



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ESPECIAL DA ATIVIDADE CONSULTIVA
PRCON

Parecer **APROVADO** pelo Exmo. Sr.
Procurador-Geral do DF, em 03/06/2016 e
pelo Exmo. Sr. Governador do DF, em
_____/_____/20____.



Parecer n. 406 /2016-PRCON/PGDF
Processo nº **112.001.717/2013**
Interessado: **Secretaria de Estado de Obras**
Assunto: **Execução de Serviços**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. INEXECUÇÃO TOTAL. PENALIDADE. MULTA.

- 1) A inexecução total ou parcial, hipótese de inadimplemento absoluto, caracteriza-se, em regra, quando a CONTRATADA deixa de executar todo o serviço (inexecução total) ou, em definitivo, parte do serviço (inexecução parcial), sem que sua execução ulterior traga utilidade para a Administração ou quando resta evidenciado que a CONTRATADA não entregará o objeto, ao menos, não em prazo razoavelmente admitido como simples mora.
- 2) Diante da inexecução total do contrato, sem a presença comprovada de fraude, conluio, ou outros fatos mais graves atribuídos à contratada, afigura-se proporcional a aplicação da pena de multa de 15% sobre o valor total do contrato, nos termos do art. 4º, IV do Decreto n. 26.851/2006.

1. RELATÓRIO

Consulta-nos a SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS PÚBLICOS nos seguintes termos:

“a. Considerando que do conjunto probatório acostado aos autos se infere que não houve qualquer execução contratual, entretanto, em contrapartida, não fica claro e evidente nos autos que houve perfeita comunicação entre o fiscal e executor da obra e a empresa EBO Engenharia quanto à comunicação e ciência dos atos de início e fim da suspensão do prazo de execução do contrato, o caso em exame é passível de aplicação de penalidade ?

b. Se sim, qual o adequado enquadramento legal deve ser dado ao caso de inadimplemento absoluto do contrato em tela ?”

O Distrito Federal celebrou o Contrato Administrativo n. 077/2013-SO com a EBO Engenharia e Incorporação em 13/12/2013 para “tratamento de fissuras e pintura impermeabilizante no Museu da República”, tendo expedido a Ordem de Serviço 13/12/2013, a qual foi recebida pela contratada em 27/12/2013.

Nada obstante, houve inexecução total do contrato e, por isso, a contratada foi notificada (fls. 491/493), apresentando defesa às fls. 499/513 e nela suscitando:

- a) a inexecução inicial do objeto se deu em virtude de se tratar de período chuvoso, o que tornava tecnicamente inviável a aplicação dos produtos;
- b) em razão de se aproximarem os jogos da Copa do Mundo de 2014, o contrato permaneceu suspenso a partir de 16 de abril de 2014, sem que a empresa tenha sido formalmente notificada da suspensão, tampouco de seu término para o início da execução.

A NOVACAP, responsável pela fiscalização dos serviços, manifestou-se no sentido de manter o posicionamento técnico de fls. 393, 423 e 424 (fls. 525).

A Gerência de Aditivos Contratuais (fls. 536/538) confirmou ter notificado a contratada sobre a suspensão do contrato e que, inclusive, seu representante teria comparecido à Secretaria e tomado conhecimento do Termo, embora se recusado a assiná-lo.

2. FUNDAMENTAÇÃO

No sistema instituído pela Lei n. 8666/93, tratou-se de dotar a Administração Pública de instrumentos para coibir irregularidades praticadas pelo CONTRATADO, a partir do exercício da supremacia do Poder Público, revelado nos contratos por intermédio das cláusulas exorbitantes.

Assim é que a Lei, didaticamente e em sintonia com a teoria geral das obrigações do Código Civil, diferenciou as hipóteses de **mora** e de **inadimplemento**, nos artigos 86 e 87. Confira-se:

Folha nº: 550
Processo nº: 112 001 717/2013
Rubrica: [assinatura] Matrícula: 39759-7

“Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

[...]

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

Na primeira hipótese (art. 86), verificado o atraso na execução do contrato, a Administração já poderia aplicar a **multa moratória** prevista no edital e no contrato, calculado sobre o valor da parcela em atraso.

Na segunda, não interessa mais à Administração que o contratado execute o objeto, inclusive por verificar sua intenção de não fazê-lo ou em razão de grande retardo.

Nesse sentido, colhe-se o entendimento da doutrina especializada de *Jessé Torres Pereira Júnior*:

“O que se conclui é que entre a multa prevista no art. 86 e aquela referida no art. 87 há diferença correlacionada com a distinção que a teoria geral das obrigações formula entre mora e inadimplemento absoluto. Existe a primeira quando a obrigação, embora não cumprida, ainda pode vir a sê-lo proveitosamente para o credor; consoma-se o segundo quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá mais vir a sê-lo com proveito para o credor, tornando-se efetivo o descumprimento.

A multa do art. 86, aplicável tão-só na hipótese de atraso injustificado na execução do contrato, é tipicamente moratória, porquanto o atraso não impede a execução do pactuado de molde a atender aos fins do credor (a Administração contratante); apenas a retarda (mora solvendi, isto é, do devedor quanto ao tempo em que haveria de cumprir-se o acordado). (...)

A multa do art. 87 vincula-se à inexecução do contrato, o seja, inadimplemento absoluto, que deixará sem execução, em definitivo, todo o objeto (a prestação a cargo do devedor) ou parte dele. Tal multa não é moratória. É penal, daí crescer-se a sanção mais severa se houver elementos subjetivos que agravem a conduta do contratado”

(Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5a ed., 2002, p. 783/784).

Folha nº: 551
Processo nº: 112 001 717/2013
Rubrica: [assinatura] Matrícula: 397597 3

No caso concreto, observa-se claramente a má-fé da contratada porque não se tratando as chuvas de evento anormal no período destacado, poderia simplesmente não ter participado da licitação nesse período ou feito expressa ressalva antes da assinatura do contrato.

A análise empreendida pela NOVACAP, ademais, confirmou que sequer este motivo seria tecnicamente válido para retardar os serviços contratados, o que desmerece as justificativas da contratada.

A alegação de que não fora notificada sobre a suspensão do contrato – fosse verdadeira – apenas militarria contra a própria empresa, pois significaria que, sem saber da suspensão, simplesmente deixou de executar os serviços.

De qualquer sorte, tem-se que o ato foi inequivocamente publicado no DODF e há relato de agente do Estado, acompanhado de prova documental, de que a empresa teria sido validamente notificada, o que reforça a impressão de que atua neste processo imbuída de má-fé, em contraste com os deveres que lhe impõe o art. 4º, I e II da Lei n. 9784/99.


O caso é, portanto, de inexecução total (inadimplemento absoluto) da avença por parte da CONTRATADA, sem justificativas aceitáveis.

As sanções administrativas são previstas, dentre outros motivos, exatamente para afastar empresas que não tenham condições de cumprir o compromisso assumido e, ainda, para que elas, mesmo sem lucro ou até com prejuízo, sintam-se obrigadas a honrar com o que pactuaram.

É possível dizer que outras empresas não tenham logrado êxito na licitação porque não teriam condições de cumprir a obrigação pelo preço proposto pela vencedora ou nas condições do contrato e, assim, não seria razoável permitir que a postura adotada pela CONTRATADA, de se oferecer para participação da licitação e, posteriormente, simplesmente deixar de cumprir o acordado, seja resolvida com a mera rescisão amigável do ajuste, sem imposição de penas que efetivamente desestimulem a repetição desse procedimento.

Portanto, desde o início, a CONTRATADA já poderia ter sofrido penalidade de multa pelo atraso na entrega mas, por liberalidade da Administração, obteve inclusive a suspensão do contrato, sem que antes disso ou após seu término tenha minimamente adotado qualquer postura no sentido de cumprir o contrato.

Folha nº 552
Processo nº 112 001 717/2013
Rubrica: AR Matrícula 39759-7



No caso dos autos, embora ainda possa interessar à Administração o recebimento do objeto, a falta de início da execução do serviço e a renitência da empresa em fazê-lo **justificam a percepção do órgão consulente de ser inaproveitável para a Administração a manutenção do contrato com a empresa vencedora**, o que ampara sua rescisão unilateral com fundamento no art. 78, I c/c art. 79, I, todos da Lei n. 8666/93 e a imposição de penalidades.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade ganha espaço no novo cenário do Direito Administrativo, especialmente para se evitar discrepâncias na aplicação da norma ao caso concreto, sendo plenamente válida sua invocação para se corrigir penas administrativas impostas pelo Poder Público, de acordo com a consagrada jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**:

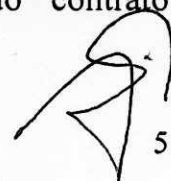
“AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. ADMINISTRATIVO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. CONTROLE DE VALIDADE. RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E CARÁTER CONFISCATÓRIO APURADOS SEGUNDO O CASO CONCRETO (NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA). POSSIBILIDADE. COBERTURA CAMBIAL. DECRETO 23.258/1933. A jurisprudência desta Suprema Corte entende plenamente cabível o controle de constitucionalidade dos atos de imposição de penalidades, especialmente à luz da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do uso de exações com efeito confiscatório (cf., e.g., a ADI 551 e a ADI 2.010). [...] Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF – Ag Reg. no RE 595.553-RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 04/09/2012).”

Assim é que ao administrador cabe aplicar a norma em sua conformação ideológica e teleológica, sem perder de vista os princípios que regem todo o atuar administrativo, notadamente **o da finalidade e o da razoabilidade**, pois é a própria Lei n. 9.784/99 que, ao tratar dos deveres da Administração, estabelece:

*“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.**”*

Na presente hipótese, não há justificativas idôneas baseadas em fatos extraordinários que justificassem o inadimplemento do contrato celebrado.

Folha nº 553
Processo nº 112 002 717/2013
Rubrica: [assinatura] Matrícula: 39754-2

 5

Todavia, não há prova da ocorrência de **fraude, conluio, corrupção**, prejuízo financeiro, danos físicos a usuários, enfim, nenhuma conduta grave adicional à inexecução do contrato.

Nessas condições, embora a decisão sobre a aplicação da pena seja inerente às atribuições do administrador público, a partir de um juízo crítico sobre os fatos conforme expostos, é viável perceber que a gravosa sanção de **suspensão do direito de licitar ou a inidoneidade** violaria o dever administrativo de agir com **razoabilidade**, sobretudo porque ausentes as hipóteses contempladas no artigo 5º do Decreto n. 26.851/2006.

Por outro lado, diante da previsão expressa do contrato, em sintonia com as regras vinculantes do Decreto n. 26.851/2006, não se verifica possibilidade jurídica de se abdicar da aplicação da multa por inexecução total do contrato, que poderá legitimamente ser aplicada no percentual de **15% sobre o valor total da avença**, nos termos do art. 4º, IV do Decreto (“recusa na conclusão do serviço”).

3. CONCLUSÃO


Ante o exposto, respondo às indagações do órgão consulente nos seguintes termos:

a. Considerando que do conjunto probatório acostado aos autos se infere que não houve qualquer execução contratual, entretanto, em contrapartida, não fica claro e evidente nos autos que houve perfeita comunicação entre o fiscal e executor da obra e a empresa EBO Engenharia quanto à comunicação e ciência dos atos de início e fim da suspensão do prazo de execução do contrato, o caso em exame é passível de aplicação de penalidade?
Sim.

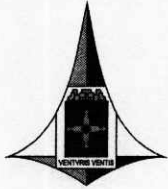
b. Se sim, qual o adequado enquadramento legal deve ser dado ao caso de inadimplemento absoluto do contrato em tela?
Art. 4º, IV do Decreto n. 26.851/2006 c/c Art. 87 da Lei n. 8.666/93.

À superior consideração.

Brasília, 16 de maio de 2016.


WESLEY RICARDO BENTO
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF n. 18.566

folha nº 554
Processo nº 112.001.717/2013
Rubrica: WB Matrícula: 39754-7



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



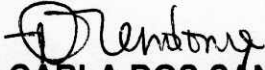
PROCESSO Nº: 112.001.717/2013
INTERESSADO: Secretaria de Obras
ASSUNTO: Execução de Serviços

MATÉRIA: Administrativa

APROVO O PARECER Nº 0406/2016 – PRCON/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal Wesley Ricardo Bento.

Ressalto que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Em 03 / 06 /2016.


JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo. Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Infraestrutura e Serviços Públicos do Distrito Federal.

Em 03 / 06 /2016.


PAOLA AIRES CORRÊA LIMA
Procuradora-Geral do Distrito Federal

Folha nº 555 - Mat: 36.997-7
Processo: 112001717/2013
Rubrica: C