



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1003111-20.2017.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Defencer Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda Epp**
 Requerido: **Estado de São Paulo**

Vistos.

Defencer Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda – EPP, qualificado(a)(s) na petição inicial ou em documento(s) com ela exibido(s) [instrumento(s) de mandato], ajuizou ação de conhecimento de rito comum em face do **Estado de São Paulo**, alegando que: atua no mercado de equipamentos de segurança; participa de diversos certames instaurados pela Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) do Estado de São Paulo, tendo já firmado contratos no bojo dos quais cumpriu com todas as suas obrigações de forma satisfatória; em junho de 2015, participou de procedimento licitatório instaurado pela SAP/SP para aquisição de coletes balísticos para a proteção dos funcionários do sistema prisional e nele logrou ser vencedora; "*ocorre que, após a adjudicação e convocação para assinatura do instrumento contratual, o fornecedor do produto, que, diga-se de passagem, é o único no território nacional, aumentou o preço dos coletes e o prazo para entrega. Quer dizer, os orçamentos anteriormente realizados, que serviram como lastro para a proposta apresentada pela Defencer, foram significativamente modificados*"; desta forma, não pôde assinar o contrato dentro do prazo previsto e informou à SAP a desistência de sua proposta que, por consequência, lhe aplicou duas sanções, sendo estas a de impedimento de contratar com a Administração direta e indireta do Estado de São Paulo pelo prazo de um ano e a de multa de R\$ 518.000,00; a recusa de assinar o contrato se deu em decorrência da mudança do preço do produto pelo fornecedor, que foi, portanto, fato imprevisto por ela e, ainda, o valor da multa imposto não é razoável uma vez que o edital determina que deverá ser aplicada a regra da resolução SAP – 6, de 10 de Janeiro de 2007, que diz que a recusa injustificada em assinar o contrato no caso de compras e prestação de serviços não contínuos ensejará aplicação de multa de 20% do valor do ajuste; destarte, o valor cobrado de R\$ 518.000,00 é considerável e indevidamente elevado; e a recusa em celebrar o contrato não trouxe efetivo prejuízo à Administração Pública e foi devidamente justificada. Requereu, por consequência, a concessão da tutela de urgência para suspensão imediata das sanções impostas e pediu seja, ao final, decretada a anulação delas ou, subsidiariamente, sua redução de modo a atender os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Instruiu petição inicial com documentos de fls. 12/629.

A tutela provisória de urgência foi parcialmente deferida a fls. 634.

Citado (fls. 646/646), o réu apresentou contestação a fls. 648/656, alegando que: após o pedido de desistência pela autora, o Departamento de Inteligência da SAP/SP informou que *"a não aquisição dos coletes deixaria os funcionários do sistema prisional desguarnecidos de tal equipamento de proteção individual, pois os coletes que seriam repostos possuíam validade até janeiro de 2016"*; seguiu-se, então, a prolação de decisão pelo chefe de gabinete da SAP/SP a impor à autora sanções de suspensão temporária da autora em contratar com a Administração direta e indireta do Estado de São Paulo e de multa no valor de R\$ 518.000,00 com fundamento no item XII do edital, art. 7º da Lei Federal n. 10.520/02 e Resolução SAP n. 06/07; a justificativa da autora, de que a fornecedora apresentou orçamento abusivo e desproporcional além de diferente do valor acordado para a proposta inicial, não procede, já que esta mesma proposta da autora se baseou em meras estimativas, tanto de preço quanto de prazo para entrega, porém o Núcleo de Material e Patrimônio propôs o indeferimento da defesa prévia, tendo presente que *"a empresa deveria ter formulado a sua proposta de acordo com as especificações técnicas contidas no Edital, levando em consideração todos os custos envolvidos, bem como considerando os prazos a serem atendidos ... o presente caso não configura caso fortuito, isto é, fato superveniente alheio à vontade da empresa"*; a autora assumiu compromisso que não sabia se poderia cumprir e orçamento outro apresentado pela empresa fornecedora do produto não pode ser considerado fato superveniente apto a afastar sua punição; as penalidades aplicadas estão em total harmonia com o princípio da razoabilidade, pois há consonância com os ditames estabelecidos pela Resolução SAP-06, de 10/01/2017, que é parte integrante do Edital como Anexo IV; e *"conforme o artigo 2º, da mencionada Resolução, a recusa injustificada em assinar, aceitar ou retirar o contrato ou instrumento equivalente dentro do prazo estabelecido pela Administração ensejará a aplicação de multa na seguinte conformidade: I – no caso de obras, serviços de engenharia e prestação de serviços contínuos, 5% do valor do ajuste; II – no caso de compras e prestação de serviços não contínuos, 20% do valor do ajuste. Valor total da multa por não assinar o contrato = 2.590.000,00 x 20% = R\$ 518.000,00 = 24.376,470588 UFESP"*.

Réplica foi apresentada a fls. 670/677.

É o relatório.

Passo a decidir.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

I

Não há questões de fato a dirimir que reclamem a produção de provas em audiência ou de índole pericial pelo que, com base no art. 355, I, do C.P.C., passo à imediata apreciação da pretensão deduzida em juízo.

II

Foi a autora vencedora de licitação do tipo **pregão eletrônico** (processo **SAP/GS n. 288/2015**), cuja **sessão** se realizou em **24 de junho de 2015** (fls. 207), para o **fornecimento de 2.500 coletes de proteção balística masculino**, nível III, para uso dos **Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária** no valor de **R\$ 2.590.000,000**, vindo a ser **homologado** em **1º de julho de 2015** (fls. 264).

Contudo, requereu ela, em **28 de julho de 2015**, a **desistência da proposta** sob o **fundamento** de que a única empresa a fornecer os coletes é a Munhoz Acuna Ltda. e esta, após o pregão, ter-lhe-ia informado quanto a prazo de entrega excessivo (90 a 120 dias) e preço "*abusivo*", já que teria sido elevado o valor do produto "*em vias da assinatura do contrato...*", de modo que não tinha condições de arcar com aqueles custos, havendo, ainda, risco de atraso na entrega do material à Administração Pública (fls. 275/277).

Notificada quanto à possibilidade de aplicação de **sanções administrativas** em virtude da desistência, ofertou a autora **defesa prévia** (fls. 460/468), a qual foi **indeferida** (fls. 474/475), vindo a ser interposto **recurso administrativo** (fls. 478/504), culminando na **anulação do processo administrativo** em **11 de janeiro de 2016**, em virtude de concessão de prazo inferior ao legal.

Aberto **novo prazo** para oferta de **defesa prévia**, apresentou-a a autora uma vez mais (fls. 526/533), que veio a ser **indeferida** (fls. 538), o que levou à interposição de **recurso administrativo** (fls. 544/567), o qual foi **improvido** (fls. 600), sendo-lhe aplicada a **sanção de suspensão do direito de contratar com a Administração** pelo **prazo de 1 ano** além de **multa de R\$ 518.000,00**.

Pugna ela, nesta demanda, a **anulação** da sanção imposta, pois, segundo alega, desistiu da proposta porque não teria condições de cumpri-la em virtude de ato de terceiro.

III

A **proposta comercial**, datada de **24 de junho de 2015**, foi ofertada à Secretaria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de Administração Penitenciária pela autora e indicava o tipo de colete de proteção balística a ser fornecido (Colete de Proteção Balística Masculino Nível III da Marca Blintec Tec. Ind. Com. de Blindagem Ltda.) e o seu valor unitário (R\$ 1.036,00) (fls. 199/204).

Contudo, **após** a homologação do certame, **desistiu** a autora da contratação e sustenta tê-lo feito sob o fundamento de que os valores de compra dos coletes praticados por seu fornecedor haviam sido elevados no patamar de 15% em relação ao orçado, isto é, "*o orçamento foi um, o preço para aquisição, outro*" (fls. 4), além do que havia a possibilidade de não ser o material entregue pelo fornecedor a tempo do cumprimento do prazo contratual ora em questão.

Mas os *e-mails* de fls. 285/287 **indicam** serem os fatos **diversos** do alegado na ação.

Primeiramente, os *e-mails* estão com a conversação fora de ordem cronológica, mas, ainda assim, é possível extrair deles informações sobre a negociação estabelecida entre a autora e a fornecedora das mercadorias.

Assim é que, segundo aquelas correspondências eletrônicas, a representante da autora, Viviane, entabulou conversa com representante da empresa fornecedora dos coletes, Leonardo Ishizuka (primeiro *e-mail* juntado aos autos datado é de **29 de junho de 2015**; fls. 285), acerca de orçamento das mercadorias.

Verifica-se, a fls. 285, ter sido indicado, em **29 de junho de 2015** por Leonardo o valor unitário de R\$ 148,35 para os coletes com prazo de entrega de 90 a 120 dias.

Dias depois, em 2 de julho de 2015, ou seja, quando já homologado estava o certame, respondeu Viviane àquela mensagem, afirmando que "*estamos em trâmite licitatório, não temos contrato assinado ou empenho. Seu preço está fora da realidade para nosso preço ofertado*" (fls. 286).

E no dia 6 de julho de 2015, então, Viviane questiona Leonardo sobre qual "*seu último valor*" (fls. 286), ao que respondeu ele ser possível o desconto de 6% do preço (fls. 286).

No dia 13 de julho de 2015, Viviane encaminha nova mensagem a Leonardo, afirmando ser "*impossível fecharmos essa licitação*" (fls. 287) e, por fim, em 22 de julho de 2015, Leonardo envia e ela nova correspondência, solicitando que o contatasse porque acreditava ser possível "*viabilizar o fornecimento*" (fls. 287).

Os registros presentes nos autos encerram-se aqui.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ora, a considerar o teor dos *e-mails*, a autora **não** havia tratado **anteriormente** à data em que se sagrou vencedora na licitação com a fornecedora acerca do fornecimento dos coletes.

A troca de mensagens sugere serem aqueles os **primeiros** contatos entre as duas empresas a respeito do assunto, não havendo nem mesmo menção, nas mensagens, a tratativas **anteriores** quanto ao mesmo Pregão.

Isto significa que a autora **não** se baseou em **proposta concreta** fornecida pela fornecedora para elaborar a proposta comercial apresentada à Administração, mas sim apenas veio a **consultar** os **valores** que teria de desembolsar e os **prazos** para o recebimento das mercadorias **após** ter vencido o certame.

De fato, não traz ela aos autos a **mínima** demonstração de qual seria o valor ofertado a ela pela fornecedora em tratativas anteriores à sessão do Pregão, de modo que a alegação de elevação do valor em 15% **não** encontra parâmetro algum, **tampouco** demonstração probatória.

Ora, se não se conhece o valor supostamente ofertado inicialmente, impossível saber ter havido ou não elevação de preço praticado após vencer o certame.

Do exposto resulta ter a autora agido de forma leviana ao indicar valores dos produtos perante a Administração Pública, que não contavam com pesquisa prévia de mercado atualizada, assim como não considerou os prazos necessários para a entrega deles, isto é, proposta fez, participando de certame, sem previamente assegurar-se de estar em condições, face à realidade do mercado, de honrar o que propôs na licitação.

E cabia à licitante considerar todos os fatores necessários para adimplir com suas potenciais (sagrando-se vencedora e assinando o contrato) obrigações contratuais previamente à sua participação no certame licitatório.

E, de fato e tal qual posto foi a fls. 590, "*a empresa deveria ter formulado a sua proposta de acordo com as especificações técnicas contidas no edital, **levando em consideração todos os custos envolvidos bem como considerando os prazos a serem atendidos***".

E por ter frustrado o planejamento administrativo com a desistência da assinatura do contrato, correta foi a imposição de sanções à autora, até porque, frise-se: não é razoável imputar à ré sofra as consequências da autora pela sua má escolha de fornecedor, pouco



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

importando que pudesse ser o único (e nem disto há prova).

Problemas de relacionamento e tratativas comerciais frustradas entre autora e fornecedor não têm de ser carreados à Administração Pública quanto às suas nefastas consequências.

IV

Mas há a sopesar, também, a gradação legal das penas a possibilitar aplicação mais condizente com as peculiaridades do caso em exame, evitando-se que por elas se venha simplesmente a causar ruína e/ou inviabilidade financeira da própria atividade empresarial.

Deveras, “*na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: 'exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado' (Suzana de Toledo Barros)*” (STJ, MS 10.825/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u., j. 24.5.06, DJU 12.6.06, pág. 434) e, de fato, “*o espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. Precedentes: RESP 664856/PR, desta relatoria, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006; RESP 291.747, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002; RESP 300.184/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003 e RESP 505.068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003*” (STJ, REsp. 631.301/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 12.9.06, DJU 25.9.06, pág. 234).

E não se há agir por forma diversa em se cuidando de pregão eletrônico, porquanto, conforme pondera **Joel de Menezes Niebuhr**, “*os agentes administrativos, conquanto devem obediência ao prescrito no art. 7º da Lei 10.520/02, devem também interpretá-lo de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade*” (*Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, págs. 245/246)

Atento a estes aspectos e porque (i) foram **duas** as sanções impostas, (ii) houve **desistência** de contratação e não **contratação** com frustração do cumprimento da obrigação contratual, daí que a perda de tempo para aquisição por meio de outro licitante dos itens licitados



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

(que, de fato, veio a ocorrer; fls. 611 e ss.) não foi maior do que seria na segunda hipótese, **(iii)** não se tem notícia de que seja a autora reincidente em condutas espúrias no campo das licitações e **(iv)** é a autora EPP optante do Simples Nacional (ou seja, empresa de pequeno porte com faturamento presumivelmente não elevado), mas **(iv)** sem **olvido** da gravidade da conduta **(leviana)** da autora e das consequências que poderiam daí advir, uma vez que os coletes de proteção balística destinavam-se a agentes de segurança penitenciária, profissionais sujeitos a elevados e constantes riscos à sua integridade física, necessitando dos coletes ininterruptamente enquanto no exercício de suas funções, caso é de reduzir a penalidade de suspensão para contratar com a Administração para 6 meses bem como a multa em 85%, (e não apenas em 70% como constou na decisão concessiva da tutela provisória, ficando aqui fixado percentual ainda maior de redução face aos dois últimos pontos acima alinhavados, antes não considerados, a saber, ausência de reincidência e cuidar-se no caso de EPP optante regular do Simples Nacional), penas que, no que remanescem não invalidadas, se têm de cumular (e não aplicar uma ou outra meramente).

V

Posto isto, não apenas ratifico a tutela provisória, mas a estendo no limite do valor da multa ora tido como inexigível, e julgo parcialmente procedente a ação proposta por **Defencer Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda – EPP** em face do **Estado de São Paulo** para o fim de, mantendo as sanções à autora impostas, meramente reduzi-las a 6 meses no que se refere à sanção de suspensão do direito de contratar e em 85% do montante da multa imposta, remanescendo-se dela apenas 15%.

Embora parcial a procedência da ação, a sucumbência é recíproca e, de fato, *"realizados pedidos cumulativos em ordem sucessiva, o desacolhimento do mais abrangente importa sucumbência recíproca. Precedentes"* (STJ, AgInt no REsp 1.22.2914/RS, 1ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, vu., j. 7.3.17, DJe 30.3.17).

Destarte, pagarão autora e ré, cada qual, metade das custas e das despesas (a ré, em reembolso das despendidas pela autora) além de, a segunda a favor da primeira, honorários advocatícios que fixo nos patamares mínimos do art. 85, § 3º, incs. I e ss. (frisando o escalonamento previsto em tal preceito de lei: 10% até 200 salários mínimos e 8% sobre o que excede 200 salários mínimos e até o limite de 2.000 salários mínimos), devendo ser considerado a respeito **(i)** o valor do salário mínimo vigente ao tempo da ação (R\$ 937,00), **(ii)** o valor do débito ao tempo do ajuizamento da ação (R\$ 518.000,00 ou 552,82 salários mínimos) e **(iii)** o quanto deste valor do débito que, também na data do ajuizamento da ação, é ora reputado insubsistente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

(R\$ 440.300,00), servindo este último montante como base de cálculo para incidência daqueles percentuais, fazendo-se, então, a correção monetária de tais honorários do ajuizamento da ação. E a primeira a favor da segunda, de 10% do valor da multa mantido.

Transcorrido o prazo para recurso ou processado o que eventualmente for interposto, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Seção de Direito Público, para reexame necessário.

P.R..I. e C..

São Paulo, 6 de outubro de 2017.

Randolfo Ferraz de Campos
Juiz^(a) de Direito

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**