



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ  
GABINETE

**PARECER n. 00171/2019/GAB/PFUNIFAP/PGE/AGU**

**NUP: 23125.006028/2018-87**

**INTERESSADOS: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ - UNIFAP**

**ASSUNTOS: LICITAÇÕES, CONTRATOS E PATRIMÔNIO**

EMENTA: Rescisão unilateral por não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos. Possibilidade. Desde que atendidas as recomendações emitidas no presente opinativo.

Magnífico Reitor,

**1. RELATÓRIO**

1. Trata-se de processo encaminhado pelo Gabinete da Reitoria, através do DESPACHO N° 29448/2019 - REITORIA, para subsidiar decisão de rescisão contratual sugerida pela PROAD.

2. O processo foi encaminhado pela PROAD para a Reitoria, através do DESPACHO N° 28656/2019 - PROAD, para autorização da rescisão contratual pelo Magnífico Reitor.

3. É o breve relatório

**2. FUNDAMENTAÇÃO**

**Rescisão unilateral do contrato**

4. A rescisão contratual não possui natureza sancionatória; é apenas uma forma de extinção do contrato administrativo, que decorre de algum fato específico que implica no desfazimento do ajuste. Diferentemente do que ocorre com o contratado, a Administração Pública possui esta prerrogativa conferida por Lei para resguardar eficazmente o interesse público. A *rescisão unilateral* – ou rescisão administrativa – se consubstancia na possibilidade franqueada à Administração de, nas hipóteses previstas em lei, rescindir por sua única vontade o contrato celebrado.

5. Conquanto não se caracterize como uma espécie de sanção, a rescisão unilateral também se sujeita ao princípio do devido processo legal. Por isso, somente pode ser legitimamente levada a efeito pela UNIFAP por meio de procedimento que franqueie ao interessado a ampla defesa e o contraditório. Além disso, igualmente ao que ocorre com as penalidades administrativas, a decisão que declara a rescisão unilateral deve ser adequadamente motivada. Veja-se a respeito disso os precedentes abaixo:

Acórdão 365/2007 Plenário. Assegure ao contratado, nos casos de rescisão contratual, o contraditório e a ampla defesa, em cumprimento ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e ao parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 2519/2006 Segunda Câmara. Observe o disposto no art. 78, parágrafo único, nos casos de rescisão contratual, especialmente no tocante ao direito ao contraditório e à ampla defesa por

parte do contratado.

6. A prerrogativa da Administração de rescindir unilateralmente contratos administrativos está prevista no art. 58 da Lei 8.666/93, que dispõe que:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

7. Por sua vez, o art. 79 estabelece que "A rescisão do contrato poderá ser: I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior". Conexionando os dispositivos mencionados, percebe-se que a Administração poderá rescindir unilateralmente contratos administrativos nas seguintes hipóteses:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

8. A rescisão unilateral do contrato administrativo, como é possível notar, pode ocorrer por razões de conveniência administrativa (sentido amplo) ou por inexecução contratual da contratada.

9. No caso dos autos, verifica-se que a Administração pretende a rescisão unilateral pelo "não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos", conforme previsto no art. 78, I da lei 8.666/93 (ver dispositivo acima transcrito).

10. No entanto, em todos os casos de rescisão unilateral, em razão dos potenciais prejuízos que podem resultar à contratada, a rescisão deverá ser adequadamente motivada e respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, seguindo-se, por sugestão, o seguinte rito exposto abaixo:

### **Requisitos essenciais para o sancionamento administrativo**

11. Inicialmente, deve-se fazer uma breve exposição sobre os pressupostos para a aplicação de penalidades contratuais pela Administração Pública, de modo a reforçar a necessidade de observância - formal e material - do devido processo legal, a fim de evitar a anulação de sanções impostas pela UNIFAP, quando em desacordo com a ordem jurídica.

12. A rescisão unilateral de contrato administrativo por parte da UNIFAP, conquanto não tenha viés punitivo, também pode acarretar danos ao contratado, conforme já exposto alhures, razão pela qual deve seguir procedimento similar àquele que busca aplicar sanções contratuais ao contratado.

13. Pois bem, uma das faces do *Poder Administrativo* do Estado é a prerrogativa de aplicar sanções às pessoas físicas ou jurídicas, quando o interesse destas se contrapuser ao interesse público. Tais sanções, todavia, podem emergir a partir de dois *poderes* distintos da Administração: o poder de polícia, pelo qual o Estado restringe, condiciona ou limita direitos individuais que se coloquem em conflito com o interesse da coletividade; e o poder disciplinar, que é a prerrogativa legal que permite à Administração Pública punir aqueles que com ela mantêm alguma relação jurídica. Em outras palavras, o poder disciplinar permite ao Estado “apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”.

14. Portanto, aqueles que estão sob a disciplina da Administração Pública, seja a partir de um vínculo funcional, como é o caso de seus servidores, seja em decorrência de um vínculo contratual, como é o caso das pessoas físicas ou jurídicas por ela contratadas, sujeitam-se ao poder disciplinar da Administração. Nessa esteira é a doutrina de Santos, para quem “há duas hipóteses de manifestação do poder disciplinar: a primeira ocorre quando a Administração pune administrativamente seus agentes em razão da prática de infrações funcionais; a segunda, quando a Administração mantém alguma relação jurídica com o particular e, em decorrência disso, o sanciona administrativamente por eventuais irregularidades”.

15. Nesse contexto, a aplicação de penalidades contratuais por parte da UNIFAP àqueles que com ela mantêm relações jurídicas é conduta inerente ao exercício do poder disciplinar, que se consubstancia numa das inúmeras prerrogativas legais de que dispõe a autoridade administrativa para alcançar o fim público previsto na norma jurídica. O exercício do poder disciplinar, contudo, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, somente pode ser exercido quando formal e materialmente garantido ao administrado o devido processo legal.

16. Assim, qualquer punição decorrente do poder disciplinar sem a observância do contraditório e da ampla defesa não se sustenta juridicamente e, pois, deve ser invalidada, seja administrativamente, seja na esfera judicial. A sanção de natureza disciplinar, portanto, deve ser antecedida do devido processo legal, com amplo respeito ao direito de defesa, consoante estabelece o art. 5º, LV, da Constituição Federal. Mas não é só! O ato punitivo também deve ser motivado, pois tal exigência tem por objetivo “evidenciar a conformação da pena com a falta e permitir que se confirmem, se existentes, na realidade, os fatos alegados como motivos pela Administração Pública para a imposição da pena”.

17. Em síntese, pode-se afirmar que a única hipótese de aplicação legítima de penalidade pela UNIFAP por razões de inexecução contratual, total ou parcial, é que tal sanção seja proporcional, adequadamente motivada pela autoridade competente e decorra de processo administrativo que tenha garantido a ampla defesa e o contraditório ao contratado. Não se admite exceção a essa regra!

18. Para além disso, deve-se ressaltar que não apenas a aplicação de penalidades contratuais exige a observância do devido processo legal. Com efeito, também nos casos de rescisão unilateral (ou rescisão administrativa) de contratos administrativos, a UNIFAP deve respeitar o devido processo legal, pela simples razão de que tal decisão pode ocasionar dano ao contratado. Por conta disso, é imperativo que os procedimentos administrativos de rescisão unilateral instaurados pela UNIFAP respeitem todas as etapas definidas nas leis de regência e, principalmente, observem as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões administrativas, conforme será detalhado adiante, em tópico próprio.

### **A aplicação de penalidades contratuais como ato vinculado da autoridade competente**

19. Pois bem, sobre a aplicação de penalidades pela inexecução contratual, importante transcrever os arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93, que mencionam as sanções previstas na citada Lei e outros temas conexos. Vejamos:

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.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

20. Importante também deixar claro que, uma vez comprovada a inexecução contratual por culpa da contratada, não há alternativa à Administração Pública senão aplicar a(s) penalidade(s) prevista(s) para a hipótese, já que o sancionamento nos casos previstos em lei ou no contrato não se traduz em mera discricionariedade da autoridade pública, mas em conduta vinculada, ou seja, de natureza obrigatória. Noutras palavras, trata-se de decisão que não se situa na esfera de disponibilidade do agente público, retratando, pois, conduta de natureza obrigatória para os agentes públicos envolvidos, em razão do que orienta os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Desse modo, em caso de descumprimento contratual imputado ao contratado, a aplicação de penalidade passa a ser comportamento não apenas possível como também exigível à conta da autoridade pública, sob pena de responsabilidade, pois os poderes administrativos retratam na verdade “deveres-poderes”, pelo que são de uso obrigatório pelo gestor.

21. A propósito, o Tribunal de Contas da União possui entendimento sedimentado segundo o qual a aplicação de sanções contratuais pela Administração é de natureza obrigatória. Segundo a Corte de Contas, tais apurações servem de instrumento de controle da execução contratual, de aprimoramento da atividade administrativa e sobretudo do comportamento dos gestores, e objetivam, em todos os casos, resguardar o interesse público. Podem ser citados, entre outros, os seguintes precedentes: TCU Acórdão 1632/2009; TCU AC nº 3.738/2007; TCU AC nº 1.793/2011.

22. Por fim, registre-se também que a obrigatoriedade de aplicação de penalidade pelo descumprimento do contrato não é autorizada apenas pelos dispositivos legais acima transcritos, mas também por cláusulas expressamente previstas nos contratos celebrados pela UNIFAP. E, nesse sentido, prevê o art. 66 da Lei nº 8.666/93 que “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

23. Portanto, diante de indícios de infração administrativa do licitante ou contratado, a simples não autuação injustificada de processo administrativo apuratório ou, num segundo momento, a não aplicação das penalidades contratuais devidas poderá resultar na aplicação de sanções aos próprios gestores, conforme previsto no art. 82 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como representação por parte do TCU, com fundamento no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443, de 1992.

### **Itinerário do processo administrativo para aplicação de penalidades contratuais**

24. A fiscalização da execução contratual é obrigatória, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93. De acordo com o Estatuto de Licitações, o fiscal de contrato tem obrigação de anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução contratual e adotar as providências necessárias à regularização de eventuais faltas contratuais observadas e/ou denunciadas. Vejamos, a propósito, alguns precedentes do Tribunal de Contas da União sobre a atuação e responsabilidade do fiscal do contrato:

Acórdão nº 1908/2004-TCU-2ª Câmara: a negligência no acompanhamento do contrato denota desídia e falta de zelo com a *res publica*. Nesse caso, a aplicação de penalidade é “legítima, legal e bem merecida”, mesmo que não haja dano ao Erário. Recurso não-provido. Multa mantida.

Acórdão 552/2005-TCU-2ª Câmara: é dever do representante da Administração anotar em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato.

25. Nesse cenário, o fiscal do contrato, ao tomar conhecimento da inexecução total ou parcial de um contrato administrativo, o que normalmente ocorre por meio de denúncia ou constatação própria, deve comunicar o fato à autoridade competente que, por sua vez, deverá instaurar procedimento administrativo sancionador, que observará o seguinte roteiro:

**26. PRIMEIRO PASSO: identificação da infração contratual, com todos os elementos de prova, com vistas a permitir que a contratada exerça seu amplo direito de defesa.**

Embora haja a necessidade de formalização de processo administrativo sancionador (art. 38 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 22 da Lei nº 9.784/99), não há consenso doutrinário se tal deve ser realizado nos próprios autos do certame licitatório ou em autos apartados. A Lei nº 10.520/02 é omissa a respeito. A Lei nº 8.666/93, por sua vez, não é clara, pois o art. 86, § 1º, refere-se a “regular processo administrativo”, enquanto o art. 87, § 2º, fala em “respectivo processo”; já o art. 78, parágrafo único da referida Lei exige que a rescisão (que não é penalidade) seja “formalmente motivada nos autos”. Os Decretos nº 3.555/00 e nº 5.450/05 não trazem qualquer referência ao tema. Por fim, a Orientação Normativa AGU nº 02/2009 dispõe: “Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento”.

27. É possível concluir, pois, que não há ilegalidade no processamento que ocorra nos próprios autos da licitação, nem na abertura de novo processo para apuração de infração contratual. Em caso de abertura de novos autos, todavia, todos os elementos de prova deverão ser fotocopiados e carreados para o novo processo.

**28. SEGUNDO PASSO: notificação da contratada para apresentação de defesa prévia.**

29. A abertura de prazo para a apresentação de defesa prévia é procedimento obrigatório. Por isso, iniciar procedimento administrativo sancionador aplicando punição e abrindo prazo para defesa ou recurso é caso de nulidade absoluta. A respeito, vejamos o art. 87 da Lei de Licitações:

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

(...)

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo 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 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Grifamos)

30. Esclareça-se que embora os §§ 2º e 3º do art. 87, acima transcritos, utilizem a expressão “facultada a defesa prévia”, não se trata, em absoluto, de ato discricionário do gestor. A *faculdade* não é da Administração em franquear prazo para a defesa prévia, mas do contratado, que poderá, a seu juízo, apresentá-la ou não. Portanto, à luz da Constituição de 1988, é obrigatória a concessão de prazo à contratada para apresentação de defesa prévia. Assim, a UNIFAP deverá obrigatoriamente conceder prazo de cinco dias úteis para o contratado apresentar, se quiser, sua defesa prévia.

31. Também é importante registrar que a notificação para apresentação de defesa prévia deve reunir todos os elementos necessários a permitir materialmente a defesa da contratada. Em decorrência disso, tem-se que à luz do art. 26 da Lei nº 9.784/99, a notificação deve conter as seguintes informações:

- a) descrição clara e completa do fato imputado;
- b) cláusula do edital, da lei ou do contrato, em tese, violada ("passível de aplicação de penalidade (xxx), nos termos da cláusula (xxx) do contrato");
- c) finalidade da notificação: abertura de prazo para defesa prévia e dispositivo legal (art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/93);
- d) informação sobre o acesso aos autos e sobre o local para protocolo da defesa.

32. O prazo para defesa prévia, como visto, é de 5 dias úteis e se inicia com a intimação, e não com a juntada do Aviso de Recebimento - AR aos autos. A notificação deve ser remetida ao endereço de correspondência da contratada, haja vista que a responsabilidade de o manter atualizado é da própria empresa. A Administração deve obrigatoriamente aguardar o decurso do prazo fixado para a defesa prévia.

33. Em caso de defesa intempestiva, recomenda-se consignar a intempestividade e, por precaução, analisar mesmo assim a defesa, pois a revelia não impede o Poder Judiciário de anular a decisão administrativa.

**34. TERCEIRO PASSO: produção de provas (se for o caso).**

35. Sendo necessária a produção de provas, a Administração deverá sempre respeitar o princípio do contraditório, notificando a contratada para se manifestar sobre fatos novos carreados aos autos que possam acarretar-lhe prejuízo. Segundo a doutrina de Santos, "o princípio do contraditório determina que a cada novo ato praticado pela Administração que seja do interesse do administrado este deverá ser cientificado, para, se quiser, apresentar sua versão. Em síntese, contraditório é o direito conferido pela Constituição às partes de serem informadas sobre tudo aquilo que ocorre no processo, para que estas possam reagir, quando for de seu interesse".

36. Não havendo necessidade de produção de provas, os autos serão encaminhados, devidamente instruídos, para julgamento pela autoridade competente.

**37. QUARTO PASSO: julgamento pela autoridade administrativa.**

38. No que tange ao julgamento, é importante dizer que não cabe à Procuradoria Jurídica propor e muito menos impor sanções administrativas aos contratados.

39. Veja-se a propósito a Orientação Normativa nº 48/2014, da Advocacia-Geral da União:

**ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 48, DE 25 DE ABRIL DE 2014**

"É COMPETENTE PARA A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NAS LEIS NºS 10.520, DE 2002, E 8.666, DE 1993, EXCEPCIONADA A SANÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE, A AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO OU OUTRA PREVISTA EM REGIMENTO."

40. No caso dos autos, o Contrato n. 001/2019, que ora pretende-se rescindir e aplicar penalidade, foi assinado pela Sra. Vice Reitora da UNIFAP. Entende-se, portanto, que se aplicou o artigo 4º da OS UNIFAP n. 04, de 15 de maio de 2017. Assim, a Reitoria tem competência tanto para rescindir o presente contrato quanto para aplicar penalidade.

41. A decisão administrativa deverá examinar e/ou mencionar os seguintes pontos:

- a) a tempestividade da defesa;
- b) as razões da defesa, acolhendo-as ou rejeitando-as, sempre motivadamente, ou seja, expondo os motivos de convencimento da autoridade julgadora, nos termos do parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.666/93;
- c) se for o caso, aplicar as sanções cabíveis, especificando-as textualmente. Ex: multa no valor de R\$(xxx), a ser recolhida por GRU no prazo de (xxx) dias;
- d) declarar a perda da garantia (se houver) e o desconto dos pagamentos pendentes, se for o caso;

e) determinar a inscrição no SICAF;

f) abrir prazo para recurso administrativo, nos termos do art. 109 da Lei nº 8.666/93.

42. Como já afirmado, a autoridade deverá motivar a penalidade aplicada com a exposição das razões que justificam a medida. Deve, por exemplo, dizer porque aplicou pena de multa em vez de advertência ou vice-versa; porque aplicou 1 ano de suspensão temporária em vez de 2 anos. Portanto, a dosimetria da pena, que, repita-se, é uma atribuição da autoridade que aplica a sanção, deve ser adequadamente fundamentada, com “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, conforme art. 2º, VII, da Lei nº 9.784/99), sob pena de nulidade.

43. Ainda em relação à dosimetria da pena, deve-se registrar que os pareceres jurídicos apenas exercem controle de legalidade dos atos praticados, razão pela qual a PF/UNIFAP não pode – e nem deve – se manifestar sobre tal dosimetria, seja sugerindo valor de multa, seja propondo graduação da pena, eis que tais atos são de competência exclusiva da autoridade administrativa.

44. Por fim, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei de Licitações deve lastrear-se no princípio da proporcionalidade, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, conforme expressamente consagrado pelo art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/99. Com efeito, como a lei estabeleceu quatro sanções, dotadas de graus diversos de severidade, as penalidades mais graves devem ser adequadas às condutas mais reprováveis. Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente do STJ (MS nº 7.311/DF – Rel. Min. Franciulli Neto):

MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE MAIS GRAVE A COMPORTAMENTO QUE NÃO É O MAIS GRAVE. RESSALVADA A APLICAÇÃO DE OUTRA SANÇÃO PELO PODER PÚBLICO.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.

#### **45. QUINTO PASSO: notificação da contratada relativamente ao resultado do julgamento.**

46. Realizado o julgamento pela autoridade competente, impõe-se a notificação da contratada, para que esta, se quiser, interponha o recurso cabível. A notificação em tela deverá conter:

- a) resultado do julgamento (sugere-se copiar o dispositivo da decisão. Ex: “Ante o exposto, conheço da defesa e julgo-a (im)procedente, aplicando à empresa (xxx) a penalidade de (xxx)”);
- b) prazo para recurso - 5 dias úteis - e o dispositivo legal que fundamenta o recurso (art. 109, “f”, da Lei nº 8.666/93);
- c) informação sobre o acesso aos autos e sobre o local para protocolo do recurso.

47. Como é possível notar, depois de cada ato ou decisão administrativa que possa repercutir na esfera de direitos da contratada, esta deverá ser formalmente notificada, em respeito ao princípio do contraditório. Além disso, a notificação deve conter as informações necessárias à ampla defesa do interessado.

#### **48. SEXTO PASSO: providências a serem adotadas em caso de interposição de recurso administrativo.**

49. Da decisão que aplica sanções de advertência, suspensão temporária ou de multa, bem como da que declara a rescisão unilateral do contrato, é cabível a interposição de recurso hierárquico, previsto no art. 109 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis.

50. Acerca do julgamento de recursos administrativos, a Lei nº 9.784/99 previu expressamente a possibilidade de *reformatio in pejus* em sede de recurso administrativo, ou seja, a possibilidade de modificar uma decisão para piorar a situação do recorrente. Com efeito, o art. 64 da mencionada Lei concede ao órgão competente para a apreciação do recurso a possibilidade de agravar a situação do recorrente, no entanto isto só é possível se a Administração Pública franquear ao recorrente a oportunidade de formular suas alegações antes de tal decisão. Vejamos os dispositivos da lei nº 9.784/99 que se aplicam ao caso:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

51. Após o julgamento do recurso interposto, o interessado deverá ser novamente notificado, desta feita para comunicá-lo sobre o resultado do julgamento do recurso.

## **52. SÉTIMO PASSO: registro da penalidade no SICAF.**

53. Após adotadas todas as providências antes detalhadas (instaurado e instruído todo o processo administrativo sancionador, decorridos todos os prazos legais, produzidas as provas, aplicada a sanção pela autoridade competente de julgados os recursos, se houver), a penalidade deve ser registrada no SICAF (se for o caso) e, depois disso, promovido o arquivamento do procedimento sancionatório. Sobre o registro da penalidade, dispõe o art. 38 da IN SLTI/MPOG nº 02/2010 que "O órgão ou entidade integrante do SISG, ou que aderiu ao SIASG, responsável pela aplicação de sanção administrativa, prevista na legislação de licitações e contratos, deverá registrar a ocorrência no SICAF".

54. As sanções passíveis de registro no sistema SICAF são: advertência, multa, suspensão temporária, declaração de inidoneidade, impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

55. A intimação da decisão administrativa relativa à pena de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade, bem como aquela que declara a rescisão unilateral do contrato deve ser feita por meio de publicação na imprensa oficial, nos termos do art. 109, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que prevê o seguinte:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

(...)

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, (...)



### 3. CONCLUSÃO

56. Diante de todo o exposto, opina-se no seguinte sentido:

- que seja emitido despacho pelo Magnífico Reitor autorizando o início do processo de rescisão unilateral do contrato, visto o disposto no DESPACHO N° 28506/2019 - ASSPROAD e no Relatório Técnico assinado pelo Gestor do Contrato n. 001/2019- UNIFAP ;
- ressalta-se que no presente caso a Reitoria da UNIFAP possui competência tanto para rescindir quanto para aplicar penalidade, visto o disposto na OS UNIFAP n. 04, de 15 de maio de 2017, e o disposto na Orientação Normativa n° 48/2014, da Advocacia-Geral da União;
- que a PROAD siga os passos do presente opinativo para o processo de rescisão contratual;
- paralelamente à rescisão unilateral por inexecução contratual, deve seguir o processo de aplicação de penalidade, em tudo sendo observados os passos orientados no presente parecer e o estipulado na ORDEM DE SERVIÇO N. 01/2018- REITORIA-UNIFAP.

57. É o parecer. Devolva-se ao Magnífico Reitor com os cumprimentos de estilo.

Macapá, 19 de novembro de 2019.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA  
Procuradora-Chefe

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23125006028201887 e da chave de acesso 76b64422

---

Documento assinado eletronicamente por LARISSA MOUTINHO DE MOURA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 345575530 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LARISSA MOUTINHO DE MOURA. Data e Hora: 19-11-2019 10:11. Número de Série: 17314458. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---