

Anexo VII – Sanções Administrativas

APRESENTAÇÃO

As sanções administrativas aos licitantes e contratados da Administração que praticam ilícitos administrativos estão previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993, no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no art. 47 da Lei nº 12.462/2011.

Dessa forma, este Anexo tem a finalidade de orientar os servidores da Universidade Federal da Fronteira Sul na condução do processo administrativo sancionador, reprimindo condutas de licitantes e contratados da Administração (fornecedores) que se desviam das disposições legais relativas a contratos e licitações, possibilitando, assim, que as contratações públicas alcancem os fins almejados.

1. FINALIDADE DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A aplicação de sanções administrativas aos licitantes e contratados da Administração tem previsão legal e visa preservar o interesse público diante das irregularidades ocorridas no âmbito das licitações públicas e dos contratos administrativos.

A aplicação de sanções administrativas tem dupla finalidade:

- **Caráter educativo:** mostrar ao fornecedor que ele cometeu o ato ilícito; aos demais fornecedores, mostrar que condutas dessa natureza não serão admitidas pela Administração, de forma a reprimir a violação da Legislação.
- **Caráter repressivo:** impedir que a Administração Pública sofra prejuízos por fornecedores que descumpram suas obrigações.

2. ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As sanções administrativas passíveis de aplicação pela Administração Pública aos fornecedores são aquelas estabelecidas no artigo 87 da Lei nº 8.666/1993: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação; impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Também a Lei nº 10.520/2002, que regula a modalidade de licitação denominada pregão, em seu artigo 7º, estabelece a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração e o descredenciamento da empresa, do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital, no contrato e das demais cominações legais.

O art. 47 da Lei nº 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação – R.D.C, também trouxe as penalidades a serem aplicadas às empresas contratadas, oriundas dos R.D.C: *“Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, (...)”*.

Ressalta-se que qualquer uma das sanções, inclusive a advertência, somente poderá ser aplicada mediante a instauração do devido processo administrativo, no qual será assegurado ao fornecedor o direito ao contraditório e à ampla defesa (Constituição Federal, art. 5º, inciso LV).

2.1 Advertência

A advertência apresenta-se como a sanção mais branda entre as elencadas na Lei nº 8.666/1993, devendo ser aplicada nos casos de irregularidades de pequena gravidade, que não gerem prejuízos à

Administração e, em casos de inobservâncias contratuais de menor importância, que se apresentem como fato isolado.

Em termos práticos, consiste em comunicação formal encaminhada ao fornecedor, dando-lhe ciência de que, em razão da fiscalização, apurou-se determinada irregularidade que deverá ser corrigida dentro do prazo ofertado. É possível e recomendável que conste o aviso de que, em caso de reincidência, sanção mais grave será aplicada.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹ ensina que da advertência decorrem dois efeitos característicos. O primeiro relaciona-se à maior incidência da atividade fiscalizatória por parte da Administração sobre o particular, observando que *“não se trata de alterar as exigências impostas, que continuam as mesmas. Haverá, porém, um acompanhamento mais minucioso da atividade do particular, tendo em vista haver anteriormente descumprido seus deveres”*. O segundo efeito consiste em cientificar o particular de que, em caso de reincidência, sofrerá punição mais severa.

Salienta-se, outrossim, que a advertência não poderá ser aplicada em contratos com vigência expirada.

2.2 Multa

Trata-se de penalidade de natureza pecuniária que se destina a punir o licitante ou contratado que deixou de cumprir suas obrigações, podendo ser aplicada conjuntamente com outra sanção prevista em Lei (art. 87, § 2º, Lei nº 8.666/1993) e até mesmo com a rescisão do contrato. A sanção em tela pode assumir feição moratória ou indenizatória.

A multa moratória é aplicada em razão do atraso injustificado no cumprimento da obrigação contratual. Assim, a multa de mora será cabível quando o contratado deixar de cumprir, sem motivo justo, os prazos fixados no instrumento convocatório ou no contrato, conforme alude o art. 86 da Lei nº 8.666/1993.

Já a multa indenizatória tem por finalidade compensar a Administração pelos danos que lhe forem causados pela inadimplência do licitante ou contratado (inexecução total ou parcial), nos termos do art. 87 da Lei nº 8.666/1993.

Conforme expressa disposição legal (art. 55, VII, art. 86, *caput* e art. 87, inciso II, todos da Lei nº 8.666/1993), é indispensável que a multa tenha sido fixada no instrumento convocatório ou no contrato, inclusive seus percentuais, sob pena de inviabilizar sua aplicação. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já registrou o entendimento de que é *“inviável a aplicação de penalidade de multa ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei nº 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital”* (Resp. Nº 709.378/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, em 21.10.2008).

Entretanto, a Lei não fixa nem delimita percentual para as multas; sendo assim, não havendo norma própria, caberá aos entes licitantes estipular os percentuais das multas moratória e compensatória no ato convocatório de seus certames e contratos, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem perder de vista a finalidade da aplicação de cada espécie de multa.

Ademais, um aspecto a ser ressaltado é que a previsão das multas em instrumento convocatório deve atuar como fator inibidor da conduta ilícita. Assim, estabelecidas em percentual ínfimo, cujo montante seja inexpressivo, as multas não cumprirão suas finalidades, uma vez que, em certas ocasiões, será mais vantajoso ao licitante ou ao contratado o inadimplemento da obrigação estabelecida.

Observe-se, ainda, que, conforme estabelece o art. 86, § 2º, *“a multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contrato”*. Entretanto, se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da sua perda, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou,

ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente (art. 86, § 3º e art. 87, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

Ressalta-se, por fim, que conforme previsão nos editais de licitações e/ou contratos, o procedimento adotado pela Universidade Federal da Fronteira Sul para cobrança da multa será na seguinte ordem: **1º** O valor será descontado dos créditos que a contratada possuir com a Universidade; **2º** Inexistindo crédito e existindo garantia válida no contrato, nos termos do art. 56, § 2º, Lei 8.666/93, executar-se-á a garantia; **3º** Inexistindo créditos a descontar e garantia válida a executar ou caso elas não forem suficientes para quitar o valor da multa aplicada será emitida Guia de Recolhimento da União, tendo como recolhedor o fornecedor, para pagamento no prazo de até 30 (trinta) dias; **4º** Caso o fornecedor não efetue o recolhimento da multa no prazo determinado, o respectivo valor será encaminhado para inscrição em Dívida Ativa.

2.3 Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art.87,III, Lei 8.666/93)

A suspensão temporária é penalidade grave e pressupõe, conseqüentemente, a prática de conduta igualmente séria, uma vez que impede o fornecedor de participar de licitações e de contratar com a Administração.

A Lei estabelece o prazo máximo de dois anos para que a referida sanção produza seus efeitos. Logo, a Administração poderá, observados os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, estabelecer um prazo menor do que o previsto em Lei.

Em relação à abrangência da penalidade em análise, faz-se necessário destacar que o tema não é pacífico na doutrina, a qual aborda o assunto sob duas perspectivas distintas, ou seja, se abrange apenas a entidade licitante que a aplicou ou se alcança toda a Administração Pública.

A primeira corrente, capitaneada por Jessé Torres Pereira Junior², defende que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 6º, inciso XI, define ‘Administração Pública’ como “*a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”, e, no inciso XII, define ‘Administração’ como “*o órgão, entidade, ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente*”. Dessa forma conclui-se que o legislador quis, com a suspensão temporária, obstar a empresa penalizada de participar de certames ou contratar com órgão ou entidade que aplicou a penalidade.

Trata-se, portanto, de tese superada atualmente, em que a Suspensão de licitar e contratar com a Administração abrangerá o órgão ou entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera, conforme conceitua o art. 6º, inciso XII, da Lei 8.666/93. Em outras palavras, a suspensão em licitar e contratar restringe tão somente que a infratora não licite e contrate com o órgão ou entidade que lhe aplicou as penalidades no prazo previsto em lei, qual seja, 2 (dois) anos.

Já a segunda corrente doutrinária, defendida por Marçal Justen Filho³, entende que a suspensão temporária surte seus efeitos perante toda a Administração Pública, ou seja, toda a administração direta e indireta, das três esferas de governo. Nas palavras do autor, “*não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão temporária a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitaram para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão*”.

Para o autor, a penalidade de suspensão em licitar e contratar é com a Administração Pública, descrita no art. 6º, inciso XI, da Lei 8.666/93, abrangendo toda a administração direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios.

Todavia, o Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (SICAF), onde são registradas as penalidades, não permite que a suspensão

do art. 87, inciso II, da Lei de licitações, seja cadastrada no âmbito da União, Estados ou municípios, mas unicamente ao órgão ou entidade que sancionou a empresa infratora. O que comprova ainda mais que referida tese não vem sendo reconhecida e aplicada.

A Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2010, que estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Fornecedores, preceitua em seu artigo 40, § 1º, que a sanção de suspensão temporária de licitar, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, “impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção”.

Sendo que os incisos do § 3º, artigo 40, ensinam que a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520/2002, “impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção: I - da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União; II - do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou III - do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município”.

Importante ressaltar que ao realizar o registro da sanção de suspensão junto ao SICAF, o Sistema apresenta como opção de abrangência exclusivamente o âmbito “Administração”, sendo disponível para inclusão apenas a “Universidade Federal da Fronteira Sul”, o que comprova que abrangerá somente este Órgão.

2.4 Declaração de Inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública

A declaração de inidoneidade é a sanção mais severa prevista na Lei nº 8.666/1993 e consiste em impedir o infrator de licitar e contratar com a Administração Pública em seu sentido mais amplo, ou seja,

a administração direta e indireta das três esferas do governo (municipal, estadual e federal).

Com relação à aplicabilidade da declaração de inidoneidade, os artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/1993 preceituam que sua aplicação ocorrerá nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, bem como aos fornecedores que tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, através de meios dolosos, fraude fiscal do recolhimento de qualquer tributo, tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e/ou demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Diferentemente da suspensão temporária, a presente sanção produz seus efeitos enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Percebe-se, portanto, que a extinção dos efeitos da sanção de declaração de inidoneidade não se perfaz pelo simples decurso do tempo, de forma instantânea. A Lei determina a produção de um ato administrativo formal, de cunho desconstitutivo, denominado reabilitação.

Frise-se que a reabilitação do fornecedor infrator somente será concedida após decorrido o prazo de dois anos e mediante ressarcimento à Administração pelos prejuízos causados, se houver (art. 87, IV, Lei nº 8.666/1993). Além disso, o § único, do art. 40 da, IN SLTI, nº 2 de 11/10/2010, deixa certo que o fornecedor deverá requerer a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

No âmbito federal, a aplicação da sanção em epígrafe é de competência exclusiva do Ministro de Estado. Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação da sanção de inidoneidade, em nível federal, pelo Ministro-Chefe da Controladoria Geral da União (CGU).

2.5 Impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art. 7º, Lei nº 10.520/2002)

A sanção de impedimento de licitar está indicada no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, sendo aplicável nas licitações na modalidade pregão, haja vista ser uma lei especial que prevalecerá sobre a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93), a qual prevê a suspensão de licitar e contratar com a Administração.

Referida penalidade é semelhante à relacionada no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, sendo apenas mais gravosa.

Uma das diferenças entre as duas penalidades está no prazo de impedimento, que foi elevado para até 5 (cinco) anos na modalidade de pregão, de acordo com o art. 7º da Lei nº 10.520/2002. A outra está em relação a sua abrangência, que será sempre no âmbito na União, Estado ou Município, a depender de qual órgão está aplicando a referida sanção.

As condutas dos fornecedores que ensejarão aplicação de penalidade administrativa também são tipificadas no referido artigo:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Portanto, a Lei nº 8.666/1993 aplica-se ao pregão apenas nos casos em que a lei específica for omissa sobre a regulamentação de determinados assuntos.

Dessa forma, entende-se que o art. 7º da Lei nº 10.520/2002 não revogou o art. 87, III e IV da Lei nº 8.666/1993, devendo tanto o edital como a minuta do contrato contemplar as hipóteses de incidência das penalidades contidas na Lei do Pregão e na Lei Geral de Licitação.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES

A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa ao fornecedor, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666/1993 e, subsidiariamente, a Lei nº 9.784/1999.

O processo administrativo é uma sucessão lógica de atos praticados pela administração pública com a intenção de alcançar um objetivo final. Dessa forma, a ausência de processo administrativo prévio e regular enseja a nulidade do ato administrativo praticado pelo agente público.

3.1 Do Recebimento do Objeto da Contratação

Conforme disposto no art. 67, da Lei nº 8.666/1993, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração designado, admitida a contratação de terceiros para auxiliá-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

O § 1º do supracitado artigo determina que o representante da Administração anotará todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, utilizando-se, para tanto, de um livro próprio.

O representante da Administração determinará as providências necessárias ao contratado para a regularização das faltas ou defeitos observados.

Por seu turno, o art. 69 estabelece que o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

O fiscal do contrato em que o objeto for prestação de serviços ou o servidor responsável pelo recebimento do objeto em caso de entrega de bens tem o dever de conferir se o objeto entregue corresponde fielmente ao que foi licitado e contratado, no que tange às especificações técnicas e também aos quantitativos.

Após a conferência da entrega do objeto, seja serviço ou bens, deve-se rejeitar, no todo ou em parte, o fornecimento em desacordo com as condições preestabelecidas.

O fiscal do contrato ou servidor responsável deverá providenciar as notificações ou solicitações, por meio de ofício ou qualquer outra forma escrita (e-mail, carta com Aviso de Recebimento), cujo recebimento pelo fornecedor possa ser comprovado. O documento deve informar o descumprimento da obrigação assumida e fixar o prazo para que ele promova a reparação, correção, substituição ou entrega imediata do objeto contratado, atendendo ao disposto no artigo 69 da Lei nº 8.666/1993, na tentativa de evitar a abertura do processo administrativo sancionador.

3.2 Da Instauração do Processo Administrativo Sancionador

Caso o fornecedor não corrija as inconsistências apontadas no prazo que lhe foi assinalado, deverá o fiscal do contrato ou o servidor responsável pelo recebimento do objeto autuar o processo administrativo sancionador e encaminhar à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores (DPAS).

O memorando, devidamente fundamentado pelo servidor competente, informará os fatos ocorridos, as inconsistências entre o que estava contratado e o que foi entregue pelo fornecedor, os prejuízos causados à Administração, bem como todas as tentativas de solucionar o problema. Todos os documentos que forem necessários para comprovar os fatos narrados devem ser anexados ao memorando.

Salienta-se que tanto os fatos narrados quanto os documentos juntados devem seguir uma sequência lógica dos fatos, sempre por ordem cronológica, a fim de que qualquer interessado possa ler o ocorrido e comprová-lo na documentação juntada.

A formalização do processo administrativo sancionador será realizada depois de decorridas todas as tentativas amigáveis da fiscalização em resolver as pendências, devendo constar, além da documentação comprobatória, a identificação da licitação, o número do contrato, ata e/ou empenho que supostamente tiveram suas regras e/ou cláusulas descumpridas pelo fornecedor.

Com a devida formalização do processo, à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores (DPAS) analisará os fatos e fundamentos descritos no memorando e no processo licitatório e solicitará a notificação da empresa.

3.2.1 Da notificação do fornecedor para apresentar defesa prévia

Após recebimento e análise do processo administrativo sancionador pela DPAS, o processo será encaminhado à Superintendência Administrativa (SUADM) para que proceda a notificação do fornecedor, a qual deverá ser enviada via Correios, com Aviso de Recebimento, ou entregue ao fornecedor mediante recibo.

Em caso de não localização da empresa ou dos sócios, nos endereços cadastrados no SICAF, ou recusa de recebimento, a DPAS providenciará a citação da empresa através do Diário Oficial, quando começará a contar o prazo para apresentação de defesa.

A garantia da defesa prévia ao fornecedor está indicada no art. 87, da Lei nº 8.666/1993, o qual preceitua que *“Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções (...).”* Assim, iniciar o processo administrativo sancionador aplicando a penalidade e, posteriormente, abrir prazo para o fornecedor manifestar-se é caso de nulidade absoluta.

Nesse sentido é o Parecer nº 179/2012/GAB/CGMADM/PFE-INSS/PGF/AGU:

55. Da concepção de ampla defesa é indissociável a ideia de defesa prévia. Não há como ser ampla se for posterior, pois após condenação não mais há oportunidade de defesa, senão ataque ao ato sancionador em impugnação com pedido de reversão de pena. Da mesma forma como recurso não pode ser prévio porque depende de uma decisão a se impugnar, a defesa não pode ser ampla se tardia, não há plenitude de defesa se o processo inicia com o acusado condenado.

Dessa forma, a notificação deverá conter todos os elementos necessários para permitir a defesa do fornecedor:

- a. Identificação da pessoa física ou jurídica;
- b. Descrição clara e completa do fato imputado;
- c. Indicação dos fundamentos legais descumpridos (cláusula do edital, da lei ou do contrato, em tese, violada);
- d. Indicação de que os descumprimentos ensejam a possibilidade de aplicação de penalidade nos termos da Cláusula do Contrato ou item do Termo de Referência ou do Edital;
- e. Finalidade da notificação: abertura de prazo para defesa prévia e dispositivo legal (art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/1993);
- f. Constar a informação que decorrido o prazo para defesa, será dada continuidade ao processo administrativo, independente da manifestação da empresa.

Assim, o fornecedor será notificado para apresentar defesa prévia no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar do recebimento da notificação, antes de aplicada quaisquer uma das sanções: multa; advertência; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (Lei nº 8.666/1993) e impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública (Lei nº 10.520/2002 e Lei 12.462/2011).

Caso haja indícios suficientes para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, o prazo para o fornecedor apresentar

defesa será 10 (dez) dias a contar do recebimento da notificação, conforme o art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

3.2.1.1 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O Princípio do Contraditório e da Ampla defesa é oriundo do Princípio do Devido Processo Legal.

O contraditório parte da premissa de que ninguém pode ser processado e julgado sem ter amplo conhecimento dos fatos e dos motivos que deram ensejo à instauração do processo.

Nesse sentido, Matheus Carvalho (2014, p. 73) destaca: “sendo o processo uma relação bilateral, o contraditório permite a participação do interessado na condução do feito, tendo o poder de influenciar na decisão a ser proferida, concedendo ao julgador a sua visão acerca do tema discutido”.

Portanto, tem o interessado o direito de ser notificado dos atos a serem praticados, bem como de produzir provas e participar da produção de provas.

No que tange à ampla defesa, Matheus Carvalho (2014) menciona que abarca o direito da ação e à tutela jurisdicional e administrativa, assim compreendida o direito à defesa prévia e o direito ao duplo grau de jurisdição.

Salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 343, dispensou a necessidade de defesa técnica nos processos administrativos.

Porém, para o exercício pleno do direito à defesa é imprescindível que o particular possa manifestar-se acerca do objeto do processo antes de proferida a decisão administrativa. Assim, todas as penalidades que possam dele resultar precisam ser de conhecimento prévio do particular interessado.

No entanto, em situações emergenciais nas quais o interesse público esteja em perigo, admite-se o contraditório deferido. Assim, primeiro a Administração age, depois oportuniza a defesa do particular, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado.

Por sua vez, o duplo grau de julgamento ou direito ao recurso administrativo, utilizando-se novamente das lições do autor Matheus Carvalho (2014, p.75) leciona que: “trata-se de prerrogativa que possibilita a reanálise dos atos praticados pela Administração, por provocação do particular, com a finalidade de evitar que se perpetuem injustiças ou decisões ilegais”.

Nessa seara, cumpre salientar que a Lei 8.666/1993, em seu art. 109, prevê a possibilidade de interposição de recurso administrativo quando da aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou multa, previstos no inciso II, alínea f, do mesmo artigo. Todavia, o dispositivo legal por si só não concede efeito suspensivo aos recursos interpostos contra decisões que aplicam essas penalidades.

O § 2º do art. 109 da Lei de Licitações faculta a autoridade competente atribuir eficácia suspensiva ao recurso interposto decorrente da aplicação de sanções. Nos casos em que a autoridade decida por atribuir a eficácia suspensiva, a lei menciona que devem estar presentes razões de interesse público; assim, motivadamente, a autoridade poderá atribuir eficácia suspensiva.

É por essa razão que, ao ser aplicada a penalidade pelo Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura, sem que seja concedida eficácia suspensiva, o processo retorna à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores para o devido registro das penalidades junto ao SICAF e, na sequência, a contratada é notificada sobre a decisão proferida e da ciência dos registros, abrindo-se prazo para a interposição de recurso.

3.2.1.2 Recomendação no caso de defesa intempestiva

Com relação à intempestividade, a orientação da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal da Fronteira Sul é no sentido de analisar a manifestação do fornecedor, mesmo havendo a preclusão do prazo, primando, portanto, pelo controle de legalidade dos atos administrativos (Parecer nº 109/2013/PF-UFFS/PGF/AGU).

Desse modo, desde que se convença da procedência do pedido, caberá à autoridade administrativa conhecer e acolher a pretensão da empresa quando a defesa ou o recurso intempestivo apontar ilegalidade ou erro na conduta administrativa, apesar de a impugnação ser extemporânea.

3.2.2 Produção de provas

O fornecedor, após notificado para apresentar defesa prévia e antes da tomada de decisão, tem o direito de produzir provas e poderá requerer prazo para tanto (art. 29 e arts. 36-38 da Lei nº 9784/1999).

Destaca-se que o art. 38 da Lei nº 9784/99 estabelece que o interessado poderá juntar documentos, pareceres, requerer diligências e perícias na fase instrutora e antes da tomada de decisões. Destarte, a notificação para apresentação de defesa prévia deve mencionar o direito à produção de provas, de modo que seja feita antes da aplicação de quaisquer penalidades.

3.2.3 Análise processual

Encaminhada a notificação, o processo retornará à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores (DPAS) para acompanhamento de prazo para apresentação da Defesa Prévia.

Caso o fornecedor deixe transcorrer o prazo sem manifestação, caberá à DPAS elaborar parecer indicando as possíveis penalidades ao Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura, que por sua vez proferirá decisão. Por essa razão, é importante que a Administração

disponha das provas que demonstrem o descumprimento do fornecedor e que afrontem as cláusulas do processo licitatório. As provas deverão ser anexadas desde o início do processo administrativo sancionador.

Já nos casos em que o fornecedor oferecer resposta, a Divisão de Processos Administrativos Sancionadores encaminhará o processo ao fiscal do contrato/setor competente para considerações acerca da manifestação do fornecedor.

Em seguida, o processo será devolvido à DPAS, que analisará os autos e confrontará as razões deduzidas pelo fornecedor acerca dos fatos apurados, a legislação vigente e as normas editalícias aplicáveis, a fim de emitir parecer opinativo, também conhecido como proposta de decisão, indicando possíveis penalidades que possam ser aplicadas ao caso concreto.

3.2.4 Da aplicação das penalidades

O Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura é a autoridade competente para a decisão do processo administrativo sancionador que analisará os autos e proferirá decisão.

Assim, por força do art. 50, §1º, da Lei nº 9.784/99, havendo concordância com a proposta de decisão elaborado pela Divisão de Processos Administrativos Sancionadores, a autoridade acolherá o Relatório, cujos fundamentos passam a integrar a decisão. No entanto, caso não seja acolhida a proposta, a autoridade decidirá de acordo com o seu convencimento e fará a motivação do ato.

Proferida decisão e aplicada quaisquer das penalidades previstas no edital, o processo retornará a DPAS para registro no SICAF, tendo em vista que o recurso administrativo não possui eficácia suspensiva, conforme exarado no item 3.2.1 do Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos.

Aplicada a penalidade, o fornecedor será intimado através de notificação encaminhada pela Pró-Reitoria de Administração e Infraestrutura para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar do recebimento, interpor recurso (Lei nº 8.666/1993, art. 109, inciso I), bem como dar ciência dos registros efetuados no SICAF.

Ao tratar-se de declaração de inidoneidade, nos termos do inciso III, art. 109, da Lei nº 8.666/1993, o processo instruído deverá ser remetido ao Ministro de Estado ou ao Ministro-Chefe da Controladoria Geral da União (CGU) para que aplique a penalidade, cabendo pedido de reconsideração dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis.

3.2.4.1 Do recurso

Encaminhada a notificação pela Pró-Reitoria de Administração e Infraestrutura, o processo retornará à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores para acompanhamento de prazo. Depois de receber a notificação, o fornecedor poderá ou não apresentar recurso.

Nos casos em que o fornecedor deixar transcorrer o prazo de recurso, a Divisão de Processos Administrativos Sancionadores dará sequência ao processo, providenciando a cobrança da multa, caso aplicada, e o cancelamento dos empenhos.

Entretanto, caso o fornecedor apresente recurso dentro do prazo legal, o processo será encaminhado ao fiscal do contrato/setor competente para análise e considerações.

Nessa fase, somente será encaminhado o processo ao fiscal caso sejam apresentados no recurso fatos que não possam ser comprovados pela instrução processual ou que somente a fiscalização do contrato possa comprovar ou ter conhecimento. Comum ocorrer quando o fornecedor alega ter entregue ou realizado os trabalhos durante o prazo de recurso.

Feitas as considerações pela fiscalização, a Divisão de Processos Administrativos Sancionadores elaborará proposta opinativa,

encaminhando o processo ao Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura, que poderá reconsiderar sua decisão ou encaminhar o processo para julgamento na instância superior – Magnífico Reitor (Lei nº 8.666/1993, art. 109, § 4º).

Ainda, se o recurso for apresentado de forma intempestiva, a recomendação é aquela descrita no item 3.2.1.2 do Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos.

Após o julgamento final, o fornecedor deverá ser notificado acerca da decisão administrativa. Contudo, caso a autoridade, fundamentalmente, tenha concedido efeito suspensivo ao recurso e considerando que não há mais recurso hierárquico a ser interposto, as penalidades serão registradas no SICAF pela DPAS, e uma cópia dos registros acompanhará a decisão.

3.2.5 Do registro da penalidade no SICAF

Proferida decisão administrativa que imputa penalidade à contratada ou concluído o processo administrativo e mantida a penalidade, a Divisão de Acompanhamento Contratual (DACT) efetivará o respectivo registro no SICAF, conforme estabelece o art. 38 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2010.

4. DA ANULAÇÃO DOS EMPENHOS

Aberto o processo administrativo sancionador, a questão relativa à anulação dos empenhos poderá ser realizada nos próprios autos ao final do processo sancionador, ficando de responsabilidade da DPAS encaminhar o processo ao Departamento de Compras e Licitações (DLIC) para providenciar o cancelamento.

Além disso, a solicitação de cancelamento poderá ser feita pelo gestor/fiscal do contrato de maneira apartada, independentemente da finalização do processo administrativo sancionador, porém deverá noticiar nos autos a solicitação de cancelamento.

Dessa forma, cancela-se o empenho nos casos em que o fornecedor não for localizado ou inexecutar totalmente o objeto ou nos casos em que o fornecedor entregar parcialmente o objeto e/ou entregar em desconformidade.

5. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1º O fiscal/gestor do contrato deve identificar os possíveis cometimentos de irregularidade por parte da contratada.

2º O fiscal/gestor do contrato ou setor responsável notifica a empresa acerca dos fatos constatados, fixando prazo para regularizar as pendências.

3º A empresa não soluciona a pendência **dentro do prazo fixado** pela fiscalização: nesse caso, deve formalizar e autuar processo sancionador, descrevendo no memorando todo o ocorrido e as tentativas utilizadas para solucionar o impasse.

4º O responsável pela abertura do processo deve imprimir e anexar todos os documentos que comprovem o descumprimento e as tratativas de regularização realizadas junto à contratada.

Obs. 1: O memorando de abertura do Processo Administrativo deve conter: nome da empresa, CNPJ, número do empenho ou contrato, modalidade e número da licitação, além da descrição clara e congruente dos fatos ocorridos, sempre por ordem cronológica (passado até o presente).

Obs. 2: O memorando de abertura do Processo Administrativo deve ser cadastrado com a **classe 004**.

Obs. 3: Todas as páginas do memorando e seus anexos devem ser numeradas, conforme determina as regras de protocolo.

5º O responsável deve encaminhar, fisicamente e pelo SGPD, o memorando para o protocolo de cada unidade (Campus ou Reitoria). Reunidos todos os documentos necessários, cadastrado o memorando e anexado os documentos, o memorando será autuado (transformado em processo), devendo então ser **encaminhado à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores (DPAS)**.

6º A Divisão de Processos Administrativos Sancionadores (DPAS) analisa os fatos narrados e a documentação juntada. Havendo indícios de descumprimento, elabora-se memorando solicitando à Superintendência Administrativa que notifique a empresa.

7º A Superintendência Administrativa notifica a empresa contratada para, querendo, apresentar defesa prévia, no prazo de 5 dias úteis (Lei nº 8.666/1993, art. 87, § 2º), sobre os fatos apontados e sobre a possibilidade de aplicação das sanções;

8º O processo retorna à DPAS para acompanhamento de prazo:

- Empresa apresenta Defesa Prévia: o processo é encaminhado ao fiscal/gestor do contrato/setor competente para análise e considerações; em seguida, acompanhado das razões escritas da fiscalização, o processo é devolvido à Divisão de Processos Administrativos Sancionadores para elaboração da proposta de decisão.
- Empresa não apresenta Defesa Prévia: o processo é analisado pela Divisão de Processos Administrativos Sancionadores, que elaborará Relatório Eletrônico, indicando a síntese dos fatos, e formulará proposta de decisão a ser encaminhada à autoridade competente para decisão.

9º A autoridade competente em Primeira Instância Administrativa é exercida pelo Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura, que analisará os autos do processo sancionador e o relatório elaborado pela DPAS e proferirá decisão.

Obs.: 1: Ressalta-se a importância da descrição dos fatos fidedignos, já que caracterizarão os descumprimentos e servirão como motivação para a aplicação das penalidades necessárias.

10º O processo é devolvido a DPAS no caso de ocorrer a aplicação de qualquer sanção, para que proceda o registro no SICAF, haja vista a decisão ter efeito imediato, uma vez que a lei não atribui efeito suspensivo aos recursos administrativos.

11º A Secretaria da Pró-Reitoria de Administração notificará, na sequência, a contratada acerca da decisão administrativa proferida e dará ciência do registro no SICAF, oportunizando a apresentação de recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do recebimento da notificação (Lei nº 8.666/1993, art. 109, inciso I).

12º O processo retorna à DPAS, onde será feito o acompanhamento da notificação, a contagem do prazo para apresentação do recurso, bem como a juntada do recurso ao processo, caso seja apresentado.

13º A DPAS, se não houver apresentação de recurso, prosseguirá com o cancelamento dos empenhos e cobrança da multa, caso aplicada.

14º A DPAS, no caso de ser apresentado o recurso e ocorrendo a juntada de documentos novos, por força do art. 60, da Lei 9.784/1999, oportunizará vistas dos documentos aos gestores e fiscais, os quais deverão apresentar as considerações finais.

15º A DPAS, de posse das razões do recurso e das considerações dos fiscais, se houver, elaborará novo relatório e o encaminhará ao Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura para que, havendo convencimento de que o processo mereça nova decisão, reconsidere a decisão inicial.

16º O processo é devolvido a DPAS para as providências quanto as alterações dos registros se houve a reconsideração integral da decisão e se há penalidade a ser alterada no SICAF. Em caso de aplicação de multa, também emitir-se-á a Guia de Recolhimento da União (GRU). O processo retorna à PROAD para ciência da decisão e envio dos novos registros no SICAF.

17º O Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura, se mantiver a decisão, encaminhará o processo para julgamento na instância superior (Lei nº 8.666/1993, art. 109, § 4º). A autoridade máxima da Universidade, também definida como Segunda Instância Administrativa, é exercida pelo Magnífico Reitor.

18º O Magnífico Reitor analisará os autos e proferirá decisão final. Havendo registros a serem feitos junto ao SICAF, o processo será encaminhado à DPAS, que o realizará. Em caso de aplicação de multa, também emitirá-se-á a GRU. Caso as penalidades sejam mantidas e os registros já tenham sido efetuados, o Gabinete do Reitor providenciará a notificação da empresa, dando-lhe ciência da decisão administrativa.

19º A Divisão de Processos Administrativos Sancionadores, se aplicada penalidade de multa, tomará providências quanto à cobrança ou ao desconto em nota fiscal e ou execução da garantia contratual.

20º O processo, no caso de restar comprovado no processo sancionador o descumprimento total ou parcial dos empenhos, passíveis de cancelamento, será encaminhado ao Departamento de Compras e Licitações para cancelamento dos empenhos (decorrentes de Ata de Registro de Preços) ou ao Departamento de Contabilidade quando o empenho for resultante de contrato.

21º Os empenhos cancelados, ao final do processo administrativo sancionador e em caso de necessidade, serão informados ao setor de origem.

22º O processo será arquivado depois de aplicada a multa e feito o recolhimento do valor pela empresa. Não ocorrendo o pagamento, o processo será enviado à Procuradoria Federal para inscrição em dívida ativa e procedimento de cobrança.

Obs.: Em casos específicos, este fluxo poderá sofrer variações, entretanto, sempre respeitando os prazos legais e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Rescisão contratual

APRESENTAÇÃO

A rescisão contratual consiste na dissolução da relação existente entre o particular e a Administração Pública, fazendo cessar os efeitos do contrato anteriormente firmado. É considerada uma forma excepcional de extinção contratual, uma vez que a forma natural é a extinção pelo cumprimento do objeto contratual ou pelo término do prazo de vigência.

Para que seja assegurado o interesse público e eventual direito do contratado, faz-se necessária a instauração de procedimento próprio de rescisão contratual, com o direito ao contraditório e à ampla defesa ao contratado.

O art. 79 da Lei nº 8.666/1993 estabelece três espécies de rescisão contratual: rescisão administrativa unilateral; rescisão amigável; e rescisão judicial.

Neste Anexo serão abordadas apenas as primeiras duas espécies, considerando que a rescisão judicial implica necessariamente cumprimento de decisão judicial.

1. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO SEM A DEFESA PRÉVIA E O CONTRADITÓRIO

A regra é a rescisão administrativa ser precedida da defesa prévia e do contraditório. Nesse sentido, vale transcrever o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Assegure à contratada o contraditório e a ampla defesa antes de rescindir contrato por cumprimento irregular de suas cláusulas, em observância ao que estabelece o art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 (Acórdão 1395/2005 Segunda Câmara).

Em determinadas situações, o contratado negligencia a execução a ponto de inviabilizar o objeto do contrato, que é essencial ao interesse público. Na prática, algumas vezes o contratado verdadeiramente abandona a execução contratual e não apresenta nenhuma manifestação que justifique sua conduta.

Nesse sentido, Carvalho (2014) destaca que, em situações emergenciais, nas quais o interesse público está em perigo, admite-se que a atuação administrativa anteceda a manifestação do particular. Nesse caso é permitido ao Poder Público tomar as providências necessárias, sendo oportunizada, posteriormente, a defesa do contratado.

Trata-se do **contraditório diferido**, admitido em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado e da continuidade do serviço público, devendo a decisão estar suficientemente fundamentada nos autos do processo administrativo.

2. A RESCISÃO UNILATERAL

A Administração Pública possui a prerrogativa de rescindir unilateralmente seus contratos, permitindo o desfazimento de ajustes que não mais atendam ao interesse público.

A rescisão unilateral caracteriza-se por ser ato unilateral e escrito da Administração e ocorrerá diante da incidência de um dos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da Lei nº 8.666/1993.

A Lei prevê um rol taxativo de hipóteses que ensejam a rescisão contratual. Contudo, a Administração, em regra, somente poderá declarar a rescisão de um contrato administrativo após assegurar ao contratado o direito à ampla defesa e ao contraditório, sob pena de nulidade do ato.

A rescisão unilateral é permitida pela imposição das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, regidos pelas normas do Direito Público, afastando-se, assim, determinadas regras aplicáveis aos contratos privados.

Questiona-se, portanto, se o particular pode rescindir o contrato unilateralmente. Por força da lei e da doutrina majoritária, não. A rescisão unilateral é cláusula exorbitante e só se aplica à Administração Pública.

A lei geral de licitações prevê apenas que o particular suspenda a execução do contrato quando o ente estatal for inadimplente por mais de 90 (noventa) dias.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado

ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Portanto, a exceção de contrato não cumprido, por dicção legal, tão somente possibilitará, ao particular, paralisar a execução do contrato quando o inadimplemento da Administração extrapolar o prazo legal observado.

Ao passo que, para haver rescisão do contrato, por iniciativa da contratada, em virtude do inadimplemento da Administração, será necessária decisão judicial.

3. MOTIVOS PARA A RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO

As hipóteses permissivas da rescisão unilateral do contrato estão relacionadas nos incisos I a XII e XVII do artigo 78, da Lei nº 8.666/1993.

3.1 O não cumprimento e o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos (art. 78, incisos I e II)

O cumprimento irregular assenta-se na falta parcial do contratado. Salienta-se, nesse caso, que não é qualquer falta que pode ensejar a rescisão do contrato, mas aquela que tenha gerado dano potencial à Administração.

A Lei nº 8.666/1993 menciona, em seu art. 69, a obrigatoriedade de o contratado reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, parcial ou totalmente, o objeto contratual eivado de vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou dos materiais empregados.

Dessa forma, caso o contratado ajuste sua conduta após ser notificado pela Administração e diante da inexistência de prejuízos, não há motivos para rescisão contratual.

3.2 Lentidão e atraso injustificado no início da obra (art. 78, incisos III e IV)

Da leitura do inciso III, depreende-se que cabe à Administração comprovar que a lentidão no cumprimento das cláusulas contratuais configura a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados.

Em relação ao atraso injustificado no início da execução do objeto, sem que caracterize o fato gerador da rescisão contratual, o Art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, elenca um rol de motivos que justificam a prorrogação do início da etapa de execução. Fora esses fatos, todo e qualquer atraso será considerado como injustificável.

3.3 Paralisação sem justa causa e prévia comunicação à Administração (art. 78, inciso V)

A paralisação consiste na interrupção da obra, do serviço ou do fornecimento e, mesmo que motivada por justa causa, a Administração deverá ser previamente comunicada pelo contratado, a fim de não ser configurada a hipótese de inexecução contratual.

3.4 Subcontratação total ou parcial (art. 78, inciso VI)

Em regra, o contrato administrativo é personalíssimo, devendo ser executado pelo contratado, ou seja, aquele que demonstrou na fase de habilitação possuir qualificação, capacidade e idoneidade compatíveis com o objeto da contratação.

Admite-se a possibilidade de cessão ou de transferência de sua obrigação somente se houver previsão expressa no edital e no contrato, conforme estabelece o art. 78, inciso VI, *in verbis*:

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 admitidos no edital e no contrato.

3.5 Desatendimento das determinações regulares da autoridade designada pela Administração e cometimento reiterado de faltas na execução (art. 78, incisos VII e VIII)

A rescisão contratual é motivada pelo desatendimento das determinações da autoridade designada pela Administração (fiscal do contrato) que visam à correção das irregularidades contratuais apresentadas.

Quando esse desatendimento ocorre de maneira reiterada, figura-se como hipótese de rescisão, visto que denota desídia e reincidência do contratado. Assim, diante da conduta deliberada do contratado em inobservar as cláusulas contratuais, poderá a Administração

rescindir o contrato com fundamento no inciso VII do art. 78, devendo ser anotada em registro próprio.

O cometimento reiterado de faltas na execução será motivo para rescisão com fulcro no art. 78, inciso VIII, quando forem anotadas em registro próprio pelo fiscal do contrato.

A lei não estabeleceu o número de faltas nem o número de vezes para que a rescisão fosse motivada; dessa forma, a aplicação desse dispositivo exigirá da Administração a avaliação dos prejuízos advindos das faltas cometidas e a frequência com que ocorreram.

3.6 Decretação de falência ou instauração de insolvência civil e dissolução da sociedade ou falecimento do contratado (art. 78, incisos IX e X)

Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses arroladas nos incisos IX e X do art. 78, o contrato será rescindido.

A decretação de falência ou insolvência civil leva à perda da qualificação econômico-financeira (art. 31, inciso III) do contratado, que é uma das condições exigidas para a manutenção do contrato (art. 55, XIII).

Já a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado são motivadores da rescisão, uma vez que alteram o caráter personalíssimo do contrato administrativo.

3.7 Alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que prejudique a execução do contrato (art. 78, inciso XI)

O dispositivo deixa claro que a alteração social ou a modificação da finalidade e da estrutura da empresa configuram motivos para a rescisão desde que interfiram negativamente na execução contratual, de maneira a prejudicar os interesses da Administração.

Nesse caso, a motivação deve ser exposta nos autos do processo para que haja a fundamentação do ato rescisório.

3.8 Razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento (art. 78, inciso XII)

O inciso XII, do art. 78, preceitua que a razão de interesse público invocado será motivo ensejador de rescisão contratual quando: revestidos de alta relevância; sejam de amplo conhecimento; justificadas e determinadas pela máxima autoridade; sejam exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.

3.9 Ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 78, inciso XVII)

Caso fortuito e força maior são eventos que, por imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado a impossibilidade intransponível de normal execução do contrato⁴.

A força maior e o caso fortuito apresentam idênticos requisitos, distinguindo-se apenas pelo fato de a primeira originar-se de evento humano, enquanto a última decorre de um fato da natureza.

Dessa forma, caso o contratado tenha, de alguma forma, contribuído para a ocorrência do evento, a situação não se enquadrará como fortuita ou de força maior, recaindo a responsabilidade da inexecução sobre o contratado.

4. RESCISÃO AMIGÁVEL

A rescisão contratual de forma amigável poderá ocorrer desde que haja conveniência para a Administração e através de acordo entre as partes, conforme estabelece o art. 79, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

O Tribunal de Contas da União, através do Informativo de Licitações e Contratos nº 146, destaca que *“a rescisão amigável do contrato sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não restaram configurados os motivos para a rescisão unilateral do ajuste configura irregularidade”*, afrontando o disposto no art. 79, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

O fim do contrato, através da rescisão amigável, deve afigurar-se conveniente para a Administração. Além do mais, é imperiosa a manifestação de concordância do particular. Dessa forma, não será necessário que a Administração conceda prazo ao contratado para o exercício do direito a recurso, visto que a Lei nº 8.666/1993 somente possibilita a interposição de recurso administrativo contra o ato de rescisão unilateral, não contra a rescisão amigável (art. 109, I, alínea “e”).

5. PROCEDIMENTO PARA RESCISÃO

De acordo com o art. 66 da Lei nº 8.666/1993, o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes. Essa é uma das condições para a manutenção do contrato. Assim, quando uma das partes descumprir com o acordado, gerará para outra o direito subjetivo à rescisão.

Com o propósito de acompanhar a execução dos contratos, a Lei de Licitações, em seu art. 67, solicita que a Administração designe de maneira formal os representantes da Instituição que acompanharão e fiscalizarão a execução do avençado.

Os gestores e fiscais do contrato são os responsáveis por acompanhar de perto a execução e anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com o contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou dos defeitos observados e encaminhar a seus superiores o que ultrapassar suas competências.

Através dos apontamentos feitos pelos gestores/fiscais dos contratos é que se poderá dar ensejo a uma rescisão contratual. Contudo, não se trata de iniciativa exclusiva dos gestores/fiscais, sendo que qualquer servidor que tomar conhecimento de alguma infração contratual poderá relatar o fato à autoridade competente.

No entanto, toda rescisão contratual deverá ser precedida da instauração de um processo administrativo autônomo, que será iniciado pela denúncia fundamentada do gestor/fiscal do contrato ou de servidor da Instituição.

Havendo processo administrativo sancionador em andamento, a solicitação de rescisão contratual poderá ser feita nos próprios autos. Além disso, no curso do Processo Administrativo Sancionador a própria autoridade competente poderá decidir pela rescisão, desde que presente um dos requisitos do art. 78, da Lei nº 8.666/1993 e desde que oportunizado o contraditório e a ampla defesa.

É imprescindível a descrição clara e objetiva de cada fato identificado pelo fiscal ou servidor, a fim de viabilizar a defesa

do contratado. Não se admite, portanto, imputações vagas ou imprecisas, visto que dificulta a apuração dos fatos e o direito do contratado em defender-se.

Por essa razão, o fiscal do contrato deve anotar em livro próprio todas as ocorrências importantes, verificadas na execução contratual, consignando os fatos de forma pormenorizada, com datas, circunstâncias envolvidas, testemunhas de cada fato, entre outros.

5.1 Instauração do processo

O art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que a rescisão “deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente”.

A autoridade competente para a rescisão vem a ser a signatária do instrumento contratual, ou seja, o Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura.

Por sua vez o ato administrativo que dá ensejo à instauração do processo de rescisão contratual deve indicar de forma precisa:

- a. os fatos que pesam sobre o contratado;
- g. os dispositivos legais e contratuais infringidos;
- h. a documentação comprobatória dos fatos
- i. o nome do servidor responsável pela instrução processual.

Autuado o Processo Administrativo para rescisão, este deverá ser encaminhado à Divisão de Processos administrativos Sancionadores para prosseguimento e demais providências.

5.2 Notificação da Contratada

Instaurado o processo administrativo para rescisão contratual, é imprescindível que o contratado seja cientificado da intenção de rescisão, de acordo com o parágrafo único do art. 78 da Lei nº

8.666/1993, a fim de que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos moldes do procedimento adotado no processo administrativo sancionador.

5.3 Conclusão do processo

Decorrido o prazo para a contratada apresentar manifestação, a Divisão de Processos Administrativos Sancionadores elaborará relatório contendo a síntese dos fatos narrados que caracterizam os descumprimentos e que suscitem a rescisão, bem como o resumo das razões da contratada, caso apresente Defesa Prévia.

Além disso, o relatório deve conter a fundamentação, indicando as cláusulas contratuais infringidas ou a legislação vigente descumprida e a proposta de decisão.

Frisa-se que o relatório é peça informativa e opinativa, servindo como alicerce da decisão a ser proferida pelo Pró-Reitor de Administração e Infraestrutura quanto à necessidade, ou não, da rescisão contratual.

Proferida a decisão pelo Pró-Reitor e acatada a necessidade de rescisão contratual, a autoridade deve indicar a data em que ocorrerá a rescisão. E, para as rescisões unilaterais, oportunizar a apresentação de recurso.

Por fim, salienta-se que na rescisão amigável será formulado Termo de Rescisão que deve ser assinado pela autoridade competente e pela contratada, antes da publicação do extrato de rescisão no Diário Oficial.

5.4 Publicação da rescisão

A doutrina administrativa tem reconhecido a publicidade como requisito de eficácia dos atos administrativos. Não é por menos que a finalidade do Princípio da Publicidade é o conhecimento público em relação às atividades praticadas no exercício da função pública.

Dessa forma, a publicação da rescisão contratual, na imprensa oficial, é obrigatória, independentemente de qual seja a forma da rescisão: amigável, unilateral ou judicial. Caso contrário, o contrato continuará, juridicamente, a produzir seus efeitos.

Por sua vez, quando a rescisão ocorrer com base no inciso I, do art. 79, da Lei nº 8.666/1993, qual seja, rescisão por ato unilateral da Administração, o § 1º do art. 109 do mesmo diploma legal determina que a publicação da rescisão do contrato, no Diário Oficial da União, servirá como intimação do ato, do qual caberá recurso administrativo da decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, de acordo com o inciso I, do *caput* do art. 109.

Caso a parte contrária, dentro dos cinco dias úteis, apresente recurso, a Administração providenciará o julgamento e notificará o particular da manutenção ou não da decisão.

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, p. 821.

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. São Paulo. Editora Renovar, 2009, p. 860.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, p. 823.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.