

PARECERES

RESCISÃO CONTRATUAL AMIGÁVEL PEDIDA PELO CONTRATADO — REQUISITOS LEGAIS E CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS — PENDÊNCIA DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, TENDENTE À ANULAÇÃO DO CONTRATO — CAUTELAS QUE SE FAZEM NECESSÁRIAS.

PARECER

Honra-nos o Sr. Diretor Presidente com a solicitação de um parecer em torno das questões jurídicas suscitadas pela seguinte

CONSULTA

1. Em 2 de maio de 2002, foi celebrado, entre a CODEBA — COMPANHIA DAS DOCAS DO ESTADO DA BAHIA S/A e a CONSTREMAC INDUSTRIAL LTDA. o Contrato n. 016/2002, para a execução de obras e serviços de recuperação e manutenção da infra estrutura portuária para os Portos Organizados de Salvador, Aratu e Ilhéus, em decorrência da Concorrência n. 001/2002-SEDE, tendo sido a Contratada convocada, na qualidade de segunda colocada, em virtude da desistência formalizada pela licitante vencedora, a firma BELOV ENGENHARIA.

2. Recebeu o Tribunal de Contas da União, nos últimos meses, uma denúncia apócrifa, a respeito da aludida Concorrência. Embora não tendo tomado conhecimento das acusações de caráter pessoal contidas no referido documento, o ministro Relator determinou a realização de uma Auditoria, pela SECEX/BA, para a apuração das irregularidades apontadas relativamente à realização da aludida Concorrência, vindo a gerar o Proc. n. TC-008.158/2002-9, que ora aguarda julgamento daquela Corte, atualmente em recesso.

O último documento do referido processo de que se tem notícia até agora é o Parecer do

Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador Geral do Ministério Público junto ao TCU, exarado em 27 de novembro de 2002. Nele, S.Exa. conclui pelo descabimento da multa a ser aplicada ao Diretor Presidente da CODEBA, proposta pela instrução da SECEX/BA, bem como da sua imediata cobrança judicial, acolhendo, entretanto, a determinação, igualmente proposta, de anulação do Contrato n. 016/002, e imediata abertura de nova licitação, à vista de haver sido constatada “*a possibilidade de o objeto licitado — contratação de obras e serviços para a manutenção da infra-estrutura portuária para os portos organizados de Salvador, Aratu e Ilhéus — ser dividido em parcelas técnica e economicamente viáveis*”.

Finalmente, pronuncia-se o ilustre representante do Ministério Público, *in verbis*:

“*Dessarte, em atenção à audiência propiciada pelo eminente Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha, que atua no presente processo em substituição ao Ministro Marcos Vinicius Vilaça, com esteio no art. 63 da Lei n.8.443/92 e nos termos da Portaria TCU n. 232/002, este representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União aquiesce às determinações inseridas na conclusão de folha 462/463, à exceção daquelas presentes nos itens 1 e 2, por entender que, não tendo sido constatado qualquer indício de superfaturamento no Contrato n. 016/2002, bem como a ocorrência de má fé*

por parte do gestor, encontrando-se esse há sete anos à frente da CODEBA, sem qualquer irregularidade em suas contas, afigura-se a anulação do contrato como medida suficiente, tornando-se despropositada a imposição de multa”.

3. Intercorrentemente, no curso da execução contratual, a CONSTREMAC formulou três reivindicações, pertinentes à revisão de preços ajustados, com vistas à preservação do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em decorrência, respectivamente, dos ônus decorrentes de novos dissídios coletivos, das sucessivas desvalorizações do real frente ao dólar, e dos últimos aumentos de combustíveis.

Foram todas indeferidas pela Presidência da CODEBA, à vista dos pareceres da Coordenadoria Jurídica, que concluíram pela inviabilidade legal e contratual, à vista da previsão da Cláusula Décima Sétima, vedatória de qualquer revisão de preços antes de transcorrido o prazo de doze meses.

Ante o total insucesso de seus pleitos, a CONSTREMAC, sentindo-se na impossibilidade de arcar com os referidos ônus, formalizou uma proposta de rescisão amigável do contrato, constante das seguintes bases e condições:

- a) entrega das obras e serviços já executados à CODEBA;
- b) recebimento dos pagamentos por tudo o que já foi realizado e medido;
- c) devolução da garantia;
- d) assunção de todos os custos trabalhistas, fiscais e comerciais, decorrentes do encerramento do contrato;
- e) outorga de plena e geral quitação, para nada mais reclamar, com expressa renúncia do contratado a todas e quaisquer postulações indenizatórias posteriores, com base no contrato, inclusive as pertinentes a composições de preços.

À vista do quanto já exposto, formulam-se as seguintes indagações:

1 — Poderia a CODEBA celebrar, com a CONSTREMAC, uma rescisão contratual amigável, enquanto ainda pendente o julgamento do TCU quanto à anulação desse mes-

mo contrato, sem que se configurasse um desrespeito à Corte de Contas?

2 — Poderia ser caracterizada, a proposta de rescisão amigável pela Contratada, como um descumprimento do contrato, para o fim de imposição das multas contratuais cabíveis?

3 — Têm amparo legal e contratual as bases e condições propostas pela CONSTREMAC?

4 — Quais conseqüências jurídicas poderiam advir, no caso:

- a) de uma rescisão contratual amigável?
- b) de uma anulação do contrato?

5 — Em princípio, qual das duas soluções melhor atenderia ao interesse público?

RESPONDEMOS:

1 — Assim como as partes acordam a celebração de um contrato, definindo em seu texto os direitos e obrigações que, reciprocamente, caberão a cada qual, também poderão, inversamente, distatar o ajuste. A lei 8.666/93 denomina esse distrato de rescisão contratual amigável, disciplinando-a no inciso II do art. 79.

Estatui, referido dispositivo legal, que tal rescisão há de efetuar-se por acordo das partes, o que, de logo, afasta a imposição de determinações unilaterais pela Administração e a distingue essencialmente das outras modalidades de rescisão. Bem assim, dispõe que tal rescisão há de ser reduzida a termo no processo de licitação.

Condiciona a Lei a que haja conveniência para a Administração, na rescisão amigável. Tal conveniência, nos precisos termos do parágrafo primeiro do artigo 79, deverá ser devidamente justificada, por escrito, no ato de autorização da autoridade competente, a qual haverá de ser, em obediência ao princípio do paralelismo de forma, a mesma que celebrou o ajuste.

O contrato n. 016/2002, em sua cláusula Décima Sétima, também se ocupa da rescisão contratual amigável, no parágrafo primeiro, alínea c, e no parágrafo sexto.

Neste último parágrafo, há um evidente erro de remissão ao próprio parágrafo sexto. Mas, como, em todos os parágrafos da aludida Cláusula Décima Sexta, é o quarto o único que alude a *pagamentos*, entende-se ser a seguinte a correta leitura do dispositivo:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA

No caso de rescisão amigável do Contrato, a CONTRATADA somente fará jus ao pagamento do corretamente executado e devidamente medido.

“a (desta forma, far-se-á o pagamento final com mútua, plena e geral quitação”.

De logo vê-se, então, que são os seguintes os requisitos básicos da rescisão contratual amigável:

- a) iniciativa de qualquer das partes;
- b) existência de mútuo interesse eventual;
- c) bilateralidade;
- d) convir à Administração, evidentemente se corresponder ao interesse público;
- e) prover de autorização expressa e motivada da autoridade competente.

O contratado dispõe da iniciativa de outro tipo de rescisão, que é a judicial, mas esta é de natureza unilateral e só cabe nos casos legalmente previstos.

Outros dois tipos de rescisão administrativa, cognominados de rescisão-sanção e rescisão-prerrogativa, caracterizam-se pela unilateralidade, têm previsão legal, ou específica do contrato, e sua iniciativa cabe exclusivamente à Administração. São taxativamente previstas em lei suas conseqüências jurídicas possíveis.

A chamada rescisão-sanção somente ocorre nos casos legal ou contratualmente previstos, em que se configura um inadimplemento do Contratado.

Donde se conclui que, se ocorre a rescisão amigável por iniciativa das partes, ante a superveniência de um *mútuo interesse coincidente*, não há que cogitar-se da aplicação de qualquer sanção ao contratado, se lhe coube a iniciativa da proposta; nem configura esta, de modo algum, qualquer espécie de inexecução contratual, tão-só pelo fato de haver preferido a via consensual à via judicial, também a seu alcance.

Por outro lado, tratando-se de um negócio jurídico bilateral, e desde que seja, motivadamente, preservado o interesse público, admite-se a ambas as partes uma certa margem de liberdade discricionária, no disciplinamento das conseqüências jurídicas dele resultantes.

II — A anulação do contrato cabe à própria Administração, no uso de *seu poder de autotutela*, e também ao Judiciário, de ofício ou provocado por iniciativa do Ministério Público ou de outros substitutos processuais da coletividade.

No caso da anulação de contrato administrativo diferem as conseqüências jurídicas da mesma resultantes, em relação ao contratado, segundo o tratamento legal da espécie conferido:

— ao contratado que deu causa à constatada nulidade;

— ao contratado de boa fé, que não deu, de modo algum, causa à nulidade.

Na situação concreta ora sob exame, nem há de cogitar-se de qualquer culpa da CONS-TREMAC, nos fatos averiguados pela Auditoria do Tribunal de Contas da União, que a levaram a propor a anulação.

Argüi-se a nulidade da licitação, por suposta violação do disposto no art. 23, parágrafos primeiro e segundo, da Lei n. 8.666/93, por falta do parcelamento do objeto licitatório em unidades economicamente viáveis, com prejuízo do princípio da competitividade.

Caso venha a ser acolhida tal nulidade, esta é devida unicamente à decisão da Administração, ao englobar, em um único contrato, obras e serviços de manutenção e conservação a serem realizados nos portos de Salvador, Aratu e Ilhéus.

Tal nulidade do processo licitatório, nos precisos termos do parágrafo segundo do art. 49 da referida Lei, também acarreta a nulidade do contrato dele resultante, ressalvada a aplicação da regra do parágrafo único do art. 59, pertinente ao tratamento legal do contrato de boa fé:

Art. 59.....

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

A esse respeito, preleciona Jessé Torres Peireira:

“Excepcionalmente, demonstrada a culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado terá direito ao pagamento do preço integral (custo mais remuneração) do que foi executado.

“Chega-se a tal compreensão se bem distinguir-se obrigação de responsabilidade”

.....
 (“Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, Rio de Janeiro, RENOVAR, 2002, 5ª ed., p. 608).

Na mesma trilha, é o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO:

“Aplica-se a regra constitucional que vincula a Administração Pública pelos atos praticados por seus agentes. O ato praticado pelo agente administrativo, ainda quando viciado, vincula a Administração Pública. O terceiro, desde que de boa fé, não pode ser prejudicado pelo vício que desconhecia, nem poderia conhecer. Se formam cumpridas, ainda que aparentemente, todas as etapas do procedimento licitatório, daí derivando uma contratação, a Administração tem de responder integralmente pelos atos praticados.

“A questão se torna ainda mais complexa, se o terceiro tiver executado, total ou parcialmente, as prestações que o contrato (nulo) lhe impunha. A Administração Pública tem de arcar com as conseqüências dos atos praticados por seus agentes. Em caso de ato lesivo ao particular, Administração está obrigada a indenizar, do modo mais amplo e completo, as perdas e danos daquele derivadas.”

(“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, São Paulo, Dialética, 2002, p. 482).

Bem se vê, pois, como diferem as conseqüências da rescisão amigável e as da anulação do contrato.

Na rescisão amigável, cabe o pagamento de tudo quanto foi executado, dando-se ambas as partes por integralmente quitadas.

Na anulação contratual, tratando-se de contratado que não deu causa à apontada nulidade, este último, *além do ressarcimento das obras e serviços efetuados, faz jus à indenização — que a doutrina citada quer integral, — pelos prejuízos sofridos e comprovados.*

III — Cabe lembrar, por oportuno, algumas colocações que fazem necessárias, sobre o papel controlador do Tribunal de Contas da União quanto às licitações e contratos administrativos, bem como sobre a tramitação, naquela Corte, das deliberações pertinentes.

Jessé Torres Pereira (ob. cit., pg. 912 e seguintes), observa, muito a propósito, que o art. 113 da Lei 8.666/93, em sua primeira parte, nada mais faz do que repetir as competências constitucionais das Cortes de Contas, constantes do art. 71, em seus incisos II, IV e VIII.

Em sua segunda parte, entretanto, transfere para a autoridade administrativa o ônus da prova da regularidade de seus atos, se impugnados pelos Tribunais de Contas:

“O artigo 113 segue a orientação ao anunciar que a demonstração da regularidade fica a cargo do órgão interessado, nos termos da Constituição. Estes termos são os art. 71, incisos VIII, IX e X, e parágrafos 1º, 2º, da C.F.88, que manda o Tribunal de Contas comunicar o fato ao Poder interessado, e, omisso este, sustar ele próprio (o Tribunal), o ato manifestamente viciado.” (ob. cit., pg. 913).

No caso específico do Proc. TC 008.258-2002-9, após o recesso (isto é, segundo nos foi informado, a partir da segunda quinzena de fevereiro), o TCU deverá apreciá-lo, à vista das conclusões da Auditoria, bem como do pronunciamento do Ministério Público, para decidir, na forma do art. 45, da Lei 8.443, de 16/07/92, e, conseqüentemente, pela do Contrato 016/002, assinará para a CODEBA o prazo (a SECEX propôs 15 dias) para que adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem atendidos. Segundo a proposição da SECEX, só parcialmente acolhida pelo Ministério Público, tais providências consistiriam, basicamente, na anulação do contrato referido, na abertura de nova licitação e na imposição de multa ao Sr. Presidente da CODEBA, nos termos do art. 58. II, da referida Lei.

IV — A respeito da nulidade dos contratos, doutrina Marçal JUSTEN FILHO:

“A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo: Vale dizer, aplica-se o

princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo para o interesse público, não ocorre a invalidação”

“Por isso a consolidação de um estado de fato, em que não se possa vislumbrar prejuízo para o interesse que a lei busca proteger, torna sem objeto a pronúncia do vício. O desfazimento, quando incorrente prejuízo ao interesse público, encontraria obstáculo na impossibilidade da reposição absoluta da situação fática ao estado anterior. A proclamação da nulidade depende da ocorrência de dois requisitos. Deve haver, de um lado, o vício; de outro, deve existir o prejuízo” (ob. Cit., págs. 492 e 483).

Reportando-se à regra do art. 55, da Lei n. 9.784, de 29.01.99, que admite a convalidação do ato administrativo sanável, quando se evidencia não acarretar lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros, assim conclui o festejado autor citado:

“A referência ao interesse público indica a possibilidade de sanção de vícios sérios e graves, inclusive de nulidade absoluta, desde que essa seja a solução mais razoável e adequada em face do sistema jurídico. Enfim, deveria examinar-se mesmo se a decisão de invalidação será a mais vantajosa para o interesse público. Se anular o ato importar responsabilidade civil da administração pública de dimensões mais elevadas e sérias do que a simples continuidade da contratação, parece que deverá prevalecer esta última opção.” (ob. Cit., pág. 484). (GRIFAMOS)

A evocação dessas magistrais lições se faz extremamente útil para orientar, seja a decisão do Sr. Presidente da CODEBA, seja uma futura consideração pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, tendo-se em vista a aplicação do princípio da razoabilidade para o desate deste processo.

Com efeito. Se o Sr. Presidente autorizar a rescisão amigável do contrato, nos moldes em que foi proposta pela empresa contratada, daí resultarão as seguintes consequências:

a) Encerrando-se logo o contrato poderá ser imediatamente aberta nova licitação, obedecendo-se aos moldes preconizados pelo TCU,

com vistas à aplicação do art. 23, parágrafo 1º da Lei 8.666/93;

b) Obtêm-se de logo a plena e geral quitação da contratada, pelo pagamento de seus créditos, com expressa renúncia a quaisquer pleitos indenizatórios ou compensatórios de qualquer natureza, evitando-se futuros pleitos judiciais.

Se se aguarda a decisão do TCU a respeito da preconizada anulação do contrato, e se o TCU impõe à CODEBA a decretação de tal nulidade tal resultaria nas seguintes consequências:

a) Tendo em vista achar-se o TCU em recesso até fevereiro, ficará protraída a decisão por mais trinta a sessenta dias, bem como a instauração de novo processo licitatório;

b) Se anulado o contrato já que não houve qualquer culpa do contratado, fica aberta a este a via de pleitear seus direitos a indenização por perdas e danos, com base no art. 59, parágrafo único da Lei 8.666/93, e também lucros cessantes.

Não se pode esquecer que, nesse ínterim resta sempre para o contratado, ainda a possibilidade de não sendo acolhida sua proposta de rescisão amigável pretear a rescisão judicial do contrato onde seriam certamente reexaminadas suas reivindicações não acolhidas pela CODEBA, com respeito ao alegados fatos imprevistos perturbadores do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Do ponto de vista do atendimento ao interesse público, portanto, aplicando-se a doutrina citada de Marçal JUSTEN FILHO, parecemos menos onerosa e traumática a acolhida da rescisão amigável proposta pela contratada.

Já podemos responder às indagações formuladas, à vista dos aspectos jurídicos já expostos e examinados:

1) Poderia a CODEBA celebrar, com a CONSTREMAC, uma rescisão contratual amigável, enquanto ainda pendente o julgamento do TCU quanto à anulação desse mesmo contrato, sem que se configurasse um desrespeito à Corte de Contas?

— Entendemos que sim, desde que a CODEBA atue com a máxima transparência, efetuando todas as comunicações devidas ao TCU, e demonstrando tratar-se da decisão mais conveniente para o interesse público.

Vale acentuar que ao TCU cabe controlar a legalidade dos contratos da Administração, mas não o mérito de seus atos discricionários, qual seja a rescisão amigável, senão quanto aos aspectos de economicidade e legitimidade.

Convém, ainda, observar que a aludida rescisão amigável não poderia ser encarada como fuga às responsabilidades do Sr. Diretor da CODEBA.

Em primeiro lugar, de modo algum exclui-se a imposição da multa, se esta fosse considerada devida pelo TCU.

Em segundo lugar, se o TCU, em sua soberana decisão, *não considerar prejudicada a anulação contratual*, pelo desfazimento do ajuste mediante rescisão amigável, e insistir na anulação, esta teria efeitos *ex tunc*, desfazendo todos os efeitos jurídicos, *ab initio*.

2 — Poderia ser caracterizada, a proposta de rescisão amigável pela Contratada, como um descumprimento do contrato, para o fim de imposição das multas contratuais cabíveis?

— Não, pelas razões já devidamente expostas. A simples proposta de rescisão amigável não descaracteriza o descumprimento total do contrato, a não ser que tal proposta tivesse sido acompanhada de paralisação do contrato, prevista no art. 78, V, da Lei 8.666/93; mas, neste caso seria aplicável a rescisão unilateral por inadimplemento, acompanhada das multas pertinentes.

3 — Têm amparo legal e contratual as bases e condições propostas pela CONSTREMAC?

— Entendemos que sim, à vista das considerações já devidamente expostas.

4 — Quais conseqüências jurídicas poderiam advir, no caso:

a) de uma rescisão contratual amigável?

— Da rescisão resultaria a imediata possibilidade de abertura de nova licitação, seriam pagos os créditos devidos e seria prevenida a possibilidade de futuros pleitos judiciais por parte da contratada.

b) de uma anulação do contrato?

— Com a anulação abrir-se-ia, para a contratada, a possibilidade da reclamação de indenização por perdas e danos e lucros cessantes, além do ressarcimento de tudo quanto foi executado, bem como a de que venha a mesma a instaurar futuros pleitos judiciais com base nas suas reivindicações não atendidas pela CODEBA.

5) Em princípio, qual das duas soluções melhor atenderia ao interesse público?

— Segundo nos parece a melhor solução, a mais razoável, será a autorização, devidamente, motivada, da rescisão amigável, sopesando-se às vantagens e desvantagens já analisadas.

Parece-nos menos onerosa para o interesse público, a ser, evidentemente, submetida ao crivo do Tribunal de Contas da União.

É nosso parecer salvo melhor juízo.

Salvador, 30 de dezembro de 2002.

Alice Gonzalez Borges, adv. inscr. OAB/BA n. 1315.

Professora de Direito Administrativo das Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador e da Universidade UNIFACS Salvador. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, cadeira n. 30.