
PARECER/PGM/RDC-PA Nº 193/2022

Redenção-PA, 05 de maio de 2022.

ORIGEM : Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Lazer – SEMEC
REFERÊNCIA : Memorando nº 447/2022 – DPLC-SEMEC
INTERESSADO : Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Lazer – SEMEC
REQUERENTE : Secretário Municipal da SEMEC – Vanderly Moreira
ASSUNTO : Rescisão do Contrato Administrativo
PROCURADOR : Wagner Coêlho Assunção

EMENTA: LICITAÇÃO. PARECER JURÍDICO. RESCISÃO DO CONTRATO 048/2022, PROCESSO LICITATÓRIO 208/2021, PREGÃO ELETRÔNICO 082/2021. OBJETO: “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, DESTINADO A MERENDA ESCOLAR PARA CUMPRIMENTO DOS PROGRAMAS – PNAE, PNAC E PNAP NO EXERCÍCIO DE 2022, EM ATENDIMENTO A SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZER”. PREVISÃO LEGAL. PENALIDADES/SANÇÕES CABÍVEIS MEDIANTE APURAÇÃO E COMPROVAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO EM DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO, COM AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

I. DOS FATOS E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Trata-se de pedido de parecer jurídico quanto à possibilidade/ permissibilidade de se proceder à rescisão contratual, solicitado pela empresa contratada, bem como de proceder-se ao chamamento do melhor Licitante colocado, para firmar contrato com a Administração.

Contextualizando-se os fatos fora firmado o CONTRATO 048/2022, PROCESSO LICITATÓRIO 208/2021, PREGÃO ELETRÔNICO 082/2021, em que figuram como partes o MUNICÍPIO DE REDENÇÃO-PA, através da **Contratante** SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZER, inscrita no CNPJ 16.677.738/0001-28 e a empresa **Contratada** CHAVES & CHAVES APOIO ADMINISTRATIVO LTDA, inscrita no CNPJ 43.607.085/0001-83, tendo como objeto “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, DESTINADO A MERENDA ESCOLAR PARA CUMPRIMENTO DOS PROGRAMAS – PNAE, PNAC E PNAP NO EXERCÍCIO DE 2022, EM ATENDIMENTO A SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZER”.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

No memorando do presente pedido de parecer jurídico aquela secretaria executiva, através do seu Secretário Municipal, informa, alega e aponta que tal pedido de rescisão do contrato em comento advém do requerimento formulado pela própria Contratada que não teve pedido de reequilíbrio da equação econômico-financeira analisado, mas tal pedido de rescisão só fora formulado depois desta empresa ter sido notificada por diversas vezes à proceder à entrega dos objetos solicitados pela Administração.

Naquele pedido a Licitada alega a impossibilidade/impedimento de manter-se a continuidade do contrato firmado em virtude do aumento dos preços do objeto revendido à Administração.

Já das justificativas à presente solicitação de parecer jurídico noticia o secretário municipal Requerente que o *PEDIDO DE RESCISÃO* fora protocolizado em 29/04/22, para fins de rescisão amigável. Expõe a secretaria em suas justificativas:

CONSIDERANDO, que a contratada protocolou junto ao Departamento de Planejamento, Licitação e Gestão de Contratos em 24 de março de 2022 o pedido de reequilíbrio econômico financeiro, porém a empresa suspendeu as entregas nas unidades escolares antes mesmo a esta data.

CONSIDERANDO, que o Jurídico em nome da Servidora TALITA MOREIRA, assessora especial da Secretaria de Educação, Cultura e Lazer, protocolou junto a CPPAAR, no dia 01 de abril de 2022 as notificações, relatório do fiscal de contrato e memorando das unidades escolares (documentos em anexo) onde a empresa não cumpriu com a entrega antes mesmo do pedido de reequilíbrio financeiro, prejudicando o fornecimento da merenda escolar em todas as escolas do município de Redenção – PA, no qual foi publicado portaria de nº004/2022 no dia 04 de abril de 2022 (em anexo).

CONSIDERANDO, que o processo de reequilíbrio econômico financeiro se encontra no CONTROLE INTERNO da SEMEC desde o dia 07/04, no qual o CONTROLADOR, está no aguardo da publicação do Decreto referente a regulamentação relativo ao reequilíbrio financeiro, para efetivar o parecer viável tanto para a administração quanto para a empresa contratada.

CONSIDERANDO, que a Contratada protocolou junto ao Departamento de Planejamento, Licitação e Gestão de Contratos em 29 de abril de 2022 a rescisão contratual **amigável**, (documento em anexo).

Portanto, cabe a Procuradoria Geral do Município recomendar sobre a rescisão contratual amigável ou com penalização.

Deste modo, considerando a fundamentação acima, conclui-se pela possibilidade de realização da rescisão contratual: **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, DESTINADO A MERENDA ESCOLAR PARA CUMPRIMENTO DOS PROGRAMAS – PNAE, PNAC E PNAP NO EXERCÍCIO 2022, EM ATENDIMENTO A SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZER** referente ao contrato nº048/2022.

Portanto, solicita-se que o pedido seja remetido ao departamento competente para dar seguimento a rescisão contratual e para chamamento do SEGUNDO COLOCADO, o mais breve possível.

Por sua vez, a Licitada fundamentara seu pedido de rescisão assim:

1. RELATÓRIO

A empresa logrou-se vencedora em no Pregão Eletrônico nº 082/2021, cujo objeto **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, DESTINADO A MERENDA ESCOLAR PARA CUMPRIMENTO DOS PROGRAMAS – PNAE, PNAC E PNAP NO EXERCÍCIO 2022, EM ATENDIMENTO A SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZE.** No entanto, ao executar tais serviços a equipe designada pela empresa se deparou com obstáculos propostos pela administração que impossibilitam a efetividade na execução do contrato, conforme será demonstrado adiante. Além do mais, o preço orçado não supre a real necessidade do fornecimento exigidas, uma vez que conforme será comprovado adiante, o valor cotado à época da licitação não é mais suficiente para cobrir os custos e insumos do contrato. Além de tudo, houve um aumento bastante significativo nos itens adjudicado a empresa.

(...)

1. DO FATO DA ADMINISTRAÇÃO

Conforme pedido de reequilíbrio-econômico protocolo de nº 947/2022 na data de 24 de março de 2022 de feito pela empresa e ate o momento não obteve deferimento pela secretaria municipal de educação.

1. DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Conforme documentos anexos no pedido do de reequilíbrio- econômico, ofício 001/2022 na data de 24 de março de 2022 está requerente comprova a elevação dos custos dos produtos ofertado,

Esses fatos impedem a continuidade do contrato nos preços originalmente propostos, e tratam-se de reflexos previsíveis, porém, com efeitos retardadores e incalculáveis à época do contrato, pois tais circunstâncias acabam por demandar muito mais tempo para a execução do serviço e consequentemente mais mão de obra, o que acaba encarecendo demasiadamente a.

É completamente temerário manter a continuidade do contrato, sem que a equação econômico-financeira prevaleça, dando espaço a preços irrisórios e insuficientes a manter as despesas mínimas da empresa contratada.

(...)

Verifica-se que a cláusula sétima do contrato preços permite expressamente que se faça revisão ou cancelamento dos preços ali constante, mediante negociação entre o órgão gerenciador e fornecedor (es), para reestabelecer a justa relação financeira, na hipótese de fatos supervenientes imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos de execução do ajustado, configurando álea econômica extra ordinária e extracontratual.

Portanto, diante da evidência de desequilíbrio na equação entre despesas e receitas, outra não pode ser a conduta da contratante se não a de revisar o contrato, a fim de que a Requerente tenha condições de dar continuidade ao fornecimento com base no princípios do equilíbrio econômico-financeiro, da boa-fé e segurança jurídica.

Por fim, anexara ao memorando em epígrafe a seguinte documentação: Justificativa de Rescisão Contratual, Pedido de Rescisão e do Reequilíbrio da Equação Econômico-Financeira da Licitada, cópia do Contrato em epígrafe.

Eis o necessário a relatar.

II. DO FUNDAMENTO JURÍDICO

Inicialmente é válido registrar que o parecer jurídico visa a informar, elucidar, enfim sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa.

Cumpra esclarecer, também, que toda verificação desta Procuradoria Geral do Município – PGM, através de seus Procuradores Jurídicos tem por base as informações prestadas e a documentação encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública.

Portanto, tornam-se as informações como técnicas dotadas de verossimilhanças, pois não possui esta PGM os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigações para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos a serem realizados e/ou até aqui realizados e a se realizar.

Toda manifestação expressa é posição meramente opinativa sobre o caso concreto apresentado, não representando prática de ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe à análise dos aspectos de legalidade nos termos da Lei nº 8.666/93, aqui especificamente. Nota-se, assim que em momento algum se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas ao pedido do presente parecer jurídico.

Assim, sigamos com a análise e fundamentação jurídica e, alfim a expressa opinião jurídica, com recomendações, estas se necessárias.

II.1. DA RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Inicialmente destacamos que *“A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”*, conforme dispõe a redação do art. 77, da Lei de Licitações.

Logo, tal inexecução contratual inicialmente ensejará a rescisão contratual. Após a confecção e publicação do termo de rescisão contratual, decorrerá e se empreenderá à aplicação das consequências (penalidades/sanções), sejam elas previstas no próprio contrato administrativo, sejam decorrentes da lei ou demais normas.

Quanto aos motivos que ensejam à rescisão contratual elencados estão nos incisos I a XVIII, do art. 78, da Lei 8.666/93 e, à formalidade da motivação no seu parágrafo único. Vejamos:

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;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

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

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

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

Já quanto às possibilidades de rescisão contratual, dispõe o art. 79 e incisos, da Lei de Licitações:

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;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

IV - (VETADO)

§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

Por fim, quanto às consequências acarretadas à rescisão unilateral, dispôs o art. 80, da multicitada lei licitatória:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

§ 4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

Passada essa visão geral de que o contrato administrativo pode ser rescindido, em virtude de sua inexecução total ou parcial, quando da ocorrência de um ou mais dos motivos elencados na Lei de Licitações, bem como os tipos de rescisão permitidos e previstos legalmente e, ainda, as consequências advindas do ato rescisório, mister se faz um estudo mais aprofundado nos tipos de rescisão do contrato administrativo e nas suas consequências, para que possamos ver e entender quando e como serão possíveis de se proceder e/ou mesmo obrigatório(a)(s), nesta (consequências) devendo-se aplicar o reparo necessário e devido à parte de direito, naquele (tipos de rescisão) caso não havendo opção de escolha por um ou outro tipo.

II.2. DOS TIPOS DE RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Vimos no item *II.1* à rescisão contratual são previstos três tipos: unilateral, amigável e judicial. Cada uma delas com sua previsibilidade, requisitos e, quiçá, permissibilidade ou não de escolha.

Como os três tipos sugerem, unilateral é a rescisão promovida apenas por uma das partes da avença, sem a necessidade de anuência da outra; amigável é aquela em que ambos os contraentes anuem com o término da relação contratual; e, por fim, a judicial é a determinada pelo Poder Judiciário.

Os três tipos de rescisão em análise possuem diferentes formas de materialização. Por isso a importância de abordar, um a um, os procedimentos necessários para a concretização do término da avença. Vejamo-nas uma a uma.

II.2.1. Da rescisão unilateral (art. 79, I, da Lei 8.666/93)

A rescisão unilateral é cabível quando da ocorrência dos motivos elencados nos incisos I a XII e XVII da Lei 8.666/93. Resumidamente ela é caracterizada e imposta em três situações: a) descumprimento pelo Contratado de cláusulas contratuais e/ou dispositivos legais, principalmente os da Lei de Licitações, hipóteses encaixadas nos incisos I a XI desta lei, b) razões de interesse público e c) ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

A primeira ponderação que se deve fazer é a de que a rescisão unilateral é ato apenas da Administração contratante. Não há ato de rescisão unilateral de iniciativa do contratado, inclusive por total falta de amparo legal para tanto.

A rescisão por ato unilateral produz seus efeitos jurídicos desde logo. Aplica-se o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Logo, o particular ficará sujeito, desde imediato, às decorrências da extinção do contrato.

Dando início ao procedimento a autoridade competente no âmbito do órgão ou entidade rescindenda, deve motivar o ato propositivo da rescisão e fazer constar tal ato do processo administrativo que tratará do assunto na repartição, podendo ser os mesmos autos que cuidam da contratação em si, sem a necessidade de autuação de processo apartado.

Após a motivação do ato, deve-se expedir intimação ao contratado da intenção de rescisão, por meio de ofício, carta, e-mail, ou outro meio de comunicação idôneo¹, podendo ser até pelo *Whats App*, desde que a ciência seja considerada

¹ Entendimento extraído dos arts. 188 e 193 c/c o art. 15 do Código de Processo Civil.

Art. 188, NCPC: *Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.*

Art. 193, NCPC. *Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.*

inequívoca, para que o contratado possa exercer a ampla defesa e o contraditório quanto aos fatos a ele imputados.

Mister ressaltar que inexistindo competência legal específica deve-se atentar para o disposto no art. 17 da Lei Federal nº 9.784/1999, no sentido de que, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

Apresentado o entendimento do particular no exercício da ampla defesa e do contraditório, que não possui forma definida em lei, a Administração tem dois caminhos possíveis: a) rescindir definitivamente o contrato; ou b) rever a intenção de rescindi-lo², mantendo-o vigente.

Na primeira situação, abre-se a possibilidade de interposição de recurso administrativo ao particular³, **de 05 (cinco) dias úteis**, sem, contudo, obstar a produção de efeitos da rescisão, haja vista que o referido recurso não possui efeito suspensivo.

Destaca-se a importância do imposto e necessário devido processo legal administrativo para a rescisão unilateral do contrato administrativo. Nas lições de Marçal Justen Filho⁴:

“4) A observância do devido processo administrativo

*A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao 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.”*

No mesmo sentido, a jurisprudência do TCU:

Art. 15, NCPC. *Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

² Nos termos das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, ou do art. 53 da Lei Federal nº 9.784/1999.

Súmula 346, do STF: *“Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo”.*

Súmula 473, do STF: *“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.*

³ Art. 109, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 8.666/1993.

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

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

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;

⁴ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª Ed. Revista dos Tribunais. p. 1120.

“Destaco que o recorrente contrariou os termos da Lei 8.666/1993, especialmente os arts. 78 e 79, ao não seguir as hipóteses previstas de rescisão; não conceder a contratada a oportunidade de contraditório e ampla defesa; não levar em conta o dever de indenizar a empresa e não motivar formalmente a rescisão.

Ademais, o responsável seguiu parecer emitido pela Assessoria Jurídica sem qualquer fundamentação jurídica e com a simples observação de que as despesas enumeradas pela Sicpa fazem parte do risco do negócio” (Acórdão 422/2010, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro).

“Para que a defesa, necessária em processos de rescisão contratual unilateral, possa ser plenamente exercida, há necessidade de que o ato da Administração potencialmente lesivo a direitos do contratado seja adequadamente motivado e que seja observado o direito ao contraditório” (Acórdão 1.343/2009, Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira).

“No presente caso, a necessidade de motivação e garantia do contraditório e da ampla defesa, para regular utilização do instrumento da rescisão administrativa, ainda que não pudesse, numa interpretação estreita, ser fundada no art. 79, § 1º, da Lei 8.666/1993, o que não me parece ser o caso, reflete, antes de tudo, o exercício do cumprimento de mandamentos constitucional e legal.

A ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal, no art. 5.º, LV: ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’.

Para que a defesa, necessária em processos de rescisão contratual unilateral possa ser plenamente exercida, há necessidade de que o ato da Administração potencialmente lesivo a direitos do contratado seja adequadamente motivado e que seja observado o direito ao contraditório” (Acórdão 1.343/2009, Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira).

Por fim e finalizando o procedimento administrativo para a rescisão contratual unilateral, após seu exaurimento é que será proferido o ato administrativo unilateral de rescisão.

II.2.2. Da rescisão amigável (art. 79, II, da Lei 8.666/93)

Na rescisão amigável ambas as partes contratantes devem estar de acordo com a finalização do ajuste feito anteriormente, reduzindo esta vontade a termo, com a ressalva de que, para que se concretize, deve haver conveniência para a Administração. Se não houver, não há que se falar em rescisão amigável.

Quanto à necessidade da concretização da conveniência para a Administração Pública para autorização de rescisão amigável, a Jurisprudência do TCU:

“Não se verificou, nesse caso concreto, conveniência da Administração Pública em rescindir amigavelmente a avença, conforme exige o art. 79, II, da lei 8.666/1993, pois foi a empresa ... que injustificadamente deu causa à inadimplência contratual.

Portanto, incumbia à Administração Municipal, antes mesmo de proceder a rescisão unilateral por inexecução do ajuste e após assegurar defesa prévia, envidar as medidas necessárias à aplicação de sanção à contratada, conforme

estabelecem os arts. 79, II, 86 e 87 da lei 8.666/1993” (Acórdão 2.558/2006, 2.^a C., rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

O procedimento, neste caso, pode partir tanto do particular quanto do Poder Público, pelos meios mais variados. No termo a ser firmado, devem ser pactuadas todas as condições; indenizações devidas de parte a parte; quitação de obrigações, entre outros aspectos. Desse tipo de rescisão não cabe sequer recurso administrativo.

Sabendo que a rescisão amigável requer que a Administração Pública demonstre a conveniência e a oportunidade em torno do término do contrato, que devem se justificar em razão da perda de interesse na execução do objeto, motivada por fato posterior à contratação, pergunta-se: **“No caso de inexecuções reiteradas, é possível rescindir amigavelmente o contrato?”** A resposta curta e seca é **NÃO!** Explicuemos:

Não pode se confundir razões de conveniência e oportunidade para a Administração com liberdade para adotar a conduta mediante fundamento na livre vontade da autoridade. A previsão legal que autoriza a rescisão amigável quando houver conveniência para a Administração exige a demonstração de que a execução do contrato se tornou inconveniente ou inoportuna considerando a finalidade a que se destinava. Nesse caso, havendo a concordância do particular, a Lei nº 8.666/1993 admite a rescisão amigável.

Essa hipótese de desfazimento do contrato não pode ser adotada nos casos em que se verificar o descumprimento da contratada, principalmente quanto aos motivos elencados nos incisos I a XI, do art. 78, da Lei nº 8.666/93). Nesses casos, como regra, impõe-se a rescisão por ato unilateral da Administração seguida da instauração de processo administrativo para apurar a conduta do particular e, se for o caso, aplicar as sanções devidas.

Nesse sentido é a orientação do TCU:

O instituto da rescisão amigável previsto na Lei 8.666/93 tem aplicação restrita, uma vez que não é cabível quando configurada outra hipótese que dê ensejo à rescisão e somente pode ocorrer quando for conveniente para a Administração. Por conseguinte, não pode resultar em prejuízo para o contratante. Sendo necessário o serviço, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato. (TCU, Acórdão nº 3.567/2014, Plenário.) Grifamos.

1. Sendo necessária a execução do objeto ajustado, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar a rescisão amigável do contrato, pois tal instituto tem aplicação restrita e não é cabível quando configurada outra hipótese que dê ensejo a rescisão unilateral ou anulação do ajuste. (TCU, Acórdão nº 845/2017, Plenário.) Grifamos.

Importante destacar que **“A eventual morosidade do processo administrativo de rescisão unilateral não pode ser considerada para justificar a rescisão amigável do contrato administrativo, que somente se admite quando conveniente para a Administração e não houver motivos para a rescisão unilateral”**. (TCU, Acórdão nº 2.205/2016, Plenário.)

Em resumo, não cabe rescisão amigável do contrato se a Administração ainda tem interesse na execução do objeto. Nessa hipótese, o cometimento reiterado de inexecuções contratuais por culpa do contratado configura inadimplemento culposos, dando causa à rescisão unilateral do contrato, seguida da aplicação das sanções administrativas cabíveis.

II.2.3. Da rescisão judicial (art. 79, III, da Lei 8.666/93)

Na rescisão judicial a vontade das partes é substituída pela vontade judicial, que determinará o modo e as condições de encerramento da avença.

II.3. DOS EFEITOS (CONSEQUÊNCIAS) DA RESCISÃO CONTRATUAL

Como vimos no item *II.1* a rescisão do contrato administrativo pode gerar várias repercussões, inclusive com a aplicação de sanções previstas na lei ou no próprio contrato. A principal delas a extinção da avença, dispensando-se as partes, a priori, dos direitos e deveres que comumente estabeleceram, a partir do termo final a ser fixado para o caso concreto, seja na rescisão unilateral, na ajustada entre as partes ou na decidida pelo Poder Judiciário.

Legalmente falando as consequências possíveis e cabíveis de aplicação são aquelas descritas no art. 80, da Lei 8.666/93. Quais sejam:

II.3.1. Assunção imediata do objeto do contrato (art. 80, I e II, LLCA)

Facultada à Administração não lançar mão dela, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração.

É possível analisar tal assunção envolvendo, inclusive, a ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade.

Nos casos de serviços essenciais, a Administração possui também a prerrogativa de 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.

Nestas situações excepcionais, como envolvem a utilização de patrimônio, pessoal e serviços de particulares, deve haver autorização expressa do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Secretário Municipal competente, conforme o caso.

II.3.2. Cessação do dever de pagamentos pelos serviços prestados

Não tendo havido a assunção imediata do objeto do contrato, a primeira das obrigações da Administração a ser interrompida quando há a finalização da

execução contratual é a cessação dos pagamentos devidos ao particular, assim que for paralisada a prestação dos serviços.

Todavia, a essa mesma lei estabelece que o contratado tem direito a tais pagamentos, nas hipóteses dos incisos XII a XVII do art. 78, se não houver culpa dele na rescisão.

II.3.3. Desconto na garantia prestada (art. 80, III, LLCA)

Em havendo prejuízos causados à Administração, e nos contratos em que foi exigida a apresentação, na forma do art. 56 da Lei 8.666/93, de garantia à execução do contrato, esta pode, nas hipóteses legais, ser utilizada para a reparação.

É o caso, por exemplo, do ressarcimento à Administração dos valores das multas e indenizações a ela devidos.

II.3.4. Eventuais indenizações por prejuízos c/c retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, IV, LLCA)

Há casos, entretanto, que a extinção contratual gera a necessidade de reparar eventuais danos ou prejuízos que quaisquer das partes tenham experimentado com o fato.

Nesse diapasão, a indenização tanto pode ser pleiteada pela Administração, em face do particular, ou vice-versa, todos a serem devidamente apurados e comprovados.

Existem situações como, por exemplo, nos contratos em que a Administração pode contratar particulares em regime de exclusividade. Nestes casos, deve arcar com eventual multa prevista no próprio instrumento em razão do desfazimento contratual ou, até mesmo, do tempo restante de vigência contratual até o término ordinário da avença, sem considerar eventuais prorrogações, posto que estas podem ou não ocorrer.

O custo da desmobilização também é rubrica reembolsável pela Administração, nas hipóteses legais e desde que não haja culpa do particular pela rescisão.

O regime jurídico dos contratos administrativos ainda autoriza o contratante a reter os créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Quanto às indenizações das perdas e danos da Administração Pública, Marçal Justen Filho leciona⁵:

⁵ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª Ed. Revista dos Tribunais. p. 1127.

“4) Indenização das perdas e danos da Administração

A Administração mantém seu direito de ser indenizada pelas perdas e danos sofridos, se for o caso. É necessário distinguir as diversas hipóteses previstas no art. 78. Em algumas delas, a rescisão decorre do cumprimento defeituoso ou inexistente da prestação. Nesses casos, caracteriza-se um dano emergente para a Administração. Em outras hipóteses, porém, o particular não deixou de cumprir diretamente seus deveres; há indícios sérios e fortes de que não terá condições de executar as prestações. Quando isso se passa, não há danos emergentes a reparar. A Administração não recebeu prestação que exija reparo ou refazimento.”

Já quanto aos danos emergentes, continua o doutrinador⁶:

“Incluem-se entre os danos emergentes as despesas que a rescisão acarretará para a Administração (tais como a publicação de novos atos convocatórios, o custo de processamento da nova licitação)”.

Por fim, citado doutrinador aponta a necessidade de ressarcimento dos lucros cessantes e, ainda, a possível aplicação cumulada da multa rescisória contratual⁷:

“Além dos danos emergentes (quando cabíveis), a Administração deve exigir ressarcimento pelos lucros cessantes. Corresponde ao montante a maior que a Administração será obrigada a desembolsar para obter a execução da prestação que devia ser executada pelo particular. A diferença entre o que o contrato anterior previa como devido e o valor que, posteriormente à rescisão, a Administração estiver sujeita a desembolsar, corresponderá aos lucros cessantes. Mas os lucros cessantes poderão ser mais amplos, em outros casos, a depender da comprovação do montante que a Administração deixou de receber em virtude da rescisão. Assim, suponha-se hipótese em que o particular contratado tiver inadimplido contrato de empreitada de obra pública - a qual se destinava, na sequência, a ser explorada mediante a cobrança de pedágio. A demora na conclusão da obra pode acarretar o diferimento na percepção de receitas, o que deverá ser indenizado a título de lucros cessantes.

Além da indenização por perdas e danos, poderá cogitar-se do pagamento da multa prevista contratualmente. O regramento da figura da multa é complementado pelos arts. 86, § 2º e 87, § 1º.

É questionável a cumulação entre multa e indenização por perdas e danos. Se reconhecida à multa a natureza de pré-estimação das perdas e danos, inexistiria cabimento na cumulação.

Ter-se-ia figura assemelhada à cláusula penal do direito privado. Eventualmente, porém, a multa teria a natureza de penalidade administrativa. Destinar-se-ia não a compensar as perdas e danos, mas a desincentivar a conduta lesiva à Administração.

Quando a multa se caracterizar como compensatória das perdas e danos, ela absorve qualquer indenização. Exclui a possibilidade de cobrança de outros valores a título de perdas e danos. Já a multa administrativa propriamente dita, enquanto penalidade, é perfeitamente cumulável com as perdas e danos.

No caso concreto, não é fácil distinguir a natureza da multa. Pode-se afirmar que, quando seu valor for fixado sem vínculo com a prestação contratual, a multa se caracteriza como administrativa. Já quando a multa é fixada em percentual sobre o valor da prestação, envolve uma estimação prévia das perdas e danos.”

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

III. DO CASO CONCRETO

Antes de adentrarmos ao caso concreto, que está na fase de rescisão contratual, necessário se faz informar que o processo licitatório que originou o instrumento rescindendo se deu de forma regular, obedecendo-se ao regramento pátrio das licitações públicas. O mesmo foi devidamente homologado. A adjudicação ocorreu nos termos da lei e, assim, procedeu-se à firmação do negócio jurídico perfeito com a assinatura do contrato.

Temos, em síntese, do caso concreto que em que pese a Contratada ter pedido rescisão contratual, nos termos do art. 78, XVII, da Lei de Licitações, alegando que os valores contratados se tornaram inexequíveis, em virtude do aumento dos preços repassados pelos seus fornecedores dos itens aqui licitados, daí se originando o seu pedido de reequilíbrio da equação econômico-financeira, que por sua vez sequer fora analisado.

Todavia, a falta de análise do pedido de reequilíbrio da equação econômico-financeira em prazo recorde, e que o particular entenda plausível, não é suficiente e/ou dá guarida à Licitada em suspender e não mais fornecer à Administração os objetos licitados, quando devidamente solicitados. Deveria, penso eu, ter reiterado seu pedido do reequilíbrio econômico-financeiro e/ou à época imediata ter solicitado a sua rescisão contratual amigável, sem causar prejuízos e/ou danos à Administração, que sabemos não pode parar.

Agindo assim a Licitada, incorreu em inexecução contratual, mesmo que parcial, não cumprindo à risca as suas obrigações. Lembro-lhes que o direito da Licitada não sobrepõe os seus deveres perante à Administração.

Como vimos do estudo detalhado de todo o “item II” não é cabível ao caso em comento a rescisão amigável ou mesmo a rescisão unilateral sem aplicação de penalidades. Nesta há sempre a necessidade de aplicação das penalidades cabíveis ao caso analisado, uma vez que a Administração Pública sempre sairá prejudicada com o termo antecipado do contrato. Naquela, AMIGÁVEL, nunca será observada e cabível quando da ocorrência de qualquer motivo ensejador da caracterização da inexecução contratual, principalmente os motivos elencados nos incisos I a XI, do art. 78, da Lei 8.666/93.

Tal inexecução contratual por parte da Contratada é ratificada por esta própria no seu Pedido de Rescisão Contratual, onde comprova que não mais entregou e nem conseguiria entregar o objeto contratualizado, sob a alegação do aumento dos preços dos bens adjudicados, o que oneraria e muito a sua entrega à Administração.

Assim, mesmo necessitando de uma apuração mais detalhada a ser procedida no procedimento administrativo necessário à rescisão contratual, para sua devida comprovação, vislumbra-se que a Contratada incorreu em falta para com a Administração, onde elencada estaria nos motivos ensejadores à rescisão unilateral dispostos nos incisos I a V, do art. 78, da Lei de Licitações.

Reiteramos: a elencação dos possíveis motivos acima por este signatário apontados é o que se transparece ao primeiro contato, cabendo no devido processo legal administrativo diligenciar-se para a comprovação do(s) motivo(s) ensejador(es) e resguardador(es) à rescisão contratual e aplicação das penalidades/sanções/consequências cabíveis ao caso, não sendo o que aqui vos expõe o responsável por tais apurações e diligências.

IV. DA CONCLUSÃO E OPINIÃO JURÍDICA E DAS RECOMENDAÇÕES

Ante o exposto, opina-se juridicamente, com fulcro nas normas jurídicas pátrias e se alinhando aos melhores e mais aceitos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, **FAVORÁVEL À RESCISÃO UNILATERAL, nos termos do art. 79, I, da Lei 8.666/93 c/c aplicação das sanções/penalidades/consequências cabíveis ao caso concreto, previstas no art. 80, da Lei 8.666/93 e no contrato em epígrafe.**

Recomenda-se, para tanto:

- a) Abertura de procedimento administrativo similar ao devido processo legal administrativo, caso ainda não instaurado, com ampla defesa e contraditório, apontando-se o(s) motivo(s) da inexecução contratual (elencados no art. 78, da Lei 8.666/93), com a notificação prévia e abertura de prazo legal à Contratada para apresentar ou não defesa prévia com suas alegações e documentos quanto à rescisão unilateral a ser procedida.
- b) Após, publicação do termo rescisório nos meios oficiais e notificação da Contratada quanto à rescisão unilateral procedida e abertura de prazo recursal.
- c) Seguida da rescisão contratual sejam aplicadas as penalidades/sanções/consequências, observando-se, ainda, devido processo legal administrativo, com ampla defesa e contraditório, com a devida notificação da Contratada para, querendo, defender-se.
- d) Posterior à rescisão, mas sem necessidade de aguardar o término do devido processo legal administrativo citado, seja dado o regular andamento no processo licitatório homologado em questão, com o chamamento do licitante habilitado/classificado, se houver, obedecendo-se na íntegra aos termos gerais da LLCA.

Wagner Coêlho Assunção

Procurador Jurídico

C.S.T. Nº 103272/2022

OAB/PA 19.158-A