

00817/2016

CÂMARA MUNICIPAL DE PAULÍNIA

Data/Hora: 12/04/2016 09:36

Consulte seu protocolo através do endereço

consulta.siscam.com.br/camarapaulinia/protocolo

Chave: 4872A

ILMO. SENHOR PREGOEIRO,
PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2016,
CÂMARA MUNICIPAL DE PAULÍNIA.

THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 90.347.840/0024-04, com endereço na Av. Marechal Rondon, nº 2182, bairro Jardim Chapadão, CEP: 13070-172, Campinas/SP, 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 RESPONSABILIDADE POR INTERVENÇÃO DE TERCEIROS CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO LICITANTE

A **Impugnante** pretende participar da referida licitação, cujo objeto é a *“contratação de empresa especializada para o fornecimento de um elevador semi panorâmico, com capacidade de 600 a 680 k e para 08 a 09 pessoas, incluindo a instalação/montagem do mesmo”*.

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.**

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:

*As manutenções preventivas serão agendadas mensalmente de acordo com o núcleo responsável pela manutenção do patrimônio, de acordo com o plano anual de manutenção que deverá ser apresentado anexo a proposta. A contratada deverá responder pela solidez, segurança e perfeição dos equipamentos de acordo com o **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"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

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

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.

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.

DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO

Verifica-se 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 8.666.²

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.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, p. 378.

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, 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.

DA SUBCONTRATAÇÃO E DA RESPONSABILIDADE PELAS OBRAS CIVIS

A contratação envolve a prestação de serviços de fornecimento e instalação de um elevador, motivo pelo qual se depreende que os trabalhos envolverão a realização das obras civis necessárias à adequação do local onde será instalado o equipamento.

Porém, o edital nada dispõe acerca da responsabilidade pela execução das referidas obras civis, tampouco contém previsão sobre a possibilidade de terceirização desses serviços.

Tais esclarecimentos se apresentam indispensáveis, na medida em que as empresas fabricantes de elevadores não têm como objeto a realização de obras de alvenaria ou civis, mas sim a metalurgia, especialidade metal mecânica.

Diante desse fato, é usual que as licitações com objeto similar admitam a subcontratação, visto que sem essa providência serão afastados do certame os principais fabricantes.

Convém mencionar, porque relevante, a disposição do art. 72 do Estatuto das Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), que dispõe conforme segue:

*Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento**, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.*

Não obstante, deve-se considerar que a terceirização parcial dos serviços em nada prejudica a responsabilidade da empresa contratada pela qualidade e adequação dos mesmos, sendo integralmente responsável pelos serviços executados por terceiros.

Portanto, necessário seja esclarecida a responsabilidade pelas obras civis necessárias a adequação do local onde serão instalados os elevadores; e, caso recaia sobre a Contratada, deverá o edital admitir – com as devidas exigências – a subcontratação dessas atividades inerentes à contratação, mas afastadas do objeto social das fabricantes de elevadores.

DA RESPONSABILIDADE PELA GUARDA DO MATERIAL

Verificou-se que o edital mostra-se omissivo em relação a cargo de quem ficará a responsabilidade pela guarda do material licitado durante o período da obra.

Importante referir que a guarda compreende a armazenagem, localização, segurança e preservação do material adquirido, a fim de suprir adequadamente as necessidades operacionais do órgão ou entidade que adquiriu o material e da empresa que estará executando o objeto.

O TCU, *in* Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU³, publicou orientação no seguinte sentido:

Deve o gestor estar atento, quando do estabelecimento de quantidades do objeto, às condições de guarda e armazenamento e ao prazo de validade dos produtos em aquisição. Esse cuidado permite que os produtos não se deteriore e afasta a prática de ato antieconômico.

Portanto, a Thyssenkrupp Elevadores S.A. requer que a responsabilidade de armazenamento do material licitado seja expressamente definida, garantindo a segurança jurídica dos licitantes e evitando questionamentos futuros acerca da responsabilidade pelos materiais.

DA ABRANGÊNCIA DO TREINAMENTO

Verifica-se que o modelo de proposta do certame em apreço preceitua a responsabilidade da empresa contratada por fornecer **treinamento**, consoante previsão disposta no item abaixo:

A contratada deverá realizar um treinamento aos funcionários da unidade ou pessoas indicadas, visando capacitá-los às atividades de operação e conhecimento dos equipamentos e sistemas em caso de emergência (passageiro preso).

³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl.. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: Brasília, 2010. p. 210.

Não obstante a interessada, ora Impugnante, realize treinamentos de pessoal para fins de operação em elevadores, importante esclarecer que alguns tipos de atividades são de atribuição exclusiva de técnicos aptos à operação dos sistemas, o que não inclui os clientes/contratantes.

Dessa forma, em primeiro lugar, deve o ente licitante esclarecer a abrangência do treinamento que deverá ser realizado e para quem será ministrado, conforme mencionado no edital.

Importante referir, que os serviços de manutenção, programação e remoção de passageiros presos somente podem ser prestados por **profissionais especializados da empresa que presta assistência técnica e membros do corpo de bombeiros**, nos termos da **NBR 16083:2012**, acerca dos requisitos para instruções de manutenção de elevadores, escadas rolantes e esteiras rolantes, que determina que incumbirá ao proprietário do elevador, o dever de informar à empresa Contratada da ocorrência da situação anormal, conforme se verifica do que segue:

4 Elaboração de instrução de manutenção

4.3.2.7 O proprietário deve informar à empresa de manutenção:

- a) imediatamente após percepção de qualquer operação anormal da instalação ou qualquer mudança anormal em seu ambiente direto;*
 - b) imediatamente após colocar a instalação fora de serviço em caso de situação anormal;*
 - c) após qualquer intervenção de resgate por profissionais autorizados e instruídos corretamente (ver Seção 6);*
- (...)

Convém salientar que a alínea “c” refere-se à intervenção de resgate deve ser feita por profissionais autorizados, os quais estão arrolados na Seção 6 da mesma norma, a qual estabelece:

6 Informações ao proprietário para operações de resgate de pessoas presas em elevadores

*O resgate de pessoas presas em elevadores **deve ser executado somente pela empresa de manutenção, ou pelo Corpo de Bombeiros da Polícia Militar ou órgão que o substitua.** [GRIFADO]*

Nessas circunstâncias, as empresas que têm por escopo a fabricação e manutenção de elevadores **não podem ministrar cursos para o resgate de passageiros em elevadores.**

Sendo assim, diante da omissão do edital no ponto, requer a ora Impugnante o esclarecimento quanto à abrangência do treinamento de operação de responsabilidade da licitante vencedora e quanto ao pessoal para o qual deverá ser ministrado, para fins de análise da viabilidade e custos relacionados à obrigação.

Finalmente, caso a previsão do edital envolva o treinamento de manutenção, programação e remoção de passageiros por pessoas que não as capacitadas, desde já se impugna a obrigação, tendo em vista a necessidade de garantia da segurança dos usuários e da manutenção do equipamento em plenas condições operacionais.

DOS PERCENTUAIS DE FATURAMENTO

Verifica-se, ainda, que o edital aponta como elemento de despesa a rubrica “51”, que compreende tanto a prestação de serviços (instalação), quanto o fornecimento de material (equipamento), consoante se extrai do item que segue:

5. DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

*5.1. As despesas decorrentes deste objeto serão atendidas com recursos provenientes da verba constante da dotação orçamentária sob nº. **02.01.031.0022.1017-4.4.90.51.***

Ocorre que tal previsão causa incerteza quanto à distribuição das notas fiscais que serão emitidas pela contratada, pois não há especificação no tocante ao percentual de emissão de notas fiscais de serviços e materiais. Tal esclarecimento se faz necessário em virtude da necessidade de faturamento, mediante emissão de notas fiscais, pela contratada, com a informação do percentual de cada tipo de despesa: **X% material, Y% serviço.**

Observa-se que toda a contratação decorrente do processo licitatório é estritamente vinculada aos preceitos do edital, daí porque o princípio da publicidade é tão caro às licitações, na medida em que as previsões do ato convocatório vinculam todos os atos futuros dos contraentes.

Por isso, a especificação da composição do preço e os respectivos percentuais de serviços/material são imprescindíveis não só para o correto faturamento durante a execução contratual, mas até mesmo para avaliação dos custos e encargos incidentes para formulação da proposta.

Dessa forma, para um correto faturamento do preço e emissão de notas fiscais pela empresa contratada, importante se faz, desde logo, o esclarecimento quanto à divisão percentual das notas fiscais que deverão ser emitidas: **Y% SERVIÇOS / X% MATERIAL**.

DO REAJUSTE DOS PREÇOS CONTRATADOS

O edital disciplina a **possibilidade de prorrogação da duração do contrato**, inicialmente prevista para 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses:

CLÁUSULA QUINTA DA VIGÊNCIA

A vigência do presente Termo de Contrato será de 12 (doze) meses a contar da data de sua assinatura pelas partes, podendo ser prorrogada, de comum acordo, por iguais períodos até o limite legal, conforme disciplina o art. 57, inciso I da Lei 8.666/93.

Entretanto, não há cláusula disciplinando o **reajuste dos preços contratados**, disposição imprescindível para evitar a onerosidade excessiva em decorrência do tempo de duração do contrato.

Verifica-se que a **Lei Federal nº 8.666/93** estabelece, dentre as normas de observância obrigatória, as **cláusulas de reajuste de preços**, consoante se extrai dos seguintes comandos legais:

Art. 40. O edital conterà 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, o dia e a hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI – **critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;** [Grifado]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e **periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; [Grifado]

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles, o reajustamento "é **conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação**. Não é decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais".⁴

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, as cláusulas de reajuste de preço "pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o **propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira**, à medida que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avenca, a atualização do preço".⁵

Portanto, a cláusula prevendo o **reajuste de preços, sua periodicidade e índice aplicável**, é impositiva para **manutenção do**

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando a possibilidade de que a contratação tenha sua duração prorrogada.

Diante desses fundamentos, **requer seja retificado o edital, com a inclusão da necessária cláusula de reajuste de preços no instrumento contratual**, objetivando a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

DAS MULTAS

O item 14.5, inciso II, alínea “a” do presente edital disciplina a sujeição da contratada às multas por dia de atraso, com base no valor de 0,1%, como se extrai da leitura do item transcrito a seguir:

14.5. Sem prejuízo das sanções acima mencionadas, ao(s) licitante(s)/contratado(s) que praticarem quaisquer atos previstos no artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/2002, bem como do artigo 87, da Lei 8.666/93, conforme o caso, ficarão sujeitos às seguintes penalidades, que serão aplicadas mediante procedimento administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa:

II) Multa, que será aplicada da seguinte forma:

*a) **Multa de 0,1 %** (zero vírgula um por cento) sobre o valor total do contrato, em relação ao descumprimento dos prazos fixados, **por dia de atraso injustificado**;*

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.⁶

Sendo assim, a lógica é que a imposição de multa diária 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 OMISSÃO QUANTO A ADMISSIBILIDADE DE FATURAMENTO DO MATERIAL COM CNPJ DA MATRIZ

O ato convocatório não dispôs sobre a possibilidade ou vedação de faturamento do material com o CNPJ da matriz quando da participação de filial da empresa no certame.

Esclarece-se que, embora o serviço seja prestado pela filial, quem efetivamente fabricará os equipamentos é a matriz, de sorte que não há razão para que haja impedimento de faturamento da nota fiscal emitida pela matriz quando a filial contratou com o órgão público em questão.

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed., p. 569.

Destaca-se que matriz e filial referem-se à mesma empresa, sendo que a primeira produz e fornece o objeto do certame, devendo faturar o equipamento, enquanto a segunda realizará a entrega e instalação do bem fabricado.

Acerca do tema, o TCU *in* Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU⁷ apresenta jurisprudência sobre o caso em questão, assim encerrando a discussão:

(...) Conceitua-se matriz aquele estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

10. Como filial conceitua-se aquele estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no Órgão competente.

Art. 10. As Entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação, estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior.

§ 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a Entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as Unidades auxiliares constantes do Anexo V, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.

12. Conclui-se que o CNPJ específico para a filial decorre somente da obrigatoriedade da citada Instrução Normativa, que impõe à todas as empresas a inscrição do CNPJ de seus estabelecimentos. O número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ é composto de oito algarismos, separado por uma barra do número de ordem do estabelecimento e, por fim, após o hífen, dois dígitos de controle. Desta maneira, o número do CNPJ da matriz e da filial são iguais até a barra separadora. Em seguida, faz-se a diferenciação entre os estabelecimentos: /0001 é sempre para a matriz; /0002 para a primeira filial; /0003 para a segunda filial e assim por diante. Os demais dígitos são os chamados de dígitos verificadores, específico para cada estabelecimento.

(...)

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-

⁷ Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª edição. Brasília, 2010, p. 461

se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação". (Acórdão 3056/2008 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU de 12/12/2008). Grifo nosso.

A decisão citada vai ao encontro da tese ora defendida, tendo em vista que aceita o fornecimento do objeto da licitação tanto pela matriz quanto pela filial, tendo em vista tratar-se da mesma pessoa jurídica.

Há que ser salientado que à participação da filial já é imprescindível a comprovação da sua qualificação mediante a apresentação de uma série de documentos, os quais, muitos, em razão da sua natureza, são emitidos no CNPJ da matriz.

O TCU, nesse sentido, proferiu a **decisão TCU nº 679/1997 – Plenário**, dispondo que:

m) evite inabilitar participantes de processos licitatórios em razão somente de diferenças entre números de registro de CGC das respectivas matriz e filiais, nos comprovantes pertinentes ao CND, ao FGTS, INSS e Relação de Empregados, quando a empresa interessada comprovar a centralização do recolhimento de contribuições, tendo em vista a legalidade desse procedimento;

Outrossim, o TCU, no **Acórdão 1.923/2003, Primeira Câmara**, orienta que o contrato deve ser firmado com a vencedora da licitação. Excepcionalmente, quando necessária a execução pela matriz, ela poderá participar do certame, caso haja previsão contratual:

3. Não obstante, pode ser admitida a entrega de bens por filial/matriz, quando essa condição estiver prevista nos atos convocatórios e nos contratos, desde que:

a – a empresa participante da licitação, na situação de líder, comprove, documentalmente, estar em condições de assumir os compromissos em nome dos demais, inclusive para assinar os respectivos contratos;

b – as filiais/matriz envolvidas estejam habilitadas no SICAF;

*c – constem dos contratos os quantitativos a serem fornecidos por cada filial/matriz, conforme o objeto adjudicado a cada um, e mediante notas de empenho específicas. **(GRIFADO)***

Depreende-se do exposto o reconhecimento de que matriz e filiais integram a mesma pessoa jurídica, tanto o é, que estas comprovarão a sua qualificação à licitação com base nos documentos expedidos sob o CNPJ daquela.

Dessa forma, ao ser emitida nota fiscal com o CNPJ da matriz, não obstante o contrato seja firmado pela filial, para que a contratada possa cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93.

Ademais, não existe previsão legal que exija a emissão da nota fiscal, exclusivamente, com o CNPJ que constou na proposta de preços. Logo, fazer tal exigência acarretaria em ofensa às prescrições licitatórias e tributárias.

Isso porque o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “*diretriz básica da conduta dos agentes da Administração*”⁸. Assim, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei, pois sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal.

Aliás, pertinente trazer à baila os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, o qual define com clareza que “*o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina*”.

Verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei.

⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 19ª. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pag.17.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação **do domicílio ou da sede**.

Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar **documentação da sua filial ou da matriz**.

Vale salientar, novamente, que **matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas**, pois representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Outrossim, temos também que a omissão quanto à possibilidade de **faturamento dos equipamentos/serviços em CNPJs distintos, mas da mesma pessoa jurídica**, acarretam menor interesse no pleito do objeto licitado, prejudicando o princípio da concorrência, tão caro à licitação.

Diante do exposto, sem prejuízo da Lei 8.666/93, requer seja admitido o faturamento dos materiais pelo CNPJ da matriz-fábrica e a instalação e prestação de serviços pelo CNPJ da filial, já que constituem a mesma pessoa jurídica, inexistindo qualquer prejuízo de ordem técnica ou contábil nessa providência.

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.

Campinas/SP, 07 de abril de 2016.


Representante legal
ThyssenKrupp Elevadores S.A.