



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

CJ. P. 2112/2010- RUSP  
RLG

PROCESSO Nº: 2010.1.2180.55.0

INTERESSADO: Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação

ASSUNTO: Pregão 003/2009. Contrato 005/09. Fornecimento de materiais e peças de informática. Aplicação de penalidade e rescisão unilateral do contrato. Recurso contra a penalidade aplicada. Retorno dos autos.

P A R E C E R

Senhor Procurador Chefe,

Retornam os autos a esta Consultoria Jurídica, após ter sido emitido o Parecer CJ P. 1337/10, acerca de Recurso Administrativo interposto pela empresa *ADTK – Atacado, Importação e Exportação de Produtos em Geral Ltda.*, em que esta questionou a aplicação de penalidades decorrentes da rescisão unilateral do Contrato nº 005/2009.

Em referido recurso (fls. 714/750), a empresa alega a irregularidade da sanção aplicada, sustentando, em suma: erro de



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

enquadramento legal; violação ao contraditório e à ampla defesa; ausência de proporcionalidade; que o prejuízo da Universidade foi coberto pelo pagamento da multa; que a extensão da penalidade deve restringir-se ao âmbito do órgão que a aplicou.

O Parecer CJ P. 1337/10 (fls. 751/758) sustentou a impossibilidade da revogação da penalidade. Afastou a possibilidade de erro formal ou violação ao contraditório e à ampla defesa. Definiu que a penalidade estende-se a todos os órgãos e entidades da Administração Pública estadual. Por fim, sugeriu o encaminhamento do recurso ao Diretor do ICMC para "análise e eventual reconsideração da penalidade aplicada", devendo seguir "à apreciação do M. Reitor, para decisão final quanto aos recursos".

Foram prestadas informações técnicas pela Unidade (fls. 759), tendo havido manifestação final do Diretor do ICMC (fls. 760).

A empresa sancionada apresentou nova manifestação (fls. 764/768).

É o relatório.

Em adição ao que já foi exposto por esta Consultoria Jurídica no Parecer CJ P. 1337/10 (fls. 751/758), cumpre-nos fazer algumas observações.

Diferentemente do que pretende a empresa sancionada, não se pode falar na ocorrência de erro de enquadramento que acarrete a nulidade da penalidade aplicada. Por outro lado, não se pode negar a ocorrência de erro meramente material que, contudo, não prejudica a validade da penalidade.

Da análise dos autos, verifico que a penalidade aplicada tem fundamento no artigo 7º da Lei 10.520/02. Referida penalidade consiste no "impedimento de licitar e contratar com a União,

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Estados, Distrito Federal ou Municípios” pelo prazo de até 05 (cinco) anos. Cumpre admitir, entretanto, que em alguns momentos processuais, utilizou-se equivocadamente a redação da penalidade do artigo 87 da Lei n. 8.666/93 (“**suspensão** temporária de participação em licitação e **impedimento** de contratar com a Administração”) como, por exemplo, às fls. 629; 641 e 642. Mas, em todas estas oportunidades, ressalte-se, foi utilizada corretamente a fundamentação legal (artigo 7º da Lei 10.520/02). O emprego da expressão “suspensão e impedimento”, quando o correto seria a utilização apenas do termo “impedimento”, não acarreta qualquer nulidade.

Assim, não há que se falar em nulidade da penalidade, mas somente em mero equívoco ou erro material.

Além disso, eventual dúvida acerca da denominação da penalidade (e jamais acerca da sua fundamentação legal) restaria afastada pelo correto registro desta junto ao site de sanções administrativas do Estado de São Paulo ([www.aplicacao.sancoes.sp.gov.br](http://www.aplicacao.sancoes.sp.gov.br)), conforme se infere de fls. 646.

Ademais, não se pode olvidar da regra principiológica segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). O equívoco quanto à utilização do termo “suspensão”, quando da aplicação da penalidade (fls. 642), não causou qualquer prejuízo à empresa.

Superada esta questão, como já apontado no Parecer em questão (fls. 754), também não se pode alegar que tenha havido violação ao contraditório ou à ampla defesa. Conforme se verifica às fls. 544/547, a empresa sancionada foi notificada para se manifestar acerca da possibilidade de aplicação de penalidades administrativas.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

No que se refere à alegada violação ao princípio da proporcionalidade, referido Parecer foi acertado ao esclarecer que: ...

*pode a Administração rever a penalidade, anulando-a, posto ter sido aplicada em contradição com o apurado e demonstrado nos autos quanto à inexecução contratual, ou rever somente sua dosagem, haja vista o não atendimento do princípio da razoabilidade.*

Todavia, entendemos que referido Parecer merece reparos no que se refere à afirmação de que eventual reconsideração caberia ao Diretor do ICMC (apesar de, em seguida, esclarecer acertadamente que a decisão final dos recursos competiria ao Reitor). Afinal, conforme constou do Parecer CJ P. 419/10 (fls. 625/629), a competência para a aplicação da penalidade prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 é do Magnífico Reitor, conforme de fato ocorreu às fls. 642. Assim sendo, somente este tem competência para reconsiderá-la.

As informações prestadas pelo Diretor do ICMC têm caráter meramente opinativo. Tanto o é, que, às fls. 760, o Ilustre Diretor apenas "opina no sentido da manutenção da penalidade aplicada".

Desta forma, poderá o Magnífico Reitor acatar a manifestação do Diretor do ICMC, mantendo a penalidade. Do mesmo modo, poderá acolher o recurso da empresa sancionada e anular a penalidade aplicada com fundamento no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, acaso entenda pela violação à proporcionalidade/razoabilidade.

Ressalte-se que, caso tenha havido violação ao princípio da proporcionalidade, a anulação de referida penalidade mostra-se imperiosa, e não discricionária. Haveria discricionariedade se fosse uma hipótese de oportunidade e conveniência da Administração Pública, o que não é o caso.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

A violação ao princípio da proporcionalidade representa mais do que uma ilegalidade, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (..) (Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, p. 748)*

Como se sabe, na seara administrativa, ocorrendo ilegalidade, surge a recomendação de que a própria Administração anule seus atos, de acordo com o princípio da autotutela. Havendo violação a um princípio, outra não é a recomendação.

Mister se faz deixar consignado que não cabe a este Órgão Jurídico analisar o mérito da questão, mas apenas questões jurídico-formais. Contudo, a análise da proporcionalidade se funde, ainda que parcialmente, com as alegações de mérito.

Por este motivo, passamos a analisar as alegações da empresa acerca da ausência de proporcionalidade da sanção.

A empresa alega que cumpriu 70% do contrato, sendo que a parte referente ao inadimplemento representa apenas R\$ 8.190,00 (oito mil cento e noventa reais). Referida informação é comprovada pelo documento de fls. 588.

Sem se ater às discussões técnicas (uma vez que a empresa alega que o inadimplemento teria sido causado por injusta recusa no recebimento dos materiais, sob o fundamento de inadequação técnica), apenas analisando a proporcionalidade da penalidade, não há como negar que o valor referente ao inadimplemento é baixo.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Em comparação a outras penalidades aplicadas por esta Universidade, pode-se considerar que, diante do diminuto valor do inadimplemento, a pena de impedimento de licitar e contratar por 02 (dois) anos fere o princípio da proporcionalidade.

Exemplificativamente, podemos citar a penalidade aplicada à empresa Personal Service, referente ao Contrato nº 143/5 (Processo RUSP nº 2010.1.14686.1.4) que, em decorrência de uma inexecução no valor de R\$ 1.476.058,14 (um milhão quatrocentos e setenta e seis mil e cinquenta e oito reais e quatorze centavos), foi aplicada uma multa de R\$ 295.211,63 (duzentos e noventa e cinco mil reais duzentos e onze reais e sessenta e três centavos), além da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Ora, comparativamente ao contrato acima exposto, a inexecução do caso em tela mostra-se ínfima, e a penalidade aplicada não é proporcionalmente pequena.

A análise da proporcionalidade da sanção administrativa exige também uma consideração acerca da conduta da empresa sancionada, que deve ser ponderada quando da dosimetria da penalidade.

Não se pode negar que houve atraso na entrega de certos produtos. Todavia, referida ocorrência parece ter sido justificada por fatos alheios à vontade da empresa, em razão de atrasos de entrega da fábrica, bem como da greve de agentes fazendários, o que teria impossibilitado a liberação da mercadoria, conforme se infere de fls. 532/536.

Além disso, verificamos que nos autos constam diversas justificativas apresentadas pela empresa (fls. 548/550; 555/558),

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

o que ao menos induz que esta não agiu com descaso ou má-fé, mas sim envidou esforços na tentativa de sanar as irregularidades.

Ainda que se entenda que o atraso e o inadimplemento da empresa não foram justificados e, por isso, esta merece uma penalidade, não se pode esquecer que a empresa já foi sancionada com a penalidade de multa no valor de R\$ 2.024,60 (dois mil e vinte e quatro reais e sessenta centavos).

Conforme ensina Marçal Justen Filho:

*É pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. (...) tendo a lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., Ed. Dialética, p. 849)*

Assim, pode-se entender que a aplicação da penalidade de multa, unicamente, já atende ao princípio da proporcionalidade.

Ademais, ao Administrador cumpre ponderar que a penalidade do artigo 7º da Lei nº 10.520/02 acarreta inúmeros transtornos à sancionada, podendo inviabilizar a continuidade da atividade empresarial.

No caso em tela, há comprovação de que a aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar acarretaria efetivo prejuízo econômico à sancionada. Como se observa de fls. 740/742, a sancionada sagrou-se vencedora de uma licitação realizada

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), para fornecimento de equipamentos de Redes em 380 (trezentas e oitenta) escolas do Estado de São Paulo, com valores de R\$ 322.513,60 e R\$ 221.475,40.

Por este motivo, a penalidade do artigo 7º da Lei nº 10.520/02 somente deveria ser mantida caso se mostrasse inquestionavelmente razoável.

Ademais, o triunfo em uma licitação de grande vulto demonstra que a empresa possui estofa econômico. Deste modo, não é plausível que por um contrato de menor monta, como o celebrado com o ICMC, a empresa se sujeitaria ao risco de ser fortemente sancionada. Isto nos leva a crer que o inadimplemento sancionado teria decorrido muito mais de uma eventualidade do que de uma conduta que seja profundamente reprovável.

Diante destes argumentos, entendemos que existem fundamentos jurídicos para que se conclua pela ausência de proporcionalidade e razoabilidade da penalidade aplicada com fundamento no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, o que permite a sua anulação, podendo ser mantida a penalidade de multa, por mostrar-se proporcional. Ressalte-se, contudo, que a decisão final compete ao Magnífico Reitor.

No que se refere aos demais argumentos apresentados pela empresa sancionada, necessário ainda tecer alguns comentários.

Em sua manifestação de fls. 764/768, a empresa sancionada sustenta que "sequer foram juntadas as notas fiscais das alegadas compras diretas". Referida alegação não condiz com a verdade, uma vez que referida nota fiscal foi juntada às fls. 623, juntamente com a justificativa de fls. 624.





# UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Quanto ao último fundamento do recurso, de que a extensão da penalidade deve restringir-se ao âmbito do órgão que a aplicou, este não merece prosperar. Conforme já exposto no Parecer de fls. 751/757, o entendimento desta Consultoria Jurídica é que as sanções administrativas têm alcance em âmbito estadual.


A empresa em questão induz que haveria parecer que teria adotado posicionamento diverso. Com o intuito de afastar esta alegação inverídica, junto aos autos o Parecer CJ P. 2768/09, o qual teve seu teor transcrito pelo recorrente, todavia com sua interpretação desvirtuada. Referido parecer conclui também que as sanções se estendem a todos os órgãos e entidades da Administração Pública estadual.

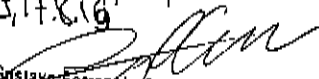
Ante o exposto, entendemos que o único fundamento que poderia ensejar a anulação da penalidade aplicada é aquele que trata do princípio da proporcionalidade, a critério do M. Reitor.

Assim, opino pela remessa dos autos à apreciação do Magnífico Reitor, para que profira decisão final quanto ao recurso.

É o parecer, *sub censura* da Digna Chefia.

Consultoria Jurídica, 16 de agosto de 2010.

  
RENATA LIMA GONÇALVES  
Advogada

*Acedo o Parecer.*  
*ao GR para decisão final de mérito, considerando a incidência do princípio da proporcionalidade*  
*CJ, 17.8.10*  
  
Prof. Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco  
Procurador Chefe