



Município de Maceió
Procuradoria-Geral do Município
Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios



Processo nº: 05800.106990/2018

Interessado: SMS

Assunto: Registro de preços para eventual e futura aquisição de fardamentos.

Despacho nº: 89/2019/TCM/PLCC/PGM

DESPACHO

Trata-se de processo administrativo encaminhado a esta especializada, Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios, para a emissão de parecer acerca da possibilidade de aplicação de sanções administrativas à empresa Delta Confecções LTDA EPP, tendo em vista o descumprimento da obrigação decorrente da Ata de Registro de Preços n. 39/2018, que possui como objeto a aquisição de fardamento, conforme Memorando nº 689 da Diretoria de Gestão Administrativa, Sra. Karine de Andrade Lopes Cavalcante.

Destaca-se, inicialmente, que os autos foram encaminhados em um volume, com 43 folhas.

Em seguida, após análise dos autos, esta procuradoria verificou que toda a fase interna do procedimento licitatório está concluída, e que, aparentemente, solicita a manifestação da PGM sobre a fase de execução do contrato/ata.

A aplicação de penalidades, objeto deste processo, é ato típico de fase contratual, não cabendo a emissão de parecer por parte desta especializada, conforme a Lei Geral de Licitações, cumulada com a Lei municipal que regulamenta a Procuradoria Geral do Município, senão vejamos.

O artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, prevê a obrigatoriedade da análise prévia dos documentos e anexos pela Assessoria Jurídica da Administração, conforme transcrito abaixo:

Art. 38. (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Todavia, complementando o disposto na legislação nacional de licitações e contratos, o Regimento Interno da Procuradoria Geral do Município de Maceió (Lei Delegada nº 02/2014) atribuiu no seu artigo 50 como de responsabilidade da Procuradoria especializada de licitações, contratos e convênios a função de observância da legalidade nos procedimentos licitatórios dentre outros, *in verbis*:

Seção IV

DA PROCURADORIA ESPECIALIZADA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS

Art. 50. Compete à Procuradoria Especializada de Licitações, Contratos e Convênios o assessoramento jurídico na esfera de sua competência ao Prefeito de Maceió, ao Procurador-Geral do Município, aos Secretários Municipais e dirigentes das entidades da Administração Municipal Indireta, e:

Karinelly



I – responder, mediante pareceres opinativos, às consultas formuladas em tese ou em casos concretos, pelas autoridades referidas no caput deste artigo, nas questões de afetas às suas atribuições, especialmente sobre:

- a) procedimentos licitatórios e chamadas públicas;
 - b) documentos, minutas de atos ou negócios jurídicos, convênios ou quaisquer ajustes que envolvam obrigação a ser contraída pelo Município;
 - c) hipóteses de dispensa, inexigibilidade de licitação e contratação direta;
 - d) editais e instrumentos convocatórios, **fases interna e externa das licitações** e chamadas públicas;
 - e) concessão e permissão da prestação de serviços públicos;
 - f) terceirização de serviços públicos;
 - g) legalidade de planos de trabalho, contratos, convênios, termos e quaisquer espécies de instrumentos representativos de ajustes da Administração Municipal com terceiros;
- II – exercer orientação normativa, em área de sua competência, para as Procuradorias Setoriais dos órgãos e entidades da Administração Municipal, após avaliação do conjunto de seus pronunciamentos;
- III – **pronunciar-se na fase externa dos procedimentos licitatórios** e dos processos de dispensa em razão do valor, bem como nos de inexigibilidade que não ultrapassem este valor, **quando o titular da pasta solicitar a emissão de parecer invocando justificativa excepcional**;
- IV – representar e defender os interesses do Município perante o Tribunal de Contas da União e do Estado, nos assuntos de sua competência especializada;
- V – analisar os casos que lhe forem submetidos pelo Procurador-Geral do Município ou Procurador-Geral Adjunto do Município;
- VI – outras atividades correlatas com a natureza das matérias que lhe forem submetidas.

Assim, deve ser realizada uma interpretação sistemática, considerando o inciso III como complementação do disposto na alínea *d* do inciso I, todos do artigo supramencionado, de modo que compete apenas a esta especializada chancelar as minutas do edital e do contrato em fase interna, não sendo cabível análise após a fase externa/contratual, salvo quando o titular da pasta solicitar expressamente a emissão de parecer, e ainda assim somente no caso de existir alguma justificativa excepcional (necessidade de motivação), o que não é o caso dos autos.

Outrossim, compete exclusivamente à Secretaria interessada na celebração do contrato, o integral respeito ao estabelecido no parecer exarado e nas minutas chanceladas por esta Procuradoria, bem como o respeito à toda legislação inerente à matéria, inclusive no tocante ao respeito dos prazos e das condições pactuados, bem como pelo poder/dever da Administração de aplicação de penalidades por descumprimento contratual.

Apesar de não estar dentro das atribuições desta procuradoria, informa-se que a aplicação de penalidades não só é possível como é devido, pois se trata de um poder-dever da Administração pública, que, em sua grande maioria das vezes, é ignorado, gerando despesas desnecessárias para o erário e prejuízo para a população, podendo-se enquadrar em improbidade administrativa, conforme art. 10, X e XII, da Lei nº 8.429/92.

Assim, convém trazer à baila algumas orientações importantes para o cumprimento do devido processo legal no caso da aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações.

Com efeito, incisos LIV e LV do artigo 5º, da Constituição, estabelecem, respectivamente, que *“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e *“Aos*

Endereço: Rua Dr. Pedro Monteiro, nº. 291, Centro, Maceió. CEP 57020-380.

E-mail: licitacoes.pgm@maceio.al.gov.br

CNPJ 12.200.135/0001-80



litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes". A partir desses enunciados prescritivos, deverá ser erigido o modelo constitucional do processo administrativo sancionador, o qual guiará a interpretação dos dispositivos legais e infralegais que regulam as disposições sancionatórias de natureza administrativa, especialmente a que importa para o caso *sub examine*, a saber o artigo 7º da Lei nº 10.520/2002:

"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 a 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 Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."

O dispositivo legal *supra* não pode ser interpretado sem a conjugação de outro, no mesmo diploma: "Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, disciplina as sanções e dispõe o procedimento para sua aplicação, nos seguintes enunciados legais:

Seção II

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

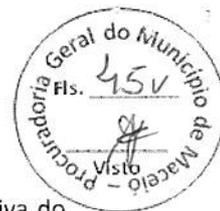
§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 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.**

Endereço: Rua Dr. Pedro Monteiro, nº. 291, Centro, Maceió. CEP 57020-380.

E-mail: licitacoes.pgm@maceio.al.gov.br

CNPJ 12.200.135/0001-80



§ 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)

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 - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

[...]"

Finalmente, mas não menos importante, o Decreto Municipal nº 7.496, de 11 de abril de 2013, o qual regulamenta o sistema de registro de preços no âmbito do município de Maceió, com destaque para o artigo 6º, parágrafo único, que trata das competências do órgão participante:

"Art. 6º [...]"

Parágrafo único. Cabe ao órgão participante aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador."

Por sua vez, a apuração de prática de infração administrativa exige **um processo administrativo autônomo**, embora incidente àquele em que se deu a contratação, pois dá origem a um novo vínculo entre a Administração e o contratado, fundado em pressupostos fáticos diversos daqueles que ensejaram a contratação. É escusado aqui trazer à luz a doutrina de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (in **Manual de Direito Administrativo**, 30ª ed., Atlas 03/2016, VirtualSource Bookshelf online) sobre a diferença entre sanções extracontratuais que provocam **atos administrativos** (p. ex. ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato) e aquelas que ensejam a prática de **ato administrativo**, sendo necessário apenas encarecer que, no caso de multa, suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração ou, ainda, a extremada declaração de idoneidade, **todas elas consubstanciam verdadeiro ato administrativo que devem resultar de um processo prévio**.

Nesse sentido, é o parecer de JULIETA MENDES LOPES VARECHINI (in **Contratos**, Editora JML, p. 154), *verbis*:

"Por força do preceito constitucional, a aplicação de qualquer sanção administrativa exige processo administrativo próprio, no qual seja assegurado ao interessado, previamente, o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de nulidade do ato."

Além disso, **o processo administrativo sancionatório deve ser instaurado por despacho de autoridade competente**, que deve conter, para garantir a ampla defesa e o contraditório: a) a identificação da autoridade signatária; b) a identificação completa do interessado; c) a exposição dos fatos e os fundamentos de direito para a instauração do processo administrativo; d) a data e a assinatura da autoridade administrativa (WELLINGTON PACHECO BARROS, in **Licitações e Contratos**

T. M. G. S.



Administrativos, p. 364). É preciso não olvidar que se trata de ato administrativo e, como tal, se sujeita aos requisitos de qualquer ato dessa natureza, a exemplo da competência e do motivo.

Por outro lado, não consta da Lei nº 8.666/93, máxime na parte que versa sobre execução dos contratos, a estatuição segundo a qual cabe ao fiscal do contrato designado pela Administração a competência para instauração do processo ou mesmo a infligção das sanções. Ao contrário, o artigo 67, §2º, do indigitado diploma legal, impõe que *“As decisões e providências que ultrapassem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes”*. Se não houve o cumprimento total da avença ou se esta se deu de forma parcial, caberá ao fiscal notificar à autoridade competente do órgão para adoção das providências cabíveis, inclusive a instauração do processo sancionador.

Nesse norte, JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI (op. cit. p. 169) *in expressis verbis*:

“Ao fiscal não compete a imposição de penalidades ou a determinação de rescisão contratual, por exemplo, cabendo esta atuação à autoridade competente, aquela indicada pelas normas internas do órgão ou entidade.

Assim, o fiscal deverá anotar no registro próprio referente àquele contrato todas as ocorrências observadas durante a sua execução, como falhas, atrasos, inadimplemento ou descumprimento, assim como as orientações repassadas ao particular para que este se adequasse aos termos do contrato.

E, constatando o fiscal a ocorrência de faltas reiteradas, atrasos e inadimplementos que possam vir a gerar a aplicação de penalidades ou, até mesmo, a rescisão do contrato, deverá notificar a autoridade competente, informando de todas as atitudes já tomadas anteriormente, para que esta, dentro de suas competências funcionais, decida, motivadamente, sobre a atitude a ser tomada pela Administração.”

A título de informação, a Orientação Normativa nº 48 da Advocacia-Geral da União *“É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520, de 2002, e nº 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento”*. Se para abertura do processo licitatório é exigida a autorização do titular do órgão, com a mesma razão se impõe para instauração do processo para apurar infração administrativa decorrentes da licitação.

Além disso, o artigo 87, da Lei nº 8.666/93, estabelece que pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado as sanções arroladas nos incisos, **desde que garantida a prévia defesa**. Entrementes, ainda que não existisse a ressalva, a Constituição da República asseguraria a ampla defesa ao contratado, *ex vi* do art. 5º, incisos LIV e LV, supracitados.

A propósito, MARCIO PESTANA (in **Licitações Públicas no Brasil**, p. 880): *“No atual estágio democrático brasileiro, é de todo impensável que uma sanção administrativa, que venha a ser imposta no âmbito de um certame licitatório, o seja sem que se assegure, para o administrado, o devido processo legal administrativo prévio, o que naturalmente inclui, dentre outros, o direito à ampla defesa e ao contraditório”*, e mais à frente, *“Trata-se de uma conquista irreversível do direito, que exige que a Administração Pública, caso pretenda imputar uma sanção, desde pronto permita que o administrado, nos domínios administrativos, mais propriamente através da instalação e desenvolvimento de um processo administrativo especificado, possibilitando defender-se da imputação que lhe seja endereçada, para tanto socorrendo-se de todos os meios de prova que julgue ser o mais apropriado para o caso”*.

Desta forma, para que o contratado possa exercer plenamente sua defesa prévia à aplicação da penalidade, é preciso que ele seja corretamente chamado a integrar a relação jurídico-processual de natureza administrativa, por intermédio de um ato formal, no qual esteja

Endereço: Rua Dr. Pedro Monteiro, nº. 291, Centro, Maceió. CEP 57020-380.

E-mail: licitacoes.pgm@maceio.al.gov.br

CNPJ 12.200.135/0001-80



descrita de forma clara e objetiva ao menos os fatos que lhe são impingidos (=a infração administrativa), os fundamentos jurídicos que justificaram a instauração do processo (o que inclui o número do contrato administrativo ou processo administrativo do qual originou a contratação) e os dispositivos legais supostamente violados, o número do processo administrativo e onde ele pode ser localizado para ter vista, o prazo para defesa, as consequências do descumprimento desse ônus processual (se houver), e finalmente, onde a peça defensiva pode ser protocolada.

Logo, deve ser oferecida a empresa contratada as informações necessárias para o oferecimento de defesa prévia, em prazo razoável, através de notificação formal (no mínimo através de DOM e carta com AR dirigida ao responsável pela empresa), apontando, desde já, as penalidades em caso de descumprimento, que não se restringem a multa, no que se recomenda a leitura integral do contrato.

Trata-se de um direito fundamental, que como o próprio nome sugere, a defesa deve ser a mais abrangente possível evitando possíveis nulidades da aplicação destas penalidades. Tal orientação se justifica em virtude da possibilidade da ausência da resposta por parte da contratada ter sido oriunda de uma falha na comunicação, o que impediria a sua defesa, razão pela qual, deve o responsável pelo contrato se certificar pela plena e total ciência da contratada que contra ela tramita um procedimento de aplicação de penalidades.

Ademais, há uma margem de discricionariedade do ato administrativo de penalização quando se trata de um contrato administrativo. Nesta senda, a PGM deve apenas orientar o gestor da pasta quanto aos critérios de proporcionalidade/razoabilidade da aplicação da referida penalidade (processo legal substancial), pois tais critérios estão contidos no âmbito da *legalidade*, ou, como preferem alguns, *juridicidade*, sob pena de adentrar no mérito administrativo, o que é vedado pela própria legislação pátria, bem como pela Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Município de Maceió.

Assim sendo, os parâmetros a serem utilizados pelo Sr. Secretário encontram-se previstos na própria Ata de Registro de Preços, bem como nos arts. 86 a 88 da Lei de Licitações e Contratos – LLC (Lei 8.666/93), além de ter como referência a IN nº 01, de 13 de outubro de 2017, da Secretaria Geral da Presidência da República, no âmbito federal.

Caso tenha havido algum equívoco por parte desta procuradoria e o caso dos autos não se tratar de mera análise de fase contratual, deverá retorná-lo à PLCC com despacho explicativo.

Sendo o que se apresenta para o momento, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos. Remetam-se os presentes autos à **ARSER**, para conhecimento e providências pertinentes ao feito.

Maceió - AL, 15 de julho de 2019.

THAIANA COELHO MIDLEJ

PROCURADORA DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ