



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00320/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.002921/2018-02

INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA (SGE/MINC)

ASSUNTOS: MULTAS E DEMAIS SANÇÕES

EMENTA:

I – lei 8.666/93. Lei nº 11.101/2005. Contrato nº 054/2013;

II – Os contratos firmados antes do pedido de recuperação judicial somente poderão ser alterados se houver previsão no plano de recuperação.

III - é possível glosar o pagamento em decorrência de descumprimento do Acordo de Níveis de Serviços pactuado sem concordância da Contratada;

III – Para a aplicação de multa mostra-se necessário que o quantum esteja previsto no edital;

1. A Subsecretaria de Gestão Estratégica - SGE, solicita manifestação deste consultivo acerca do procedimento a ser adotado quanto as glosas aplicadas referentes aos meses de novembro e dezembro assim, como do fluxo de multa, haja vista que a Contratada encontra-se em recuperação judicial.

2. Os autos foram encaminhados a esta Conjur pela SGE em razão do teor do Memorando 12 (SEI 0514300), que em síntese informa que em razão dos descumprimentos das obrigações trabalhistas, foram aplicadas as sanções de advertência e multa, sendo que em razão do cumprimento inadequado da prestação do serviço foram efetuadas glosas nos pagamentos a serem efetuados à Contratada conforme previsto no Termo de Referência. Que as glosas referentes aos meses de junho, agosto, setembro e novembro foram efetuadas com concordância da Contratada, mas quanto a que seria aplicada no mês de dezembro não houve concordância da Contratada. E que em decorrência das reiteradas glosas, foi solicitada a abertura de processo administrativo visando a aplicação de multa. Tendo a empresa sido notificada a mesma apresentou ofício solicitando que fossem revistas as glosas referentes ao mês de novembro e dezembro, nos seguintes termos:

Por todo exposto, e tendo em vista as alegações da empresa quanto ao processo de recuperação judicial, documento SEI n. ([0509766](#)), sugere-se o envio dos autos à **Consultoria Jurídica** para apreciação dos questionamentos das glosas aplicadas em novembro e dezembro ([0455269](#) e [0495523](#)), assim como do fluxo processual de multa, haja vista que a empresa mencionada está em recuperação judicial.

3. É o relato do necessário. Passo a manifestar.

II. Fundamentação Jurídica

4. Preliminarmente, cumpre ressaltar que o exame desta Consultoria se dá nos termos do inciso V do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, subtraindo-se do âmbito da competência institucional deste Órgão Consultivo, delimitada em lei, análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária. Sublinhe-se que a apreciação ora empreendida cinge-se aos aspectos jurídicos-formais.

Dos contratos e a Recuperação Judicial

5. O § 2º art. 49 da Lei da lei nº 11.101/2005, dispõe que “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.”

6. Segundo Salomão, 2017[1], “a razão dessa norma decorre do fato de que na recuperação judicial o devedor não perde a administração de seus bens e deve cumprir seus contratos”. E o mesmo autor complementa que “no direito comum vigora o princípio da *exceptio non adimplenti contractus*, do art. 476 do Código Civil de 2002, que dispõe: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro”.

7. Ou seja, se o plano de recuperação judicial nada dispuser sobre as condições estabelecidas nos contratos, eles continuarão sujeitos ao direito comum.

8. No tocante as multas administrativas pela leitura do disposto no Art. 6, § 7º c/c Art. 83, VII ambos da Lei nº 11.101/2005, verifica-se que as multas administrativas não dispõe de privilégio na classificação dos créditos na falência.

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

(...)

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

(...)

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

(...)

9. O que se depreende que no caso das multas administrativas, embora possa a vir formar um título executivo fiscal, elas não possuem natureza fiscal e portanto ocorreria a suspensão da execução fiscal, neste sentido cabe trazer excerto do autor SALOMÃO, 2017[2]:

A primeira observação em relação a este dispositivo é que ele não se refere a execuções fiscais, mas sim a “execuções de natureza fiscal”. Se a lei tivesse pretendido abranger todo tipo de crédito público cobrado por meio de execução fiscal, bastaria ter feito referência à “execução fiscal”, que é um termo definido pela Lei de Execuções fiscais. Considerando que a lei não contém palavras inúteis, a locução “execuções de natureza fiscal” parece ser distinta de simplesmente créditos cobrados por meio de execução fiscal.

Porém, não devemos nos ater a uma interpretação meramente gramatical. Em relação à teleologia da norma, considerando as distinções já elencadas, notadamente a diferença de finalidades dos tributos e das multas, entendemos que a exceção acima não se aplica a execuções fiscais não tributárias.

Convém pontuar que as receitas oriundas das multas administrativas não são relevantes para o planejamento financeiro do Estado. Nas palavras do jurista Eduardo Maneira, *não seria razoável que o Estado, de antemão, contabilize em seu orçamento um possível descumprimento de uma norma jurídica por um particular; tampouco que a administração pública se veja estimulada a*

sancionar os particulares para viabilizar a execução de seus projetos. Assim, não há especial interesse público no prosseguimento da cobrança deste crédito público,...

A doutrina especializada também entende pela suspensão da execução fiscal não tributária quando do deferimento da recuperação judicial. Para Eduardo Maneira:

Como já se viu, a interpretação do § 7º do art. 6º conduz à conclusão de que ele não abrange execuções em que se pretende a cobrança de multas de agências reguladoras, pois, não sendo involuntária a escolha de palavras na redação da Lei e representando grave equívoco se supor que há palavras supérfluas em seu texto, há de ser levada em conta a opção pela inserção do termo “natureza fiscal” – natureza esta que as multas administrativas não ostentam -, invés de uma redação que incluísse no campo de incidência da norma as penalidades aplicadas pela ANATEL, como seria o caso de uma referência às “execuções regidas pela Lei nº 6.830/80”, por exemplo.

Claramente, a vontade da Lei não é que toda e qualquer execução regida pela Lei de Execuções Fiscais – como o são as execuções trabalhistas, de forma subsidiária-, mas apenas aquelas fundadas em título que consubstancie uma obrigação de natureza fiscal, não no seu sentido de tributo, mas cujo crédito não seja decorrente de ato ilícito (...)

“A abrangência da expressão ‘execuções de natureza fiscal’, para definição de quais execuções judiciais não deverão ser suspensas, só pode ser corretamente compreendida sob análise histórica, sistemática e, principalmente, teleológica do dispositivo, sempre à luz da preservação da empresa. (destaques no original)

10. Todavia, por meio do Parecer nº 007/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado pela Advogada-Geral da União, firmou-se o entendimento que na recuperação judicial somente os créditos inerentes ao setor privado estão sujeitos à recuperação judicial.

37. Em acréscimo, deve ser consignado que o Superior Tribunal de Justiça possui firmes e elucidativos precedentes no sentido de que apenas créditos inerentes ao setor privado estão sujeitos à recuperação judicial e aos termos e condições do respectivo plano aprovado pela assembleia geral dos credores, de maneira que os créditos para com a Fazenda Pública não estão sujeitos ao plano, inclusive porque esta sequer integra a assembleia geral de credores:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXEGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005.

1. Segundo preveem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.

2. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

3. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembleia geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).

4. Consequência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.).

5. Não se desconhece a orientação jurisprudencial da Segunda Seção do STJ, que flexibilizou a norma dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 para autorizar a concessão da Recuperação Judicial independentemente da apresentação da prova de regularidade fiscal.

6. Tal entendimento encontrou justificativa na demora do legislador em cumprir o disposto no art. 155-A, § 3º, do CTN - ou seja, instituir modalidade de parcelamento dos créditos fiscais específico para as empresas em Recuperação Judicial.

7. A interpretação da legislação federal não pode conduzir a resultados práticos que impliquem a supressão de norma vigente. Assim, a melhor técnica de exegese impõe a releitura da orientação jurisprudencial adotada pela Segunda Seção, que, salvo melhor juízo, analisou o tema apenas sob o enfoque das empresas em Recuperação Judicial.

8. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação Judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal.

9. Nesta última hipótese, seja qual for a medida de constrição adotada na Execução Fiscal, será possível flexibilizá-la se, com base nas circunstâncias concretas, devidamente provadas nos autos e valoradas pelo juízo do executivo processado no rito da Lei 6.830/1980, for apurada a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC). Precedente do STJ: REsp 1.512.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 31.3.2015.

10. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 543.830/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015)

38. Em outro elucidativo precedente, consolidou o Superior Tribunal de Justiça que a recuperação judicial é medida de renegociação de dívidas que se aplica exclusivamente aos créditos de natureza privada, assim, seu processamento, per si, não afeta o curso das execuções fiscais:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL (PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA). RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 71, § 4º, DO RI/STJ. SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃOCONHECIMENTO.

1. Preclui a oportunidade para argüir prevenção quando esta é feita após o início do julgamento. Incidência do art. 71, § 4º, do RI/STJ.

2. Controverte-se a respeito da competência para dispor sobre o patrimônio de empresa que, ocupando o pólo passivo em Execução Fiscal, teve deferido o pedido de Recuperação Judicial.

3. Conforme prevêem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.

4. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

5. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembléia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).

6. Conseqüência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.).

7. Não se aplicam os precedentes da Segunda Seção, que fixam a prevalência do Juízo da Falência sobre o Juízo da Execução Comum (Civil ou Trabalhista) para dispor sobre o patrimônio da empresa, tendo em vista que, conforme dito, o processamento da Execução Fiscal não sofre interferência, ao contrário do que ocorre com as demais ações (art. 6º, caput, da Lei 11.101/2005).

8. Ademais, no caso da Falência, conquanto os créditos fiscais continuem com a prerrogativa de cobrança em ação autônoma (Execução Fiscal), a possibilidade de habilitação garante à Fazenda Pública a atividade fiscalizatória do juízo falimentar quanto à ordem de classificação dos pagamentos a serem feitos aos credores com direito de preferência.

9. Deve, portanto, ser prestigiada a solução que preserve a harmonia e vigência da legislação federal, de sorte que, a menos que o crédito fiscal seja extinto ou tenha a exigibilidade suspensa, a Execução Fiscal terá regular processamento, mantendo-se plenamente respeitadas as faculdades e liberdade de atuação do Juízo por ela responsável.

10. No caso concreto, deve ser ressaltada, ainda, a peculiaridade de que a decisão do Juízo que deferiu a realização de penhora on line na Execução Fiscal de multa trabalhista data de 15.1.2008, ao passo que a Recuperação Judicial foi deferida em 11.11.2008.

11. Constata-se que o presente Conflito foi utilizado como sucedâneo recursal, visando emprestar efeitos retroativos à decisão que deferiu a Recuperação Judicial, de modo a obter a reforma da

decisão do Juízo da Execução Fiscal.

12. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no CC 112.646/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2011, DJe 17/05/2011)

DAS GLOSAS

11. Do exposto acima, verifica-se que os contratos só serão alterados, caso haja tal previsão no Plano de Recuperação. Como a Contratante não trouxe aos autos nenhuma comprovação da ocorrência de tal previsão, todas as cláusulas contratuais tanto no que se refere às obrigações, como aos direitos, seguem inalterados.

12. As glosas aplicadas aos pagamentos referem-se ao não atingimento do grau de satisfação da Administração em relação ao serviço prestado conforme estabelecido no Contrato e seus anexos, ou seja o serviço prestado não esteve em conformidade com o Acordo de Níveis de Serviços previsto no Termo de Referência,

13. Tanto a IN nº 2/2008 quanto a IN nº 4/2014 ambas da SLTI/MPOG, preveem que quando da contratação de serviços sempre que possível a remuneração de tais serviços, deve, preferencialmente, considerar a qualidade/eficiência do serviço prestado e isto dá-se por meio do Acordo de Níveis de Serviços-ANS.

IN nº 2/2008 da SLTI/MPOG

Art. 15

(...)

XVII - o Acordo de Níveis de Serviços, sempre que possível, conforme modelo previsto no anexo II, deverá conter:

a) os procedimentos de fiscalização e de gestão da qualidade do serviço, especificando-se os indicadores e instrumentos de medição que serão adotados pelo órgão ou entidade contratante;

b) os registros, controles e informações que deverão ser prestados pela contratada; e

c) as respectivas adequações de pagamento pelo não atendimento das metas estabelecidas.

(...)

Art. 17. Quando for adotado o Acordo de Níveis de Serviços, este deverá ser elaborado com base nas seguintes diretrizes:

I - antes da construção dos indicadores, os serviços e resultados esperados já deverão estar claramente definidos e identificados, diferenciando-se as atividades consideradas críticas das secundárias;

II - os indicadores e metas devem ser construídos de forma sistemática, de modo que possam contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interfiram negativamente uns nos outros;

III - os indicadores devem refletir fatores que estão sob controle do prestador do serviço;

IV - previsão de fatores, fora do controle do prestador, que possam interferir no atendimento das metas;

V - os indicadores deverão ser objetivamente mensuráveis, de preferência facilmente coletáveis, relevantes e adequados à natureza e características do serviço e compreensíveis.

VI - evitar indicadores complexos ou sobrepostos;

VII - as metas devem ser realistas e definidas com base em uma comparação apropriada;

VIII - os pagamentos deverão ser proporcionais ao atendimento das metas estabelecidas no ANS, observando-se o seguinte:

a) as adequações nos pagamentos estarão limitadas a uma faixa específica de tolerância, abaixo da qual o fornecedor se sujeitará às sanções legais; e

b) na determinação da faixa de tolerância de que trata a alínea anterior, considerar-se-á a relevância da atividade, com menor ou nenhuma margem de tolerância para as atividades consideradas críticas.

IX - o não atendimento das metas, por ínfima ou pequena diferença, em indicadores não críticos, poderá ser objeto apenas de notificação nas primeiras ocorrências, de modo a não comprometer a continuidade da contratação.

(...)

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

(...)

XII - a necessidade de adequação dos pagamentos ao atendimento das metas na execução do serviço, com base no Acordo de Níveis de Serviço e nos instrumentos de fiscalização e medição da qualidade definidos no Projeto Básico ou Termo de Referência;

In nº4/2014 SLTI

Art. 20. O Modelo de Gestão do contrato, definido a partir do Modelo de Execução do Contrato, deverá contemplar as condições para gestão e fiscalização do contrato de fornecimento da Solução de Tecnologia da Informação, observando, quando possível:

I - fixação dos Critérios de Aceitação dos serviços prestados ou bens fornecidos, abrangendo métricas, indicadores e níveis de serviços com os valores mínimos aceitáveis para os principais elementos que compõe a Solução de Tecnologia da Informação;

14. O Termo de Referência (fls. 299/302) SEI 0022387 deixa claro que caso houvesse descumprimento dos Níveis de serviço, a Contratada sofreria glosas na fatura.

6.7.2. Níveis de Serviço

Modelo de Níveis de Serviços - NS são critérios objetivos e mensuráveis estabelecidos pelo Contratante, com a finalidade de aferir e avaliar diversos fatores relacionados à prestação dos serviços, quais sejam: qualidade, desempenho, disponibilidade, custos, abrangência e segurança. Para mensurar esses fatores serão utilizados indicadores relacionados com a natureza e característica dos serviços contratados, para os quais são estabelecidas metas quantificáveis a serem cumpridas pela Contratada.

A frequência de avaliação e aferição dos níveis de serviço será mensal, devendo a CONTRATADA elaborar relatório gerencial de serviços, apresentando-o ao CONTRATANTE até o quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação de serviço. Devem constar, nesse relatório, os indicadores/metas de níveis de serviço alcançados, recomendações técnicas, administrativas e gerenciais para o próximo período e demais informações relevantes para a gestão contratual. O conteúdo detalhado e a forma do relatório gerencial serão acordados entre as partes. Caso haja descumprimento dos Níveis de Serviço, a CONTRATADA sofrerá glosas na fatura, conforme o item "6.9. FORMA DE PAGAMENTO EM FUNÇÃO DOS RESULTADOS OBTIDOS"

(...)

6.9. Forma de pagamento em função dos resultados obtidos

A contratada deverá considerar os procedimentos de fiscalização e de gestão da qualidade do serviço previsto, conforme o item 6.7.2. O nível de serviço será acompanhado a cada Ordem de Serviço. Caso não atenda os requisitos previstos, sofrerá glosas no pagamento devido pelo CONTRATANTE, conforme tabela abaixo:

Descrição dos Graus de Infração

Grau	Correspondência
01	0,2% sobre o valor mensal do contrato
02	0,4% sobre o valor mensal do contrato
03	1,0% sobre o valor mensal do contrato
04	2,0% sobre o valor mensal do contrato
05	5,0% sobre o valor mensal do contrato
06	10% sobre o valor mensal do contrato

As glosas nos pagamentos a que se sujeita a Contratada terão como referência:

Referência de Glosas para penalização de faltas cometidas

Nº	Descrição	Referência	Grau
26	Cumprir a legislação trabalhista, previdenciária e social dos profissionais alocados, inclusive no que se refere à jornada de trabalho e ao pagamento de salário no prazo legal;	Por ocorrência	06

15. Portanto, cabe a Contratante, no caso de a Contratada não ter atingido os Níveis de Serviços acordados, proceder as glosas nos respectivos pagamentos, nesse caso independentemente da Concordância da Contratada, pois trata-se de ajuste do valor a ser pago em razão do não atingimento das metas.

16. Caso a Contratada não concorde com a glosa a ser efetuada pela Administração, ela deverá demonstrar que o serviço prestado está em conformidade com o Contratado e que não ocorreu a falha apontada pela Administração na execução contratual, isso independe de a Contratada estar ou não em processo de Recuperação Judicial, pois as glosas referem-se a ajustes no pagamento em razão da qualidade do serviço prestado. E como exposto anteriormente, os direitos e obrigações contratuais permanecem inalterados, portanto não há que se falar em infringência do disposto nos arts. 172 e 173, ambos da Lei nº 11.101/2015, seja porque os valores a serem glosados nos pagamentos são ajustes necessários em razão da qualidade da prestação dos serviços e que eventuais retenções dos créditos, em razão de comando judicial, esta Pasta o faz porque é obrigada e não lhe cabe insurgir quanto a tal comando. Na ocorrência de retenções em razão de comando judicial, cabe a Contratada instar a esfera judicial para que seja revisto tal comando que determinou a retenção dos créditos, se assim lhe aprouver.

DA APLICAÇÃO DA MULTA

17. Embora não tenha sido objeto de questionamento pela SGE, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de sanção à Contratada mesmos após o encerramento da vigência contratual, neste sentido manifesta-se Lucas Rocha Furtado[3] “...cumpre observar que mesmo após a extinção do contrato em decorrência do cumprimento integral das obrigações por ambas as partes, se se verificar algum vício ou defeito no objeto executado, o contratado é obrigado a responder. Ou seja, mesmo após a extinção do contrato, o contratado continua responsável pelo que foi executado”

18. A CGTEC por meio da Nota Técnica 6 (SEI 0456450) sugeriu à CGCON que fosse aplicada a penalidade de multa conforme previsto no item 5.18 do Termo de Referência. Todavia, considerando que a Contratada entendeu que na notificação não havia elementos suficientes para apresentar a sua defesa, a CGTEC por meio do Despacho n 0511656/2018, trouxe novos elementos a fim de fundamentar o sancionamento sugerido. Tendo alegado que a Contratada teria descumprido diversas obrigações de acordo com o subitem 6.9. do Termo de Referência bem como o subitem 4.18 do Termo de Referência, nos seguintes termos:

1.2. Cabe destacar que o processo de multa se deu pelo descumprimento pela CONTRATADA de DEVERES E RESPONSABILIDADES previsto no subitem 4.18 do Termo de Referência:

"

Cumprir, mensalmente, as obrigações e encargos trabalhistas estabelecidos na legislação em vigor, uma vez que o descumprimento das mesmas incorrerá, após as notificações de advertência e multa, na rescisão do contrato de prestação de serviços; (grifo nosso)

"

1.3. Nesse contexto, esclarecemos que esta informação é de ciência da CONTRATADA, haja vista que a mesma ao participar do certame licitatório e assinar o contrato de nº 054/2013 concordou com os termos do instrumento convocatório e contratuais.

1.4. Nessa toada, a empresa descumpriu diversas obrigações, de acordo com o subitem 6.9, pois deixou de:

1.4.1. Efetuar o pagamento de salários, seguros, encargos fiscais e sociais, bem assim quaisquer despesas diretas e/ou indiretas relacionadas à execução deste Contrato, e nos prazos previstos em legislação específica;

1.4.2. Utilizar os quantitativos de profissionais e/ou os salários apresentados na proposta de preços apresentada ao Ministério;

1.4.3. Cumprir a legislação trabalhista previdenciária e social dos profissionais alocados, inclusive no que se refere à jornada de trabalho e ao pagamento de salário no prazo legal.

1.5. Diante disso, e conforme descrito na Nota Técnica supracitada, tais faltas pela CONTRATADA impossibilitou o deslocamento de vários colaboradores por não dispor nem mesmo da passagem e alimentação, e, com isso, a qualidade dos serviços prestados foram drasticamente prejudicados, o que ocasionou transtornos para o Ministério, tendo em vista a essencialidade da prestação dos serviços pela CONTRATADA no suporte ao processo de trabalho do Órgão. Além disso, cabe destacar que foi necessária a atuação de servidores da Coordenação Geral de Infraestrutura Tecnológica (CGTEC), a fim de suprir as ausências de empregados, o que impactou diretamente nas ações estruturantes da Coordenação-Geral.

19. Vê-se, pois, que das sanções previstas no item 4.18 do Termo de Referência a que seria plausível seria a sanção de multa, pois não haveria lógica em aplicar a sanção de advertência num contrato em que a vigência encontra-se encerrada. Ocorre que conforme apontado pela CGTEC não há, seja no contrato, seja no Termo de Referência qual seria o quantum de multa aplicável no caso de descumprimento de obrigações trabalhistas. E diante de tal ausência a CGTEC sugeriu que fosse aplicada a multa prevista no parágrafo terceiro da cláusula décima-segunda do contrato que dispõe que :

PARÁGRAFO TERCEIRO - Multa de 10% (dez por cento) sobre o valor dos serviços não prestados, no caso de inexecução total ou parcial do objeto contratado, recolhida no prazo de 15 (quinze) dias corridos, contados da comunicação oficial, sem embargo de indenização dos prejuízos porventura causados ao **CONTRATANTE** pela não execução parcial ou total do contrato.

20. Ocorre que o art. 55 da Lei nº 8.66/93, estabelece que o contrato deve estabelecer os valores da multa, ou seja, como não consta no item 4.18 o quantum de multa que seria aplicável, não se mostra possível a aplicação da multa por um exercício de interpretação pois se assim o fizer estará se ferindo o princípio da tipicidade, ainda mais que não se demonstrou qual o valor do serviço que deixou de ser prestado.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

(...)

21. Todavia, considerando a informação constante no item 1.5. do Despacho nº 0511656/2018, mostra-se possível aplicar a sanção prevista na Cláusula-segunda do parágrafo terceiro do Contrato, no caso de que reste comprovado que houve a inexecução parcial do objeto e desde que seja demonstrado qual o valor do serviço que deixou de ser prestado para que após aplique-se a multa no percentual de 10 % (dez por cento).

22. Em sendo demonstrado quais os serviços que deixaram de ser executados mostra-se possível a aplicação da multa e o processo administrativo sancionatório deverá ter continuidade, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

23. Caso seja aplicada a multa e a Contratada não efetue o pagamento ou não seja revista a decisão da aplicação da multa, sugere-se que seja aplicado o entendimento constante no Parecer nº 007/2017/GAB/CGU/AGU, ou seja, a inscrição na dívida ativa e eventual prosseguimento da execução fiscal.

III. Conclusão

24. À vista do expendido, manifesta-se esta Coordenação-Geral, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade,[4] que:

- a) as glosas podem ser efetuadas mesmo sem concordância da Contratada observadas as razões pontuadas nos itens 5 e 11 a 16 do presente parecer
- b) quanto a aplicação da multa e seu fluxo deve ser observado o pontuado nos itens 17 a 23 da presente manifestação

25. É o parecer, s.m.j.

26. Nos termos das Portarias CONJUR/MINC nº 1/2009 e nº 2/2011, encaminhem-se os presentes autos diretamente à Subsecretária de gestão estratégica, para conhecimento e adoção das providências cabíveis.

Brasília/DF, 6 de maio de 2018.

Julio Cesar Oba

Advogado da União

Coordenador-Geral Jurídico de Licitações e Contratações Públicas - Substituto

[1] SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática/Luis Felipe Salomão, Paulo Penalva Santos. – 3 ed. Rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. p.292/293

[2] Op cit. p. 406

[3] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 397

[4] Segundo o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União de 2011, “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) 01400002921201802 e da chave de acesso 5e54870b

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 139361285 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR OBA. Data e Hora: 06-06-2018 17:21. Número de Série: 13230737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
