
À PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTE SERRADA

CONTRATO ADMINISTRATIVO N.º 22/2018

Ref. Pregão Presencial 12/2018

Objeto: Próteses dentárias.

Assunto: **DEFESA ADMINISTRATIVA COM PEDIDO DE RESCISÃO CONTRATUAL AMIGÁVEL**

A empresa Novo horizonte Próteses EIRELI-ME, anteriormente qualificada, vem respeitosamente perante vossa, através do seu representante, Dr. SANDRO VALERIO, Advogado, OAB-PR 70.516, com escritório profissional situado na Praça General Osório, 225, Sl 01, em Curitiba, Capital do Estado do Paraná (ambos assinam abaixo), vem respeitosamente, nos termos da Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LV, e no artigo 79, II da Lei 8666/93, apresentar

DEFESA ADMINISTRATIVA COM PEDIDO DE RESCISÃO CONTRATUAL AMIGÁVEL, conforme os motivos de fato e direito a seguir expostos, na forma que segue.

01 – RELATO DOS FATOS

A empresa Novo horizonte Próteses EIRELI-ME sagrou-se vencedora do Pregão acima indicado, assim abrindo possibilidade de contratação entre as partes, cujo objeto do contrato é fornecimento de próteses dentárias.

Entretanto, após realizar a atualização do orçamento de transporte do objeto licitado, a contratada percebeu que teria excessivos problemas logísticos somado ao aumento insuportável no custo do frete, a ponto de não poder atender prontamente as demandas da contratante.

Situação que culmina com o presente pedido.

02 – DO DIREITO

A própria Lei de Licitações autoriza a rescisão unilateral do

contrato administrativo, consoante com o disposto no artigo 58, a saber:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

Como foi dito anteriormente, a empresa contratada não pretendia atrasar ou se recusar a prestar o serviço. Pelo contrário, fez, e continua fazendo tudo o que está ao seu alcance para desempenhar correto exercício do contrato.

Contudo, diante da periclitante condição logística, ou seja, possível demora no transporte conjugada com a alta no custo do frete. Fez aumentar o risco de atraso nas entregas do objeto contratado. Pois, toda vez que a contratada está prestes a remeter seus produtos, tem como obrigação, realizar cotação de frete e despachar pela empresa mais barata. O que não é sinônimo de rapidez.

Diante de tudo isso, não resta outra opção a contratada senão o pedido de rescisão contratual nos moldes do artigo 79, II da Lei 8666/93.

Ademais, além da dificuldade logística já mencionada, é notório que os custos de frete e insumos que constituem o objeto licitado sofreram

demasiada alta nos preços, este “novo fator” ainda não foi totalmente mensurado, mas, é certo que impõe prejuízo financeiro a empresa contratada. Portanto, caso seja decidido pela rescisão contratual, que seja amigável. Pois, poupará a contratada de grande prejuízo financeiro.

Enfim, o que se pretende mostrar é que a rescisão contratual amigável é a melhor opção para as partes. Motivo pelo qual, requer a reavaliação da iminente sanção administrativa proposta no parecer do Ilustre Procurador do Município, o qual, destacamos recorte.

2) Pela anotação restritiva no cadastro de fornecedores da empresa
NOVO HORIZONTE PRÓTESES – EIRELI;

3) Pelo impedimento de licitar e contratar com a pelo prazo de 02 (dois) anos consecutivos, a contar da publicação desta decisão;

DA DOSIMETRIA DAS SANÇÕES

Observados os princípios constitucionais de ampla defesa, o agente público investido no poder sancionador, antes de aplicar as sanções estabelecidas em lei, no caso vertente, as hipóteses previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/02, tem o dever de observar se houve ofensa passível de punição e, se houve, dosar a penalidade segundo o grau de gravidade da infração cometida e o efetivo prejuízo causado à Administração Pública, apurado em regular processo administrativo.

A Lei nº 10.520/02, em seu art. 7º, ao disciplinar as penalidades aplicáveis aos contratantes com a Administração Pública, que na

execução do objeto do contrato cometam falhas, utilizam conceitos amplos e genéricos para apuração da infração, como, por exemplo, “falhar”, “fraudar”, indicado no caput do art. 7º da Lei do Pregão. Ao dispor dessa forma, incluindo a “falha” (infração mais leve) e fraude (muito mais pesada), não é curial que a Lei tenha deixado ao gestor público uma porta escancarada de liberdade interpretativa para aplicar o rol de sanções, sem dosar a conduta do contratante no curso da execução do ajuste e sopesar seu histórico em avenças anteriores, pois nem poderia, sob pena de enterrar em pé o Estado Democrático de Direito.

Assim, o administrador público, para não exercer arbitrariamente suas funções, deve sopesar a gravidade das falhas, a fim de dosimetricamente propor a sanção justa, ou, até mesmo **eximir de sanção**.

Em razão da magnitude do tema, a matéria não passou incólume ao constituinte de 1988, pois restrições ao livre exercício de direitos por particulares se submetem, originariamente, ao art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Na esfera infraconstitucional, a aplicabilidade desse princípio ganhou guarida no caput do art. 37, ao prever, entre os princípios da Administração Pública, o da legalidade, com freio e contrapeso à concessão de poderes ilimitados ao Poder Público.

Desta maneira, as decisões administrativas que cerceiam direitos estão sujeitas a princípios, normas, gradação de condutas e sanções na aplicação de conceitos abertos, num sistema de freios e contrapesos.

A aplicação das penalidades, principalmente a de suspender uma empresa que atua exclusivamente com licitações do seu direito de participar de procedimento licitatório ou de contratar com a Administração, **mesmo que por um mês**, equivale à **pena de morte da empresa**. E, tal condição encontra resistência na legislação infraconstitucional, como a constante do art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9784/99 (dispõe sobre o processo administrativo na Administração federal):

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público e eficiência**.*

Parágrafo único.

Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os

critérios de:

(...)

*VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, **restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**;*

O inc. VI acima transcrito revela de forma taxativa a necessidade de observar o princípio da proporcionalidade e o interesse público no momento da aplicação de uma sanção administrativa, evitando que o administrador público imponha sanção **distinta** ao atendimento do interesse público.

Observa-se ainda, em recente decisão o Tribunal de Contas da União revisou seu entendimento no sentido que a pena de suspensão em licitar com um ente da administração se estende aos demais entes, situação que impõe grave risco ao direito e a subsistência das empresas e das famílias que delas dependem. Em outras palavras, mesmo cometendo infração de cunho “leve”, a empresa que for apenas **por apenas um mês de suspensão de licitar** está fada a extinção, visto que, deve sua existência exclusiva aos contratos públicos. Em efeitos práticos, a suspensão de licitar para uma empresa que depende exclusivamente de licitações é demasiada pesada, pois, decreta sua extinção.

Diante dos fatos, conclui-se que a empresa licitante não agiu de má fé, não causou prejuízo ao erário. Quanto a este último (prejuízo ao erário) não se deve confundir com inconveniente atraso na entrega. Portanto, é justificável a não aplicabilidade de sanção administrativa.

Em outras palavras, a aplicação do impedimento de licitar e contratar ocorre quando verificada a prática de conduta tipificada na Lei de licitações, devendo-se ainda, verificar se o particular autor da conduta agiu culposa ou dolosamente e ainda, se houve prejuízo ao erário.

Portanto, é essencial que a instrução do processo administrativo comprove a “má fé ou dolo do agente e prejuízo ao erário”. Pois, sem a comprovação destes quesitos essenciais, os quais, não aparecem no presente processo, não há o que se falar em sanção administrativa.

Esse é o recente entendimento do Supremo Tribunal de Federal. In verbis:

1. Ausentes o prejuízo para a Administração Pública e a demonstração de dolo ou má-fé por parte da licitante, não há subsunção do fato ao art. 7º da Lei nº 10.520/02. (STF - MS 31972 em 06/05/2014).

O entendimento estampado acima também vem sendo aplicado em sede administrativa, conforme se observa na decisão do Tribunal Regional do Trabalho - TRT 9º Reg.

Segue recorte do DES. ODESP 181/2018.

12. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, nos Embargos de Declaração do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.972, em 06/05/2014, que somente é possível a aplicação do artigo 7º da Lei 10.520/2002 caso haja prejuízo à Administração Pública e reste demonstrada a má-fé ou dolo por parte do licitante.

13. No caso em tela, não há indícios de que os citados requisitos estejam presentes, como conluio ou qualquer atitude visando prejudicar a Administração ou a competitividade do certame. A conduta displicente da empresa já foi devidamente punida, com a perda do negócio.

14. Uma vez que a empresa não arrematou os itens com o lance mais baixo, que sua convocação ocorreu tempos depois da fase de lances, sendo ela a quinta colocada, a aplicação de penalidade não atinge neste caso sua finalidade, ressalvando que esta poderia trazer imensuráveis prejuízos à licitante, inclusive o encerramento de suas atividades.

15. Considerando que a Administração Pública, no exercício de seu poder punitivo, deve aferir a compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa - *para evitar medidas desnecessárias ou extremamente rigorosas* - e em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - *que servem como diretrizes de senso comum, ou mais exatamente, do bom senso aplicado ao Direito, e a função social do contrato, visando à manutenção de empregos, afastando a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União.*

Esclarecida e superada as dificuldades acima mencionadas, e, evidenciado que **não houve prejuízo, dolo ou má-fé** na conduta da empresa recorrente, portanto, não deve ser punida, e se for, que seja pena de natureza leve, conforme autoriza o artigo 87, I, da Lei 8666/93.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência; (...)

03 – PEDIDOS E REQUERIMENTOS

A empresa Novo horizonte Próteses EIRELI-ME, ancorada na Lei de Licitações e nos melhores princípios que regem a administração pública, requerer:

Seja recebido o presente termo, para que a Administração do **Município de Ponte Serrada** considere os fatos apontados acima. E por consequência, opte pela rescisão contratual nos moldes do artigo 79, II da Lei 8666/93 (rescisão amigável), sem que reste qualquer sanção administrativa e multa para a empresa.

Como pedido alternativo, caso Vossa opte por decisão distinta, seja a pena de impedimento de licitar e contratar substituída por advertência conforme art. 87, I, da Lei 8666/93.

Nestes termos, requer processamento e deferimento.

Curitiba em 12 de setembro de 2018.



SANDRO VALERIO
ADVOGADO
OAB/PR 70.516

Novo horizonte Próteses EIRELI-ME