

RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PERGUNTA P23: Há necessidade de elaboração de termo aditivo para formalizar a rescisão contratual unilateral motivada por fato atribuível à culpa da empresa contratada (aquela perpetrada nos termos do art. 79, I, da Lei nº 8.666/93, quando verificada uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da mesma Lei) e encaminhamento dos autos para exame prévio da consultoria jurídica?

RESPOSTA: A rescisão administrativa constitui manifestação de vontade unilateral, independendo de manifestação de vontade da outra parte, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado, representando típico exemplo de manifestação de cláusula exorbitante presente no regime jurídico-administrativo, pelo que resta dispensada a elaboração de termo aditivo para o seu aperfeiçoamento. A rescisão deve ser sempre decorrente de ato devidamente motivado e justificado, assegurado o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Ainda, os processos de rescisão administrativa devem ser encaminhados ao órgão jurídico consultivo não para fins de análise prévia e indiscriminada do documento formalizador da rescisão unilateral em todo e qualquer caso, mas nas hipóteses de esclarecimentos pontuais de questões de natureza jurídica que eventualmente suscitem dúvidas específicas quanto à forma de proceder na prática do ato administrativo rescisório.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A doutrina, acompanhando a evolução prática do tema, costuma apontar, tradicionalmente, três formas de extinção dos contratos administrativos. Uma das formas de extinção consiste na extinção natural, pelo cumprimento do contrato. A segunda forma de extinção dos contratos administrativos é a anulação, que decorre de ilegalidade constatável no ajuste. A rescisão constitui outra modalidade de extinção do contrato administrativo, originando-se de um fato jurídico superveniente nascido de manifestação volitiva. O art. 78, da Lei nº 8.666/93 elenca as hipóteses motivadoras de rescisão do contrato administrativo.

A referida Lei nº 8.666/93, em seu artigo 79, dispõe acerca das modalidades de rescisão do contrato firmado junto à Administração³⁹. Acerca dos tipos de rescisão do contrato administrativo, com especial atenção à denominada "rescisão administrativa", que se opera justamente pela manifestação de vontade unilateral da Administração Pública.

Acerca da rescisão unilateral (ou administrativa), cumpre transcrever os artigos da lei nº 8.666/93⁴⁰ que são pertinentes à abordagem da temática:

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;

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

³⁹ De acordo com a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 138, a extinção contratual pode ocorrer de quatro formas: unilateral, consensual, arbitral e judicial. A rescisão arbitral foi incluída pela nova Lei, acrescentando mais uma hipótese àquelas previstas no artigo 79, da Lei nº 8.666/93. A rescisão ora tratada enquadra-se em rescisão unilateral, ocorrida apenas nas situações expressamente autorizadas pela lei - incisos I a IX, do art. 137, da Lei nº 14.133/2021.

⁴⁰ Os dispositivos citados encontram artigos correspondentes na Lei 14.133/21, a seguir identificados:

-Art. 58, inc. II, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 104, inc. II, da Lei nº 14.133/2021;
-Art. 78, da Lei nº 8.666/93, correspondente parcialmente ao art. 137, da Lei nº 14.133/2021;
-Art. 79, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 138, da Lei nº 14.133/2021;
-Art. 80, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 139, da Lei nº 14.133/2021;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

[...]

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

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;

[...]

§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

[...]

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

[...]

Como se pode perceber, a rescisão administrativa é aquela perpetrada por ato unilateral e escrito da Administração Pública (art. 79, I, da lei nº 8.666/93), quando verificada uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da mesma Lei. Trata-se de prerrogativa inerente aos contratos administrativos, caracterizados que são pela presença de cláusulas exorbitantes, assim conceituadas pela profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴¹:

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Dessa forma, a rescisão administrativa difere da rescisão amigável (art. 79, II, da lei nº 8.666/93) - que se perfaz, necessariamente, por mútuo acordo de vontade das partes e através da mesma forma utilizada no ato da contratação -, representando típico exemplo de manifestação de cláusula exorbitante presente no regime jurídico-administrativo, e que conduz à derrogação parcial do direito obrigacional ordinário regido exclusivamente pelo direito privado.

A rescisão administrativa não se configura, portanto, como ato contratual em sentido estrito, ou bilateral. Antes, trata-se de manifestação de vontade

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32.^a Edição, 2019. Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ. p. 308.

unilateral, independentemente de manifestação de vontade da outra parte, um direito potestativo reconhecido em favor da Administração Pública, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado.

A dispensa de elaboração de termo aditivo para aperfeiçoar a rescisão contratual unilateral não quer significar, contudo, ampla ou irrestrita liberdade para a Administração Pública. A rescisão deve ser sempre decorrente de ato devidamente motivado e justificado, assegurado o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Dessa forma, consentâneo com o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, o art. 78, parágrafo único, da lei nº 8.666/93, determina que o ato administrativo que consubstanciar a rescisão do ajuste deve vir acompanhado de dois requisitos legais: formal motivação do ato rescisório e garantia do contraditório e ampla defesa em favor do contratado.

Acerca da motivação formal do ato rescisório, o termo que o formalizar deverá indicar os fatos que levaram à rescisão do contrato, o estado em que se encontra o objeto contratual, em qual(is) das hipóteses de rescisão unilateral previstas no art. 78 da lei nº 8.666/93 o caso se amolda, além de todos os demais elementos e informações subjacentes à relação jurídica que tenham ensejado a sua rescisão. Nesse sentido, preconiza a doutrina à luz do art. 78, parágrafo único, da lei nº 8.666/93⁴²:

O ato rescisório, expresso em decreto ou despacho, deverá ser consubstanciado em termo, no qual se descreva o estado em que se encontra o objeto do contrato e se indiquem os motivos e disposições, normativas ou contratuais, que embasaram a rescisão, para que a qualquer tempo se possa evidenciar sua legitimidade e fixar a indenização, se devida. Esse termo é o ato formalizador da rescisão administrativa, operando seus efeitos a partir da data de sua publicação ou ciência oficial ao interessado (ex nunc).

Já no que se refere à garantia do contraditório e da ampla defesa, visualizam-se duas situações distintas no contexto da rescisão unilateral, as quais, a depender do caso concreto, ensejarão o exercício de tais garantias em diferentes graus ou intensidade. Em verdade, a distinção que se propõe aqui tem em vista duas providências acautelatórias que estão à disposição da entidade pública contratante e que se encontram previstas nos incisos I e II c/c o §1º, todos do art. 80 da lei nº 8.666/93, já transcritas acima.

As condutas descritas no art. 80, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tem como finalidade permitir que a Administração aja imediatamente com vistas ao atendimento do interesse público, dando concretude ao princípio da continuidade do serviço público. Assim, uma

42 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. São Paulo. SP. 42ª Edição. 2016, pág. 278.

vez rescindido unilateralmente o contrato, é possível que a Administração atue imediatamente, de modo a evitar a interrupção da execução do objeto.

Assim, quando a rescisão unilateral do contrato não implicar na necessidade de "assunção imediata do objeto do contrato" (art. 80, I, da lei nº 8.666/93) ou na "ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato" (art. 80, II, da lei nº 8.666/93), resta imposta a observância do contraditório e da ampla defesa previamente à eventual adoção do ato rescisório unilateral, devendo a medida ser adotada no bojo de procedimento administrativo próprio, instaurado especificamente para apuração das circunstâncias que teriam dado ensejo à interrupção do ajuste, conforme preceitua o art. 78, parágrafo único, da lei nº 8.666/93.

Por outro lado, quando caracterizada a premente necessidade de "assunção imediata do objeto do contrato" pela Administração Pública (art. 80, I, da lei nº 8.666/93), ou mesmo a "ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato" (art. 80, II, da lei nº 8.666/93), tais circunstâncias modificam, em parte, o contexto do exercício do contraditório e ampla defesa, ao menos em um primeiro momento. Nessas hipóteses, em que a adoção de uma das referidas providências se mostra imprescindível para evitar a própria descontinuidade do fornecimento ou serviço de interesse público, garantir o contraditório e a ampla defesa, em toda sua plenitude, previamente à adoção do ato rescisório unilateral, não nos parece medida compatível com situações que, como visto, demandam a adoção *in continenti* das providências previstas nos incisos I e II do art. 80 da lei nº 8.666/93.

Em casos tais, o ato administrativo formalizador da rescisão administrativa deve produzir efeitos desde logo - a partir da data de sua publicação ou ciência oficial ao interessado, viabilizando, dessa forma, a aludida encampação do objeto contratual e evitando prejuízos maiores ao interesse público. Não se trata de inobservância do contraditório e da ampla defesa, mas sim de diferimento do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, cujo processamento seria apenas postergado para momento futuro, a ser garantido no bojo de processo administrativo próprio, diante da indisponibilidade do interesse público, bem como da supremacia deste último sobre o interesse privado. Antes disso, porém, é recomendável que se estabeleça um contraditório preliminar, oportunizando, conforme o caso e de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, a manifestação da empresa contratada acerca da pretensão da Administração Pública em extinguir unilateralmente o contrato, para que a motivação formal do ato rescisório unilateral esteja, na máxima medida possível, amparada no mais amplo conhecimento dos fatos e circunstâncias, de modo a conferir-lhe maior legitimidade e segurança jurídica.

Nos casos em que a Administração Pública entenda necessário adotar uma das medidas previstas no art. 80, I e II, da lei nº 8.666/93, a realização de um contraditório preliminar nos moldes acima expostos tem a virtude de fornecer ao gestor público mais elementos a compor a motivação formal do ato rescisório, mitigando-se assim o risco de se incidir em uma rescisão unilateral prematura que posteriormente venha a se mostrar indevida no procedimento administrativo próprio. Registre-se que tal diligência deve ser levada a efeito sem prejuízo da abertura de processo administrativo próprio para apuração, dessa vez exauriente, das circunstâncias dos fatos que ensejaram a rescisão contratual, no caso de a autoridade administrativa decidir por promover a rescisão unilateral mesmo após a eventual apresentação da defesa preliminar sugerida nos parágrafos anteriores.

Registra-se que os processos de rescisão administrativa devem ser encaminhados ao órgão jurídico consultivo para atuação no assessoramento do gestor público sempre que este entender necessário, mas não para fins de análise prévia e indiscriminada do documento formalizador da rescisão unilateral em todo e qualquer caso. Nas hipóteses de esclarecimentos pontuais de questões de natureza jurídica que eventualmente suscitem dúvidas específicas quanto a forma de proceder na prática do ato administrativo rescisório os processos devem ser encaminhados referido órgão jurídico consultivo.

O inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93 demanda que o ato da rescisão seja formalizado por escrito. Quanto à forma que o ato administrativo de rescisão deve se revestir, repise-se o quanto consignado pelo Coordenador da e-CJU/SSEM no Parecer nº 00042/2021/CJU-MG/CGU/AGU:

13. Destaque-se que não há forma predelineada para a concretização do ato que determina a rescisão unilateral de contrato administrativo. Pode ser um termo, um decreto, um ato, uma declaração, uma certidão, etc. Qualquer forma é válida desde que seja cumprida a determinação de: a) declarar a rescisão do contrato; e, b) cientificar o contratado da rescisão, pois vige no caso o princípio *pas de nullité sans grief*, ou seja, onde não há prejuízo não há nulidade.

Outrossim, entende-se dispensável a publicação do ato administrativo rescisório na imprensa oficial como condição para sua eficácia. Isso porque o ato unilateral não configura, a rigor, à luz da dicção do art. 61, parágrafo único, da lei nº 8.666/93, "instrumento de contrato" ou "aditamentos". Antes, na qualidade de típico ato administrativo, o termo unilateral de rescisão opera a ruptura do vínculo obrigacional de pleno direito, dependendo apenas de prévia cientificação oficial ao interessado.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 00007/2021/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 00688.000436/2021-50); Orientação Normativa E-CJU/SSEM Nº 0001/2021, de 8.04.2021 (NUP: 00688.000436/2021-50); Parecer nº 00042/2021/CJU-MG/CGU/AGU (NUP: 21181.001225/2017-29); Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS ADMITIDOS EM LEI (RESCISÃO ADMINISTRATIVA). CLÁUSULA EXORBITANTE DE DEROGATÓRIA DO REGIME JURÍDICO COMUM. PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESCINDIBILIDADE DA RESCISÃO SER FORMALIZADA POR TERMO ADITIVO E/OU SER PRECEDIDA DE EXAME PRÉVIO POR PARTE DO ÓRGÃO DE CONSULTORIA JURÍDICA. NECESSIDADE DE FORMAL MOTIVAÇÃO E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

NEPOTISMO. VEDAÇÃO

PERGUNTA P24: Pode a Administração contratar empresa que se recusa a fornecer declaração de inexistência de nepotismo?

RESPOSTA: Não. A Declaração de Inexistência de Nepotismo é condição à assinatura do contrato administrativo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu texto que :

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte...

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, dispõe que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O Decreto nº 7.203/10, que Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal, prescreve: