
Processo Administrativo - Poder Executivo Municipal

Requerente: Secretarias Municipais

Assunto: Processo Sancionador

I – RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo onde a Secretaria interessada, em decorrência de rotina administrativa de fiscalização da execução contratual, observou que o particular está a descumprir uma das obrigações pactuadas junto à Municipalidade.

Os autos foram remetidos a este órgão de assessoramento jurídico para fins de emissão de parecer jurídico quanto ao tema, bem como realização de notificação extrajudicial em desfavor do particular.

É o breve relatório do estritamente necessário. Passa-se à devida análise.

II - DOS FUNDAMENTOS

a) Da possibilidade de utilização de parecer referencial

A padronização da análise e da manifestação jurídica, por meio da manifestação jurídica referencial, tem fundamento no princípio da eficiência e da economicidade, possibilitando ao gestor o conhecimento prévio dos requisitos procedimentais uniformes e necessários à celebração de contratos no seio da Administração Pública.

Em outras palavras, a adoção da manifestação jurídica referencial possibilitará aos agentes públicos municipais lotados na Subprocuradoria de Processos Administrativos maior foco e priorização de temas jurídicos estratégicos e de maior complexidade, em benefício dos órgãos e autoridades assessorados. A ideia é que a Especializada possa dedicar seu tempo para análise e manifestação em assuntos que exijam reflexão e desenvolvimento de teses jurídicas, desonerando-se da elaboração de pareceres repetitivos, cujas orientações são amplamente conhecidas pelo gestor.



Daí, portanto, que a elaboração de um parecer jurídico referencial, que contemple todas as recomendações de caráter jurídico, no tocante aos procedimentos e requisitos que devem ser observados à celebração de uma contratação direta, dando celeridade e uniformidade às contratações públicas perpetradas no âmbito do Poder Executivo Municipal.

b) Da Necessidade de Instauração de Processo Administrativo Sancionador

Como é de notório saber jurídico, o contrato administrativo é “*todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*”, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo único da Lei 8.666/1993.

Sendo assim, tanto a Administração, quanto a empresa contratada, devem cumprir fielmente as regras contratuais.

É, portanto, dever da Administração, acompanhar e fiscalizar a execução do contrato para verificar o cumprimento das disposições técnicas e administrativas acordadas. **O não cumprimento dessas disposições, total ou parcial, pode levar, inclusive, à rescisão do avençado**, de acordo com o que reza o artigo 66 da Lei de Licitações e Contratos, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências se sua inexecução total ou parcial.

Uma vez descumprida uma obrigação pactuada, tem-se que o licitante está em mora, cabendo a aplicação das penalidades decorrentes do descumprimento do acordado, garantida a ampla defesa e o contraditório, bem como a adoção de medidas judiciais a fim de compelir o cumprimento da obrigação, sem prejuízo da adoção de medidas concomitantes por parte da Administração a fim de licitar novamente a aquisição/serviço, caso de fato não haja o efetivo cumprimento da obrigação.



Verifica-se que a aplicação de penalidade ao contratado decorre do descumprimento das obrigações assumidas em sede contratual. Dessa forma, verificada a o inadimplemento contratual por parte do contratado, vislumbra-se conduta reprovável passível de sanção administrativa, conforme previsão contratual.

Não sendo suficientes para o atingimento do fim público, pode, ainda, a Administração Pública decidir, fundamentadamente, pela rescisão contratual unilateral ou bilateral, com esteio na legislação aplicável à espécie.

Faz-se necessária, portanto, a análise pormenorizada dos fatos que ensejaram o retardamento na execução do objeto contratual, a fim de aferir se houve a prática de infração administrativa pela empresa contratada, qual o grau de reprovabilidade da conduta e se a Administração concorreu para o atraso na entrega, o que, por certo, tem o condão de mitigar a sanção administrativa cabível.

Confira-se, nesse sentido, as diretrizes traçadas pelo Governo Federal no Manual intitulado “Sanções Administrativas - Diretrizes para a formulação de procedimento administrativo específico”;

(...) o exame dos fatos deve ser sempre averiguado por intermédio da formalização de um processo administrativo, mesmo que diante de fortes indícios de autoria e materialidade ou mesmo quando se entender pela não ocorrência da infração, pois não cabe ao gestor um juízo pessoal e subjetivo sobre a situação, de modo que venha suprimir a abertura de procedimento.

Nesse sentido também caminha o entendimento do Tribunal de Contas da União, no que tange a da obrigatoriedade de instauração de processo administrativo sancionatório no âmbito das unidades da Corte de Contas:

“Diante do poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a apuração para a aplicação de sanção, nos casos de infração administrativa, não é um ato discricionário, é um poder-dever. Assim, tendo conhecimento de indícios da



existência de uma infração administrativa praticada por servidor ou particular, a Administração tem o dever de instaurar o procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, realizar a consequente aplicação das penas cabíveis”.

Ocorre que, tais parâmetros objetivos se mostram como balizas iniciais para que o gestor possa verificar o cabimento ou não da penalidade, o que se dá por meio da instauração de processo administrativo apartado, com a análise das razões da empresa, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, em atenção aos ditames constitucionais, o art. 87, *caput*, da Lei 8.666/1993, estabelece que **a aplicação das penalidades decorrentes da inexecução total ou parcial do contrato será precedida da apresentação de defesa prévia pelo contratado**. Muito embora estejamos diante de dispositivo que trata de aplicação de penalidades, a obrigatoriedade de se permitir o contraditório e a ampla defesa também se verifica nas hipóteses de rescisão contratual, motivo pelo qual entendo ser necessária a abertura de processo administrativo próprio para tal fim.

Com efeito, conforme entendimento jurisprudencial sumulado no verbete n. 633 do E. Superior Tribunal de Justiça, as disposições da Lei Federal n. 9784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, são aplicáveis à esfera Municipal na hipótese de inexistir norma local específica acerca da matéria. Senão vejamos:

“A Lei nº 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”.

Verifica-se que em âmbito municipal não foi editada legislação local específica regulando a tramitação do processo administrativo, razão pela qual o Poder Público Municipal tem se socorrido nas normas gerais elencadas na referida Lei Federal.

Nesse contexto, o art. 3º, inciso III, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, constitui, dentre outros, o direito



do administrado de “*formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente*”.

Assim, anteriormente à aplicação de qualquer sanção ao contratado e/ou a decisão de rescisão contratual, incumbe à Administração Pública Municipal conferir prazo para a apresentação de defesa em relação aos fatos imputados, cabendo à empresa decidir por exercer ou não o seu direito.

Nessa conformidade, deve ser instaurado procedimento administrativo próprio, em autos apartados, regularmente instruídos com a narrativa dos fatos que podem ensejar a imposição de penalidade à empresa e/ou rescisão contratual, com posterior retorno dos autos à esta especializada jurídica, a fim de que ser conferido o prazo para defesa prévia do interessado, nos termos da lei, no respectivo processo, mediante notificação extrajudicial, devidamente instruída com cópia integral do processo administrativo sancionador.

c) Das sanções administrativas cabíveis

Quanto à aplicação de sanções administrativas, o artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 estabelece expressamente a penalidade para aquele que não mantiver sua proposta ou falhar na execução do contrato:

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 Sicafe, 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.

Já a Lei n. 8.666/93 estabelece em seu art. 87 as sanções administrativas a que estão sujeitas o contratado que inexecutar o contrato:

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

- advertência;*
- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*
- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;*
- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.*

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

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

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Verifica-se que a sanção de advertência (inciso I), a de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (III) e a de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV) podem ser aplicadas juntamente com a sanção de multa (inciso II).

Pelo entendimento da doutrina, **o que determina a escolha da sanção é a gravidade da falta cometida, os prejuízos causados à Administração, as circunstâncias atenuantes e agravantes, entre outros, que devem ser verificados na hipótese concreta.**

A Secretaria requerente deve, portanto, avaliar a gravidade da infração, abrangência e dosimetria da sanção, por revelar decisão de mérito do gestor.

Após, a contratada deve ser notificada para apresentar defesa prévia, conforme se depreende do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, segundo o qual “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Destarte, inaugurado o processo administrativo sancionador, deve ser notificado o particular para apresentar as razões da situação fática que deu azo a abertura do procedimento, podendo, inclusive, ser solicitada pela Administração a entrega do objeto do contrato, caso haja interesse e manifestação da Secretaria neste sentido.

Com ou sem apresentação de resposta, caberá exclusivamente a Secretaria gestora do contrato a decisão acerca da sanção administrativa a ser aplicada, com esteio no princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Após tal decisão, será novamente cientificado o particular sobre a decisão sancionatória, podendo apresentar defesa administrativa de tal medida e, no caso de apresentação de resistência, as razões expostas deverão ser analisadas e rechaçadas pela Secretaria interessada, através de decisão fundamentada.

Mantendo-se a sanção administrativa indicada pela Secretaria, caberá, tão somente, a intimação do particular da decisão definitiva e, cumprido tal ato de ciência, dar-se-á início aos atos administrativos necessários para aplicação da sanção.

d) Da Rescisão Contratual

Preliminarmente, salienta-se que a licitação é o procedimento administrativo prévio às contratações da Administração Pública. Por força de norma constitucional (art. 37, inciso XXI da CRFB/88), em regra, o Poder Público precisa se valer de tal procedimento quando pretender contratar determinado serviço ou adquirir determinado bem.



Dito isto, destaca-se que o contrato administrativo é marcado pela existência de um regime jurídico especial, com maior incidência das regras de direito público, as quais estabelecem prerrogativas para a Administração contratante. Isto acaba por fazer com que as partes deste tipo de contrato não sejam colocadas em pé de igualdade, uma vez que, conforme amplamente sabido, são conferidos à Administração Pública privilégios que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata. São as chamadas “cláusulas exorbitantes”, que constituem poderes conferidos pela Lei à Administração no manejo contratual que extrapolam os limites comumente utilizados no Direito Privado.

O art. 58 da Lei nº 8.666/93, que trata dessas cláusulas, dispõe nos seguintes termos:

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

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

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

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Como se vê, a Administração tem o poder de, unilateralmente, extinguir o contrato administrativo dentro das hipóteses autorizadas por lei (art. 58, inciso II), bem como de determinar a aplicação de penalidades administrativas motivadas pela inexecução de parte ou de todo o contrato por ela firmado (art. 58, inciso IV).



Quanto ao primeiro ponto, qual seja, a rescisão unilateral, assim preconiza o art. 77 e o art. 79, inciso I da Lei nº 8.666/93:

Art. 77. **A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão**, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - **determinada por ato unilateral e escrito da Administração**, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

Eis a relação citada no dispositivo acima indicado:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que



está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

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

(...)

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

Importante esclarecer que **a rescisão contratual não possui natureza sancionatória**; é apenas uma forma de extinção do contrato administrativo, decorrente do citado poder conferido ao ente estatal para resguardar eficazmente o interesse público, quando da ocorrência de algum fato específico que tornou insustentável a relação contratual entre a Administração e a contratada.

De fato, no tocante ao inadimplemento e à rescisão, no âmbito administrativo incidem regras mais severas do que no direito privado, uma vez que a indisponibilidade do interesse público não se compadece com a incerteza ou insegurança do cumprimento das prestações impostas ao particular.

Todavia estes comandos são temperados por alguns outros princípios, quais sejam: a rescisão unilateral somente pode ocorrer com permissão legal, nos casos especificados no inciso I do artigo 79 da lei de regência, mediante ampla defesa e contraditório; por meio de documento escrito; rígida submissão às formalidades legais; motivação, que compreende a fundamentação legal e os motivos que alicerçam a prática desse ato.

Assim, **entende-se que não basta a simples verificação da ocorrência de uma daquelas situações previstas nos incisos I a XII ou XVII para que a Administração, automaticamente, instaure o competente processo administrativo com objetivo de rescindir o contrato.**

Significa dizer que mesmo a decisão de rescindir unilateralmente o contrato em face do inadimplemento da contratada não constitui ato estritamente vinculado, cabendo à

Administração certa margem de discricionariedade que **permite pontuar se essa é ou não a melhor decisão para resguardar o interesse público da contratação.**

Isso porque não se pode perder de vista que os contratos administrativos, como qualquer outra atividade desempenhada pelo Poder Público, têm como fundamento maior uma razão de interesse público, destinando-se sua execução a satisfazê-la. Por isso, tomando em conta a situação fática e concreta, a rescisão poderá ser afastada se, mediante ponderação de valores, ficar comprovado que o desfazimento do ajuste será mais gravoso e prejudicial para a satisfação do interesse público a que o contrato se destina do que tolerar sua manutenção, mesmo diante da irregularidade constatada.

De acordo com o TCU “*é preciso ter a exata noção de que nem todas as hipóteses elencadas no art. 78 da Lei 8.666/93 impõe, se ocorrerem, necessariamente a rescisão do contrato firmado com a Administração Pública. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Casa, reafirmada no Acórdão 1.108/2003 – Plenário, de minha Relatoria, prolatado nos autos do TC 013.546/2002-0*” (Acórdão 1.517/2015, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

Portanto, entende-se que, configurada uma das hipóteses legais que autoriza a rescisão unilateral do contrato, cumpre à Administração contratante realizar um juízo de valor, de modo a identificar, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual alternativa melhor resguarda o interesse público envolto na execução o ajuste¹: a manutenção do contrato, mesmo em face do inadimplemento da contratada, ou a rescisão unilateral deste ajuste. Nos dois casos, deverão ser aplicadas as sanções administrativas cabíveis à contratada.

Nesses termos, a previsão contida na Lei nº 8.666/93, segundo a qual fica a Administração autorizada a rescindir unilateralmente os contratos, deve ser entendida e aplicada como um instrumento em favor da tutela do interesse público sempre que essa medida se revelar adequada para assegurar esse fim.

¹ Justen Filho, 2010, pág. 834.



Também merece registro que **também é conferida a Administração Pública a possibilidade de rescindir os contratos administrativos de forma bilateral**, com fulcro no art. 79, inciso II da Lei 8.666/93.

Tal modalidade de extinção requer, como não poderia ser diferente, a devida motivação pela autoridade competente, conforme preceitua o art. 79, § 1º da Lei nº 8.666/93, o qual exige prévia autorização escrita e fundamentada da autoridade competente apta a demonstrar que se trata de solução condizente com o interesse público correlacionado ao objeto contratual, não podendo ocasionar prejuízo a ele.

Ademais, a despeito de derivar de convergência de vontades entre as partes, **a rescisão amigável não poderá ser adotada quando se estiver diante das hipóteses que configuram caso de rescisão unilateral**. É que, nessas situações, há dever de se proceder à rescisão administrativa, com as consequências daí decorrentes.

Não destoia dessa orientação a jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme se pode depreender da ementa do Acórdão nº 740/2013 - Plenário:

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DA BR-156/AP, KM 577,99 A KM 743,7. INDÍCIOS DE CONTRATAÇÃO IRREGULAR POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATO 22/2011-SETRAP. PROPOSTA DE CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA. ESTADO DO PROCESSO PERMITE A ANÁLISE DE MÉRITO DO CONTROLE OBJETIVO DO CONTRATO 22/2011-SETRAP. ARGUMENTOS APRESENTADOS PELA SETRAP/AP IDÔNEOS PARA AFASTAR A OCORRÊNCIA DA IRREGULARIDADE. ANÁLISE DA LEGALIDADE DA RESCISÃO AMIGÁVEL DO CONTRATO 45/2010- SETRAP. DEFICIENTE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. OBRAS INICIADAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS POSSIBILITAM A CONVALIDAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA SETRAP/AP. OFÍCIO DE CIÊNCIA.

1. O art. 64, § 2º da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, segundo a ordem de classificação, quando a empresa originalmente vencedora da licitação assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste e rescindir amigavelmente



o contrato, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado;

2. A ausência de menção expressa a tal situação fática na Lei 8.666/1993 não significa silêncio eloquente do legislador, constituindo lacuna legislativa passível de ser preenchida mediante analogia.

3. A rescisão amigável de contrato administrativa, especificada no art. 79, inciso II da Lei 8.666/1993, somente é cabível se houver conveniência para administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas na lei para a rescisão unilateral da avença.

4. Os princípios da proteção da confiança, da boa-fé, da proporcionalidade e da razoabilidade possibilitam, no presente caso concreto, a convalidação dos atos jurídicos praticados e a continuidade das obras.

Por fim, deve-se respeitar as disposições firmadas no instrumento contratual quanto à rescisão amigável.

Feitas essas considerações preliminares, cabe voltar os olhos para os princípios que regem o procedimento rescisório.

Conforme já destacado, previamente à formalização da rescisão, deve a Administração observar o devido processo legal - um direito do particular contratado que condiciona o exercício da prerrogativa extraordinária de rescisão unilateral. Por isso, somente pode ser levada a efeito mediante procedimento que franqueie ao interessado a ampla defesa e o contraditório, sendo que a decisão que a determina deve ser adequadamente motivada. É o que estabelece o parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.666/93:

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

Vê-se, assim, que a abertura de processo administrativo para os fins mencionados é obrigatória. Sobre este ponto, recorro aos ensinamentos de Marçal Justen Filho²:

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, São Paulo, Dialética, 2009, págs. 831/832.



“4) A observância do devido processo administrativo

A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio contraditório e observância do devido procedimento administrativo. Expôs-se em outra obra a extensão da garantia assegurada ao particular. Por ora, é imperioso considerar que o devido processo significa que **a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas.** A instauração do procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, inclusive com a definição dos fatos que se pretendem apreciar. Deve-se dar oportunidade ao particular para produzir uma defesa prévia e especificar as provas de que disponha. Em seguimento, deverão produzir-se as provas, sempre com participação do particular. Não se admite a realização de uma perícia sem que o particular possa indicar um representante e o vício não será suprido através da posterior comunicação ao interessado do conteúdo da perícia.

(...)

Após exaurido o procedimento, será proferido o ato administrativo unilateral de rescisão.

5) Rescisão e Vinculação

O ato de rescisão unilateral nas hipóteses dos incs. I a XI e XVII do art. 78, é estritamente vinculado à comprovação da presença de seus pressupostos. **A Administração deverá motivá-lo e indicar, se for o caso, o vínculo de nocividade entre a situação fática e a execução do contrato.** Deverá indicar os fundamentos concretos que conduzem à presunção de impossibilidade de continuidade na execução do contrato. A Administração tem o dever de descrever, concretamente, os fatos relevantes ocorridos. **Isso significa descrever o evento (na sua materialidade), identificar os sujeitos envolvidos, situá-lo no tempo e no espaço e, após, qualificar o fato juridicamente. Não se admitem fundamentações ‘aparentes’, que são aquelas em que apenas se invoca um dispositivo legal.”**

Dessa forma, o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração prerrogativas que a colocam em um patamar de relativa superioridade na relação contratual formada. Tais prerrogativas são autorizadas pela Lei e devem ser exercidas nos estritos limites estabelecidos por ela.

No que tange ao prazo para apresentação de defesa nos casos de rescisão contratual, **muito embora a legislação de regência não tenha previsto prazo específico para apresentação de defesa, cumpre ressaltar que cabe à Administração Pública ofertar prazo razoável para a defesa do interessado na seara administrativa.** A título exemplificativo, o § 3º do art. 87 da Lei 8.666/93 aduz que deverá ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para fins de apresentação de defesa em processo administrativo sancionador que versa sobre a aplicação de sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Assim sendo, **entendo que deva ser concedido o prazo mínimo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa por parte do contratado, com fulcro em juízo de proporcionalidade e razoabilidade.** De se ressaltar, inclusive, que a estipulação de prazo muito exíguo pode ensejar prejuízo ao administrado, o que vem sendo rechaçado pelos Tribunais de Contas , senão vejamos:

RESCISÃO DO CONTRATO – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – INOBSERVÂNCIA – PRAZO DESARRAZOADO DE 24 HORAS PARA DEFESA – TCU. Trata-se de representação acerca de irregularidades na contratação emergencial de serviços de publicidade por dispensa de licitação, em decorrência da rescisão unilateral do contrato anterior. Entre outras falhas, a unidade técnica apontou a inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa na rescisão unilateral do contrato. O relator, após a oitiva dos responsáveis apontados pela unidade técnica, afastou a justificativa de que fora concedido prazo para a empresa apresentar defesa, entendendo desarrazoado o período de 24 horas concedido pela Administração. **Observou que, muito embora “o parágrafo único do art. 78 da Lei 8.666/93 não tenha fixado o prazo para o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos casos de rescisão contratual, a concessão de apenas 24 horas, ao contrário do que defende o responsável, evidentemente não se revela razoável”.** Ressaltou, ainda, que “nem mesmo o conhecimento do recurso interposto pela empresa, o qual foi apreciado pelo próprio presidente, também responsável pela decisão anterior, é suficiente para sustentar a observância dos referidos princípios constitucionais”. **Por fim, verificou que o mesmo entendimento foi adotado em sentença proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em demanda judicial proposta pela representada, que reconheceu a violação ao contraditório e à ampla defesa no**



âmbito do processo administrativo em questão. Diante dos fatos e fundamentos apresentados, o relator julgou procedente a representação, propondo a aplicação de multa individual aos responsáveis, o que foi acatado pela 1ª Câmara. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 442/2017, 1ª Câmara)

Outrossim, a utilização dessas prerrogativas deve sempre atender ao interesse público e respeitar os princípios que conformam o regime jurídico-administrativo.

e) Da Possibilidade de Adoção de Medida Judicial

Como já narrado neste parecer, uma vez descumprida uma obrigação pactuada, tem-se que a licitante está em mora, cabendo a aplicação das penalidades decorrentes do descumprimento do acordado, garantida a ampla defesa e o contraditório, bem como a adoção de medidas judiciais a fim de compelir o cumprimento da obrigação, sem prejuízo da adoção de medidas concomitantes por parte da Administração a fim de licitar novamente a aquisição/serviço, caso de fato não haja o efetivo cumprimento da obrigação.

Portanto, além da aplicação das sanções administrativas cabíveis, cabe à Secretaria requerente analisar a necessidade de adoção de medida judicial cabível a fim de compelir a empresa à execução da obrigação de fazer, caso permaneça descumprindo com suas obrigações, mesmo após devidamente notificada.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, apresento as seguintes conclusões e orientações:

i) para a aplicação de sanções administrativas a empresa contratada e/ou a concretização da rescisão contratual, necessário será a instauração de processo administrativo próprio, onde será conferido ao particular o exercício do contraditório e ampla defesa;



ii) as sanções administrativas que poderão ser aplicadas em desfavor do particular são: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública;

iii) a sanção administrativa de multa poderá ser aplicada cumulativamente com qualquer outra sanção, sendo a única hipótese de cumulação permitida pela legislação, na forma do art. 86, § 1º da Lei 8.666/93;

iv) verificado que o particular permanece descumprindo as cláusulas contratuais firmadas junto a Municipalidade, a juízo do gestor poderá ser determinada a rescisão contratual unilateral do contrato administrativo, observadas as hipóteses legais, sempre sendo permitido ao contratado que se manifeste, no prazo mínimo de 10 (dez) dias, prestigiando-se o princípio do contraditório e ampla defesa;

v) a decisão pela rescisão unilateral independe da aplicação das sanções administrativas;

vi) verificado que o particular permanece descumprindo as cláusulas contratuais firmadas junto a Municipalidade e desde que não seja hipótese de rescisão unilateral, é permitida a Administração Pública a possibilidade de rescisão do contrato administrativo de forma bilateral, observadas as hipóteses legais, sempre sendo permitido ao contratado que se manifeste, no prazo mínimo de 10 (dez) dias, prestigiando-se o princípio do contraditório e ampla defesa;

vii) além da aplicação das sanções administrativas cabíveis, cabe à Secretaria requerente analisar a necessidade de adoção de medida judicial cabível a fim de compelir a empresa à execução da obrigação de fazer, caso permaneça descumprindo com suas obrigações, mesmo após devidamente notificada.

Por derradeiro, autorizo aos agentes públicos vinculados a Subprocuradoria de Processos Administrativos a utilizar tal parecer como modelo referencial, anexando-o aos processos administrativos que guardam relação com a manifestação aqui exarada, sendo certo que tal orientação poderá, a qualquer tempo, ser revista pelo Subprocurador de Processos



Administrativos ou pelo Procurador-Geral do Município, diante de nova compreensão jurídica acerca da matéria.

Ademais, poderá a Secretaria interessada, após indicação precisa de questão não abordada no presente parecer, remeter os autos a este órgão de assessoramento jurídico para fins de complementação da orientação.

É como opina a Subprocuradoria de Processos Administrativos.

Nova Friburgo, na data juntada aos autos.

Carlos Eduardo Vila Nova da Veiga
Subprocurador de Processos Administrativos
Matrícula: 63.347