterado o referido item, para que passe a dispor que a contratada responderá pelos danos causados à obra, na medida de sua culpabilidade.

IX – DA RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELA RESCISÃO CONTRATUAL

71. O contrato estabelece multa, no caso de rescisão por ato unilateral da Administração, será de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da contratação, conforme item 13.2.2.1. do Termo de Referência.

72. Ocorre que, em caso de rescisão sem culpa do contratado, a Administração deverá ressarcir a empresa pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, bem como deverá ao contratado (i) devolver a garantia; (ii) pagar

os custos da desmobilização; e, (iii) pagar os valores devidos pela execução do contrato até a data da rescisão, nos termos do art. 79, §2º da Lei nº 8.666/93.

73. É fundamental que essas penalidades sejam descritas no edital, afinal não há liberdade para decidir se o contratado será indenizado ou não, isso é, não se faculta que a Administração decrete a rescisão unilateral por sua conveniência e simplesmente se recuse a indenizar o particular.

74. Ressalta-se que caso haja rescisão unilateral injustificada por parte da Contratante, o princípio da moralidade é violado, motivo pelo qual há necessidade de indicar nos termos do edital as penalidades que a Administração Pública pode vir a sofrer caso rescinda o contrato unilateralmente.

X – DO PRAZO PARA ATENDIMENTO

75. O item 3.16.3. do Termo de Referência dispõe sobre a necessidade de atender os chamados de emergência, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) minutos após a solicitação. Conforme verifica-se a seguir:

> **3.16. Atendimento de emergência:**
>
> 3.16.3. O atendimento deverá ser efetuado no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) minutos após o recebimento do chamado;

76. Ressalta-se que duas são as localidades dos objetos editalícios: um elevador em Anápolis e tantos outros em Goiânia, e que o edital foi preciso ao estabelecer que a empresa vencedora deverá manter escritório de representação na região metropolitana de Goiânia, conforme item 8.13 do Termo de Referência abaixo:

> 8.13. Instalar, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a assinatura do contrato, e manter escritório de representação na região metropolitana de Goiânia e proceder toda assistência técnica necessária à execução dos serviços, durante a vigência da contratação, mantendo sempre atualizados, neste Tribunal, respectivos razão social, CNPJ, endereço e telefone;

77. Importante entender que a distância média[2] entre essas duas cidades, mais precisamente entre o Tribunal Regional do Trabalho em Goiânia e o Fórum Trabalhista em Anápolis, é de 62 km e que de carro gasta-se aproximadamente uma hora entre uma localidade e outra.

78. Com a exigência de escritório de representação em Goiânia para proceder toda assistência técnica necessária à execução dos serviços, durante a vigência da contratação somada à necessidade de atender aos chamados em no máximo 45 minutos, surge um cerceamento na competitividade.

79. Assim, considerando que (i) a empresa instale seu escritório em Goiânia; (ii) o tempo de deslocamento entre as cidades de aproximadamente uma hora; e, (iii) o prazo máximo para atender ao chamado de 45 minutos, pode não ser vantajoso para o particular manter dois escritórios de atendimento, um em Anápolis e outro em Goiânia.

80. Dessa forma, muitas empresas deixarão de participar do certame devido a essas duas exigências incompatíveis.

81. Ainda, nota-se que o edital não estabelece exceções ao cumprimento do prazo de quarenta e cinco minutos, como também não indica se poderá haver dilação do prazo.

82. Entende-se que o objeto do contrato envolve o bem mais precioso, a vida e sua integridade, mas o contrato não estabelece um prazo razoável para o atendimento do serviço, pois não prevê a ocorrência de casos de falta de energia ou confinamento de pessoas em horários de pico.

---

[2] Google Maps. Distância TRT-18 em Goiânia para Justiça do Trabalho em Anápolis. Disponível em: <https://goo.gl/iAZkaz> Acesso em 20.09.2018.

83. Os grandes centros urbanos possuem uma grande semelhança no quesito "horário do *rush"* ou horário de pico, de forma que, empiricamente, muitas vezes uma simples viagem de carro, de aproximadamente 5 km, pode levar mais de meia hora.

84. Nesse sentido, a rede de notícias da *Record TV Goiás* recentemente publicou uma reportagem apresentando o trânsito caótico de Goiânia em horário de pico.[3]

85. Assim, deve o edital se adequar a realidade de grandes centros e por meio do princípio da razoabilidade estimar um tempo adequado de atendimento às solicitações de chamados, bem como estabelecer exceções a regra de atendimento máximo e as formas de solicitação de dilação do prazo.

XI – DA IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO

86. A cláusula décima quinta da Minuta do Contrato, especialmente em seu parágrafo primeiro, prevê a possibilidade de retenção de parcelas ou créditos em caso de inadimplemento das obrigações da empresa vencedora do certame, conforme verifica-se a seguir:

> **CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – DA RESCISÃO**
>
> **§ 1º** No caso de rescisão provocada por inadimplemento da CONTRATADA, o CONTRATANTE poderá reter, cautelarmente, os créditos decorrentes do contrato até o valor dos prejuízos causados, já calculados ou estimados.

87. No mesmo sentido, a cláusula décima sexta da Minuta do contrato:

[3] RECORDTVGOIAS. "*GR - Trânsito de Goiânia: Horário de pico cada vez pior - 10-04-2018*". Publicada em 11.04.2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nx8gbT5IEho.> Acesso em 11.09.2018

Atlas Schindler

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – DOS DIREITOS DO CONTRATANTE EM CASO DE RESCISÃO

Na hipótese de rescisão administrativa do presente contrato, a CONTRATADA reconhece, de logo, o direito do CONTRATANTE de adotar, no que couber, a seu exclusivo critério, as medidas que vão a seguir discriminadas:

d) Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados ao CONTRATANTE;

88. Ocorre que, a Administração Pública não pode reter o pagamento pelos serviços regularmente contratados e efetivamente prestados sob pena de enriquecimento ilícito, segundo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ("TRF1"), a seguir:

> "(...) **a retenção do pagamento pelos serviços regularmente contratados e efetivamente prestados, sob a alegação de que a empresa contratada deu ensejo a atraso injustificado para a conclusão da avença, configura enriquecimento ilícito da Administração Pública**, visto que o serviço foi prestado, não havendo que se falar em legitimidade do procedimento adotado pela recorrente, sob o argumento de previsão contratual, no caso." (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2007.34.00.040871- 7/DF Processo na Origem: 200734000408717 RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE. Julgado em 21.10.2015)

89. Esse entendimento não é único do TRF1, tanto é que, colecionam-se julgados do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. **IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO**. (...) Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidades ao contratado descumpridor. **Todavia, a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da**

legalidade, insculpido na Carta Magna." (STJ. RMS 24.953/CE, em 04/03/2008. Rel. Min. Castro Meira. DJ 17/3/2008 – Grifos nossos)

"(...) Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei nº 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**." (STJ. REsp. 633.432/MG. Rel. Min. Luiz Fux, 22/02/2005 – Grifos nossos)

90. Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União ("TCU") entende pela proibição de retenções de pagamentos de serviços já executados, vejamos:

"(...) 9.2.3. 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**." (TCU - Acórdão nº 964/2012).

91. Como se vê, a interpretação do STJ, decorre do entendimento de que a retenção de pagamento equivale a uma "penalidade" não prevista no artigo 87 da Lei nº 8.666/93 e, como tal, obviamente, sob o princípio da especificade, não cabe ao intérprete inovar as hipóteses em que o legislador assim não o fez.

92. Vale anotar que, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ("MPOG"), a Instrução Normativa n.º 2, de 11 de outubro de 2010, que estabelece normas para o funcionamento do SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais, passou a prescrever no seu art. 3.º, § 4.º, os procedimentos para o pagamento pelos serviços prestados pela empresa. Vejamos:

§ 4 º A cada pagamento ao fornecedor a Administração realizará consulta ao SICAF para verificar a manutenção das condições de habilitação. (...)

V - **Havendo a efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão contratual**, caso o fornecedor não regularize sua situação junto ao SICAF; - Grifos nossos.

93. Além disso, essa retenção é completamente descabida, pois não há norma legal vigente no Brasil que autorize a Administração Pública a reter parte dos pagamentos devidos à empresa com o fim preventivo de, ao final do contrato, se houver qualquer débito de natureza trabalhista, não vir a Administração Pública a ser condenada solidariamente pelo cumprimento das obrigações em questão.

94. **Essa prática**, que já não encontrava amparo na legislação e na jurisprudência dos Tribunais de Contas, **deixou de fazer qualquer sentido mais recentemente, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal ("STF") definiu, em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931,** que o *"inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993."*

95. Realmente, **se a Corte Suprema já afastou a responsabilidade da Administração Pública, seja em caráter subsidiário ou solidário, por débitos trabalhistas de empresas prestadoras de serviços contratadas por meio de licitações, não há razão de ordem lógica, tampouco jurídica, que sustente a manutenção dessa prática!**

96. De fato, a retenção em análise é uma criação arbitrária por parte do órgão contratante e, sem a menor dúvida, uma desvirtuação do que se encontra regulado na

Instrução Normativa de nº 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que, em seu 19-A e em seu artigo 35, assim estabelece:

> "Art. 19-A – O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: (…)
>
> V – a obrigação da contratada de no momento assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como, das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;
>
> "Art. 35 – Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.
>
> Parágrafo único – Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utiliza-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa."

97. Percebe-se, portanto, que o normativo supra transcrito é claro ao regular a hipótese da retenção apenas quando verificado o inadimplemento por parte da contratada quanto às obrigações trabalhistas e sociais pela mesma detidas em razão da execução do objeto contratado.

98. Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União ("TCU") já se manifestou que a retenção deverá ocorrer ao final do contrato. Vejamos:

> Em razão do exposto, o Grupo de Estudos concluiu que Administração deve consignar nos contratos para realização de serviços continuados autorização expressa para que a **Administração retenha, cautelarmente, ao final do contrato, os valores das faturas para o pagamento de contribuições sociais, FGTS e demais verbas trabalhistas, extrajudicialmente e/ou por meio do Judiciário Trabalhista.** (Representação TCU 006.156/2011-8, Relator Aroldo Cedraz, Data de Julgamento: 22/05/2013) (Grifos nossos).

99. Assim sendo, a retenção preventiva de parcela dos créditos detidos pela contratada é medida inequivocamente desprovida de fundamentação legal e em contradição com a interpretação do STF a respeito no RE nº 760.931, em sede de repercussão geral. Assim, referida prática configura-se como ato arbitrário e ilícito, trazendo não apenas prejuízos financeiros à contratada, mas, acima de tudo, desequilibrando a relação jurídica constituída, cabendo a propositura de ação judicial de obrigação de não fazer em face do órgão contratante.

100. Logo, deve o edital excluir qualquer cláusula sobre retenção de valores de serviços já prestados.

XII - APRESENTAÇÃO DA GARANTIA DE 5%

101. De acordo com o item 15 do Termo de Referência a empresa deverá prestar garantia, no ato da assinatura do contrato, por uma das modalidades previstas no artigo 56, da Lei nº 8.666/93, no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do preço global contratado. Confira-se:

15. DA GARANTIA CONTRATUAL

15.1. Nos moldes do art. 56 da Lei 8.666/1993, a Contratada deverá apresentar, na Seção de Gestão de Contratos, da Secretaria de Licitações e Contratos/ Seção de Gestão de Contratos deste Tribunal, **no ato da assinatura do Contrato**, comprovante de garantia para execução do mesmo, correspondente a 5% (cinco por cento) de seu valor global, com validade durante toda a execução do contrato, devendo ser renovada a cada prorrogação. Os efeitos legais da garantia se estenderão em caso de ocorrência de sinistro.

102. E, em casos excepcionais, com a devida justificativa, a empresa poderá solicitar o prazo de dez dias corridos para apresentação da garantia, nos termos do item 15.2, vejamos:

15.2. Mediante expressa e justificada solicitação da Contratada, o Contratante poderá conceder, excepcionalmente e por ato motivado, o prazo de até 10 (dez) dias corridos, contados da data de assinatura do contrato, para apresentação da garantia.

103. Cumpre informar que a determinação acima pode revelar-se impossível de ser satisfeita, dependendo do tipo de garantia escolhida pela empresa - *se (a) caução em dinheiro; (b) seguro garantia; ou (c) fiança bancária*[4] - e de fatores alheios à sua vontade, mas sim ao tempo de processamento desse serviços pelas instituições financeiras e corretoras de seguro.

104. Com efeito, caso a licitante vencedora opte pela contratação de carta de fiança bancária, por exemplo, o prazo para apresentação da referida garantia dependerá de maior prazo para que a instituição financeira gere a carta de fiança bancária solicitada. Realmente, a experiência prática tem revelado que em diversas oportunidades o prazo para a contratação de carta-fiança bancária supera os 10 (dez) dias úteis.

105. Nesse sentido, veja-se que as cláusulas nos contratos de fiança bancária **tem previsto em regra o prazo de 50 (cinquenta) dias corridos para apresentação da garantia**, sendo certo que somente após esse período é que incidira a norma de rescisão contratual. Transcreva-se julgado recentíssimo do Tribunal de Contas da União ("TCU") a esse respeito:

[4] Art. 70 da Lei nº 13.303/2016.

> “27.3.140 Importante salientar que o Sr. Luiz Roberto Giugni foi chamado em audiência para também se manifestar quanto ao fato de não exigir a prestação de garantia de execução do contrato por parte da VL Empreendimentos Turísticos Ltda. (Avantt Turismo) , no percentual de 5% do valor do contrato, **conforme determinou a cláusula sexta do contrato firmado entre as partes**:
>
> CLÁUSULA SEXTA A CONTRATADA deve apresentar à Associação ou Confederação no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente a percentual de 5% (cinco pôr cento) do valor atualizado do contrato, cabendo-he optar dentre ás modalidades previstas no Regulamento de Aquisições e Contratos do CPB (caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária) , ou outra modalidade que o CPB considere segura e juridicamente válida.
>
> SUBCLÁUSULA PRIMEIRA. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.
>
> SUBCLÁUSULA SEGUNDA. **CASO HAJA ATRASO SUPERIOR A 50 (CINQUENTA) DIAS NA APRESENTAÇÃO DA GARANTIA, CONSIDERAR-SE-Á O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PARA RESCISÃO CONTRATUAL** (peça 143, p. 77)” .
>
> (TCU, ACÓRDÃO 1848/2018 – PLENÁRIO, VITAL DO RÊGO, PROCESSO 017.107/2015-6, DATA DA SESSÃO: 15/08/2018) (grifos nossos)

106. Cabe ponderar, assim, que não se configura razoável estabelecer prazos fixos para o atendimento de exigências que não dependam das partes contratantes, de modo que se faz necessário aumentar o limite do prazo de 10 dias úteis para 30 dias úteis ou 50 dias corridos, independentemente de renovação.

XIII - DA INSTALAÇÃO DE ESCRITÓRIO

107. O item 8.6 do Termo de Referência estabelece o seguinte:

> 8.13. Instalar, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a assinatura do contrato, e manter escritório de representação na região metropolitana de Goiânia e proceder toda assistência técnica necessária à execução dos serviços, durante a vigência da contratação, mantendo sempre atualizados, neste Tribunal, respectivos razão social, CNPJ, endereço e telefone;

108. Nota-se uma omissão em relação a (i) prévia existência de escritório de representação ou estabelecimento (matriz/filial) com atendimento ao cliente; (ii) exclusividade de atendimento ao Órgão; e, (iii) reflexos de investimentos monetários ao preço final das propostas para a instalação de escritório.

109. Nota-se também que o prazo de sessenta dias não condiz com a realidade. Uma empresa para abrir uma filial ou escritório de representação, deve contratar ou relocar pessoal, alugar espaço, contratar serviços básicos como energia e água, além de registrar-se em autoridade competente e etc. Todos esses procedimentos podem levar mais de sessenta dias facilmente, sem contar com os feriados que podem existir pelo caminho.

110. Assim sendo, deve o edital complementar o referido item com informações suficientemente claras ou suprimi-lo.

XI – REQUERIMENTOS

111. Ante o exposto, requer sejam esclarecidos o edital nos pontos indicados acima, alterando-se o respectivo dispositivo ou acrescentando aqueles que se façam necessários ao edital.

Termos em que,
Pede deferimento.
Goiânia, 20 de setembro de 2018

Ulisses Rosa
Procurador
ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.
00.028.986/0009-65