

***SUPERINTENDÊNCIA JURÍDICA***

**MEMO 118/2023**

**PROCESSO:** 28941/2023 – Pregão Privado n.º 003/23

**INTERESSADO:** Setor de Compras – FZ

**ASSUNTO:** Parecer Jurídico – Análise de Impugnação - 28941/2023 – Pregão Privado n.º 003/23 - **Impugnante: TK ELEVADORES BRASIL LTDA.**

**EMENTA:** Parecer Jurídico relativamente à impugnação e demais atos correlatos, referentes ao Processo n.º 28941/2023 – Pregão Privado n.º 003/23, realizado para Fornecimento e instalação de 02 Elevadores para o Edifício Cesin do Bloco IV do InCor-HCFMUSP. Não Acolhimento dos Pedidos Constantes na Impugnação Apresentada.

**I.- DAS PREMISSAS**

Inicialmente, cumpre observar que os recursos objeto do Processo n.º 28941/2023 (“Processo”) são originários de recurso fundacional, desta feita, a presente contratação encontra-se sob a égide do Regulamento de Compras da Fundação Zerbini (“Regulamento de Compras”), sendo aplicável a esta contratação, de forma análoga, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei de Licitações”) e legislação aplicável, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas relativas às licitações e contratos administrativos.



## II. DO RELATÓRIO

Vêm ao exame desta Superintendência Jurídica, Impugnação interposta pela empresa **TK ELEVADORES BRASIL LTDA** ("TK") às fls.117/118, nos autos do Processo (numerados até a página 119) relacionado ao Pregão Privado do Tipo Menor Preço para Registro de Preços n.º 003/23 ("Pregão") cujo objeto é o fornecimento e instalação de 02 Elevadores para o Edifício Cesin do Bloco IV do InCor-HCFMUSP.

Inicialmente a Fundação Zerbini publicou o aviso de procedimento em seu endereço eletrônico, especificamente na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site (fls.107/108), publicou em jornal de grande circulação (fls.112), bem como, divulgou por e-mail à diversas empresas de potencial interesse (fls.113), para comparecimento de eventuais interessados na sessão a ser realizada no dia 20 de setembro de 2023 as 09h30min.

Em 15 de setembro de 2023 o setor de Compras da Fundação Zerbini recebeu a impugnação da empresa **TK** e no dia 18 de setembro de 2023 encaminhou referida demanda à esta Superintendência Jurídica para avaliação.

É o relatório do quanto processado. Passamos a opinar.

## III. DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

A Impugnação da empresa **TK** fora recepcionada por mensagem eletrônica em 15 de setembro de 2023, conforme e-mail recebido pelo Setor de Compras (fls.116). Desta feita, inicialmente cabe à análise inicial com relação à tempestividade.

Com relação ao prazo para impugnação, o Edital é expresso em determinar em seu item 8.1 o que segue:

## **VIII - DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO**

8.1 Até 02 (dois) dias anteriores à data fixada para abertura dos trabalhos, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do PREGÃO PRIVADO.

8.1.1 A impugnação poderá ser encaminhada através de e-mail, mediante arquivo protegido (pdf), diretamente à Comissão de Licitação no seguinte endereço: [comprasfz@incor.usp.br](mailto:comprasfz@incor.usp.br).

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, e considerando que a Sessão Pública do Pregão Público foi agendada para o dia 20 de setembro de 2023, conclui-se que a impugnação mostra-se **tempestiva**, motivo pela qual será conhecida.

## **IV. DAS ARGUMENTAÇÕES DA IMPUGNANTE.**

A Impugnante, em sua peça exordial, traz questionamento quanto à dosimetria dos percentuais de multas trazidas no item XI – DAS SANÇÕES no ato convocatório, alegando que "(...) nos casos em tela (referindo-se à cláusula 10.3 e 10.4 do Contrato) o percentual máximo de sanção a título de multa, a ser considerado seria num patamar máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela inadimplida, evitando-se assim, desproporcionalidade na aplicação da medida e insegurança jurídica para as empresas licitantes." se referindo às multas 1% por dia de atraso, sobre o valor total dos objetos em atraso, limitadas 20% do valor global do contrato, e da multa de 20% do valor global do contrato quando houver inexecução total do Contrato (fls.117).

É o breve relatório.

## **V. DO MÉRITO.**

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a Fundação Zerbini é uma fundação privada e que, para contratação de serviços com recursos de origem fundacional faz



uso de seu Regulamento de Compras e Contratações, disponível no site da instituição através do link: <https://www.fz.org.br/wp-content/uploads/2020/01/regulamento-de-compras-e-contratacoes-fz-1.pdf>, sendo aplicável, de forma análoga aos procedimentos de contratação dispostos no referido Regulamento, as disposições e princípios estabelecidos na Lei de Licitações, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e demais legislação correlata aplicável.

É importante fazermos esta distinção para clarificar que o presente procedimento não está subordinado de forma direta aos ditames da Lei de Licitações e as demais leis supracitadas, sendo a aplicação destas realizadas apenas de forma análoga.

Diante do disposto acima, destaca-se o disposto no Capítulo III, DAS SANÇÕES, Artigo 67, inciso II e IV do referido Regulamento de Compras e Contratações da Fundação Zerbini:

*Artigo 67. Para as condutas abaixo descritas, serão aplicadas as seguintes sanções:*

*II. Pela inexecução parcial do objeto da contratação decorrente de atraso, a Fundação Zerbini poderá aplicar à contratada multa equivalente a 1% (um por cento), sobre o valor total do material e/ou serviços não entregues pontualmente, por dia de atraso, limitado até 20% (vinte por cento), sem prejuízo das demais cominações contratuais estabelecidas;  
(...)*

*IV. Pela inexecução total do objeto da contratação, a Fundação Zerbini poderá aplicar à contratada multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor global estimado do contrato, bem como declarar a contratada impedida de celebrar novos contratos com a Fundação Zerbini pelo prazo de 2 (dois) anos e cancelar sua inscrição junto ao Cadastro de Fornecedores da Fundação Zerbini.*

Vale ressaltar, que a Impugnante argumenta no sentido de que o patamar máximo que considera proporcional é de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela inadimplida, porém não leva em consideração que a aplicação das cláusulas citadas (10.3 e 10.4) apenas se darão nas hipóteses de (1) inexecução total do objeto da contratação ou (2) atraso de entrega. Ou seja, na hipótese 1 somente será aplicada a

multa na hipótese de descumprimento total do objeto contratado, não havendo a possibilidade prática de aplicação de descumprimento parcial. Na hipótese 2, a aplicação já é de 1% (um por cento) sobre o valor total dos objetos **EM ATRASO**, assim, o cálculo já é realizado sobre parcela em atraso, assim como, o valor da multa não é de 20% (vinte por cento) e sim de 1% ao dia, ocorre que 20% se trata da **limitação**, que apenas não seria razoável e proporcional se ultrapassasse o valor da sanção dada por inexecução total. Desta feita, com a devida “*vênia*” a previsão contratual de aplicação de multa prevista no Edital respeitam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Adiante, destaca-se que apesar da impugnante trazer tais razões, se manteve inerte quanto à demonstração de que o patamar de 10% (dez por cento) pedido é um valor proporcional, se limitando apenas à menção dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, caberia à impugnante trazer instrumentos técnicos ou documentação comprobatória que tal sancionamento é incompatível com a reprobabilidade de uma inexecução total ou atraso superior à 20 (vinte) dias no cumprimento de obrigação assumida contratualmente..

Assim, a alegação de que a multa é excessiva não deve ser acolhida. Isso se deve ao fato de que os percentuais e as bases de cálculo das multas estão diretamente relacionados à importância dos serviços que os participantes comprometerão a prestar e aos possíveis prejuízos que poderiam advir de uma inexecução total ou inexecução parcial por atraso injustificado na entrega do objeto contratual estabelecido entre as Partes.

Pela eventualidade, mesmo que houvesse entendimento pela aplicação do disposto na Lei 8.666/93, ainda assim a Impugnante não assistiria razão, pois a referida lei se mantém silente quanto ao critério de dosimetria para aplicação de multas moratórias e/ou compensatórias, fazendo com que o entendimento seja pela discricionariedade do Licitante e o disposto nos editais e contratos, havendo limitação, tão apenas, as regras da Teoria Geral dos Contratos e Princípios da Administração Pública.

Ainda neste liame, ressalta-se que o presente Edital encontra respaldo no Manual de Licitações e Contratos – Principais Aspectos da Fase Preparatória e Gestão



Contratual, relativa exercício de 2022, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, às fls. 201 publicado no link:

<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contratos.pdf>)

Senão vejamos:

*“23.6. Penalidades aplicáveis ao contratado.*

*À luz da Lei nº 8.666/1993 as penalidades aplicáveis à contratada pela inexecução total ou parcial do objeto estão previstas em seus artigos 86 e 87.*

***O art. 86 dispõe sobre a multa de mora, nos seguintes termos:***

***Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.***

*§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.*

*§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.*

*§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.*

*De acordo com o artigo citado, as condições de aplicação da multa de mora devem estar previstas no edital e no contrato, e só passa a ser exigível após processo administrativo no qual seja dada ao contratado oportunidade de apresentar justificativa para o atraso na obra, fornecimento de bens ou serviços.*

*O valor da multa pode ser descontado da garantia quando esta for prestada em dinheiro.*



*Segundo Marçal Justen Filho, quando tiver sido prestada em caução real, fiança bancária ou títulos da dívida pública, a garantia só poderá ser executada através de processo judicial. Em qualquer caso, havendo valores devidos à contratada em virtude da execução do contrato, o valor da multa poderá ser descontado destes, nos termos do inciso IV do artigo 80 da Lei nº 8.666/1993. (JUSTEN FILHO, 2010)*

***A cláusula do edital e do contrato que dispõe sobre as condições de aplicação da multa de mora pode prever, por exemplo: multa diária de 5% do valor do item até o quinto dia de atraso e de 10% a partir do sexto dia; ou multa de 1% por dia de atraso calculada sobre o valor total do contrato, considerando-se abandonada a obra, serviço ou fornecimento a partir do 31º dia de atraso (podendo ser aplicada nesse último caso, cumulativamente, a multa por inexecução parcial ou total do objeto).***

*O artigo 87 dispõe sobre as penalidades aplicáveis à empresa contratada que não executa o objeto, ou o executa em desconformidade com o estipulado no contrato:*

*Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

*I - advertência;*

***II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;***

*III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;*

*IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.*

*§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.*



*As sanções de advertência, suspensão de licitar e contratar e declaração de inidoneidade podem ser aplicadas juntamente com a multa, devendo ser facultada a defesa prévia ao interessado, no respectivo processo, no prazo de cinco dias úteis (§ 2º do artigo 87).*

*A declaração de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de dez dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de sua aplicação (§ 3º do artigo 87).*

*A advertência deve ser aplicada à Contratada nos casos de inexecução parcial de obrigações de diminuta monta (JUSTEN FILHO, 2010), e pode ser atribuída ao gestor do contrato a competência para aplicá-la, “sempre que for necessário fortalecer o processo educativo”, como ocorre, por exemplo, nas contratações realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça.*

***Assim como a multa de mora (por atraso na execução do objeto), a multa por inexecução parcial ou total do objeto deve ser prevista no edital e no contrato, podendo a respectiva cláusula estabelecer as seguintes condições: multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre a parcela inadimplida”. (grifo nosso)***

Por outro lado, permita-nos transcrever trechos extraídos de contrato firmados pelo Conselho Nacional de Justiça, representando a União Federal, na contratação de serviços, relativamente as sanções pela inexecução do objeto contratual, publicado no link: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/08/CONT\\_34\\_2012.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/08/CONT_34_2012.pdf), senão vejamos:

- 3.1. Em caso de descumprimento do prazo estabelecido para o fornecimento dos equipamentos, sem que haja justificativa aceita pelo CONTRATANTE, a CONTRATADA ficará sujeita à multa equivalente a 1% (um) por cento do valor unitário do equipamento em atraso, por dia corrido de atraso, até o limite de 30% (trinta por cento) do valor do equipamento. Após 30 (trinta) dias corridos de atraso, o CONTRATANTE poderá considerar inexecução parcial ou total do contrato, sem prejuízo da rescisão unilateral da avença.



- 3.2. Em caso de descumprimento do prazo estabelecido para execução dos serviços afetos à garantia *on site*, sem que haja justificativa aceita pelo CONTRATANTE, a CONTRATADA ficará sujeita à multa equivalente a 0,5% (meio por cento) do valor unitário do equipamento, por dia corrido de atraso, por ocorrência, até o limite de 15% (quinze por cento) do valor do equipamento. Findo o prazo de 30 (trinta) dias corridos, o CONTRATANTE poderá considerar inexecução parcial do contrato.
- 3.3. No caso de inexecução parcial do objeto, quando a CONTRATADA deixar de entregar parcialmente os equipamentos, poderá ser aplicada multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor dos equipamentos não entregues;
- 3.4. No caso de inexecução total do objeto, quando a CONTRATADA deixar de entregar a totalidade dos equipamentos, poderá ser aplicada multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor total do contrato.

Assim, nos moldes constantes das orientações exaradas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a Fundação Zerbini utiliza o percentual de até 20% (vinte por cento) em suas minutas de Edital de Pregão Privado, levando sempre em consideração o seu papel institucional no apoio às atividades de hospital de grande relevância, ora o Instituto do Coração do HCFMUSP, cujos serviços e contratações demandados usualmente são de grande importância e possíveis interrupções podem acarretar danos sérios não só à sua atividade quanto também à sociedade.

## VI. CONCLUSÃO

Ante o explanado, esta Superintendência Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e no que consta disposto na Lei de Licitações e na Lei do Pregão, bem como, nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisura do presente procedimento, **opina pelo não acolhimento dos pedidos constantes na Impugnação** apresentada pela empresa TK.

Por derradeiro, mostra-se conveniente ressaltar que compete a esta Superintendência Jurídica a análise sob o prisma eminentemente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos

atos administrativos, tampouco examinar questões de natureza estritamente técnica, administrativa e/ou financeira.

À consideração superior.

São Paulo, 19 de setembro de 2023.

Dr. Diogo Monteiro de Souza  
**Advogado**

**Revisão e Aprovação:**

Dra. Ana Camila Lima dos Anjos  
**Gerente Jurídica**

**De Acordo,**

Dr. Arcênio Rodrigues da Silva  
**Superintendente Jurídico**

