Processo no:
Folha no: 509 4
Visto:

Fundação Butantan
Departamento Jurídico

**Processo nº** 18118/2018

**Edital nº** 002/2018

**Modalidade**: Ato Convocatório - Objeto: Obras de reforma e adequação ao novo layout de arquitetura proposto para o Prédio 59 – Produção Influenza.

**Assunto**: Análise e parecer jurídico sobre RECURSO ADMINISTRATIVO interposto pela empresa contratada RODOSERV ENGENHARIA LTDA em face da aplicação, pela Fundação Butantan, da sanção administrativa decorrente de atraso e inexecução parcial do Contrato nº 036/2018.

### PARECER JURÍDICO nº 1113/2019

A empresa contratada RODOSERV sofreu sanção administrativa imposta pela Fundação Butantan<sup>1</sup>, consistente na "suspensão temporária de participação nas contratações e impedimento de celebrar contrato com a Fundação Butantan, por prazo não inferior a 02 (dois) anos.".

Referida sanção é decorrente do atraso na execução do contrato  $n^{\circ}$  036/2018, bem como sua inexecução parcial, conforme os fundamentos de fato e de direito indicados no Parecer Jurídico  $n^{\circ}$  1030/2019.

Em decorrência da sanção foi concedido ao recorrente prazo de 5 (cinco) dias úteis para que pudesse exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, o que fez através do RECURSO ADMINISTRATIVO ora em análise.

### 1. DAS RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

A empresa RODOSERV manifesta sua inconformidade em relação à sanção que lhe foi aplicada, argumentando, em síntese:

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Notificação Extrajudicial, datada de 11/09/2019, com os fundamentos de fato e de direito indicados no Parecer Jurídico nº 1030/2019.

# Fundação Butantan Departamento Jurídico

- 1.1 Que não cabe a imputação de inadimplemento parcial do contrato, posto que os itens do escopo não entregues por ela foram devidamente acordados com a contratante (FB), inclusive o valor correspondente a esses itens lhe foram descontados do saldo a pagar do contrato. Além disso, afirma que os itens inexecutados não integravam o objeto contratual. Assim, considerando o desconto do valor cumulado com a sanção administrativa da suspensão temporária de contratar com a Fundação configura de fato um *bis in idem*;
- 1.2 Que a aplicação da sanção mais gravosa (consistente na suspensão temporária de contratar com a Fundação) não atendeu aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem nortear os contratos sob a égide da Lei nº 8.666/93.

Pois bem.

#### 2 - DOS FATOS

### 2.1 - SOBRE A INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

Os itens do escopo que não foram entregues pela recorrente, e que deram sustentação à inexecução contratual consistem em: (i) Equipamento elétrico nobreak de 40 KVA (1 unidade); (ii) Equipamento nobreak de 30 KVA (6 unidades); (iii) Quadros elétricos de distribuição "by-pass" (7 unidades) SEMPRE FIZERAM PARTE DO ESCOPO CONTRATUAL. Vejamos:

No início do certame licitatório (Edital nº 002/2018), no qual a ora recorrente sagrou-se vencedora, a primeira proposta da RODOSERV incluía os equipamentos nobreak e quadros de distribuição na planilha orçamentária (vide itens "1.2.1 a 1.2.8" da proposta técnica de elétrica, de fls.2993/2998 dos autos).

Página **2** de **9** 



Na segunda proposta (revisada com redução de valor) esses itens foram suprimidos da planilha sem a devida autorização da Comissão de Licitação, o que indica uma tentativa da empresa RODOSERV para justificar a redução do valor.

Ademais, a RODOSERV prossegue na mesma tentativa ao apresentar o documento CE-00034/SEDE/2018-0045, o qual consta carta endereçada à Fundação (datada de 05/03/2018) afirmando que foi autorizada pela Comissão de Licitação a retirar itens do escopo de elétrica.

Por razões óbvias, tal informação não poderá ser considerada na presente análise, uma vez que a carta é desprovida de qualquer indicação de protocolo, nem tampouco colaciona uma resposta da Fundação em relação ao seu conteúdo.

Lembrando ainda que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto nos artigos 3º, 41 e 48, I da Lei 8.666/93 se aplica também e principalmente ao licitante, cuja proposta se sujeita aos termos do escopo previsto no edital e seus anexos. A própria RODOSERV reconhece essa vinculação ao incluir junto a sua proposta revisada uma declaração (de fls. 4506 dos autos administrativos) na qual se comprometeu a atender integralmente os termos do edital.

A ausência dos componentes não entregues foi – em 25/10/2018 – alertada pela Fundação Butantan, através do <u>Ofício-DEA.PROJ.001/2018</u> comunicando a RODOSERV que parte do escopo contratado não foi executado/fornecido, em especial quanto ao fornecimento dos equipamentos nobreak das câmaras frias e quadros de energia e distribuição by-pass, ressaltando – já naquela ocasião – que referidos equipamentos constam do memorial descritivo e no edital.

O alerta do atraso na entrega das obras e **(novamente)** a ausência de itens do escopo foram objeto de novo **Ofício-DEA.PROJ.002/2018** de 05/11/2018. Anexo a esse ofício o "RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO DE ENTREGA PARCIAL – P.59 – INFLUENZA – DESCONTAMINAÇÃO" (fls. 4890/4893 do processo administrativos) emitido pela

My

Página 3 de 9

Processono:
Folhano: 5097
Visto: Scens.

Butantan

## Fundação Butantan Departamento Jurídico

Divisão de Engenharia e Arquitetura da Fundação Butantan, o qual relatava a execução parcial da obra relativa ao contrato 036/2018 após a data contratual, concluída efetivamente em 05/09/2018, bem como elencou os itens não executados do contrato. Tanto que em resposta a esse Ofício a própria RODOSERV em 21/02/2019 emitiu o Ofício CE-0012/SEDE/2019-0045 no qual expressamente afirma: "... também concordamos com as reduções dos valores dos itens não entregues (nobreak e quadros de distribuição) no valor de R\$ - 484.608,04 e a multa por atraso de 5 dias, no valor de R\$ -225.000,00 ..."

Importante destacar que o "RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO" obviamente quando menciona a conclusão satisfatória dos trabalhos se refere somente aos itens entregues, RESSALVANDO no próprio texto os <u>itens não entregues</u> e o <u>atraso na conclusão do objeto contratual</u>. Quanto ao desconto realizado sobre os itens não entregues, nada mais óbvio, pois estaria o administrador agindo com negligência se pagasse por itens do escopo não recebidos, que posteriormente tiveram que ser adquiridos pela FUNDAÇÃO BUTANTAN para que pudessem ser instalados, uma vez que os mesmos eram vitais para o adequado funcionamento das instalações.

# 2.2 - SOBRE A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA MULTA POR ATRASO E INEXECUÇÃO PARCIAL E SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE SUSPENSAÕ TEMPORÁRIA

O Princípio da Legalidade, como corolário do Direito Administrativo exige a descrição da "hipótese de incidência" da sanção. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através da Lei, e, no caso de certames licitatórios também do Contrato e do Instrumento convocatório.

No caso em apreço, o **Contrato 036/2018** estabelece:

"CLÁUSULA DÉCIMA-TERCEIRA - DAS SANÇÕES PARA O CASO DE INADIMPLEMENTO

Página 4 de 9



Não obstante o direito das partes ao ressarcimento por prejuízos causados e sem prejuízo das demais penalidades previstas no edital, ficam estipuladas as seguintes penalidades:

(...)

c) O atraso na execução dos serviços, por culpa da CONTRATADA, excluídos os casos fortuitos e de força maior, acarretará a aplicação de multa diária de 0,5% (meio por cento), sobre o valor do contrato, limitada a 10% (dez por cento), que poderá ser descontada do valor a ser pago;".

(...)

### PARÁGRAFO SÉTIMO

As penalidades previstas neste contrato são autônomas e a aplicação de uma não exclui a de outra, podendo ser aplicadas cumulativa e simultaneamente.

**Nesse certame licitatório, o EDITAL nº 002/2018** previu na cláusula 19 as SANÇÕES PARA O CASO DE INADIMPLEMENTO, em especial o **item "19.5"** estabelece os tipos de sanção poderão ser aplicáveis em caso de atraso, *verbis*:

"19.5. Pela inexecução total ou parcial do Contrato objeto do Ato Convocatório em epigrafe, erros de execução, mora na execução dos serviços, a CONTRATANTE aplicará as seguintes sanções progressivas:

- a) Advertência;
- b) Multa;
- c) Suspensão temporária de participação nas contratações e impedimento de celebrar contrato com a Fundação Butantan, por prazo não inferior a 02 (dois) anos;

A CONTRACTOR OF THE PROPERTY O



- d) Declaração de inidoneidade para contratar com a Fundação Butantan.
- **19.6.** Não obstante o direito das partes ao ressarcimento por prejuízos causados e sem prejuízo das demais penalidades previstas no contrato, ficam estipuladas as seguintes penalidades:
- a) Pela inexecução total do contrato, a CONTRATADA pagará à CONTRATANTE multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor do contrato;
- **b)** Pela inexecução parcial do contrato, a CONTRATADA pagará à CONTRATANTE multa equivalente a 15% (quinze por cento) do valor do contrato;
- c) O atraso na execução dos serviços, por culpa da CONTRATADA, excluídos os casos fortuitos e de força maior, acarretará a aplicação de multa diária de 0,5% (meio por cento), sobre o valor do contrato, limitada a 10% (dez por cento), que poderá ser descontada do valor a ser pago;

Considerando que o objeto licitado integra atividade finalística da Fundação Butantan, ou seja: está ligado diretamente a produção de soros e vacinas é cabível a aplicação também do "Regulamento de Compras e Contratações da Fundação Butantan", em seu Capítulo VII – Dos contratos, da mesma forma como prevista no Edital, possibilita a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Fundação em caso de inadimplemento contratual total ou parcial, vide transcrição do art. 31:

"Art. 31.0 inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório ou no contrato, inclusive a suspensão do direito de licitar ou contratar coma FUNDAÇÃO BUTANTAN por prazo não superior a 2 (dois) anos"



Processo n°:
Folha n°: 5 \ Visto:

## Fundação Butantan Departamento Jurídico

Assim, verificamos que a Autoridade Superior, no caso o Superintendente da Fundação agiu em estrito cumprimento aos **princípios da legalidade**, **impessoalidade**, bem como da **vinculação ao instrumento convocatório**, posto que as regras sancionatórias estavam previstas tanto no Contrato, como no Edital, na Lei 8.666/93 e no Regulamento Interno de Compras e Contratações da Fundação Butantan Sobre isso os ensinamentos do Ilustre Doutrinador **MARÇAL JUSTEN FILHO**<sup>1</sup>:

"Nem mesmo a penalidade de multa pode ser aplicada se os seus pressupostos e sua extensão não forem determinados por lei. Se o Edital e o Contrato previrem uma "pena de multa", de natureza financeira, deverá reputar-se que a figura terá natureza civil (cláusula penal), correspondendo a uma predeterminação de perdas e danos. Não será caracterizável como penalidade administrativa."

Ainda sobre esse princípio gostaria de trazer à baila o ensinamento do Ilustre Doutrinador **TOSHIO MUKAI**<sup>2</sup>, sobre o qual presto minhas homenagens e me dá a honra de travar esse proveitoso debate. Afirma MUKAI:

"Como se sabe, o princípio da legalidade, em direito público, impõe que o administrador público, ao pretender fazer algo, disponha de norma habilitante para tal (ele atua sob a lei; aplica a lei de ofício, como dizia o saudoso Ministro Seabra Fagundes); o princípio da impessoalidade, na verdade, é o principio da finalidade administrativa, corolário essencial ao principio anterior (Caio Tácito), que impõe ao administrador que, na

<sup>2</sup> Licitações e Contratos Públicos, 8<sup>a</sup> edição, Editora Saraiva, pág. 31

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, Editora Dialética, pág. 887

Processo nº:
Folha nº: 5101
Visto:
Scentification
Fundação Butantan

Departamento Jurídico

prática do ato segundo a norma habilitante para tal, alcance a finalidade prevista por aquela;"

Outro enfoque que o tema comporta relaciona-se com as **situações de sujeição especial**, pelo qual a instauração de um contrato administrativo produz o nascimento a "sujeição especial" em cujas linhas básicas se refere a situação daquele que se dispuser a participar de uma licitação ou realizar contratação administrativa, passará a subordinar-se a regime jurídico severo e totalmente vinculado à legalidade dos atos e aos ditames do instrumento convocatório .

Das espécies legais de sanção administrativa <u>a multa</u> – <u>prevista no art. 86 da Lei</u> <u>8.666/93 - tem natureza interna ao contrato, porquanto exaurem seus efeitos no âmbito de cada contratação</u>. Outro tipo de sanção, como <u>a suspensão temporária, prevista no art. 87 da citada Lei, tem natureza externa já que se aplicam fora dos limites do contrato de que se trate, e visa proteger a administração em futuros certames licitatórios que vier a produzir.</u>

Sobre a possibilidade da cumulação de multa e da sanção da suspensão temporária voltemos ao Ilustre **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

"As sanções dos incisos III e IV podem ser cumuladas com a multa e a rescisão administrativa... O que se reafirma é o cabimento da cumulação de uma das duas sanções (declaração de inidoneidade e/ou suspensão do direito de licitar) com as outras figuras sancionatórias".

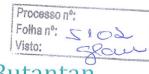
### 3. CONCLUSÃO

Considerando que:

(i) Houve atraso na execução e entrega final do objeto contratado, e inexecução parcial, conforme "Relatório Circunstanciado de Entrega

P

Página 8 de 9



# Fundação Butantañ Departamento Jurídico

Parcial - P.59 - Influenza - Descontaminação" - RC\_DEA-036-2018 (de fls. 4890/4893 dos autos);

- A multa e a sanção administrativa estavam previstas no Contrato (ii) 036/2018, no Edital 002/2018, na Lei 8.666/93 e no Regulamento de Compras e Contratações da Fundação Butantan, portanto a administração em estrito cumprimento aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, agiu de forma absolutamente legal;
- A aplicação da multa por atraso na conclusão do escopo contratado pode (iii) ser cumulada com a sanção administrativa da suspensão temporária, posto que ambas tem projeção diversa, sendo a primeira sobre o contrato e a outra sobre a proteção da administração;

Concluímos pelo conhecimento do RECURSO ADMINISTRATIVO interposto pela empresa RODOSERV, porém pelo seu NÃO PROVIMENTO, mantendo-se a aplicação da sanção administrativa consistente na suspensão temporária de participação nas contratações e impedimento de celebrar contrato com a Fundação Butantan, pelo prazo de 02 (dois) anos, com fulcro no art. 87 da Lei nº 8.666/93 aplicada subsidiariamente ao caso de ato convocatório, assim como na Cláusula Décima Terceira do Contrato 036/2018, no art. 31 do Regulamento e principalmente na cláusula 19.5 do Edital.

Com a remessa do presente parecer à Autoridade Superior da Fundação para que, se assim entender acolher as recomendações.

São Paulo, 23 de setembro de 2019

Gerente Jurídico

Fundação Butantan

LRP