



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA
UNIÃO - CGU
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E ANÁLISE LEGISLATIVA

PARECER n. 00342/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.108002/2017-11

INTERESSADOS: DIRETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO - DTI

ASSUNTOS: PENALIDADES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATO Nº 36/2015. PREGÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DE SANÇÃO. MULTA MORATÓRIA. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO MÁXIMA DE MULTA. VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DAS MULTAS.

1. Trata-se de aplicação de penalidade por atrasos na execução de serviços previstos no Contrato nº 36/2015.

2. Ausência no contrato de limitação máxima dos dias de multa. Valor de multa exorbitante. Violação ao princípio da proporcionalidade. Necessidade de redução sem que se comprometa o poder-dever de punir da Administração por atrasos praticados pela empresa contratada.

3. Diminuição da multa para até 10% do valor da Ordem de Serviço correspondente. Parâmetros de limitação extraídos da legislação, jurisprudência e da aplicação analógica de disposições do mesmo Contrato.

I - RELATÓRIO

1. Cuida-se de aplicação de penalidade por atrasos na execução de serviços relativos ao Contrato nº 36/2015, firmado com a empresa [REDAZIDA].

2. Consta a informação de atrasos na execução de atividades relacionadas ao desenvolvimento do sistema do Programa de Gestão de Demandas - PGD, mais especificamente atrasos na execução das Ordens de Serviços nº 003, 005 e 008. Em razão dos descumprimentos dos prazos acordados, com base nas disposições previstas no referido Contrato, a empresa foi penalizada com multa moratória no valor de R\$ 62.351,61 (sessenta e dois mil trezentos e cinquenta e um reais e sessenta e um centavos).

3. A empresa contratada foi regularmente notificada e apresentou defesa prévia (SEI 0739009) "argumentando, em resumo, que o valor da multa extrapolaria a finalidade punitiva e, em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tal montante deveria ser limitado ao percentual de 10% sobre o valor das ordens de serviço". Após analisados os argumentos de defesa trazidos pela contratada, o Diretor de Gestão Interna - DGI decidiu pela aplicação da sanção de multa (SEI nº 0763226).

4. Inconformada com a decisão do Diretor de Gestão Interna - DGI, a empresa [REDAZIDA] ingressou com recurso administrativo (SEI nº 0793636). No recurso apresentado não trouxe inovação relevante em relação aos argumentos já apresentados na defesa prévia, de sorte que arguiu que a multa aplicada fosse apreciada sob o prisma dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a luz da Teoria do Adimplemento Substancial; além disso, solicitou que a sanção fosse limitada ao percentual de 10% sobre o valor das Ordens de Serviço.

5. O Diretor de Gestão Interna - DGI manteve a decisão anteriormente preferida e encaminhou o recursos para apreciação do Secretário-Executivo do Ministério, na forma do art. 56, §1º da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99). O Secretário-Executivo, após analisar os argumentos apresentados pela empresa contratada, conheceu do pedido e negou provimento, mantendo inalterada a aplicação da penalidade de multa em face da empresa [REDAZIDA] ainda assim, em razão dos argumentos suscitados e das considerações manifestadas no Despacho CGCON (SEI nº 0756614), o Secretário-Executivo determinou o encaminhamento dos autos à Consultoria

Jurídica para que "analise se há falta de proporcionalidade" nos parâmetros de aplicação da penalidade.

6. Em apertada síntese, é o que interessa relatar. Passa-se à análise.

II - ANÁLISE JURÍDICA

7. Centra-se a presente consulta sobre possível violação à proporcionalidade na aplicação de multa contratual por atrasos na execução de serviços constantes do Contrato Administrativo nº nº 36/2015 pela empresa [REDACTED]

8. Sobre o assunto, prevê a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) o seguinte:

Seção II

Das Sanções Administrativas

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

9. A legislação aplicável, portanto, estabelece que os parâmetros a serem observados na aplicação da sanção de multa devem ser aqueles previstos no instrumento contratual. O legislador optou por não incluir na lei as balizas para o sancionamento, remetendo aos instrumentos da contratação os limites.

10. O Contrato nº 36/2015, por seu turno, previu as sanções administrativas com as seguintes diretrizes:

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Nas hipóteses de inexecução total ou parcial dos serviços previstos no Contrato, execução de serviço em desacordo com as regras contratuais, aplicação incorreta do fator de atendimento dos níveis de serviço no cálculo dos valores faturados ou de descumprimento de obrigação contratual, a CONTRATANTE, garantida a prévia defesa, poderá aplicar à CONTRATADA, sem prejuízo das demais sanções previstas no Edital de Licitação e nos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93, as seguintes penalidades:

(...)

d) multa de 1% (um por cento), aplicada sobre o valor da OS, por dia de atraso superior a 30 (trinta) dias na execução de determinada OS;

11. Da leitura do excerto é possível se constatar que a disposição contratual aplicável não estabeleceu limite (máximo) para os dias de atraso. Ou seja, não previu limitação para o estabelecimento de multa moratória, podendo esta, em situação hipotética extrema, superar até mesmo o valor total do contrato. Tal previsão (ou ausência) atenta contra a razoabilidade e proporcionalidade, princípios estes regentes do processo administrativo federal (art. 2º da Lei 9.784/99) e da própria Administração Pública. Os modelos de contratos da Advocacia-Geral da União (AGU), atualmente obrigatoriamente exigíveis por força do art. 29 da IN nº 05/2017, já sugerem em suas disposições a estipulação de números de dias máximos de atraso para aplicação da multa moratória^[1].

12. Quanto à necessária penalização do atraso da contratada, isso não se discute. A alegação da empresa de possível aplicação da Teoria Adimplemento Substantial não se ajustaria ao presente caso, haja vista não se está diante de extinção do contrato, mas sim de penalização de atraso devidamente demonstrado e reconhecido pela própria contratada em sua manifestação. Sendo assim, a disposição que determina a sanção por mora deve incidir ao caso concreto. Contudo, parece-nos razoável que essa pena não pode ser ilimitada. Surge, porém, a dúvida: qual parâmetro deve-se seguir para o estabelecimento desse limite?

13. A Lei de Licitações em seu art. 87, II, remete ao Contrato o regramento (e limites) às sanções; contudo, este não previu o limite. Desse modo, atrai-se aqui a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade no sancionamento da contratada. Há aqui situação de choque entre princípios. De um lado, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei nº 8.666/93) e de outro os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (art. 3º da Lei 9.784).

14. O Egrégio STJ, nos autos do REsp 330677/RS, manifestando-se sobre a matéria, entendeu o seguinte:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

(...) 3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

5. Princípio da Razoabilidade”

(grifamos.)

15. Por essa razão, a ausência de previsão de limite não pode autorizar que a Administração sancione de forma ilimitada a contratada. A lacuna identificada no Contrato deve ser suprida com a aplicação do princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

16. Quanto ao parâmetro de limitação do razoável e proporcional, resta-nos buscar na legislação, no contrato e na jurisprudência possíveis balizas, de modo a encontrar critérios objetivos. Parece-nos que o limite de até 10% do valor correspondente à Ordem de Serviço atende ao poder-dever do Poder Público de punir os atrasos da contratada ao mesmo tempo em que não penaliza excessivamente a contratada, evitando-se a conversão da pena de multa moratória em compensatória, esta última modalidade com previsões expressas no Contrato (ver item "h" da Cláusula Vigésima Oitava do Contrato).

17. O limite de até 10% encontra-se previsto no Decreto nº 22.626/33, que determina em seu art. 9º que "não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida". Esse parâmetro também já foi utilizado pelo e. Tribunal de Contas da União - TCU, conforme se depreende do seguinte excerto:

“9.1.19. promova a pertinente adaptação da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, vez que referido dispositivo prevê a possibilidade de cumulatividade de aplicação de penalidades pecuniárias por atraso na execução do objeto contratual as quais poderão importar em extrapolação do limite de 10% previstos no Decreto nº 22.626, de 07/04/1933 (consoante entendimento exposto pelo TCU no TC – 016.487/2002-1 – Representação

– Acórdão nº 145/2004 – Plenário).” (TCU Acórdão 597/2008 – Plenário – DOU 14/04/2008 – grifamos).

18. Além disso, o limite de 10% é, por diversas vezes, utilizado como o maior valor possível de sancionamento nas disposições do Contrato nº 36/2015 em matéria de sanções administrativas (Cláusula Vigésima Oitava). Portanto, há embasamento jurídico para o pleito de aplicação da margem de até 10%.

19. As multas moratórias e, consequente, o limite de 10% devem ter como base de cálculo o valor da Ordem de Serviço, em atendimento fiel à disposição do item "d" da Cláusula Vigésima Oitava do Contrato ("*multa de 1% (um por cento), aplicada sobre o valor da OS, por dia de atraso superior a 30 (trinta) dias na execução de determinada OS*").

20. Sendo assim, em suma, **conclui-se, em atenção ao princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, que as multas moratórias aplicadas à empresa [REDACTED] não devem ultrapassar o limite de até 10% do valor da correspondente Ordem de Serviço.**

21. Em caso de falhas de maior gravidade, há outros mecanismos de sancionamentos mais rigorosos à disposição da CGU e devidamente previstos nos Contratos. Ademais, caso a Administração Pública, em razão de repetição de falhas pela empresa, entenda por não ser mais útil a prestação dos serviços pela contratada, poderá cogitar outras sanções (compensatórias, inclusive), bem como a rescisão contratual.

22. *Quanto ao pedido de suspensão da execução da penalidade até decisão judicial, formulado pela empresa (SEI nº 0925832), este não merece guarida.* Com efeito, entre os atributos do ato administrativo encontram-se os da imperatividade e auto-executoriedade. Desse modo, a atuação do Poder Público em sua função administrativa pode (e deve) ser desempenhada ainda que contra a vontade do particular e sem que seja necessária a tutela prévia do Poder Judiciário.

23. Apenas por cautela, consultando-se o andamento processual da Ação Judicial nº 1024436-93.2018.4.01.3400, distribuídos à 8ª Vara Federal de Brasília-DF, observou-se não haver qualquer pronunciamento judicial determinando a suspensão da cobrança da multa. Sendo assim, ausente razão para paralisação do processo administrativo de aplicação de penalidade.

III - CONCLUSÃO

24. Em razão do exposto, **conclui-se em atenção ao princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, que as multas moratórias aplicadas à empresa [REDACTED] não devem ultrapassar o limite de até 10% do valor da correspondente Ordem de Serviço.**

À consideração superior.

Brasília, 28 de dezembro de 2018.

BRUNO FROTA DA ROCHA
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190108002201711 e da chave de acesso ef5a7b2a

Notas

1. [^]Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244969

Documento assinado eletronicamente por CIBELY PELEGRINO CHAGAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 211025298 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIBELY PELEGRINO CHAGAS. Data e Hora:

04-01-2019 20:19. Número de Série: 13851089. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO FROTA DA ROCHA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 211025298 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO FROTA DA ROCHA. Data e Hora: 28-12-2018 18:13. Número de Série: 13834258. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
