

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA GESTORA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO
ALEGRE/RS**

Processo administrativo n. 23103.203812/2020-12

Contrato Administrativo n. 22/2021

Pregão 15/2020

ADSERVI – ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 02.531.343/0001-08, com sede na Rua Gerônimo Thives, nº 196, sala 1, Barreiros, São José-SC, CEP 88.117-290, por intermédio de seus procuradores regularmente constituídos que ao final subscrevem, vem, respeitosamente, em atenção a Notificação recebida, nos termos do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, apresentar **DEFESA PRÉVIA** em relação a determinados fatos descritos na notificação enviada pela **UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO ALEGRE/RS**, pelas razões de fato e de direito expostas a seguir.

1) TEMPESTIVIDADE

No dia 08 de março do ano corrente, a Contratada recebeu notificação preliminar decorrente do relatório de fiscalização de janeiro de 2023, face ao alegado descumprimento de obrigação prevista no termo de referência, lhe sendo concedido prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de defesa prévia.

Desta feita, vem apresentar a presente defesa prévia, cujo recebimento vem requerer, posto que tempestiva, bem como perquirir o devido acolhimento das razões a seguir aduzidas.

2) SÍNTESE FÁTICA

A Contratada recebeu notificação preliminar decorrente do relatório de fiscalização de janeiro de 2023, face ao alegado descumprimento das obrigações pactuadas. Bem de ver que, não há descumprimento contratual que permita aplicação de penalidade, pois, como será melhor exposto nos tópicos a seguir, a empresa vem cumprindo com suas obrigações contratuais, prestando um serviço de qualidade e em consonância com o que preconiza o edital e o instrumento contratual, não havendo razão para que seja aplicada qualquer sanção.

Contudo, ao tencionar a aplicação de penalidade em desfavor da Contratada, para além de olvidar-se de princípios como proporcionalidade e razoabilidade, a Contratante também não observa os critérios de dosimetria para aplicação de penalidades assim previstos em Lei.

A Contratante alega que houve descumprimento do estabelecido no termo de referência, em relação às responsabilidades da Contratada ao controle de cobertura dos postos de trabalho e que teria deixado sem cobertura por 5 (cinco) dias um dos postos de auxiliar administrativo, conforme transcrito abaixo:

De acordo com Termo de Referência em seu ANEXO B, que dispõe sobre o

Instrumento de Medição de Resultados (**IMR**), no **item 1 - Controle de cobertura dos postos de trabalho**, em relação as sanções:

Em caso de 3 ou mais ocorrências de faltas o dia inteiro sem substituição no mês, além da aplicação da respectiva glosa, aplicar-se-á as seguintes sanções:

- Na primeira ocorrência – Advertência pela Gestão da Execução do Contrato. Três ou mais ocorrências em 2 meses seguidos ou 3 meses alternados no período de 12 meses - multa prevista no item 23 do Termo de Referência.

Diz ainda no Termo de Referência no **item 14**, referente as Obrigações da Contratada:

14.19. Substituir, no prazo de 02 (duas) horas, em caso de eventual ausência, tais como faltas e licenças, o empregado posto a serviço da Contratante, devendo identificar previamente o respectivo substituto ao Fiscal do Contrato.

Alertamos que a Contratada está sujeita as penalidades previstas na Cláusula Décima do Contrato 22/2021 que remete **ao item 23 do Termo de Referência** e de acordo com a IN SEGES 05/2017.

Ocorre que não houve inexecução contratual. Ocorre que novamente a Contratada recebeu pedido de demissão imediata da Sra. Djeniffer, a partir do dia 16/01/2023. Sendo assim, como é de conhecimento da Contratante, não é possível realizar a contratação de um novo funcionário em tempo exíguo, pois a contratação leva alguns dias para ser efetivada, considerando todos os trâmites, além dos exames médicos exigidos.

Ocorre que a funcionária Pamela também tinha suas férias programadas a partir de 16/01/2023, e que a horista contratada, Sra. Nathalia Nunes da Silva, iniciou os serviços a partir desta data.

Vislumbra-se que quando as ocorrências são programadas, a Contratada as cumpre com clareza e afinco, pois são obrigações contratuais estabelecidas. No entanto, quando ocorrem situações alheias a sua vontade, não havendo como contornar, como este caso do pedido de demissão imediata, torna-se quase que impossível a contratação para o dia seguinte.

Apontada a razão da notificação preliminar e feita breve pontuação sobre a questão fática, passa-se às razões de mérito.

3) DO FUNDAMENTO QUE ASSISTE A PRESENTE DEFESA

3.1 Das Preliminares

A aplicação de penalidade à Contratada somente pode ocorrer após a apresentação de defesa e esgotadas todas as vias recursais, o que ainda não ocorreu no presente caso.

Dessa forma, tem-se a nulidade da pretensa aplicação da penalidade em questão, vez que instrumentalizada à revelia das disposições legais, mormente a ausência do processo administrativo.

Conforme exposto acima, a ausência de cobertura de posto de trabalho não se deu por desídia da Contratada e ainda assim, há outros funcionários que desempenham a mesma função e, conseqüentemente, supriram a ausência dos postos descobertos, sem quaisquer prejuízos à Administração Pública e ao Erário, pois tais descontos já foram aplicados diretamente na Fatura/Nota Fiscal.

Outrossim, é direito da Contratada obter todas as informações e documentos que antecedem a sua manifestação à ampla defesa e ao contraditório, consoante se extrai do artigo 3º da Lei n. 9.784/99. Note-se:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

- I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
- IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Dessa forma, requer seja reconhecida a nulidade do procedimento instituído pela Contratante, eis que eivado de vícios, diante da ausência de franqueamento dos autos no momento oportuno à Contratada, o que impede o exercício

do contraditório e da ampla defesa, em desatenção até mesmo à norma constitucional, nos termos do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Portanto, a aplicação de qualquer penalidade nessas condições é nula de pleno direito.

Reitera-se que a Contratada não está se furtando de suas obrigações, nem mesmo há qualquer demonstração efetiva de que a Contratada deixou de responder pelas obrigações que lhe competem, não devendo haver penalização por circunstância que não tenha sido capaz de gerar o efetivo descumprimento da obrigação.

Nesse rumo, caso não se reconheça a nulidade aventada, o que se admite apenas para fins de argumentação, entende-se que a pretensa aplicação de penalidade mostra-se excessiva, face à ocorrência em questão, especialmente diante da discricionariedade e liberalidade que tem o órgão contratante a deixar de aplicar eventual penalidade, sem prejuízo da aplicação da Súmula 473 do STF (que permite à administração pública rever seus atos a qualquer tempo).

Assim, considerando que as supostas irregularidades foram sanadas, e que não houve qualquer prejuízo à Contratante, pois já houve o desconto na referida Nota Fiscal emitida mensalmente, entende-se que é possível deixar de aplicar penalidade, devido especialmente à ausência de dano e risco efetivo à Contratante. Ademais, a ausência do processo administrativo, constitui a nulidade da pretensa aplicação de penalidade.

3.2 Mérito

Consoante apontado no tópico acima, a Contratante visa apurar eventual infração administrativa, face a alegada ausência de cobertura de posto de trabalho, motivo pelo qual afere a Contratante a necessidade de aplicação de penalidade.

Todavia, não deve prosperar o intuito de pretensão de aplicação de penalidade. Face ao que se imputa, necessário se faz afirmar que a Contratada não está se furtando de suas obrigações, nem mesmo há qualquer demonstração efetiva nos autos no sentido de que a Contratada deixou de responder pelas obrigações que lhe competem, não devendo haver penalização, pois não houve qualquer ato praticado por parte da Contratada que pudesse gerar prejuízo.

Considerando que neste período de 05 dias, tivemos um pedido de demissão imediata da ex-funcionária Djeniffer concomitante ao início do gozo de férias da funcionária Pamela e ainda uma ausência da funcionária Juliana no dia 27/01, por motivos de saúde. É de se ressaltar que a falta de cobertura do posto de trabalho não se deu por desídia da Contratada. Ademais, tais períodos de ausências foram em função de que não se consegue contratar funcionário horista de uma dia para noite. E que ainda conseguimos contrair no va funcionária em menos de 5 dias úteis, pois na quinta-feira esta já estava trabalhando.

Além disso, é importante frisar que haviam outros colaboradores desempenhando a mesma função das colaboradoras ausentes, razão pela qual sua ausência foi suprida pelo trabalho dos demais e não houve prejuízo à Contratante. Portanto, não há que se falar em qualquer inexecução contratual.

Dessa forma, a empresa honrou com suas obrigações e prestou um serviço de qualidade, pois os demais colaboradores supriram as ausências mencionadas, visando a melhor execução do serviço.

De toda sorte, é importante registrar que independentemente de qualquer dificuldade, a empresa empenhou todos os esforços necessários para a devida operacionalização das atividades.

Outrossim, caso o entendimento desta douta Instituição não siga por esse caminho, o que não se acredita, de igual modo a Contratante não poderia penalizar a Contratada em decorrência de eventual ausência de cobertura de posto de trabalho, o que não se reconhece, pois o serviço foi devidamente prestado.

Dessa forma, por se mostrar justificável, e representar conduta da mais lúdima razoabilidade e proporcionalidade ao caso, roga-se pela não aplicação de penalidade, haja vista que, considerando o exposto, não houve prejuízo à Contratante, cumprindo a Contratada com suas obrigações contratuais.

Posto isso, vislumbra-se que não há fatos que desabonem a prestação de serviços realizada pela empresa Contratada, tampouco há nos autos demonstração efetiva de prejuízo à Contratante, não existindo razões que respaldem eventual decisão para aplicação de penalidade, especialmente diante do fato de que inexistem nos autos

demonstração de eventual prejuízo à execução das atividades da Contratante.

Entende-se, portanto, que não houve inexecução contratual, ao passo que ainda que diante de diversas dificuldades o serviço foi prestado e a ausência suprida pelos demais colaboradores.

Ainda assim, mostra-se de suma importância ressaltar que, tratando da atuação administrativa, o art. 22, §2º, da LINDB, dispõe que “*Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente*”.

Em suma, com base em todo o exposto, entende-se que não houve descumprimento contratual, e com isso, roga-se pela não aplicação de penalidade. Ainda assim, hipoteticamente, caso reste julgado que houve conduta descumpridora do contrato, **roga-se pela aplicação tão somente de advertência**, haja vista o ínfimo grau de gravidade e a inexistência de dano à Contratante.

Nesse rumo, entende-se que a pretensão de aplicação de penalidade mostra-se excessiva, face à ocorrência em questão, especialmente diante da discricionariedade e liberalidade que tem o órgão contratante a deixar de aplicar eventual penalidade, conforme se depreende da aplicação da Súmula 473 do STF (que permite à administração pública rever seus atos a qualquer tempo).

Assim, considerando que não houve qualquer prejuízo à Contratante, entende-se que é possível deixar de aplicar penalidade, devido especialmente à ausência de dano e risco efetivo à Contratante.

Nesse diapasão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro impõe ao administrador público que pondere as consequências práticas de seus atos, motivando-os e atribuindo a justificativa de sua real necessidade ao objeto administrado, especialmente se acarretar ônus excessivo ao Contratado, conforme pode se interpretar dos dispositivos abaixo citados:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da

medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas:

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, **indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.**

[grifo nosso]

Ademais, é importante ressaltar, conforme dito alhures, que a atuação da Administração Pública deve ser pautada na razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, nos termos da Lei nº 9.784/1999, in verbis:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, **aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;** (...).

Com o fito de corroborar as disposições legais, delineia-se o entendimento de Antônio José Calhau Resende, que defende que:

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. **Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada**, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato. (RESENDE, Antônio José Calhau Resende. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. Revista do Legislativo. Abril, 2009).

Desse modo, tendo em vista o fim alcançado no contrato e a ausência de gravidade na ocorrência em questão, pugna-se pela análise do caso pautado na mais lúdima razoabilidade, uma vez que o serviço foi prestado, independentemente de eventual ausência de cobertura de posto de trabalho, de forma a atender aos interesses

da Contratante.

Ainda, bom lembrar que tais fundamentos são tomados considerando que houvesse responsabilidade única e simplesmente por parte da Contratada, responsabilidade esta que em verdade não se pode a ela atribuir tão somente, já que houve fatos concorrentes, alheios ao seu controle e sua vontade.

Ato contínuo, importante ressaltar que a Contratante, enquanto integrante da Administração Pública, ao exercer suas funções, *deve primar pela razoabilidade de seus atos, a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção imposto pela esfera administrativa ao destinatário* (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 473).

No caso em tela, vê-se com clareza que não houve prejuízos à Contratante, **inclusive porque o serviço foi prestado, independentemente da ausência de cobertura de um posto de trabalho.**

Ademais, tem-se importante trazer à baila que não menos relevante é o princípio da proporcionalidade, que “*é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou **valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais***” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50).

Ademais, para além da ilegalidade da aplicação de eventual penalidade em virtude de fato a que não deu causa a Contratada, bem como pela ausência de processo administrativo, cabe lembrar que assim dispõe o instrumento editalício, no item 21.11:

21.11 A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, **observado o princípio da proporcionalidade.**

Soma-se a isso o fato de que a aplicação das penalidades em desfavor

da Contratada serviria tão somente para macular um relacionamento pacífico e sempre pautado na razoabilidade e proporcionalidade que vem regendo o exercício dos contratos firmados entre as partes, sem falar no notório prejuízo que amargaria a Contratada.

Diante do exposto, ainda considerando as circunstâncias e influências externas sobre a situação, bem como a gravidade e o grau de lesividade do ato ora apurado, roga-se pelo afastamento de eventuais penalidades.

Alternativamente, caso esta r. Instituição entenda pela impossibilidade de afastamento das penalidades supra, **pugna tão somente pela aplicação da penalidade de Advertência**, restando esta, em última análise, como medida da mais lúdima justiça, proporcionalidade e razoabilidade.

Importante reafirmar o compromisso sempre assumido pela Contratada com a qualidade e honestidade na prestação de seus serviços. Assim, neste ato, vem manifestar-se no sentido de assumir compromisso em sempre buscar ser vigilante no cumprimento de suas obrigações, de modo que a aplicação da penalidade de Advertência, caso esta r. Instituição não considere o pedido de afastamento de quaisquer penalidades, já serviria como medida pedagógica suficiente.

Ante o exposto, vem requerer a reconsideração supra, haja vista inexistir descumprimento contratual concreto, tampouco desdobramentos contemporâneos a instauração de eventual procedimento, a fim de afastar a imposição de quaisquer penalidades e, apenas para fim de argumentação, subsidiariamente, perquirir a aplicação tão somente da penalidade de **ADVERTÊNCIA**.

4) PEDIDOS

Logo, considerando a inexistência do fato ensejador da intenção de aplicação de penalidade e que tampouco houve qualquer prejuízo à Contratante, requer-se:

a) seja reconhecida a nulidade do procedimento instrumentalizado pela Contratante, vez que dotado de vícios insanáveis na origem, dado o notório prejuízo ao

contraditório e à ampla defesa, vez que o procedimento não foi carreado do devido processo administrativo, não sendo admissível qualquer aplicação de penalidade;

b) seja acolhida a presente defesa prévia, para fins de afastamento de eventual sanção administrativa em desfavor da Contratada;

c) subsidiariamente, ainda que apenas para fins de argumentação, caso esta r. Instituição entenda por indispensável a aplicação de penalidade ao regular exercício contratual – ao que a Contratada desde já vem insurgir-se –, que reste aplicada tão somente a penalidade de **Advertência**, e;

d) protesta provar o alegado através de todas as provas admitidas em direito, especialmente prova documental, inclusive testemunhal e por diligências, caso necessário.

Nestes termos,
pede deferimento.

São José/SC, 15 de março de 2023.

REPRESENTANTE LEGAL