



Processo Administrativo - Poder Executivo Municipal

Requerente: Secretarias Municipais

Assunto: Processo Sancionador – Lei 14.133/2021

I – RELATÓRIO

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

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

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

II - DOS FUNDAMENTOS

a) Da possibilidade de utilização de parecer referencial

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

Em outras palavras, a adoção da manifestação jurídica referencial possibilitará aos agentes públicos municipais lotados na Subprocuradoria de Processos Administrativos maior foco e priorização de temas jurídicos estratégicos e de maior complexidade, em benefício dos órgãos e autoridades assessorados. A ideia é que a Especializada possa dedicar seu tempo para análise e manifestação em assuntos que exijam reflexão e desenvolvimento de



teses jurídicas, desonerando-se da elaboração de pareceres repetitivos, cujas orientações são amplamente conhecidas pelo gestor.

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

b) Da Necessidade de Instauração de Processo Administrativo Sancionador

Como é de notório saber jurídico, os contratos administrativos são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público. Nestas avenças, é natural e legítima a presença das cláusulas exorbitantes que conferem superioridade à Administração em detrimento do particular.

Sendo assim, tanto a Administração, quanto o particular, devem cumprir fielmente as regras contratuais.

É, portanto, dever da Administração, acompanhar e fiscalizar a execução do contrato para verificar o cumprimento das disposições técnicas e administrativas acordadas. **O não cumprimento dessas disposições, total ou parcial, pode levar, inclusive, à extinção antecipada do avençado**, de acordo com o que reza o artigo 115 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Uma vez descumprida uma obrigação pactuada, tem-se que o particular está em mora, cabendo a aplicação das penalidades decorrentes do descumprimento do acordado, garantida

a ampla defesa e o contraditório, bem como a adoção de medidas judiciais a fim de compelir o cumprimento da obrigação, sem prejuízo da adoção de medidas concomitantes por parte da Administração a fim de licitar novamente a aquisição/serviço, caso de fato não haja o efetivo cumprimento da obrigação.

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

Não sendo suficientes para o atingimento do fim público, pode, ainda, a Administração Pública decidir, fundamentadamente, pela extinção do contrato de forma unilateral ou consensual, com esteio na legislação aplicável à espécie.

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

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

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



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

“Diante do poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a apuração para a aplicação de sanção, nos casos de infração administrativa, não é um ato discricionário, é um poder-dever. Assim, tendo conhecimento de indícios da existência de uma infração administrativa praticada por servidor ou particular, a Administração tem o dever de instaurar o procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, realizar a consequente aplicação das penas cabíveis”.

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

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

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

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

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

Nesse contexto, o art. 3º, inciso III, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, constitui, dentre outros, o direito do administrado de “*formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente*”.

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

A Lei nº 14.133/21, ao versar sobre o prazo para apresentação de defesa pelo particular, mais precisamente nos arts. 157 e 158¹, estipula um prazo de 15 (quinze) dias úteis para tanto, prazo este que deve ser respeitado pelo Poder Público para a aplicação das sanções de (i) multa, (ii) impedimento de licitar e contratar; e (iii) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

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

¹ Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 156 desta Lei, **será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.**

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e **intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.**



c) Das sanções administrativas cabíveis

Ao contrário da Lei nº 8.666/1993, que se limitava a dizer que a inexecução total ou parcial do contrato poderia ensejar a aplicação de sanções administrativas, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta rol detalhado das infrações administrativas que podem acarretar a responsabilização do licitante ou do contratado. Nesse aspecto, assim aduz o art. 155 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;



X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Quanto à aplicação de sanções administrativas, o art. 156 da Lei nº 14.133/2021 estabelece expressamente as sanções administrativas a que estão sujeitas o contratado que infringir as disposições constantes no art. 155 da lei de regência, acima entabuladas.

Veja-se o comando legal do art. 156 da novel Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;



V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

§ 2º A sanção prevista no inciso I do *caput* deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do *caput* do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do *caput* deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do *caput* deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do *caput* deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do *caput* do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do *caput* deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;



II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

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

Pelo entendimento da doutrina e da atual legislação, **o que determina a escolha da sanção é a natureza e a gravidade da infração cometida, os prejuízos causados à Administração, as circunstâncias atenuantes e agravantes (§ 1º do art. 156), tudo em conformidade com a graduação da sanção estipulados nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 156, que devem ser verificados na hipótese concreta.**

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

Após, a contratada deve ser notificada para apresentar defesa prévia, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, conforme se depreende do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, segundo o



qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

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

Destaco, desde já, a inovação legislativa trazida pela Lei nº 14.133/2021 em comparação a Lei nº 8.666/1993, quanto à aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e a de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Para a aplicação de tais sanções, seja isolada ou cumulativamente com a aplicação da sanção de multa, é imprescindível que tal procedimento seja conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis e/ou empregados públicos do quadro permanente, que avaliarão os fatos e circunstâncias conhecidos e intimarão o particular para manifestação. Veja-se o comando legal ao qual faço referência:

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei² requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o caput deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos

² Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar



seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

§ 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;

II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Logo, a condução do processo administrativo sancionador que possa resultar na aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e a de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar deverá ser regulado por comissão específica, instituída por intermédio de portaria com agentes públicos do quadro permanente do Município, sendo certo que a decisão final para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é exclusiva do Secretário Municipal (art. 156, § 6º, inciso I da Lei 14.133/2021)



após o encerramento da condução dos autos pela comissão específica e manifestação da Procuradoria-Geral.

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

Com ou sem apresentação de resposta, caberá exclusivamente à Secretaria gestora do contrato a decisão acerca da sanção administrativa a ser aplicada, com esteio no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, bem como em obediência aos parâmetros previstos nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 156 da Lei nº 14.133/2021.

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

d) Da Extinção Contratual

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

Dito isto, destaca-se que o contrato administrativo é marcado pela existência de um regime jurídico especial, com maior incidência das regras de direito público, as quais estabelecem prerrogativas para a Administração contratante. Isto acaba por fazer com que as partes deste tipo de contrato não sejam colocadas em pé de igualdade, uma vez que, conforme amplamente sabido, são conferidos à Administração Pública privilégios que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata. São as chamadas “cláusulas exorbitantes”, que constituem poderes conferidos pela



Lei à Administração no manejo contratual que extrapolam os limites comumente utilizados no Direito Privado.

O art. 104 da Lei nº 14.133/2021, que trata dessas cláusulas, dispõe nos seguintes termos:

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

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

II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

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

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

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

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Ao invés da utilização do termo “rescisão”, a nova Lei optou pela nomenclatura “extinção” que apresenta sentido ampliado, abrangendo os casos de término da relação



contratual, com ou sem culpa das partes. Nesse ponto, conforme parcela da doutrina, o termo utilizado pela nova legislação parece melhor que aquele constante da Lei nº 8.666/1993.

Como se vê, a Administração tem o poder de, unilateralmente, extinguir o contrato administrativo dentro das hipóteses autorizadas por lei (art. 104, inciso II), bem como de determinar a aplicação de penalidades administrativas motivadas pela inexecução de parte ou de todo o contrato por ela firmado (art. 104, inciso IV).

Quanto ao primeiro ponto, qual seja, a extinção unilateral, assim preconizam os art. 137 e 138, inciso I da Lei nº 14.133/2021:

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

II - desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

III - alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

IV - decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

V - caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

VI - atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;



VII - atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

IX - não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

§ 1º Regulamento poderá especificar procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos previstos no caput deste artigo.

(...)

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

§ 1º A extinção determinada por ato unilateral da Administração e a extinção consensual deverão ser precedidas de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo.

§ 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

I - devolução da garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;



III - pagamento do custo da desmobilização.

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

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

Todavia estes comandos são temperados por alguns outros princípios, quais sejam: a extinção unilateral somente pode ocorrer com permissão legal, mediante ampla defesa e contraditório; por meio de documento escrito; rígida submissão às formalidades legais; motivação, que compreende a fundamentação legal e os motivos que alicerçam a prática desse ato.

Assim, **entende-se que não basta a simples verificação da ocorrência de uma daquelas situações previstas no art. 137 da Lei nº 14.133/2021 para que a Administração, automaticamente, instaure o competente processo administrativo com objetivo de extinguir o contrato.**

Significa dizer que mesmo a decisão de extinguir unilateralmente o contrato em face do inadimplemento da contratada não constitui ato estritamente vinculado, cabendo à Administração certa margem de discricionariedade que **permite pontuar se essa é ou não a melhor decisão para resguardar o interesse público da contratação.**

Isso porque não se pode perder de vista que os contratos administrativos, como qualquer outra atividade desempenhada pelo Poder Público, têm como fundamento maior

uma razão de interesse público, destinando-se sua execução a satisfazê-la. Por isso, tomando em conta a situação fática e concreta, a extinção antecipada poderá ser afastada se, mediante ponderação de valores, ficar comprovado que o desfazimento do ajuste será mais gravoso e prejudicial para a satisfação do interesse público a que o contrato se destina do que tolerar sua manutenção, mesmo diante da irregularidade constatada.

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

Portanto, entende-se que, configurada uma das hipóteses legais que autoriza a extinção unilateral do contrato, cumpre à Administração contratante realizar um juízo de valor, de modo a identificar, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual alternativa melhor resguarda o interesse público envolto na execução o ajuste³: a manutenção do contrato, mesmo em face do inadimplemento da contratada, ou a extinção unilateral deste ajuste. Nos dois casos, deverão ser aplicadas as sanções administrativas cabíveis à contratada.

Nesses termos, a previsão contida na Lei nº 14.133/2021, segundo a qual fica a Administração autorizada a extinguir unilateralmente os contratos, deve ser entendida e aplicada como um instrumento em favor da tutela do interesse público sempre que essa medida se revelar adequada para assegurar esse fim.

A novel legislação traz nova orientação em um determinado ponto em relação a Lei 8.666/93, trazendo um rol mais amplo para as hipóteses de extinção do contrato administrativo de forma unilateral, permitindo-se, em tese, a extinção por ato unilateral e escrito da Administração diante das hipóteses constantes em todos os incisos do art. 137 da

³ Justen Filho, 2010, pág. 834.



Lei nº 14.133/2021, salvo se tal ocorrência decorrer de culpa exclusiva da Administração Pública.

Isto porque, quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a *(i)* devolução da garantia, *(ii)* pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção e *(iii)* pagamento do custo da desmobilização.

No que tange às consequências da extinção unilateral, assim ensina-nos Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴:

“A extinção unilateral pela Administração acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo da aplicação das sanções legais (art. 139 da nova Lei de Licitações): a) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; b) ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários a sua continuidade; c) execução da garantia contratual, para: c.1) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução; c.2) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c.3) pagamento de valores das multas devidas à Administração Pública; c.4) exigência da assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível; e d) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e às multas aplicadas. A assunção imediata do objeto do contrato e a ocupação, previstas nas alíneas “a” e “b” acima, ficam a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta (art. 139, § 1.º, da nova Lei de Licitações).”

Também merece registro que, de igual sorte, **é conferida à Administração Pública a possibilidade de extinguir os contratos administrativos de forma consensual**, com fulcro no art. 138, inciso II da Lei nº 14.133/2021.

⁴ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. p. 954/955.



Tal modalidade de extinção requer, como não poderia ser diferente, a devida motivação pela autoridade competente, conforme preceitua o art. 138, § 1º da Lei nº 14.133/2021, o qual exige prévia autorização escrita e fundamentada da autoridade competente apta a demonstrar que se trata de solução condizente com o interesse público correlacionado ao objeto contratual, não podendo ocasionar prejuízo a ele, sem prejuízo da redução de tais circunstâncias a termo no respectivo processo.

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

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

Conforme já destacado, previamente à formalização da extinção antecipada, deve a Administração observar o devido processo legal - um direito do particular contratado que condiciona o exercício da prerrogativa extraordinária de extinção unilateral. Por isso, somente pode ser levada a efeito mediante procedimento que franqueie ao interessado a ampla defesa e o contraditório, sendo que a decisão que a determina deve ser adequadamente motivada.

Vê-se, assim, que a abertura de processo administrativo para os fins mencionados é obrigatória. Sobre este ponto, recorro aos ensinamentos de Marçal Justen Filho⁵ em estudo dedicado a antiga Lei de Licitações e Contratos, que coadunam-se perfeitamente a novel legislação:

“4) A observância do devido processo administrativo

A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio contraditório e observância do devido procedimento administrativo. Expôs-se em outra obra a extensão da garantia assegurada ao particular. Por ora, é imperioso considerar que

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, São Paulo, Dialética, 2009, págs. 831/832.



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

(...)

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

5) Rescisão e Vinculação

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

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

No que tange ao prazo para apresentação de defesa nos casos de extinção contratual, muito embora a Lei 14.133/2021 não tenha previsto prazo específico para apresentação de defesa na hipótese de extinção unilateral do contrato, cumpre ressaltar que cabe à



Administração Pública ofertar prazo razoável para a defesa do interessado na seara administrativa, sugerindo-se, por analogia, a utilização do prazo de 15 (quinze) dias úteis previsto no art. 157 e 158 da lei de regência.

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

e) Da Possibilidade de Adoção de Medida Judicial

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

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

III - CONCLUSÃO

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

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



ii) as sanções administrativas que poderão ser aplicadas em desfavor do particular são: *(a)* advertência, *(b)* multa, *(c)* impedimento de licitar e contratar e *(d)* declaração de inidoneidade para licitar ou contratar;

iii) a sanção administrativa de multa poderá ser aplicada cumulativamente com qualquer outra sanção, sendo a única hipótese de cumulação permitida pela legislação, na forma do art. 156, § 7º da Lei 14.133/2021;

iv) para a aplicação das sanções de *(a)* multa, *(b)* impedimento de licitar e contratar e *(c)* declaração de inidoneidade para licitar ou contratar será conferido prazo de 15 (quinze) dias úteis para apresentação de defesa por parte do particular, por força dos arts. 157 e 158 da Lei 14.133/2021;

v) para a aplicação das sanções de *(a)* impedimento de licitar e contratar e *(b)* declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, é imprescindível que o processo administrativo sancionador seja conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis e/ou empregados públicos do quadro permanente, que avaliarão os fatos e circunstâncias conhecidos e intimarão o particular para manifestação no prazo de 15 (quinze) dias úteis, com esteio no art. 158 da Lei 14.133/2021;

vi) verificado que o particular permanece descumprindo as cláusulas contratuais firmadas junto a Municipalidade, a juízo do gestor poderá ser determinada a extinção unilateral do contrato administrativo, observadas as hipóteses legais, sempre sendo permitido ao contratado que se manifeste, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, prestigiando-se o princípio do contraditório e ampla defesa;

vii) a decisão pela extinção unilateral independe da aplicação das sanções administrativas;

viii) além da aplicação das sanções administrativas cabíveis e da eventual extinção do contrato administrativo, cabe à Secretaria requerente analisar a necessidade de adoção de



medida judicial a fim de compelir a empresa à execução da obrigação de fazer, caso permaneça descumprindo com suas obrigações, mesmo após devidamente notificada.

Por derradeiro, autorizo aos agentes públicos vinculados a Subprocuradoria de Processos Administrativos a utilizar tal parecer como modelo referencial, anexando-o aos processos administrativos que guardam relação com a manifestação aqui exarada, sendo certo que tal orientação poderá, a qualquer tempo, ser revista pelo Subprocurador de Processos Administrativos ou pelo Procurador-Geral do Município, diante de nova compreensão jurídica acerca da matéria.

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

É como opina a Subprocuradoria de Processos Administrativos.

Nova Friburgo, na data da juntada aos autos.

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