

PARECER Nº 628/2021 – NSAJ/SESMA/PMB

PROTOCOLO Nº: 26459/2020 - GDOC.

INTERESSADA: RT NUTRIÇÃO/NUPS/SESMA

ASSUNTO: POSSIBILIDADE DE RESCISÃO CONTRATUAL

ANÁLISE: MINUTA TERMO DE RESCISÃO DO CONTRATO Nº 335/2019-SESMA

Ao Gabinete

Senhor Secretário,

Tratam os autos de solicitação do **RT NUTRIÇÃO/SESMA** para análise sobre a possibilidade de rescisão contratual sob nº 335/2019, celebrado com a empresa **NUTRI BRASIL LTDA** e esta Secretaria Municipal de Saúde de Belém, que foi contratada para fornecimento de refeições preparadas transportadas e destinadas a alimentação de pacientes e acompanhantes para rede de atenção de urgência e emergência da SESMA.

I – DOS FATOS

Recebo os presentes autos no estado em que se encontram.

Trata-se de análise de Minuta de Termo de Rescisão ao Contrato nº 335/2019, celebrado entre a Secretaria Municipal de Saúde de Belém e a empresa **NUTRI BRASIL LTDA**, em face de interesse público e obedecendo aos princípios constitucionais elencados na Lei de Licitações e Contratos.

O referido contrato tem por objeto a prestação de serviço fornecimento de refeições preparadas transportadas e destinadas a alimentação de pacientes e acompanhantes para rede de atenção de urgência e emergência da SESMA, conforme condições e especificações descritas no contrato.

Consta nos autos manifestações/relatórios da área técnica de nutrição

que identificou várias irregularidades na execução do fornecimento das refeições preparadas, que estão ocasionando graves prejuízos para SESMA.

Consta, ainda, que o DEUE se manifesta favorável a rescisão contratual, condicionado a finalização do processo licitatório que está em andamento.

O Núcleo de Contratos certificou que “PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 108/2020-SESMA, processo nº 9407/2020, através do qual já foi autorizado pelo Sr. Secretário a convocação da segunda colocada para a assinatura da Ata de Registro de Preços nº 022/2021, assinada em 14/04/2021”

Foram os autos remetidos a este Núcleo de Assuntos Jurídicos para efeito de análise de possibilidade de rescisão contratual e aprovação da referida minuta, na forma prevista no parágrafo único, do art.38, da Lei nº8. 666, de 21 de junho de 1993.

Esta é a síntese dos fatos que vinculam a consulta.

II – DO DIREITO

Primeiramente, é importante ressaltar que a presente análise, limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos setores competentes desta Secretaria.

A vigente legislação que trata da matéria de contratos no âmbito da Administração pública (Lei nº 8.666, de 1993) prevê a possibilidade de a avença ser rescindida unilateralmente (art. 79, inciso I, do citado diploma normativo).

Diz o seguinte o referido dispositivo legal, textualmente:

“Art. 79. Rescisão do contrato pode ser:

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

Informa o art. 78, inciso I, do mesmo diploma legal anteriormente citado, que constitui motivo para rescisão do contrato o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos.

Conforme é possível depreender-se das informações acostadas aos autos, a rescisão se dará por interesse público da Administração Pública devido a empresa não cumprir com as cláusulas contratuais, dentre elas as condições de fornecimento das refeições que são entregues de forma inadequada. Assim como, existência da chamada do segundo colocado no novo processo licitatório PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 108/2020-SESMA finalizado, conforme consta em documentos acostados aos autos.

A respeito da conceituação do termo de Distrato, observa-se o que esclarece o Professor MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA, em sua textualidade:

“Do latim *distractus*, dissolução. Dissolução do contrato motivado pela rescisão, pela resilição ou pela resolução. Pode ser amigável ou litigioso, representado, neste último caso, pela sentença resolutória.”

Pelo que se pode inferir da transcrição supra, tem-se que o distrato no âmbito da Administração Pública deve ser feito de forma consensual, por acordo entre as partes, com suporte no disposto no art. 79, inciso II, do Estatuto das Licitações, mas no **caso posto a rescisão unilateral deverá ter por suporte jurídico o inciso I, do mesmo artigo de lei citado.**

Observa-se que no caso de rescisão do contrato administrativo e unilateralmente, deve-se ter presente o interesse público, de forma que antes da efetiva solução do contrato, o gestor público observe o princípio constitucional da razoabilidade.

Ademais, a rescisão administrativa amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, na forma prevista no §1º, do art. 79, do Estatuto das Licitações.

Deve-se, ainda, ter em consideração que os itens objeto do contrato assinado pela nominada empresa são de fundamental importância para o desempenho das atividades institucionais prestadas por esta Secretaria.

Tem-se assim que a Administração encontra motivação juridicamente válida para rescindir o contrato noticiado, unilateralmente, mas, por uma questão de interesse público, porém, deve ser observado o contraditório e ampla defesa, com a oitiva da empresa relativamente à pretensão de extinção da avença, para que, posteriormente, ela não possa

alegar cerceio de defesa e que não lhe foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente previstos.

Desse modo, não vislumbra-se óbice jurídica quanto a rescisão unilateral do contrato, em consonância ainda com a previsão da cláusula terceira, item 3.1 do contrato nº 335/2019.

2.1 – DA ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO – INEXECUÇÃO CONTRATUAL

O contrato administrativo é um ato bilateral ajustado entre a administração pública e o particular, é firmado livremente pelas partes, ajustando entre as partes obrigações e direitos recíprocos, estes se obrigam a prestações mutuas e equivalente em encargos e vantagens.

É cediço que o licitante tem o dever de manter sua proposta. Nesse sentido, o art. 16 do Decreto Municipal nº 47.429/05 é claro. Leia-se:

Art. 16 O licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução do seu objeto, **não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato**, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração e será descredenciado do Cadastro da Secretaria Municipal de Administração - SEMAD, pelo prazo de até 05 (cinco) anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.
Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no Cadastro da Secretaria Municipal de Administração - SEMAD.

Dessa forma, se a Administração entender que os argumentos trazidos pelo contratado não são suficientes para justificar a má prestação do serviço, e que ele deve, portanto, honrar sua proposta, não é dada outra alternativa senão proceder à abertura de processo administrativo para aplicação de sanções ao contratado que deixar de mantê-la.

Veja que a inexecução e os atrasos cominam a aplicação de sanções administrativas previstas no art. 86 e 87 da Lei de licitações 8.666/93:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente (grifos nossos).

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - 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 (grifos nossos).

§ 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. ([Vide art 109 inciso III](#))

Deve-se frisar que a inexecução do contrato pode resultar de um ato ou omissão do contratado, agindo a parte com negligência, imprudência e imperícia, ou seja, uma inadimplência contratual com culpa do agente contratado. Como podem ter ocorrido causas justificadoras, ou seja, sem que o contratante desse causa ao descumprimento das cláusulas contratuais, agindo assim sem culpa, podendo ele se libertar de qualquer responsabilidade assumida, pois o comportamento é alheio à vontade da parte.

Ocorre que, a aplicação de penalidade administrativa deve ser cercada de todas as garantias constitucionais pertinentes, especialmente do contraditório e da ampla defesa.

Logo, para evitar futuras nulidades, recomenda-se que o rito obedeça às fases apresentadas abaixo:

1.1 – Registro da infração contratual

A infração contratual nada mais é do que o descumprimento de cláusulas do contrato. Relacionadas, direta ou indiretamente, com a inexecução, parcial ou total, do objeto contratado.

In casu, considerando os documentos juntados aos autos verifica-se que trata-se de inexecução parcial do contrato em decorrência do atraso na entrega dos itens constante do Contrato nº475/2017, decorrente da Ata de Registro de Preços nº069/2017, uma vez que o atraso na entrega causou prejuízos a esta Secretaria e a seus usuários.

Destarte que a ciência da Administração normalmente se dá por relatório do fiscal do contrato, mas nada impede que ocorra por outro meio.

O importante é que qualquer fato, que poderá ensejar a aplicação de pena administrativa, seja documentado nos autos. Não só para embasar a decisão administrativa, mas também para elucidar os acontecimentos para os órgãos de controle, internos e externos, bem como para o próprio judiciário, em face da alta litigiosidade da matéria. Esta cautela também demonstra respeito ao Princípio da Publicidade, listado no “caput” do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

1.2 – Instrução prévia

Após ciência do fato, a Administração deve instruir o processo com todos os elementos de prova que possuir, para permitir que a contratada exerça seu direito de ampla defesa, quando for notificada. E mais, para servir de consulta aos órgãos de controle, internos e externos.

A juntada de qualquer elemento de convicção, em fase posterior à notificação, poderá acarretar a nulidade do procedimento, salvo se conferida nova oportunidade de defesa.

1.3 - Notificação da contratada para apresentar defesa prévia

Em sequência, a contratada deverá ser notificada para apresentação de defesa prévia, em obediência à Lei de Licitações:

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

(...)

§ 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.

Ressalta-se que o referido prazo se inicia com a intimação, e não com a juntada do comprovante da notificação.

1.4 - Produção de provas;

A contratada, após ser notificada, tem o direito de produzir as provas que entender cabíveis, como assegurado no artigo 5ª LV da Constituição Federal e pela Lei 9.784/99.

O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

Caberá a Administração decidir, motivadamente, sobre a sua produção ou não, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa.

O ente público também poderá produzir provas “ex officio”, após a notificação, desde que a contratada acompanhe a sua produção e tenha oportunidade de manifestar sobre a mesma, antes da decisão administrativa.

1.5 - Julgamento

Em âmbito federal, compete ao Ministro de Estado aplicar a penalidade de declaração de idoneidade para licitar ou contratar (§ 3 do art. 87 da Lei de Licitações).

Para as demais penalidades, caberá a cada instituição, em ato normativo, disciplinar a competência. Normalmente é conferida à mesma autoridade que celebra o contrato.

O julgamento, aplicando ou não a sanção, é a conclusão do procedimento sancionador.

Como qualquer decisão administrativa, deverá ser motivada com a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

1.6 - Notificação do julgamento

Após proferir a decisão, a empresa deverá ser notificada, para não só ter conhecimento da decisão, mas também para ter início o decurso do prazo para apresentação de recurso administrativo. Nela deverá conter:

- a) resultado do julgamento. Com cópia do dispositivo da decisão;
- b) cópia da decisão (se for usada “técnica de concordância”, cópia da manifestação referida também deverá constar da notificação);
- c) prazo para recurso - 5 dias úteis - e dispositivo legal (art. 109, “f”, da Lei nº 8.666/93);
- d) informação sobre o acesso aos autos e sobre o local para protocolo do recurso.

1.7 – Recurso:

O Recurso hierárquico está disciplinado no art. 109, I, “f”, da Lei nº 8.666/93. O prazo para a sua interposição é de 5 dias úteis. Sendo cabível quando aplicadas as penas de advertência, multa ou suspensão temporária.

Com a interposição do recurso, os autos deverão ser encaminhados à autoridade prolatora da decisão, para reconsiderar sua decisão ou encaminhar o processo à autoridade superior, competente para o julgamento do recurso.

Em regra, o recurso não é recebido no efeito suspensivo, porém, a autoridade competente poderá conferir este efeito, em decisão fundamentada, desde que presentes razões de interesse público nos termos do art. 109, § 2º, Lei nº 8.666/93.

1.8 - Julgamento pela instância superior

De acordo com a Lei de Licitações compete à autoridade superior daquela que aplicou a penalidade, julgar o recurso:

Art. 109. (...)

§ 4º O recurso será dirigido à **autoridade superior**, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, (...)

Assim, a instância recursal sempre será diferente daquela que aplicou a sanção, conferindo mais controle de legalidade ao ato punitivo.

1.9 - Notificação da decisão administrativa

Após o julgamento do recurso, a empresa deverá ser comunicada, mediante notificação que contenha o resultado do julgamento, seguida de cópia do julgado.

Ademais, a empresa quando celebrou o contrato com a administração pública tinha conhecimento de todas as suas cláusulas, cabia a contratada fazer a análise da viabilidade da celebração do contrato. A entrega da alimentação é evento que pode vir a ocorrer ou não. Ressalte-se que a empresa contratada deve seguir o estipulado no edital/contrato, devendo estar preparada quando vier a ser requisitada.

Assim, considerando que a contratada efetuou a entrega dos itens em sua totalidade, porém com atraso em diversas situações, conforme especificado nos autos, resguardados com a cobertura contratual, causando com isso prejuízos à Administração Pública, faz-se necessário à abertura de Processo Administrativo para se averiguar a existência ou não de inexecução contratual por culpa da contratada e se for o caso aplicação das penalidades constantes no contrato.

III – DA CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, conclui-se, assim, favoravelmente à pretensão da Administração em rescindir o citado contrato unilateralmente, com espeque no disposto no art. 79, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, com a assertiva de que a minuta rescisória encontra-se apta a produzir os efeitos jurídicos a que se destina, sendo o presente processo encaminhado ao setor competente para as devidas providências, em tudo observadas as formalidades legais.

Por fim, ressalta-se o caráter **MERAMENTE OPINATIVO** da presente manifestação cabendo ao Senhor Secretário Municipal de Saúde o desfecho da demanda.

É o parecer. S.M.J.

Belém, 22 de abril de 2020.

IZABELA BELÉM
Assessoria NSAJ/SESMA

De Acordo,

ANDRÉA MORAES RAMOS
Diretora do Núcleo Setorial de Assuntos Jurídicos – NSAJ/SESMA