

4. TÉCNICAS

4.1. SUSPENSÃO PROVISÓRIA *INAUDITA ALTERA PARS* DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E DOS RESPECTIVOS PAGAMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Assessor especial do CEAF

Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP

Doutor em Direitos Difusos e Coletivos - PUC/SP

Coordenador e Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna/MG

Expediente: XXXXXX

Solicitante: XXXXXXXX

Assunto: Irregularidades apuradas na execução de contratos firmados por essa Instituição

EXCELENTÍSSIMO SENHOR XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

1. Do objeto e do sucinto relatório

Foi encaminhado o presente expediente para a análise desse Assessor Especial versando sobre consulta do Senhor XXXXXXXXXXXX, em que se questiona qual o procedimento deverá ser adotado diante da notícia de existência, em tese, de irregularidades verificadas durante a execução de contratos celebrados pela Procuradoria-Geral de Justiça atinente à prestação de serviços de XXXXXXXX nessa Instituição.

Em suma, consta dos autos que: a) Vossa Excelência instaurou processo administrativo a fim de apurar responsabilidades em relação a eventuais irregularidades noticiadas nos Expedientes XXXX e XXXX, relativas ao cumprimento de alguns contratos administrativos celebrados por essa Instituição (fl. XXX); b) a XXXXX da PGJ verificou, em tese, que os preços cobrados pelas contratadas eram muito superiores aos valores vigentes no mercado, bem como apurou a cobrança, em separado, de peças que já deveriam estar incluídas na execução global do serviço prestado (fl. XXXX); c) até que fossem devidamente apuradas as irregularidades acima apontadas, a XXXXXXXX deferiu o pedido da XXXXXXXX consistente na devolução, aos respectivos emitentes, das notas fiscais de pagamentos ainda pendentes para correção dos erros apontados ou apresentação de justificativas pertinentes (fl. XXXXX); d) depois da devolução das referidas notas fiscais, os seus emitentes apresentaram as devidas justificativas; e) segundo informou o Senhor XXXXX, é “[...]certo que as investigações demonstram

indícios de práticas de fatos absolutamente graves que podem comprometer o Erário. Lado outro, de acordo com as regras de Direito Administrativo, não há possibilidade de retenção do pagamento se o serviço foi prestado e a empresa encontra-se em situação regular de habilitação.” (fl. XXXX); f) o XXXXXXXX registrou, ainda, que o atraso no pagamento por mais de 90 (noventa) dias pode gerar a rescisão unilateral do contrato pelo contratado por culpa da Administração, nos termos do art. 78 da Lei nº 8.666/93.

Ao final, o ilustre solicitante deseja saber se, diante dos fatos noticiados e a possível existência de irregularidades, é possível manter a suspensão na execução do contrato firmado com a referida empresa, bem como a suspensão dos pagamentos ainda pendentes, até que se busque esclarecer as divergências apontadas, “[...] tendo em vista que a suspensão dos pagamentos está ocasionando constantes cobranças por parte do prestador dos serviços” (fl. 257). Os autos estão agora com esse assessor especial para parecer.

É o sucinto relato. Manifesta-se.

2. Fundamentação

Inicialmente, convém destacar que não há um dispositivo expresso na Lei nº 8.666/93 que discipline a suspensão liminar do contrato administrativo unilateralmente pela Administração Pública.

Todavia, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, além de regular o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, também dita normas gerais que podem ser aplicadas nas esferas estadual e municipal.

O art. 45 dessa Lei prevê que: “ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente *adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado*” (grifo nosso).

Logo, a Administração Pública pode tomar tais medidas diante de razões de fato e de direito que justifiquem a suspensão do contrato para proteger o interesse público, especialmente quando existam fortes indícios de práticas de ilícitos e desrespeito aos compromissos pactuados, em flagrante prejuízo ao patrimônio público.

Nesses casos, a atuação preventiva e acauteladora por parte da Administração Pública é imposta pelos próprios princípios constitucionais que norteiam a atuação do Poder Público, principalmente os elencados no art. 37, *caput*, da CF/88.

A tutela de urgência aplicada em sede de processo administrativo visa assegurar o respeito ao patrimônio público e aos princípios fundamentais que norteiam a atividade administrativa. Ela constitui verdadeiro desdobramento do devido processo legal, em suas dimensões material e processual.

Por outro lado, a tutela de urgência, sob a forma de antecipação dos efeitos da tutela, também é perfeitamente cabível em sede do processo administrativo, por aplicação analógica ao art. 273 do CPC.

Convém destacar que a aplicação analógica é admitida em nosso sistema processual de forma geral, vindo, inclusive, expressamente consignado no art. 3º do CPP, norma de *superdireito processual*: “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e *aplicação analógica*, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito” (grifo nosso).

Ademais, é inquestionável que os contratos administrativos firmados pela Administração Pública são dotados das denominadas *cláusulas exorbitantes*, também intituladas *cláusulas de privilégios*, as quais são conferidas à Administração Pública em razão de sua especial posição em relação à parte contratada. São verdadeiras prerrogativas conferidas à Administração Pública com a finalidade de possibilitar a interferência ou a modificação dos termos contratuais para se assegurar a devida proteção do interesse público¹. Bandeira de Mello aduz a esse respeito:

Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas “contratuais” concebidas como ‘exorbitantes’. Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria – quando existentes – como deduzidas nos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer: ou se reputam *implicitas*, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente *explicitas* na lei em cláusula expressa do contrato.²

Nesse sentido, prevê o art. 78, XIV, do Estatuto das Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93):

Art. 78. Constitui motivo para rescisão do contrato:

.....
XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias,³

¹ Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 556.

salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou *ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo*, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normatizada a situação (grifo nosso).

O referido dispositivo aplica-se à hipótese versada no presente parecer, em interpretação lógica e por compreensão, de forma que é legal a suspensão da execução do contrato por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, por ordem escrita e fundamentada da Administração Pública.

Além da calamidade pública, da grave perturbação da ordem interna ou dos casos de guerra, compreende-se também a suspensão da execução do contrato nas hipóteses de fortes indícios de práticas criminosas e de outros ilícitos pela contratada, ainda mais quando objeto de apuração em processo administrativo instaurado pela Administração com base em denúncias. Da mesma forma, a suspensão da execução do contrato nos casos de fortes indícios de crimes contra o patrimônio público, impõe-se também, como conseqüência, a suspensão dos pagamentos pendentes, sendo inaplicável, nessas hipóteses, o disposto no art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, nada impede a adoção da medida legal acima ventilada, ainda mais no presente caso, em que se apuram irregularidades no cumprimento dos contratos administrativos em questão, como forma de respeito aos princípios da moralidade, probidade, legalidade e outros que informam a atividade da Administração Pública nessa área.

E mais: para garantia da eficácia da medida e das investigações, nada impede que a suspensão da execução do contrato e dos pagamentos pendentes seja dada liminarmente, *inaudita altera pars*, reservando-se o contraditório para momento posterior, como consta do art. 45 da Lei nº 9.784/99. Nesse sentido, já decidiu o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - INAUDITA ALTERA PARS - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - REQUISITOS - PROVA Configurados nos autos os pressupostos de convencimento da alegação apresentada, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a concessão da tutela antecipatória. A tutela antecipatória pode ser concedida sem a oitiva da parte contrária, quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata

da liminar. Nesse caso, não se pode falar em ofensa ao princípio do contraditório, já que este somente é diferido para momento posterior do procedimento (TAMG, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.442715-4/000, Rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. 13.05.2004, DJ 04.06.2004).

Outrossim, Bandeira de Mello (2001, p. 587), com apoio nas lições de Gordillo, anota que nos contratos administrativos deve ser observado o dever de boa-fé entre os celebrantes. Segundo escreve esse administrativista, “[...] o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração”. Entre as condutas praticadas pelo contratado que causam prejuízo ao Erário, coibidas pela observância da cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos administrativos, Bandeira de Mello (2001, p. 587) aponta:

Nesta categoria se compreendem tanto a execução com materiais inferiores aos supostos na avença quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez ou da qualidade de obra ou serviço, como ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro convencionado.

A cobrança de preços acima do valor praticado no mercado também configura desrespeito à cláusula geral da boa-fé objetiva e atenta contra o equilíbrio-financeiro do contrato. O CC/2002 também previu expressamente tal cláusula ao dispor em seu art. 422 que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim como na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Sobre a matéria, Nery Jr. e Nery³ escrevem que a “[...] boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos”.

Por fim, a tutela ao patrimônio público constitui núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito e tem fundamento no próprio art. 1º, *caput*, da Magna Carta. Logo, a sua defesa no plano jurisdicional e extrajurisdicional deve ser concebida como um legítimo instrumento de transformação positiva da realidade social a serviço da democracia brasileira.

Não seria mesmo exagero dizer que a tutela ao patrimônio público é norma constitucional garantidora de plena segurança, execução e conquista dos fundamentos

³NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 338-339.

constitucionais, objetivos fundamentais e princípios da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 3º e 4º, da CF/88).

É inegável que a tutela do patrimônio público, dentro dos seus contornos, também é princípio constitucional fundamental, tanto que a própria Constituição assegura o direito do cidadão de ajuizar ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88) para a anular ato que seja lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado faça parte.

Pelo simples fato de a tutela do patrimônio encontrar-se elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais, já se percebe a sua extrema importância no contexto do Estado Democrático de Direito que experimentamos, cuja eficácia e aplicação é imediata e interpretação constitucional permitida é sempre aquela capaz de conferir-lhe efetividade cada vez maior.

E diante de tudo isso, há que reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que norteiam a atuação da Administração Pública e que protegem o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito, no sentido de se direcionar, como bem explica Cardoso⁴, uma “[...] interpretação principiológica desses valores, na Ética e no humanismo, com o fim de aprimoramento do ordenamento jurídico e da própria realidade social”. Finaliza o autor:

OPós-Positivismo, como uma contemporânea vertente filosófica do Direito, fundamenta a consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, baseada no entendimento do caráter normativo dos princípios presentes nas constituições democráticas atuais, cultivando uma interpretação principiológica baseada em valores, no solidarismo e na dignidade da pessoa humana.

3. Conclusão

Ante o exposto, diante dos fortes indícios de ilícitos criminais praticados, objeto de apuração em processo administrativo instaurado no âmbito dessa Procuradoria-Geral de Justiça, opina-se no sentido de que é constitucional e legal a suspensão provisória da execução do contrato administrativo pactuado, bem como a suspensão dos pagamentos eventualmente pendentes, o que se justifica para resguardar a tutela do patrimônio público e dos princípios regentes da administração pública, com base na aplicação do art. 45 da Lei nº 9.784/99, art. 78, XIV, da Lei nº 8.666/93 (interpretação lógica e por compreensão) e na aplicação analógica do art. 273 do CPC.

É o parecer.

Belo Horizonte, XX de XX de XX.

⁴ CARDOSO, Fabiano Mendes. O Pós-Positivismo e a normatividade dos princípios constitucionais. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 6, p. 454, jan./fev. 2006.