

São Paulo, 27 de junho de 2022.

À

**XMARKET SERVIÇOS DE APLICAÇÃO E DE HOSPEDAGEM NA INTERNET
LTDA. – OITCHAU**

Avenida Ephigênio Salles, 126, Sala C – Parque 10 de Novembro
Manaus, Amazonas – AM

CEP 69055-736

A/C Sr. Yoram Yaeli, Sr. André Luiz Santos de Souza e Sr. Leonid Szneiberg

NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Ref.: Processo nº 001/0708/003.058/2021

Prezado Senhor,

Cumprimentando-o cordialmente, venho, pela presente, notificar à empresa XMARKET SERVIÇOS DE APLICAÇÃO E DE HOSPEDAGEM NA INTERNET LTDA., na pessoa de Vossa Senhoria, o quanto segue.

Na defesa apresentada (fls. 246-249), a XMARKET alega ser nula a disposição da Portaria nº 048/2019, art. 16, que confere o prazo de 2 (dois) dias úteis para apresentação de defesa, pois, no seu entender, a Contratante seria fundação pública e, portanto, integrante da Administração, de modo que o prazo adequado seria o de 5 (cinco) dias úteis previsto na Lei nº 8.666/93, Art. 87, §2º. Ainda, afirma haver inobservância do procedimento sancionatório estabelecido na portaria referida, ao não ter havido a nomeação de colaborador responsável pela condução do procedimento, o que implicaria nulidade absoluta do procedimento.

Fundação Butantan
Rua Alvarenga, 1396
Butantã, São Paulo/SP
CEP: 05509-002

www.fundacaobutantan.org.br



No que diz respeito ao mérito, alega a nulidade da resolução contratual, por não ter sido precedida de contraditório, tendo sido apenas comunicada à Contratada. Tal invalidade afetaria o pedido de devolução dos valores já pagos, pois a restituição seria decorrência da resolução do contrato. Por fim, quanto às possíveis sanções, declara ter iniciado a prestação de serviços, que somente não foi concluída em razão do surgimento de eventos imprevisíveis e incontroláveis. Além disso, sustenta que a maior parte dos itens seria entregue tempestivamente e somente não o foi, porque a conclusão dependia de providências da Fundação Butantan. Assim, solicita que, na hipótese de considerar-se cabível a sanção pecuniária, seja fixada em patamar mínimo, pois houve emprego de substancial força de trabalho desde o início da vigência do contrato, que somente não obteve êxito em decorrência de fatores imprevisíveis e alheios à sua vontade.

Com base nessas razões, pede: (i) o reconhecimento da nulidade do art. 16, da Portaria nº 048/2019; (ii) o reconhecimento da invalidade do procedimento sancionatório, de sorte que seja reiniciado o procedimento e devolvido o prazo para apresentação de defesa; (iii) o reconhecimento da nulidade da resolução do contrato e, por consequência, da exigência de restituição dos valores; (iv) na hipótese de conclusão pela existência de infrações, seja aplicada somente a pena de multa em patamar mínimo.

Ainda, importa consignar que, em 30 de maio de 2022, a XMARKET enviou, por e-mail, proposta de acordo (fls. 261-262), na qual sustenta que não houve negligência ou má-fé de sua parte, tendo empregado considerável força de trabalho para atender satisfatoriamente às expectativas da Contratante. E, não obstante, surgiram empecilhos sucessivos e imprevisíveis que impediram o atingimento do resultado como inicialmente previsto, culminado na resolução do contrato. Assim, com o objetivo de compor os interesses das partes de modo célere e sem a necessidade de demanda judicial, propõe acordo nos seguintes termos: (a) distrato do Contrato nº 181/2021; (b) o encerramento do procedimento administrativo; (c) a restituição de 30% dos valores já pagos, que somam a quantia de R\$ 12.499,50; (d) afastamento das sanções.

É o relatório.



De início, a respeito da alegação de nulidade do art. 16 da Portaria nº 048/2019, por divergir do prazo estabelecido na Lei nº 8.666/93, art. 87, §2º, importa esclarecer que a Fundação Butantan não é fundação pública e não integra a Administração. Ao contrário do que alega a Contratada, a Fundação Butantan é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por particulares, regida pelas disposições pertinentes do Código Civil, de modo que as contratações relacionadas à sua atividade finalística são regidas pelo Regulamento de Compras e Contratações da Fundação Butantan. Além disso, sobre os contratos que celebra incide a Portaria nº 048/2019, que regula o procedimento para imposição de sanções por infrações praticadas por fornecedor, havendo previsão expressa nesse sentido na cláusula décima primeira do Contrato nº 181/2021, celebrado entre as partes. Portanto, como consequência de sua natureza privada, a ela não se aplica a Lei nº 8.666/93, de sorte que não há qualquer vício na estipulação de prazo de 2 (dois) dias úteis para apresentação de defesa prévia.

A alegação de nulidade absoluta por ausência do despacho de nomeação de colaborador responsável pela condução do procedimento sancionatório não procede. Com efeito, a finalidade primordial do procedimento sancionatório é possibilitar a apuração dos fatos e possíveis infrações, a apresentação de defesa pela Contratada e, enfim, o proferimento de decisão fundamentada pela autoridade competente, de modo que a ausência de ato formal que não acarrete prejuízo não implica existência de vício no procedimento.

Nesse sentido, vale destacar que as manifestações do gestor do contrato (fls. 181-196; fls. 207) e os documentos correlatos são suficientes para indicar os fatos e as supostas infrações; a comunicação à Contratada foi realizada por meio de notificação extrajudicial (fls. 215-218) e a defesa prévia apresentada em duas oportunidades (fls. 221-227; e fls. 246-259). Assim, nota-se que estão presentes os atos essenciais à garantia do contraditório e da ampla defesa, após os quais será proferida decisão motivada acerca da aplicação ou não das penalidades, havendo, ainda, a possibilidade de interposição de recurso pela contratada. O entendimento de que deveria ser reconhecida nulidade



absoluta por não ter sido nomeado colaborador para condução do procedimento contraria o princípio da celeridade processual e o princípio da instrumentalidade das formas, pois o reinício do procedimento ensejaria a prática dos mesmos atos que foram praticados. Nessa perspectiva, considerando que não houve qualquer prejuízo à Contratada, que essa pôde apresentar defesa prévia e que será possível a interposição de recurso, não há que se falar em nulidade absoluta.

Quanto ao mérito, a Contratada alega nulidade da resolução do contrato, por não ter sido precedida de contraditório, o que contraria a disposição do art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Nesse particular, reitera-se que, em virtude da natureza jurídica privada da Fundação Butantan, assim como da XMARKET, o contrato celebrado entre as partes é de natureza privada e, portanto, sobre ele não incide a Lei de Licitações, de modo que é regulado pelas disposições do Código Civil.

A possibilidade de resolução do contrato diante do inadimplemento está disposta no art. 475 do referido diploma legal¹. Ainda, a cláusula décima segunda do Contrato nº 181/2021 prevê a possibilidade de resolução em decorrência de lentidão ou atraso injustificado na execução, ou pelo descumprimento de cláusulas, especificações ou prazos². Nota-se, portanto, que a resolução foi realizada com fundamento em lei e em cláusula contratual, por ocorrência dos fatos previstos nas hipóteses normativas, não havendo qualquer nulidade.

Ainda, considerando que a resolução tem por efeito o retorno ao estado anterior à celebração do contrato, subsiste, para a Contratada, o dever de restituir o *quantum* recebido.

¹ Código Civil, Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

² Cláusula Décima Segunda – Da Rescisão. 12.1. Constituem, dentre outros, motivos para a rescisão deste contrato, com as implicações contratuais e também aquelas previstas no Regulamento de Compras e Contratações da Fundação Butantan e em lei, independente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial: 12.1.1. A lentidão ou atraso injustificado na execução que possa dar margem ao descumprimento das obrigações assumidas; [...] 12.1.4. O cumprimento irregular ou o não cumprimento de cláusulas contratuais ou especificações ou prazos.



Nas defesas apresentadas, a Contratada não demonstrou qualquer elemento apto a afastar a caracterização de descumprimento dos deveres contratuais, limitando-se a alegar que houve erro de premissa fática, pela Contratante, ao supor que poderia haver imediata implementação dos itens compreendidos no contrato. Ainda, na defesa de fls. 246-259, a empresa contratada alega que a maior parte dos itens não foi entregue porque dependia de providências da Fundação Butantan.

Essas alegações, entretanto, não encontram correspondência nos fatos demonstrados nos autos. Nesse sentido, o Memorial Descritivo Of. RH FB - 32/2021 (fls. 04-06), ao qual teve acesso a Contratada antes da celebração do contrato, dispôs expressamente que o *“sistema de imediato deve suportar o controle de ponto de 4.000 colaboradores, com possibilidade de aumento desse quantitativo nos próximos anos”*. Além disso, o parecer técnico que acompanhou a proposta comercial da Contratada (fls. 182-191), enviada em junho de 2021, indicou que a empresa era capaz de executar todos os itens. Portanto, a contratada tinha plena e prévia ciência de que o serviço deveria ser disponibilizado de imediato. Nas defesas que apresentou, a Contratada não trouxe qualquer elemento para comprovar quais as providências de que dependia a entrega dos itens e foram omitidas pela Contratante.

O descabimento das alegações evidencia-se ao se considerar que o contrato foi celebrado em 20.10.2021 e, quando da apresentação do cronograma, pela contratada, em 04.02.2022 – quase quatro meses após o início da execução –, apenas um item estava concluído e 33 (trinta e três) não estavam concluídos (23 não iniciados e 10 em andamento). Assim, é oposta à boa-fé contratual a alegação de houve erro de premissa fática pela contratante, uma vez que, decorrido um terço do período contratual, somente um item estava concluído.

A alegação de que houve emprego de força de trabalho para atender a execução contratual, em razão de que seria indevida a restituição dos valores pagos, também não procede. O fim contratual, isto é, o resultado prático almejado, era a disponibilização do sistema de ponto eletrônico com as funcionalidades indicadas no memorial descritivo, o



que não foi realizado. Assim, um determinado item, embora concluído, isoladamente não gerou qualquer utilidade para à Contratante, que teve seu objetivo frustrado por conduta da Contratada. Portanto, necessária a restituição dos valores, sob pena de enriquecimento sem causa da Contratada.

Ante o exposto, inegável o inadimplemento pela contratada, que ensejou a resolução do contrato com base na Cláusula Décima Segunda do Contrato nº 181/2021, e no Código Civil, Art. 475.

Além disso, esse mesmo fato caracteriza hipótese sobre a qual incide a norma depreendida da Portaria nº 048/2019, art. 5º, §1º, que dispõe a aplicabilidade de multa em valor correspondente a 20% (vinte por cento) do valor do contrato³. Assim, considerando o valor do contrato de R\$ 99.996,00, a multa tem o valor de R\$ 19.999,20 (dezenove mil novecentos e noventa e nove reais e vinte centavos). Ainda, nos termos da Portaria nº 048/2019, art. 5º, III, cabível a aplicação da penalidade de impedimento de participar dos procedimentos de seleção de fornecedores e contratar com a Fundação Butantan por até dois anos⁴.

No que diz respeito à proposta de acordo enviada pela Contratada, cabem as seguintes considerações.

Não há possibilidade de realizar-se o distrato do Contrato nº 181/2021, em razão de já ter sido operada a resolução, que extinguiu o contrato. Como efeito da resolução, as partes devem ser repostas na situação que estavam antes de celebrarem o contrato, nascendo daí a obrigatoriedade de restituição, à Contratante, dos valores já pagos.

³ Portaria nº 048/2019, Art. 5º Para os casos de inexecução total ou parcial do contrato, erros de execução, mora na execução dos serviços, a FUNDAÇÃO BUTANTAN aplicará, conforme o caso, as seguintes sanções ao fornecedor: [...] §1º A inexecução total do contrato ensejará a aplicação de multa à empresa infratora no equivalente a 20% (vinte por cento) do valor do contrato.

⁴ Portaria nº 048/2019, Art. 5º Para os casos de inexecução total ou parcial do contrato, erros de execução, mora na execução dos serviços, a FUNDAÇÃO BUTANTAN aplicará, conforme o caso, as seguintes sanções ao fornecedor: [...] III - suspensão temporária de participação nas contratações e impedimento de celebrar contrato com a FUNDAÇÃO BUTANTAN, por prazo de até 2 (dois) anos.



A Contratada recebeu o pagamento de cinco parcelas de R\$ 8.333,00, que somam R\$ 41.665,00. A restituição de 30% dos valores já pagos – percentual que corresponde a R\$ 12.499,50 –, mostra-se desproporcional em face das circunstâncias do caso concreto. Note-se que, até o momento em que foi comunicada a resolução do contrato por meio de notificação extrajudicial, recebida pela Contratada em 11.05.2022, a situação do contrato não se alterou: apenas um item estava concluído e não gerou qualquer utilidade para a Contratante, o que dependeria da conclusão de todos os itens e disponibilização do uso da plataforma digital. Portanto, não se afigura razoável que a Contratante, além de não ter obtido o sistema que pretendia, seja privada de 70% do valor já despendido, isto é, de R\$ 29.165,50, enquanto a Contratada, mesmo não tendo executado o contrato fique com parcela substancial desses valores.

O afastamento das sanções ou, então, a estipulação de multa no patamar mínimo, por ter empregado substancial de força de trabalho desde o início da vigência, também não se adequa às circunstâncias. Vale destacar que, pelo que se infere da proposta constante dos autos, se trata de empresa experiente e com atuação específica no ramo de soluções de controle de ponto. Assim, se tivesse ocorrido o alegado emprego substancial de força de trabalho, após quatro meses de vigência, certamente mais de um item estaria concluído. Portanto, a alegação carece de verossimilhança. A sanção aplicável à hipótese – inexecução total do contrato – e o respectivo percentual sobre o valor do contrato estão previstos na Portaria nº 048/2019, que se aplica ao contrato celebrado entre as partes, de modo que não há qualquer irregularidade penalizar a empresa nos moldes previstos pela referida portaria.

Não obstante, considerando que a restituição dos valores já pagos, com a devida correção monetária, já bastaria à recomposição do estado anterior à celebração do contrato, possível e razoável o afastamento da sanção pecuniária.

Quanto à sanção de impedimento de participar de procedimento de seleção de fornecedores e contratar com a Fundação Butantan, mostra-se adequada sua manutenção, pois tem por finalidade impedir a participação da empresa em futuros procedimentos



realizados por esta Instituição, evitando que seja celebrado novo contrato com a empresa que, em período recente, descumpriu algum contrato e causou prejuízos à Contratante. Vale esclarecer que os efeitos da sanção referida se restringem ao âmbito da Fundação Butantan, não tendo qualquer repercussão para as licitações e contratações públicas em geral, precisamente em razão da natureza jurídica privada desta Instituição.

Portanto, julga-se improcedente a defesa apresentada, conforme razões acima expostas, sendo devida a restituição integral, à Fundação Butantan, dos valores já pagos atualizados monetariamente desde a data de pagamento de cada parcela. No que diz respeito às penalidades cabíveis, afasta-se a multa de 20% sobre o valor do contrato e aplica-se a sanção de impedimento de participar de procedimentos de seleção de fornecedores e contratar com a Fundação Butantan pelo prazo de 2 (dois) anos.

Assim, NOTIFICO à empresa XMARKET SERVIÇOS DE APLICAÇÃO E DE HOSPEDAGEM NA INTERNET LTDA. o quanto exposto, solicitando-lhe a restituição dos valores já pagos com correção monetária deste a data de pagamento de cada parcela até a data da efetiva restituição, a ser depositado no prazo de até 10 (dez) dias úteis, contados do recebimento desta Notificação, em conta bancária da Fundação Butantan (Fundação Butantan, CNPJ nº 61.189.445/0001-56, Banco do Brasil – 001, Agência 3.336-7, Conta Corrente 6.000-3).

Atenciosamente,


GILBERTO GUEDES DE PADUA
Superintendente
Fundação Butantan

