



Parecer Jurídico SMLC/DJ nº 425/2024

Ementa. Rescisão contratual unilateral. Contrato nº 138/2023. Prestação de serviços de assistência técnica para manutenção corretiva, instalação e desinstalação em aparelho de ar-condicionado. Secretaria Municipal de Saúde (SMS). Seiki Refrigeração Ltda. Lei Federal nº 10.520/02 e Lei Federal nº 8.666/93. Parecer favorável, **com recomendação.**

I. DO RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta jurídica realizada nos autos do processo **SEI nº 24.0.000047109-3**, no qual se busca a rescisão unilateral do Contrato nº 138/2023, em que figura na condição de contratada Seiki Refrigeração Ltda. O objeto do pacto consiste na prestação de assistência técnica para manutenção corretiva, instalação e desinstalação em aparelho de ar-condicionado.

2. O presente feito foi instruído com diversos documentos, dentre os quais: **(i)** cópia do contrato (0992173); **(ii)** Ordem de Início de Serviços – OIS (0992181); **(iii)** Termo de designação e substituição de fiscais do contrato (0992214); **(iv)** notificações (0992222 e 0994268) **(v)** envio eletrônico da notificação nº 135/2024 (1024748) acerca da rescisão unilateral; **(vi)** despacho atestando a ausência de manifestação da contratada sobre as notificações enviadas (1024748).

3. Eis o relatório. Passa-se a analisar.

II. DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE JURÍDICA

II.A. DA COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE

4. O art. 53, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, a exemplo do que ocorria no âmbito da Lei nº 8.666/1993, dispõe sobre a obrigatoriedade do envio dos processos licitatórios e de contratação para análise do órgão de assessoramento jurídico competente. Confira-se:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

(...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

*§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.
(...)*

5. No âmbito do Município de Canoas, a competência para realizar assessoria e consultoria jurídica em processos envolvendo licitações e contratos públicos é da Diretoria Jurídica da Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC). Nesse sentido, é o que se extrai do Decreto Municipal nº 549, de 26 de dezembro de 2023:

*Art. 13. A análise jurídica referente aos processos de licitações e contratos será realizada pela Diretoria Jurídica da secretaria responsável pelo processamento das licitações.
(...)*

6. Logo, verifica-se que é atribuição privativa desta Diretoria realizar a consultoria jurídica no caso em tela. Isso porque o presente feito relaciona-se com contrato público, o qual decorre de processo licitatório.

II.B. DA LEGITIMIDADE PARA SUBMISSÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

7. O Decreto Municipal nº 549/2023 traz um rol de legitimados que podem provocar a atuação da Diretoria Jurídica da SMLC e dela solicitar emissão de manifestação jurídica. Colaciona-se o art. 15 do aludido Decreto:

*Art. 15. Os processos de licitações e contratos poderão ser submetidos à análise jurídica diretamente por detentores dos seguintes cargos/funções:
I - secretários e equivalentes;
II - diretores e equivalentes; e
III - agentes de contratação e membros de comissões especiais de licitação, no bojo de processos específicos de contratação.
Parágrafo único. Os demais servidores poderão encaminhar processos para análise da Diretoria Jurídica mediante chancela dos legitimados neste artigo.*

8. Analisando-se os autos, verifica-se que o feito foi encaminhado a esta Diretoria Jurídica pelo Secretário Municipal. Sendo assim, tem-se que foi observado o que determina o dispositivo transcrito.

II.C. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA

9. Consigne-se que a presente análise considerará **tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Diretoria Jurídica**, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

10. Isso porque, nos termos da Lei nº 6.627/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, entre outras atribuições, proceder com o assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

Art. 11. As competências das Secretarias de Natureza Instrumental compreendem:

(...)

c) compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC):

(...)

*2. planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e **juridicamente**, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta;*

(...)

11. Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral, limita-se à análise da **compatibilidade jurídica** da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

II.D. DO ATENDIMENTO ÀS RECOMENDAÇÕES JURÍDICAS

12. Ponto que merece destaque, devendo ser objeto de ciência pelos gestores, diz respeito ao devido atendimento às recomendações dos despachos e pareceres jurídicos. Nesse sentido, o art. 16 do Decreto Municipal nº 549/2023:

*Art. 16. Exarado despacho de saneamento ou parecer condicional pela Diretoria Jurídica, os responsáveis pela instrução processual deverão **acolher ou justificar o não acolhimento das recomendações** emanadas do referido órgão de assessoramento jurídico.*

*Parágrafo único. Havendo o **não acolhimento** de recomendações, as justificativas deverão ser expostas em **despacho específico**.*

13. Sob tal influxo, importante esclarecer que as recomendações jurídicas veiculadas por meio dos despachos e pareceres **comportam justificativa em sentido contrário por parte dos gestores**. Isso porque, conforme já explanado, a análise empreendida pelos Procuradores e Assessores Jurídicos é estritamente técnico-jurídica, mas sem prejuízo quanto a eventuais recomendações de aspecto administrativo, cujas decisões, ao fim e ao cabo, competem ao gestor responsável.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

14. Nessa toada, destaque-se o Acórdão 2599/2021-Plenário, do Tribunal de Contas da União – TCU:

*Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, **sem a devida motivação**, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa. Acórdão 2599/2021-Plenário*

15. Fica claro, diante da interpretação do acórdão supra, bem como do próprio comando do art. 16, caput, do Decreto nº 549/2023, que a adoção das recomendações emanadas do órgão de assessoramento jurídico não é obrigatória. Contudo, eventual desconsideração deve ser devidamente motivada, sob pena de configuração de culpa grave.

III. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

16. Recentemente, entrou em vigor a Lei nº 14.133/2021, a qual estabeleceu um novo regramento para as licitações e contratações públicas. A Lei nº 8.666/93, no entanto, não foi revogada de imediato. Isso significa que, em um primeiro momento, era possível que o administrador optasse pela adoção de uma ou outra legislação.

17. O artigo 191 da Nova Lei de Licitações definiu que, em o processo licitatório sendo realizado pela Lei nº 8.666/93, o contrato respectivo seria regido por ela. Nesse sentido, é o que se observa:

*Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o **inciso II do caput do art. 193**, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.*

*Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no **inciso II do caput do art. 193 desta Lei**, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.*

18. No caso em tela, o procedimento licitatório tramitou em observância à Lei n 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02. Dessa feita, tem-se que o Contrato nº 138/2023 deve ser regido pelos referidos diplomas legais, não se aplicando as regras previstas na Lei nº 14.133/21. Nesse sentido, inclusive, é o ensinamento do doutrinador Ronny Charles Lopes de Torres¹:

Vale frisar: não há opção discricionária a ser tomada em relação ao regime jurídico aplicável. Assim, se o contrato foi firmado de acordo com o regime jurídico da Lei nº 8.666/93, será este o regime

1 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações e Contratos Comentadas. São Paulo, JusPodivm, 15. ed., 2024, p. 971.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

aplicável àquela contratação, mesmo após a revogação desta Lei. Não apenas por ela, mas pela ultratividade definida pela própria Lei nº 14.133/2021. Ressalta Sidney Bittencourt que é a própria disciplina do artigo 191 e do artigo 190 da Lei nº 14.133/2021 que afasta a possibilidade de aplicação da Lei nº 14.133/2021 dos contratos celebrados, “mantendo-os sob a égide das leis revogadas”.

19. Consoante se extrai do exposto, não há opção discricionária a ser tomada em relação ao regime jurídico aplicável. Em o contrato sendo firmado de acordo com a Lei nº 8.666/93, são inaplicáveis as regras constantes na Lei nº 14.133/21.

IV. DA RESCISÃO CONTRATUAL UNILATERAL

20. A contratação em epígrafe se deu a partir de regular processo licitatório na modalidade pregão eletrônico. Sendo assim, aplica-se a Lei nº 10.520/02 e, de forma subsidiária, a Lei nº 8.666/93.

21. A Lei 10.520/02 não prevê hipóteses de rescisão contratual. Dessa feita, são aplicáveis os dispositivos pertinentes da Lei 8.666/93, a qual prevê que os contratos administrativos podem ser rescindidos unilateralmente pela Administração, de forma amigável entre as partes ou mediante decisão judicial.

22. As hipóteses de rescisão unilateral estão previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da Lei 8.666/93. Já a rescisão amigável encontra previsão no inciso II do art. 79 da mesma lei.

23. Cumpre ressaltar que a rescisão consensual não é cabível em hipóteses nas quais a causa da extinção do pacto é o descumprimento contratual por uma das partes. Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

O instituto da rescisão amigável previsto na Lei 8.666/1993 tem aplicação restrita, uma vez que não é cabível quando configurada outra hipótese que dê ensejo à rescisão e somente pode ocorrer quando for conveniente para a Administração. Por conseguinte, não pode resultar em prejuízo para o contratante. Sendo necessário o serviço, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato. Acórdão 3567/2014-Plenário | Revisor: BENJAMIN ZYMLER

A rescisão amigável do contrato sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não restaram configurados os motivos para a rescisão unilateral do ajuste configura irregularidade, por afrontar o disposto no art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993. Acórdão 740/2013-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

24. Consoante se extrai dos julgados referidos, em sendo necessários os bens ou serviços, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato. A rescisão consensual apenas é possível quando ficar demonstrada a conveniência para a Administração, não podendo o instituto ser utilizado quando for cabível a rescisão unilateral por descumprimento contratual.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

25. Em a contratada não cumprindo as obrigações assumidas, não se está diante de hipótese de extinção consensual do contrato. Nesse caso, deve o gestor promover a rescisão unilateral, bem como instaurar procedimento administrativo para apuração dos fatos e aplicação de penalidade.
26. Em havendo infração contratual, a instauração de processo de sancionamento não é faculdade, mas obrigação do administrador. Nesse sentido, é o entendimento do TCU:

A aplicação de multa a empresa pela administração pública, quando verificada a ocorrência de infração especificada em contrato, configura obrigação e não faculdade do gestor.
Acórdão 2445/2012-plenário

27. Ainda, convém trazer ao conhecimento do administrador o posicionamento já adotado pelo TCU em situação de fixação de prazo exíguo e a rescisão unilateral do contrato, a saber:

A concessão de prazo exíguo à contratada para se manifestar sobre decisão da Administração de rescindir unilateralmente o contrato não é razoável e ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, ainda que o art. 78, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 não tenha fixado prazo para o exercício desse direito. **Acórdão 442/2017 - TCU-Primeira Câmara**

28. Consta nos autos que, no dia 13 de dezembro de 2023, foi realizado contato com a contratada, mediante correio eletrônico (e-mail), com a finalidade de alinhar o fluxo de serviços. Tal informação pode ser verificada na imagem abaixo, a qual foi extraída do doc. 0992222 do presente processo. Veja-se:





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

29. Após isso, no dia 14 de dezembro de 2023, foram realizadas 05 (cinco) solicitações de prestações de serviços, classificadas em nível III (atendimento em até 1 dia útil), e 01 (um) solicitação de instalação de ar-condicionado, classificada como nível I (atendimento em até 8 horas). No dia 15 de dezembro foi requisitado um posicionamento da contratada acerca dos serviços requeridos e não prestados. No dia 20 de dezembro de 2023, o fiscal do contrato enviou a Notificação nº 235/2023 à contratada, a fim de obter esclarecimentos acerca da ausência da prestação dos serviços. Neste ponto, por oportuno, colaciona-se abaixo excerto extraído da referida notificação, a saber:

Notificamos vossa empresa, a fim de que, no prazo máximo de 24h (vinte e quatro horas), providencie o atendimento às solicitações de manutenção, bem como apresente a devida justificativa pela ausência de retorno às mesmas.

Saliente-se que o não cumprimento, ou a falta de retorno, no prazo estabelecido, bem como a apresentação extemporânea da resposta, ou caso seja a mesma julgada administrativamente improcedente, poderá implicar nas penalidades previstas no instrumento contratual e na legislação pertinente.

30. Com efeito, tendo em vista que o fiscal do contrato fixou um prazo de 24 horas para providências e esclarecimentos, demonstra-se relevante distinguir o presente caso do julgamento anteriormente apresentado no parágrafo 27 deste opinativo (Acórdão 442/2017 - TCU-Primeira Câmara).

31. No presente caso, o fiscal do contrato fixou um prazo de 24 horas para manifestação da contratada, contudo, é importante destacar que este prazo guarda semelhança com os demais estabelecidos no contrato, haja vista os prazos para a prestação de serviços definidos no contrato (níveis I a V – cláusula DÉCIMA SEGUNDA). Portanto, o prazo fixado demonstra-se proporcional e razoável.

32. Além disso, também não se verifica nenhuma espécie de alusão a rescisão unilateral do contrato no caso de descumprimento das determinações presentes na notificação nº 235/2023, logo, trata-se de situação distinta da apresentada no parágrafo 27.

33. Em julho de 2024, houve a abertura do memorando 2024040701 (1041661), o qual trata da situação em análise – *qual seja: a rescisão unilateral do contrato em razão do descumprimento contratual por parte da contratada*. O expediente foi aberto pelo secretário adjunto e enviado ao secretário da pasta.

34. Após o memorando supracitado, em agosto de 2024, foi expedida (doc. 0994268) a notificação nº 135/2024 (doc. 0994268), a qual não teve resposta por parte da contratada, conforme documentos 1024748. Por conseguinte, haja vista a ausência do cumprimento das obrigações contratuais pela contratada, foi dado prosseguimento a rescisão unilateral por parte da CONTRATANTE (doc. 1029843).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

35. Há que se destacar que a municipalidade conferiu prazo de 05 (cinco) dias úteis para a contratada se manifestar, prazo esse que se demonstra acertado, haja vista posicionamento já adotado pelo TCU².

36. Nesse sentido, nos termos do despacho 1034175, veio a esta Diretoria análise do pedido de rescisão unilateral por parte da Administração, nos termos da cláusula 14 (quatorze) do Contrato, a qual remete aos artigos 78 e 79 da Lei 8.666/93. Confira-se:

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA: DA RESCISÃO E ALTERAÇÃO CONTRATUAL

14.1. O presente Contrato pode ser rescindido nas hipóteses descritas no art. 78 da Lei 8.666, de 1993, observados os procedimentos estabelecidos no art. 79 da mesma Lei.

14.1.1. A CONTRATANTE reconhece os direitos da CONTRATADA, na condição de Gestor Público, em caso de rescisão administrativa, conforme previsto na Lei 8.666, de 1993.

37. Veja-se os dispositivos da Lei 8.666/93 pertinentes ao caso em epígrafe:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:(...)

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior; (...)

38. Analisando-se os dispositivos legais transcritos, verifica-se que, ao caso, aplica-se o inciso I do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, bem como o inciso I do artigo 79 do mesmo diploma legal. Dito de outra forma, a rescisão unilateral tem como fundamento o fato da contratada não ter cumprido o contrato.

39. Note-se que a Ordem de Início de Serviços (OIS) é datada de 11/10/2023 e que as solicitações de serviços anexas a este processo (0992222) se referem a dezembro de 2023. Neste ponto, vale destacar que consta no doc. 0992222 uma resposta da contratada, conforme fl. 06, o que atesta a validade do meio de comunicação utilizado para contatar a contratada. Contudo, em que pese o canal de comunicação fosse eficaz, não constam nos autos outras manifestações da contratada. Inclusive, infere-se que tal ausência se dá pelo fato de que a contratada não apresentou manifestação.

2 A concessão de prazo exíguo à contratada para se manifestar sobre decisão da Administração de rescindir unilateralmente o contrato não é razoável e ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, ainda que o art. 78, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 não tenha fixado prazo para o exercício desse direito. Acórdão 442/2017 - TCU-Primeira Câmara.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

40. Em outras palavras, a Administração, de acordo com o contraditório e ampla defesa, e em consonância com a moderna acepção dialógica de sua atuação, notificou a contratada para se manifestar. Contudo, esta se quedou silente, não tendo sido juntado aos autos manifestação alguma dela.

41. Portanto, conforme previsto no já referido no art. 79, inciso I da Lei 8.666/93, a referida rescisão ter-se-ia por justificada face à inércia da contratada em dar a execução contratual, mesmo após devida e tempestivamente notificada a fazê-lo. Dessa forma, com base nos fatos e fundamentos aqui expostos, a rescisão contratual unilateral é medida juridicamente possível.

42. Paralelamente a rescisão unilateral do contrato, **recomenda-se a instauração de procedimento para apuração da infração contratual e aplicação de penalidade. Tal procedimento deve tramitar de acordo com o que estabelece o Decreto Municipal nº 376/2022, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.**

43. Não obstante, é importante alertar ao ordenador de despesas que danos advindos do não cumprimento das obrigações contratuais correspondem a responsabilidade da contratada, conforme cláusula DÉCIMA TERCEIRA.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA: DOS DANOS E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

13.1. A CONTRATADA é responsável pelos danos causados diretamente ao CONTRATANTE ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na realização do objeto desta contratação, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade à fiscalização do CONTRATANTE.

V. CONCLUSÃO

44. Dessarte, tendo em vista a instrução do feito e o exposto neste parecer, opina-se **pela viabilidade jurídica da rescisão unilateral pretendida**, com fundamento nos artigos 78, I, e 79, I, da Lei nº 8.666/93.

45. **Recomenda-se** a instauração de procedimento para apuração da infração contratual e aplicação de penalidade. Tal procedimento deve tramitar de acordo com o que estabelece o Decreto Municipal nº 376/2022, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

46. No mais, cumpre ressaltar que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o fito de orientar as autoridades competentes na resolução de questões postas em análise, de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente, que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

É o parecer.

Canoas, 19 de agosto de 2024.

Carlos Pagani Rosa

Assessor Jurídico

Diretoria Jurídica/SMLC

OAB/RS nº 113.908

Matrícula 125588

Marcelo Maciel Hofmann

Procurador do Município

Diretor Jurídico/SMLC

OAB/RS 79.776

Matrícula 126168