



PREFEITURA DO

# RECIFE

PROCURADORIA DE TERMOS, LICITAÇÕES E CONTRATOS - PTLC/SAJ

PARECER n. 580 / 2015

INTERESSADO: Secretaria de Saúde (Ofício n. 573/2015-GGAJ/SS/PCR).

ASSUNTO: Inexecução contratual – alerta – aplicação de penalidades.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO. ALERTA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. OITIVA DO CONTRATADO E INÉRCIA COMPROVADA. AFERIÇÃO E REPERCUSSÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. POSSIBILIDADE. OPERAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL ACERCA DAS PENALIDADES.

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Saúde acerca das decorrências de inexecução contratual por parte da empresa SANTA JULIA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA-EPP. Em suma – e conforme bem relatado pela Secretaria solicitante –, a Administração, de forma diligente, vem acompanhando a execução contratual e mantendo contato com o contratado a fim de que o objeto seja concluído nos termos contratuais. No entanto, mesmo após uma série de notificações para retomada do transcurso normal da obra, a contratada, devidamente cientificada, não executou suas obrigações de forma devida, o que ensejou a presente consulta.

Na espécie, a empresa firmou, com o Município do Recife, o Contrato n. 25/2014, proveniente do Pregão Presencial n. 004/2013 - CPLOSE. Uma vez instada a executar o objeto contratual, a empresa, de forma irregular, paralisou os serviços e executou-os de forma notadamente incongruente com as especificações técnicas, apresentando justificativas genéricas, sucessivas e infundadas para a postergação de prazo para entrega.

Em concreto – e para melhor elucidação das intercorrências contratuais –, constam dos autos as comunicações realizadas entre a Administração e a empresa contratada e, bem assim, a notificação realizada, com aviso de recebimento, imputando as falhas havidas e eventual sujeição a penalidades em caso de continuidade do descumprimento contratual. Em outras palavras, é de ver-se que a Administração foi diligente e comedida em suas notificações, dando espaço, inclusive, para uma retomada da execução contratual dentro dos parâmetros razoáveis e proporcionais.

Nesse contexto, a Secretaria solicitante questiona acerca da possibilidade de aplicação de penalidades à contratada e, bem assim, sobre eventual rescisão contratual a ser operada.

Preliminarmente, necessário que se proceda com a numeração e rubrica das páginas do processo administrativo em tela, sobretudo em face da observância aos preceitos do caput do art. 38 da Lei 8.666/93<sup>1</sup> e do art. 22, § 4º, da Lei Federal n. 9.784/99<sup>2</sup>. No ponto, vislumbro

<sup>1</sup> Lei Federal n. 8.666/93 – Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:



PREFEITURA DO

## RECIFE

a aplicabilidade da norma federal que regulamenta o processo administrativo no âmbito municipal, principalmente ante a ausência de regulamentação similar em lei local, o que empresta caracteres de lei nacional à norma federal.<sup>3</sup> Feita essa breve ressalva quanto à formalidade processual, passa-se a opinar sobre o mérito da consulta em debate.

De plano, vejo que o debate dos autos gira em torno da inexecução do que estabelecido em contrato administrativo, especialmente a teor do que dispõe o art. 87 da Lei n. 8.666/93 e a cláusula décima primeira do instrumento contratual. É que, conforme se extrai dos autos, todo o rol de obrigações afetas à contratada não foi executado a contento, na linha do que exposto em relatório circunstanciado da assessoria jurídica da Secretaria de Saúde.

De fato – e na linha do que referido nos autos –, nota-se, de plano, que a contratada foi devidamente notificada, por diversas vezes, para manifestação acerca de seu inadimplemento. Importa dizer, assim, que as cautelas processuais foram cumpridas, com a ampla abertura dialógica no caso concreto. Em que pese tal abertura, não houve, por parte da empresa contratada, qualquer manifestação idônea que justificasse sua conduta irregular.

Neste quadro – e em breve síntese –, chega-se à discussão acerca da possibilidade de aplicação de penalidades à contratada, sobretudo em vistas de sua irregular atuação. O que se discute, pois, é toda a sistemática de aplicação de penalidades no âmbito das licitações e contratos administrativos, isto é, o Capítulo IV, Seção II, da Lei n. 8.666/93, que trata das sanções administrativas, e os seus consectários contratuais / editalícios.

No ponto, vale dizer que, em tom quase unânime, a doutrina critica a sistematização das sanções no bojo da Lei n. 8.666/93 e das licitações e contratos em geral, sobretudo pela falta de tipificação e descrição técnica das possíveis penalizações. Em resumo, válida a lição de Ronny Charles Lopes de Torres:

Parte consagrada da doutrina critica, com razão, a falta de rigor do legislador, que se omitiu na definição de critérios mais objetivos para aplicação das penas. Essa falta de tipicidade específica, de descrição do fato para a imputação da respectiva sanção, tolera que a aplicação da pena seja relegada à discricionariedade do administrador; situação temerária, pois permite que proteções, influências e perseguições políticas indevidas sejam utilizadas como parâmetro de aplicação da penalidade.

É imperioso que a aplicação da penalidade seja justificada por parâmetros, senão objetivos, mas fulcrados nos princípios constitucionais pertinentes, como a proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, ampla defesa e impessoalidade.<sup>4</sup>

O que se tem, diante da situação concreta, é a necessidade de que – após a notificação da empresa para manifestação e defesa, o que já ocorreu –, o órgão gestor do contrato e

<sup>2</sup> Lei Federal n. 9.784/99 – Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

<sup>3</sup> § 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas seqüencialmente e rubricadas.

<sup>4</sup> Em linha semelhante, veja-se: STJ – REsp 852.493/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 29-5-2008, Quinta Turma.

<sup>4</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 371.



PREFEITURA DO

## RECIFE

destinatário do objeto atue no sentido de penalização da empresa em mora e da rescisão. Há de se analisar, pois, ambas providências.

1) Rescisão do contrato – a cabal inexecução contratual, devidamente notificada à parte e sem qualquer providência em resposta, já autoriza a rescisão, nos termos da cláusula 14ª da minuta de contrato que acompanhava o edital e das cláusulas 7ª, 10ª e 11ª do contrato em debate (e com lastro último no art. 79, I, da Lei n. 8.666/93).

2) Penalização após inexecução – entendo que as notificações realizadas à empresa já constituem o início da necessária procedimentalização da atuação sancionatória. No entanto, importa que seja definida a penalidade por parte da Administração dentre as previstas no instrumento contratual (cláusula 11ª). Tal sorte de penalização fica condicionada aos procedimentos a seguir delineados, com as devidas adaptações, eis que já não há dúvidas sobre a existência da inexecução total da avença (vide Encaminhamento n. 04/2012-PTLC/SAJ, que bem resume a questão):

1. Tanto a rescisão contratual como a aplicação de penalidades por inadimplemento contratual dependem de prévio processo administrativo para apurar as condutas imputadas ao contratado, em decorrência da obrigatória observância das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, que devem ser asseguradas ao particular (art. 5º, LV, da CF/88). No caso em exame, os fatos narrados configuram, ao menos em tese, inadimplemento contratual que justifica a abertura de processo administrativo específico contra a contratada, no âmbito da Secretaria solicitante. O processo deve observar, em síntese, as orientações a seguir aduzidas.

1.1. O primeiro ato do processo deve ser sua instauração, através de portaria emanada da autoridade competente, a ser publicada no Diário Oficial do Município.

A portaria deve indicar, em síntese, a identificação do acusado, os fatos que lhe são imputados e as possíveis consequências (rescisão, aplicação de sanções, etc). Também deve determinar a notificação do acusado para, no prazo legal, apresentar defesa em relação aos fatos narrados. Quanto a esse aspecto, a lei fixa prazos diversos conforme o tipo de sanção aplicável, a saber: declaração de inidoneidade, 10 (dez) dias corridos; advertência, multa e suspensão temporária, 5 (cinco) dias úteis (art. 87, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/93). Registre-se que não há prazo de defesa estipulado em lei para a sanção específica do pregão (art. 7º da Lei nº 10.520/02), o que não significa dizer que não se deve conferir oportunidade de defesa ao acusado nessa hipótese, aplicando-se os prazos previstos na Lei nº 8.666/93, analogicamente. Tendo em vista a impossibilidade de se concluir, previamente, sobre qual penalidade será aplicada, ou mesmo se alguma delas será aplicada, é recomendável a concessão do prazo de 10 (dez) dias corridos para a generalidade dos casos, por ser o maior dentre os legalmente previstos. [...]

1.2. Como ato seguinte, deve-se proceder à notificação do acusado, com aviso de recebimento, para, querendo, apresentar defesa no prazo legal, ocasião em que poderá fazer suas alegações e requerimentos, além de anexar documentos. Deve constar expressamente a advertência de que a falta de apresentação de defesa não impedirá o prosseguimento do processo. A notificação deve ser acompanhada de cópia da portaria que instaurou o procedimento. O prazo se inicia a partir da data de ciência efetiva aposta no aviso de recebimento. Na eventualidade de o acusado não ser encontrado no endereço de que dispõe a Administração, o ato de intimação deve ser publicado no Diário Oficial do Município (§ 4º do art. 26 da Lei nº 9.784/99), iniciando-se o prazo de defesa a partir da data de publicação.

1.3. Após o decurso do prazo, com ou sem a apresentação de defesa, deve-se analisar a necessidade ou não de instrução probatória para apurar os fatos alegados. Registre-se que, em princípio, devem ser produzidas as provas requeridas pelo acusado, salvo se ilícitas, manifestamente protelatórias ou impertinentes para a solução da controvérsia (art. 38 da Lei





PREFEITURA DO

# RECIFE

nº 9.784/99). A análise deve ser feita caso a caso. Eventualmente, após a instrução, pode ser necessária a ouvida do acusado para suas alegações finais, no prazo de 10 (dez) dias, a depender do caso concreto (art. 44 da Lei nº 9.784/99).

1.4. Em seguida, o processo deve ser encaminhado à autoridade competente, para o fim de decidir sobre a aplicabilidade ou não das sanções cabíveis, segundo critérios de discricionariedade, à vista dos elementos trazidos aos autos. Nesse momento, é necessário que sejam expressamente enunciados os motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão da autoridade administrativa. A motivação do ato administrativo é requisito essencial para sua validade.

Quanto à autoridade competente para a aplicação das sanções, a lei determina apenas a competência exclusiva do Ministro de Estado e do Secretário Estadual ou Municipal em relação à declaração de inidoneidade, silenciando no tocante às demais (§ 3º do art. 87). Tendo em vista que tal sanção se destina às condutas dotadas de um maior grau de reprovabilidade, conclui-se que as outras penalidades podem ser validamente aplicadas por autoridades subalternas àquelas expressamente referidas na lei, a depender da organização administrativa de cada ente da Federação. Em tais casos, a competência da autoridade máxima do órgão (Secretário) se limitará à análise de eventual recurso.

1.5. O ato de aplicação da sanção deve ser publicado na imprensa oficial, publicação esta que configura intimação do acusado para efeitos de interposição de eventual recurso, por força do disposto no § 1º do art. 109 da Lei nº 8.666/93. O prazo do recurso contra a aplicação das penalidades de advertência, suspensão temporária e multa é de 5 (cinco) dias úteis, a contar da intimação do ato (art. 109, I, "f"), vale dizer, a contar de sua publicação no Diário Oficial.

Para a sanção de inidoneidade não é previsto recurso, mas pedido de reconsideração para a mesma autoridade que aplicou a sanção, no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da intimação. A razão para tanto decorre do fato de que a sanção já é aplicada diretamente pela autoridade superior do órgão, pelo que não comportaria recurso hierárquico<sup>5</sup>.

Os recursos contra a aplicação de penalidades não possuem, em regra, efeito suspensivo, o qual, no entanto, pode ser concedido pela autoridade competente, de forma motivada e desde que presentes razões de interesse público (§ 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93). Disso decorre que a sanção eventualmente aplicada produz efeitos imediatos, a partir da publicação do ato que a aplicou, independentemente do esgotamento das vias recursais, salvo na hipótese referida de excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso.

A lei dispõe, ainda, que "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, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade" (§ 4º do art. 109).

Determina também que "nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado" (§ 5º do art. 109). Significa dizer que, durante todo o prazo, os autos devem estar disponíveis para consulta por parte do acusado, a fim de que exercite plenamente seu direito de impugnação.

O ato da autoridade que decide o recurso ou o pedido de reconsideração, reformando ou mantendo a decisão anterior, deve atender os mesmos requisitos do ato administrativo impugnado, especialmente quanto à motivação e publicação na imprensa oficial. Desta decisão, não caberá mais qualquer impugnação no âmbito administrativo.

1.6. Para efeitos de contagem de todos os prazos acima referidos, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento, devendo-se observar que os prazos só se iniciam e vencem em dia de expediente no órgão (art. 110 da Lei nº 8.666/93). Caso o termo inicial ou final caia em dia que não houver expediente, deve ser prorrogado para o dia útil subsequente.

Registro, ainda, que todos os documentos referentes aos atos do processo devem ser anexados aos respectivos autos, na ordem em que realizados.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal: "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 2005, p. 650.



PREFEITURA DO

# RECIFE

Vejo, a partir do caso concreto, que o proceder acima exposto deve ser iniciado a partir do item 1.4, com aproveitamento dos atos já praticados (notificações ao contratado e respectivas respostas – ou ausência delas), sem prejuízo da competente instauração do processo via portaria e sua publicação no DOM já com a definição da pena a ser aplicada e eventual abertura recursal. É que, em concreto, não houve qualquer óbice ao contraditório e à ampla defesa, sendo necessário, apenas, formalizar a aplicação de penalidade via publicação no Diário Oficial.

Ante tais considerações, **opino** pela possibilidade de aproveitamento da oitiva da empresa até aqui realizada e, bem assim, pela necessidade de abertura de processo administrativo (aproveitamento do atual processo e publicação no DOM da Portaria já com a definição da sanção a ser aplicada, abrindo-se a via recursal).

Nestes termos, é o parecer que submeto à consideração superior.

Recife, 13/10/2015.

Bruno Santos Cunha - brunocunha@recife.pe.gov.br

Procurador do Município do Recife - Matrícula 87.476-8 - OAB/PE 1.033-B

De acordo com os termos do Parecer nº 580 /2015

Secretaria de Assuntos Jurídicos  
Procuradoria de Termos de Licitação e Contratos  
Procurador Chefe

Diretor da Procuradoria  
**LUÍZ CLAUDIO DE FARIAS JR.**  
Matrícula \_\_\_\_\_ Mat. 86905-9

De acordo com os termos do Parecer nº \_\_\_\_/2015

\_\_\_\_\_  
Diretor Geral da Procuradoria

Matrícula \_\_\_\_\_

De acordo com os termos do Parecer nº \_\_\_\_/2015

\_\_\_\_\_  
Secretário de Assuntos Jurídicos