

PARECER JURÍDICO Nº 138/2020 – PLC

PROCESSO Nº 27663/2019/SEMUC

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Comunicação.

ASSUNTO: Aplicação de Penalidade.

À SEMUC,

A Secretaria Municipal de Comunicação encaminhou-nos os presentes autos para análise e manifestação jurídica quanto ao pleito pretendido pela empresa contratada, no tocante ao elastecimento do prazo contratual, bem como, quanto as futuras providências junto a empresa **T.H.S. FARIAS e SILVA - EPP**, em face do descumprimento dos termos pactuados junto ao Contrato nº 643/2019-SEMUC, conforme constante nos autos.

É o breve relatório.

Em atendimento ao disposto no artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/93, vieram os autos para manifestação por esta Especializada.

Passo a opinar.

Antes de que seja feito qualquer juízo de valor relacionado ao pleito pretendido pela empresa contratada, deve-se destacar, que o contrato em epígrafe, teve sua assinatura datada em 23 de outubro de 2019, estando explícito também no respectivo Termo de Referência, que o licitante vencedor deve entregar os objetos do respectivo certame, no prazo de 20 (vinte) dias corridos, vide fl. 37-V, linha 14, ou seja, o lapso temporal de que trata a presente celeuma, nada tem a ver com os argumentos apresentados pela empresa contratada, que aborda o impacto produzido com o aparecimento do corona vírus.

Não bastasse a desídia relacionada aos argumentos da empresa **T.H.S. FARIAS e SILVA – EPP** para a prorrogação do prazo contratual, a própria contratada documentou nos autos, que apenas existe a “possibilidade” da interrupção dos serviços no país Asiático, conforme relatado na fonte de pesquisa que embasa o

seu pleito, mais precisamente no segundo parágrafo do texto constante na fl. 112, senão, vejamos:

"Ainda segundo o levantamento, 22% das empresas pesquisadas afirmam que há a possibilidade de paralisar a produção nas próximas semanas caso a situação persista, visto que a falta de materiais, componentes e insumos oriundos da China dificulta a continuidade da fabricação de bens do setor eletrônico.

(Grifo Nosso)

Esclarecidos os pontos específicos e diagnosticada a incúria no enredo apresentado pela empresa T.H.S. FARIAS e SILVA – EPP, devemos esclarecer aos mesmos, que o contrato administrativo consiste em um acordo de vontade entre a Administração Pública e um particular, regido por normas e princípios do Direito Público, atuando o Direito Privado subsidiariamente, objetivando a consecução do interesse público e o tipo sancionador para os descumprimentos, devendo possuir um grau mínimo de certeza e previsibilidade, existindo essa previsão na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesta linha de raciocínio, fortalece-se que o contrato administrativo é comutativo, oneroso, formal e conforme exposto consensual, devendo ser executado de maneira satisfatória ao pactuado. Via de regra, o contrato deve ser intuito personae, devendo ser vinculado ao interesse público e devem estar presentes os elementos constitutivos quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo, objeto, capacidade e consenso, como leciona o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles, aduzindo que:

"O contrato administrativo é sempre consensual porque se fundamenta em acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é intuito personae porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência de ajuste(...)"

A idéia inicial que deve estar inculcada na mente dos contratantes é corolário do brocardo romano *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, colocando-se como regra geral a noção de que os contratos devem lograr ser cumpridos da maneira como foram avençados. As obrigações dele resultantes engendram no mundo fático

190
27/06/23

para ter vida um tanto quanto efêmera, transitória. Conquanto sejam cumpridas, exaurem sua finalidade no campo social.

Ocorre que, no *iter* de existência do contrato, surjam controvérsias ou acontecimentos passíveis de influenciar o seu perfeito cumprimento. Uma obrigação que não seja cumprida, ou não o seja de forma satisfatória, ou ainda o atraso em seu cumprimento, prostra-se como célula doente no organismo social, de forma tal a acarretar latente perigo de contaminação ao organismo como um todo, conforme elucida com veemência, a lição de Orlando Gomes:

“O inadimplemento da obrigação principal constitui vicissitude mais comum da relação obrigacional, devendo-se entender como tal a não-realização da prestação liberatória, sem que o direito do credor se tenha satisfeito por outra via ou cumprido o dever de prestar a cargo do obrigado”. (GOMES, 2007, p. 204)

Como fonte conclusiva, podemos observar que, cada uma das partes deve intentar, em conformidade com o estipulado, cumprir suas prestações na forma, tempo e lugar previstos, nos moldes a preservar a estruturação material criada. Há a aplicação do *dies interpellat pro homine*, tornando-se prescindível um ato formal destinado a constituir em mora o devedor inadimplente. A inexecução contratual autoriza responsabilização nos âmbitos penal, civil e administrativo dos sujeitos responsáveis, ensejando igualmente as consequências discriminadas na lei, no ato convocatório e no âmbito do próprio contrato, onde quaisquer das partes que vierem a descumprir cláusula contratual incorrem nas penalidades cominadas no próprio corpo do contrato, bem como naquelas previstas em lei, com especial enfoque ao disposto no art. 389 do Código Civil. Esta disciplina, na lição de José dos Santos Carvalho filho:

“alcança todos os contratos, inclusive os contratos administrativos, eis que inexiste previsão a respeito de qualquer prerrogativa especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual. Por outro lado, não se pode considerar o Estado devedor privilegiado sem que haja expressa disposição legal. Se for inadimplente, deve arcar com todos os ônus decorrentes do seu inadimplemento.” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 190)

No seio Administrativo, de forma mais severa do que averbado no âmbito privativista, a inexecução dos contratos, quer em sua integralidade, quer parcialmente, propicia sua rescisão, assimilando-se a inexecução parcial à total a fim de que sejam observadas as implicações jurídicas decorrentes da inexecução, uma vez que se prima pelo interesse público, consoante o percuciente ensinamento de Marçal Justen Filho (1998, p. 540), “a indisponibilidade

do interesse público não se compadece com a incerteza ou insegurança do cumprimento das prestações impostas ao particular.”

Levando em consideração as fundamentações doutrinárias acima apresentadas, devemos considerar também, a orientação técnica disponibilizada pela Controladoria Geral do Município, com publicação dada em 22/02/2016, conforme DOM nº 4106:

ORIENTAÇÃO TÉCNICA CGM 04/2016

1. APLICAÇÃO DE PENALIDADES ADMINISTRATIVAS

A LICITANTES E CONTRATADOS CONSIDERANDO a necessidade de Aplicação de Penalidades Administrativas, que é uma prerrogativa da Administração Pública na fase licitatória e na execução de seus contratos, onde a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes com as irregularidades ocorridas;

CONSIDERANDO que tal poder é a extensão da faculdade de autoexecutoriedade dos atos administrativos na fase licitatória e aos contratos.

A Controladoria Geral do Município orienta:

1.1 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As sanções administrativas com relação à Inexecução Total ou Parcial dos contratos estão elencadas nos artigos 86 a 88 da Lei Federal 8.666/93, senão vejamos:

Das sanções administrativas 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.

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 contra-

199
27663
/

tado 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) anos.

§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.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III – demonstram não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Portanto, as penalidades compreendem: ADVERTÊNCIA, MULTA, SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO, POR PRAZO NÃO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Quando se tratar de procedimento licitatório, na modalidade pregão, as penalidades anteriormente descritas são diferentes, conforme art. 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, conforme transcrevemos:

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 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 SICAF ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a quem se refere o inciso XIV, do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 05 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. O TCU firmou entendimento sobre a diferença da aplicação da sanção prevista na Lei 8.666/93 e a sanção prevista na modalidade de Pregão, esclarecendo que no impedimento de licitar por até 05 anos na modalidade de pregão, a empresa fica impedida de licitar com a esfera que aplicou o impedimento e a suspensão prevista no art. 87, inc. III da Lei 8.666/93, a empresa fica impedida de licitar com o Órgão que a apenou, conforme Acórdão 1.017/203 – Plenário.

123
27663
[Signature]

Destaque-se ainda que, a RECUSA do adjudicatário (licitante vencedor), em assinar o contrato, não aceitar ou retirar o contrato sem justificar dentro do prazo estabelecido no Edital, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas (art. 81 da Lei 8.666/93).

OBSERVAÇÃO: não caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, quando se tratar de licitante previsto no parágrafo único, do art. 81, da Lei 8.666/93.

1.2 DA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

Ressalta-se que a Aplicação de Penalidades tem que respeitar a Ampla Defesa e o Contraditório, quando a Administração Pública verificar as irregularidades no momento da licitação, bem como na execução contratual, no atendimento dos prazos ou no descumprimento de qualquer outra obrigação.

Convém destacar que o direito à ampla defesa e ao contraditório advém da Constituição Federal que, no inciso LV, do seu art. 5º, estabelece “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

É importante ressaltar ainda que, para a aplicação das sanções, os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade deverão estar sempre presentes, verificando os reais transtornos causados pelas condutas indesejáveis, a fim de que não se cometam injustiças.

O processo apurativo será instaurado por ato do Gestor da Pasta, ou a quem o esteja substituindo, e deverá conter os seguintes documentos:

1.2.1 Cópia do relatório do fiscal ou do pregoeiro, informando o fato ocorrido (inexecução total ou parcial ou algum dos fatos previstos na Lei Federal 8.666/13);

1.2.2 Cópia da Ata da Sessão;

1.2.3 Cópia do Parecer Jurídico;

1.2.4 Cópia do Projeto Básico;

1.2.5 Cópia do Edital;

1.2.6 Cópia da Nota de Empenho; e

1.2.7 Cópia do Contrato.

1.3 DAS MULTAS

No que se refere à multa moratória exposta no art. 86 da Lei Federal 8.666/93, pode constar o percentual já no Projeto Básico, assim como no Edital e no Contrato. Sugerimos a seguinte redação: “A MULTA MORATÓRIA, PREVISTA NO ART. 86 DA LEI FEDERAL 8.666/93, SERÁ CALCULADA PELO PERCENTUAL DE __%, POR DIA DE ATRASO”.

A multa prevista no art. 87 da mesma Lei, refere-se à aplicação de penalidade que deve estar prevista no Projeto Básico, assim como no Edital e no Contrato. Como exemplo de redação, sugerimos: “A MULTA A QUE SE REFERE O INC. II DO ART. 87 DA LEI FEDERAL 8.666/93, SERÁ CALCULADA PELO PERCENTUAL DE __%”.

1.4 DA PUBLICAÇÃO

As penalidades deverão ser publicadas no Diário Oficial do Município – DOM, bem como no Portal da Transparência, somente após o julgamento da defesa.

*Ressalte-se que, cópia da penalidade aplicada deverá ser encaminhada à Comissão Permanente de Licitação – CPL.
Os modelos de documentos para notificações encontram-se disponíveis na Controladoria, já revisados pela Procuradoria Geral do Município – PGM.*

É inarredável a natureza instrumental que deve ser atribuída às formalidades e exigências, as quais não se bastam nem se encerram em torno de si mesmas. Assim posto, a rescisão contratual, em específico no âmbito dos contratos administrativos, é fruto da concretização de um evento sério e forte o bastante para colocar em risco o interesse público, nos moldes e hipóteses do art. 78 da Lei n. 8.666/93. A rescisão, por si só, não exaure o conjunto de medidas possíveis quando do inadimplemento do contrato, acarretando, outrossim, reparação do dano e responsabilização em outros campos do direito.

Conforme destacado acima, a Lei 8.666/93, mais precisamente em seu artigo 87, é clara ao afirmar que o não cumprimento do contrato nos termos pactuados acarreta em sanções Administrativas e na situação de recusa injustificada de assinar o contrato pela licitante vencedora, caracteriza-se o descumprimento total da obrigação pactuada, senão, vejamos:

Art. 81. *A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.*

(...)

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

125
27663
F

ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

(Grifo Nosso)

Assim, opinamos **desfavoravelmente** ao pleito pretendido pela empresa **T.H.S. FARIAS e SILVA – EPP**, no tocante ao elastecimento do prazo contratual, pelos motivos aqui expostos, oportunidade na qual, sugerimos que **após notificada** a empresa para o cumprimento estrito dos termos pactuados, persistindo a referida transgressão, decida o Gestor da pasta pela **aplicação de penalidade**, adotando-se as medidas complacentes com o artigo 87 da Lei 8.666/93 e das sanções descritas na respectiva notificação, bem como, convoque a segunda colocada, para que viabilize-se o cumprimento do objeto do certame.

É o Parecer. S.M.J.

Boa Vista, 06 de março de 2020.



MARCELA MEDEIROS QUEIROZ FRANCO
Procuradora Geral do Município
OAB/RR 433



RODOLFO GOMES DE BARROS BASTOS
Assessor Jurídico
OAB/RR 1978