



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE POLÍTICAS CULTURAIS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00241/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.004640/2018-86

INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA (SGE/MINC)

ASSUNTOS: PAGAMENTO ATRASADO / CORREÇÃO MONETÁRIA

EMENTA: Administrativo. Contrato Administrativo. Descumprimento de obrigação contratual. Omissão na emissão de fatura individualizada por ramal. Interrupção da prestação do serviço. Aplicação de penalidade de advertência. Glosa do pagamento nos termos do Termo de Referência.

1. Vem a esta Consultoria Jurídica o processo acima identificado, conforme despacho da Subsecretaria de Gestão Estratégica - SGE/SE (Seq. 3) para análise e orientação quanto ao pagamento das faturas sem detalhamento por ramal, em descumprimento dos níveis de serviços estabelecidos no Termo de Referência relativo ao contrato n.º 18/2017, firmado com a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A para a prestação de serviços de Telefonia Fixa Comutada - STFC, nas modalidades local e longa distância nacional, para as Representações Regionais do Ministério da Cultura localizadas nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco, Pará e Rio Grande do Sul, conforme Processo n.º 01400.008222/2017-87.
2. Os autos informam que a referida empresa foi comunicada via e-mail (doc. anexo) da necessidade de adequação das faturas vencidas e desprovidas do detalhamento das chamadas por ramal, a fim de que fossem corrigidas. Todavia, a contratada realizou o bloqueio indevido do serviço nas Regionais Norte e Rio de Janeiro, **sem aviso prévio**, ensejando a aplicação de **advertência por descumprimento de Termo de Referência e Bloqueio indevido de serviços** (doc. anexo)
3. Em face da penalidade aplicada, a Telemar Norte Leste S/A encaminhou o Ofício s/nº de 19, de março de 2018 (seq. 1) no qual alega a impossibilidade de emissão das faturas detalhadas por ramal, conforme contratado, em razão da adequação da infraestrutura de acesso e rede de telefonia.
4. Nesse sentido, a Coordenação-Geral de Infraestrutura Tecnológica suscita o pronunciamento desta Consultoria Jurídica quanto ao pagamento das faturas, posto ser o detalhamento por ramal para a conferência das faturas e manutenção dos atestes, propiciando a regular fiscalização do contrato.

É o relatório.

5. Preliminarmente, evidencia-se que o presente exame limitar-se-á aos aspectos jurídicos e de regularidade processual da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e àqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo do Órgão competente.
6. Cumpre destacar que a aplicação de penalidades é um poder-dever da Administração para impedir ou minimizar os danos causados pelos licitantes e contratados que descumprem suas obrigações. Tem por fim reprovar a conduta praticada pelo sancionado, desestimular a sua reincidência e prevenir sua prática futura pelos demais licitantes e contratado, podendo também buscar a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao erário público.
7. Tratando-se de inexecução parcial ou total do contrato pela empresa contratada, a Administração tem o dever de aplicar contra a parte inadimplente as sanções previstas no art. 87 da lei de licitações, sempre mediante prévio procedimento administrativo no qual seja assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa à parte acusada. Vejamos

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.

8. Todavia, vale destacar que não restou definido na lei de licitações e contratos as hipóteses de incidência das sanções, tampouco a gradação entre elas. Deste modo, fica a cargo da Administração Pública estabelecer no contrato as hipóteses e gradação das penalidades, primando pelos princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público e eficiência.
9. Nesse sentido, o Termo de Referência nos itens 10.5 e seguintes estabelece os níveis de serviço a serem observados e as sanções administrativas a serem aplicadas em caso de inadimplemento na prestação dos serviços, conforme a gradação das tabelas de ocorrência e sanção abaixo reproduzidas. Vejamos:

"(...) 10.5. Nos casos de inadimplemento na prestação dos serviços, as ocorrências serão registradas pelo CONTRATANTE, que notificará a CONTRATADA, atribuindo pontos para as ocorrências segundo a tabela abaixo:

Ocorrências:
Não atendimento do telefone fornecido pela CONTRATADA para os contatos e registro das ocorrências (por chamada atendida)
Cobrança por serviços não prestados
Cobrança fora do prazo estabelecido na regulamentação pertinente
Cobrança de valores em desacordo com o contrato
Não apresentar corretamente e/ou não respeitar o prazo mínimo de 30 dias entre a data de entrega e a data de vencimento da fatura , para entrega física da Nota Fiscal dos serviços prestados no mês, tanto em papel quanto em arquivo eletrônico, incluindo detalhamento das chamadas e valor total do serviço, que deverão conter todos os tributos e encargos, com preços registrados.
Atraso na ativação dos serviços, nas alterações de características técnicas ou nas alterações de endereço, para cada ocorrência de atraso
Atraso na prestação de informações e esclarecimentos solicitados pelo CONTRATANTE, para cada 24 horas de atraso
Deixar de informar e apresentar o preposto e seu substituto ao CONTRATANTE em caráter definitivo ou temporário
Tentativas de originar chamadas que resultem em comunicação com o número chamado inferior a 70% dos casos (evento)
Tentativas de originar chamadas que não resultem em comunicação com o número chamado, por motivo de congestionamento na rede, superior a 4% (por evento)
Interrupção da prestação dos serviços (para cada hora totalizada pela soma de interrupções), sem comunicação e acordada com o CONTRATANTE

10.6. A cada registro de ocorrência será apurado o somatório da pontuação das ocorrências acumuladas no período de 12 (doze) meses anteriores ao fato gerador. Esta pontuação servirá como base para que o CONTRATANTE aplique as sanções administrativas abaixo relacionadas, de modo que, atingindo o quantum necessário à configuração de uma sanção, esta será imediatamente aplicada, observado o devido processo administrativo.

10.6.1. Trimestralmente a CONTRATADA será cientificada acerca dos pontos acumulados no período para que apresente defesa quanto os itens apontados.

10.6.2. É facultada a empresa a apresentação de defesa prévia a qualquer tempo em relação as ocorrências previstas neste Termo de Referência.

Pontuação acumulada	Sanção
1 (um) ponto	Advertência
2 (dois) pontos	Advertência
3 (três) pontos	Multa correspondente a 2% do valor faturado do mês de aplicação dessa sanção
4 (quatro) pontos	Multa correspondente a 4% do valor faturado do mês de aplicação dessa sanção
5 (cinco) pontos	Multa correspondente a 6% do valor faturado do mês de aplicação dessa sanção
6 (seis) pontos	Multa correspondente a 8% do valor faturado do mês de aplicação dessa sanção
7 (sete) pontos	Multa correspondente a 10% do valor faturado do mês de aplicação dessa sanção
8 (oito) pontos	Rescisão Unilateral do Contrato

10. Em que pese a Administração tenha aplicado uma única pena de Advertência em face da não apresentação das faturas detalhadas por ramais nos meses de janeiro e fevereiro de 2018 e da interrupção da prestação, sem comunicação prévia, tais descumprimentos alcançam o total de 3 (três) ocorrências, totalizando no mínimo **3 (três) pontos acumulados**, a depender do tempo da interrupção da prestação que deverá ser apurado pela área técnica: i) **um ponto** referente à fatura de janeiro de 2018 que deixou de detalhar as chamadas por ramais; ii) **um ponto** referente à fatura de fevereiro de 2018 que também não detalhou as chamadas por ramal, e iii) **um ponto** para cada hora de interrupção da prestação dos serviços, sem comunicação prévia e acordada com a contratante.

11. Nesse sentido, deverá ser apurado pela área técnica o período da interrupção dos serviços para mensuração da multa a ser aplicada, nos termos do item 10.6.2. supratranscrito. Complementarmente, cumpre alertar a necessidade de cientificar a empresa contratada da penalidade a ser imposta e oportunizar o contraditório e a ampla defesa antes da realização da glosa nas faturas ainda pendentes de pagamento.

12. De outra banda, assevera-se a necessidade de realização do pagamento com relação às faturas referentes aos períodos de janeiro e fevereiro de 2018, posto que sua retenção acarretaria em locupletamento ilícito por parte da Administração, procedimento vedado pelo parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666, de 1993³, que assim dispõe:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

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.

13. Nesse ponto, considerando a impossibilidade alegada pela contratada em detalhar as faturas já emitidas, nos termos do ofício encaminhado (Seq. 1), deverá a Administração verificar a existência de outros meios capazes de subsidiar a conferência das faturas e a emissão de atestes suprimindo a omissão do "detalhamento das faturas por ramais". A título de sugestão, convém seja realizado uma comparação do montante cobrado nos meses de janeiro e fevereiro com as faturas posteriores enviadas, cujo detalhamento por ramais tenha sido apresentado, no intuito de verificar a compatibilidade do consumo mensal dos serviços.

Ante o exposto, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade¹, alerta-se a Administração para a necessidade de observar as regras contratuais entabuladas entre as partes, no sentido de aplicar as sanções correspondentes aos descumprimentos realizados pela contratada, a fim de preservar o equilíbrio

contratual, desde que observado o devido processo administrativo, homenageando os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Recomenda-se, ainda, seja providenciado o pagamento das faturas em aberto, sob pena de se incorrer em locupletamento ilícito por parte da Administração, conforme disposto no presente opinativo.

À consideração superior.

Brasília, 07 de maio de 2018.

DANIELLE TELLEZ
PROCURADORA FEDERAL

[1] Segundo o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União de 2012, “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.”

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400004640201886 e da chave de acesso 8c2fa854

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR OBA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 131077595 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR OBA. Data e Hora: 10-05-2018 19:37. Número de Série: 13230737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por DANIELLE JANDIROBA TELLEZ, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 131077595 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELLE JANDIROBA TELLEZ. Data e Hora: 10-05-2018 18:24. Número de Série: 13959620. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
