

**DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL**  
**PREGÃO ELETRÔNICO 25/2016 UASG 158393**

Pedido de impugnação de edital, interposto pela empresa **THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A.**, qualificada nos autos, em que se questiona a legitimidade de exigência da prestação da garantia contratual no prazo de 10 (dez) dias, contados da assinatura do Contrato. Ato contínuo, solicita-se a alteração do prazo supramencionado para 30 (trinta), a contar da assinatura do instrumento contratual, sob a justificativa de viabilizar a adoção de qualquer das modalidades previstas no Art. 56 da Lei nº 8.666/93.

Solicita-se também alteração no quesito referente a responsabilidade por intervenção de terceiros contratados pela Administração licitante.

Por fim, solicita-se a inaplicabilidade da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) à Contratação.

Tais pedidos escoram-se nos princípios da Legalidade, Razoabilidade e Competitividade, nesta ordem.

***É o relatório.***

**Do Recebimento do Pedido de Impugnação de edital**

O Dec. 5.450/2005 que regulamenta o Pregão Eletrônico no âmbito do Governo Federal atesta que:

*“Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.”.*

Levando em consideração as regras de contagem de prazo para a Administração Pública, erigidas pela 9.784/1999 e a data de recebimento do pedido de impugnação em estudo, não restam dúvidas quanto à tempestividade do mesmo, fato pelo qual **RECEBE-SE** o requesto de impugnação.

**Do prazo de resposta ao pedido de impugnação**

Nos termos da legislação em vigor, o prazo para o Pregoeiro responder a Impugnação é de

até vinte e quatro horas. A jornada de trabalho é determinada pelo seu regime jurídico, que em regra e no caso em comento é de oito horas diárias, de forma que o expediente desta autarquia é das 08:00 às 12:00 e das 14:00 às 18:00.

Nesta toada, a lei dos processos administrativos, aplicável aos procedimentos licitatórios, estabelece que os atos administrativos devem se realizar em dias úteis no horário normal de expediente. Desta forma, consoante o disciplinado pelo §1º do Art. 41 da Lei nº 8.666/93 que determina que:

*Art.41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*

*§1º—Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º do art. 113.*

E considerando que o pedido foi interposto em 11/11/2016, o prazo para esta resposta –, encerrar-se-á em 17/11/2016, às 17h11, horário de Brasília.

#### **Da Análise quanto ao Mérito do Pedido de Impugnação**

Ante o exposto, e tendo por fulcro o art. 11,II do Decreto 5.450/2005, decide este pregoeiro pelo **INDEFERIMENTO**, do pedido de impugnação passando a expor e motivar a decisão:

#### **a) Do prazo para prestação da Garantia Contratual**

Conforme depreende-se da lição trazida pelo Art. 56 da Lei nº 8.666/93, a garantia tem sua exigência facultada à Administração pela lei, e pode ser imposta aos contratados para assegurar a execução das avenças, e, sob a ótica Diógenes Gasparini, pode ser definida como:

*“(...) toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou pagar-se de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita”*

E em obediência à Instrução Normativa nº 06, de 23 de dezembro de 2013, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editada a partir das recomendações contidas no Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário do Tribunal de Contas

da União, que veio a alterar a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, e determinou que, no tocante à exigência de garantia de execução do contrato:

“Art. 19.

(...)

XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:

a) a contratada deverá apresentar, **no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período**, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato.

Assim, ante o tema aqui exposto e a legislação apresentada, não julgamos merecedor de êxito o recurso interposto.

**b) Da responsabilidade por intervenção de terceiros contratados pela Administração Licitante.**

Considerando-se o Art. 1º, § 2º da Lei nº 8.666/93, a saber:

§ 2º - Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Da sua leitura depreende-se claramente que um dos requisitos, servindo ainda como justificativa, à celebração de contrato que vise a execução indireta de determinado serviço, no âmbito da Administração Pública, é a inexistência - em seus quadros funcionais - de servidor em cujas atribuições funcionais esteja o desempenho da atividade objeto licitação.

Considerando princípios como o da boa fé objetiva e o da eticidade – norteadores das avenças - e ainda que é de responsabilidade da Administração a (des)autorização a terceiros para execute qualquer atividade ou serviço relacionado à engenharia dos equipamentos licitados – aí incluídas a retirada ou a colocação de peças. Assim, não resta demonstrada ofensa à segurança jurídica, nos termos alegados pela requerente.

Cabendo à contratada fazer uso de dispositivo capaz de assegurar a integridade do serviço por ela prestado, seja através de lacre ou outro dispositivo por ela adotado.

### c) Da (in)aplicabilidade do CDC à Contratação.

Quanto à aplicabilidade ou não, ainda que subsidiariamente, do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas de direito administrativo. Relativamente aos entes públicos, o problema que se levanta é a contradição aparente entre os princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor e os princípios que regem os contratos de direito administrativo.

O Código de Defesa do Consumidor, tratando dos partícipes das relações de consumo, procura tratar desigualmente pessoas desiguais, “levando-se em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços” (Filomeno, José Brito. **In:** Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 26).

Já os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico administrativo. Regime jurídico reservado para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada vertical, na relação jurídico administrativo (Maria Sylvia Zanella di Pietro).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 383), 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 privado”.

No que concerne à vulnerabilidade do consumidor, ainda segundo Cláudia Lima Marques (Cláudia Lima Marques - Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 147/148), existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, destinatário final fático do bem.

A vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como a ausência de condições para ter acesso a eles. No plano jurídico, “a vulnerabilidade do

consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa” (Amaral Jr. apud Cláudia Lima Marques. ob. cit., p. 148). Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, de que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos ou devem poder consultar profissionais especializados antes de obrigar-se.

A vulnerabilidade fática ou econômica relaciona-se ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.

Ratificando este entendimento, no qual a legislação consumeirista também seria aplicável aos contratos administrativos, eminentemente públicos, só que de forma supletiva, vem o Art. 54 da Lei nº 8.666/93, que se segue:

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

Observa-se, portanto, **perfeitamente possível ao órgão ou entidade pública contratante, a despeito de sua supremacia jurídica, presumida por lei, estar numa posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor**. Imagine-se, a título de exemplo, a situação de uma pequena autarquia ou de uma pequena prefeitura do interior, ao contratar produtos ou serviços de alta tecnologia, com uma grande empresa multinacional.

Aracaju, 14 de novembro de 2016.

Maria Carolina Souza de Carvalho

*Pregoeira*