

Aspectos polêmicos envolvendo a aplicação de penalidades contratuais nas parcerias público-privadas

Adriana Mazieiro Rezende¹

André Zech Sylvestre²

Antônio Agostinho da Silva³

Natália Musa Domingues Nunes⁴

Sumário: 1. Introdução; 2. Procedimento para aplicação de penalidades contratuais; 3. Excludentes de responsabilidade; 4. O problema da tipificação das penalidades e sua previsão contratual; 5. A execução da penalidade de multa; 6. A multa e sua base de cálculo; 7. Considerações finais; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Dentre as cláusulas essenciais dos contratos de parceria público-privada encontram-se as relativas às penalidades aplicáveis ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, bem como, seu procedimento, consoante o previsto no art. 5º, II, da Lei federal nº 11.079, de

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Direito do Estado na Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza.

3 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

4 Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Direito Administrativo na Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

30 de dezembro de 2004 c/c o art. 23, VIII, da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Com o escopo de propiciar subsídios para futura elaboração de tais cláusulas em contratos de parceira público-privada, realizamos uma detida análise de doutrina, jurisprudência, pareceres da Procuradoria Administrativa – PA⁵, bem como de projetos (em andamento ou em fase de licitação) de concessões federais, estaduais, municipais, de autarquias e de empresas estatais, quais sejam:

(i) Edital de Concessão nº 001/2012, da Agência Nacional de Transportes Terrestres, para Exploração do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Passageiros por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro – Campinas;

(ii) Edital de Concorrência nº 01/2008, da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para oferta de 40 (quarenta) mil vagas em unidades de educação infantil;

(iii) Edital de Concorrência nº 001/2008, do Consórcio DATACENTER (Banco do Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal), para serviços de gerenciamento, manutenção e operação da infraestrutura predial do Complexo DATACENTER;

(iv) Edital de Concessão nº 008/2009, do Governo do Estado da Bahia, para gestão e operação de unidade hospitalar;

(v) Edital de Leilão nº 002/2011 da Agência Nacional de Aviação Civil, para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos internacionais Brasília – Campinas - Guarulhos;

(vi) Edital de Concorrência Internacional nº 001/2009, do Estado da Bahia, para reconstrução e gestão da operação e manutenção do Estádio da Fonte Nova;

(vii) Edital de Concorrência Internacional nº 42325212, do Estado de São Paulo, para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô;

(viii) Edital de Concorrência nº 001/2008, do Estado de Minas Gerais, para exploração da construção e gestão de complexo penal;

⁵ Órgão da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo ao qual compete emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral (art. 21, I, da LC nº 478, de 18 de julho de 1986).

- (ix) Esgotamento Sanitário/ Rio Claro;
- (x) Edital de Concorrência nº 031/2007, da Prefeitura de Canoas/RS, para a prestação de serviços de limpeza pública;
- (xi) Projeto Pontal;
- (xii) Edital de Concorrência da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, para implantação, operação, manutenção, monitoração, conservação e realização de melhorias da Ligação Transolímpica;
- (xiii) Edital de Concorrência nº 001/2010, do Estado de Minas Gerais, para implantação, gestão, operação e manutenção de Unidades de Atendimento Integrado (UAI);
- (xiv) Edital de Concorrência nº 002/2010, do Estado de Minas Gerais, para operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do Complexo do Mineirão;
- (xv) Editais de Concorrência para Concessão da Malha Rodoviária do Estado de São Paulo (primeira e segunda fases);
- (xvi) Edital de Concorrência da PPP do DAEE – Sistema de Reservatórios Tietê;
- (xvii) Edital de Concorrência nº 001/2006, para exploração da ponte de acesso e sistema viário do destino de turismo e lazer Praia do Paiva;
- (xviii) Edital de Concorrência nº 007/2006, do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, para exploração da Rodovia MG – 050; e
- (xix) Arena Castelão.

O presente trabalho traz as conclusões a que chegamos por meio desses estudos, de sorte que trataremos do processo administrativo sancionatório; das excludentes de responsabilidade; da tipificação das penalidades e sua previsão contratual; e, no tocante à multa (espécie de penalidade, como regra, mais utilizada), da sua forma de execução e base de cálculo.

Ressaltamos que, como no presente trabalho não existe um objeto específico de estudo, vale dizer, uma hipótese concreta para a elaboração de cláusulas contratuais, não será possível, em todos os casos, a elaboração de cláusulas-padrão. Assim, quando possível, foi feita uma sugestão para a redação da cláusula e, nos demais casos, anotações técnicas contendo parâmetros para a elaboração da futura cláusula.

2. Procedimento para aplicação de penalidades contratuais

Abalizada doutrina diferencia o processo administrativo sancionatório do processo sancionatório penal, especialmente no que tange aos direitos e garantias da pessoa autuada.

Com efeito, há que se lembrar que, enquanto o processo penal refere-se a uma relação de subordinação geral entre administrados e Administração Pública, o processo administrativo sancionatório diz respeito a uma relação de supremacia específica e bem delimitada, pelos termos do contrato, entre o Poder Público e o particular que com ele desejou contratar, já ciente das margens de seu poder de império e, principalmente, de fiscalização e conseqüente apenamento.

De toda sorte, não se discute que, mesmo em sede de processo administrativo sancionatório, por força do disposto no art. 5º da Constituição Federal, cabe aos contratados faltosos direito à ampla defesa e ao contraditório.

É preciso estudar, assim, os limites desses direitos-garantias, de modo a que, nem se peque pelo excesso, tornando o procedimento para aplicação de penalidades absolutamente moroso e ineficiente, nem pela inobservância dos comandos legais pertinentes, o que poderia levar a uma declaração de nulidade em sede judicial, tornando o trâmite na seara administrativa tão ou mais ineficiente que aquele exacerbadamente garantista.

Os contratos de concessão comum e de parcerias estudados, trazem disciplina bastante diversa entre si, no que concerne ao procedimento que deve preceder a aplicação de penalidade.

Em parte, este fenômeno pode ser atribuído ao fato de que, a exemplo do que ocorre com a legislação federal pertinente ao tema – Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, nem todas as normas disciplinadoras do processo administrativo trazem em si os trâmites específicos a serem observados em cada espécie procedimental.

No âmbito do Estado de São Paulo, contudo, a Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, disciplina, nos art. 62 a 64, o rito do processo administrativo sancionatório, e o faz de modo expresso e detalhado.

Em nossos estudos, verificamos a existência de discussão acerca da aplicabilidade desta lei aos contratos administrativos. Argumenta-se,

nesse sentido, que a referida lei estadual seria norma geral em matéria de processos administrativos, de modo que prevaleceriam, em sede de aplicação de penalidades contratualmente impostas, as anotações de rito constantes da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Por ser lacunosa a legislação federal, haveria margem para que cada contrato, e cada entidade ou órgão administrativo, previsse, em complementação, normas próprias acerca do procedimento a ser seguido para a apuração de infrações e aplicação de penalidades.

Contudo, ao menos no que se refere aos contratos de concessão – entendimento que pode ser estendido aos contratos de PPP, dada a natureza tipicamente relacional de ambos – quer nos parecer que o debate foi encerrado com a lavratura do Parecer PA-3 nº 305/2001, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado.

Com efeito, a partir desse precedente fixou-se, de modo claro e vinculante à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, entendimento no sentido de que, para assegurar-se o devido processo legal e a garantia de contraditório e da ampla defesa, o procedimento a ser seguido é o da Lei federal nº 8.666/93 (diploma básico), combinado com o procedimento sancionatório previsto na Lei estadual nº 10.177/98 (de aplicação subsidiária, ou seja, na medida em que não contrariar a norma federal), bem como com normas editalícias e contratuais (de aplicação subsidiária às normas legais, quando não contrariá-las). Este entendimento apenas é excetuado nos casos em que previsão específica no âmbito do ente regulador impõe a aplicação exclusiva da norma estadual de processos administrativos, como é o caso, no Estado de São Paulo, da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP.

O resultado dessa combinação normativa foi claramente delineado no Parecer em referência, sendo possível, a partir dessas indicações, elaborar-se a seguinte cláusula padrão:

“CLÁUSULA X

X.1. O processo administrativo sancionatório iniciará com a lavratura de auto de infração contendo a indicação dos fatos em que se baseia e as normas pertinentes à infração e à sanção aplicável.

X.2. O concessionário será pessoalmente citado, no prazo de dez dias, para a apresentação de defesa no prazo de cinco dias úteis.

Em sendo aplicável, em tese, pena de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, o prazo para apresentação de defesa será de dez dias corridos.

X.2.1. O documento de citação deverá estar acompanhado de cópia do auto de infração lavrado.

X.2.2. Nessa oportunidade de defesa, o Concessionário deverá indicar, de modo preciso, as provas que deseja produzir.

X.3. Uma vez apresentada a defesa, a Administração deverá decidir, por meio de despacho motivado, quais provas serão produzidas.

X.3.1. Produzida prova documental pela Administração, o Concessionário será intimado para manifestar-se a este respeito, em sete dias.

X.3.1.1. A autoridade competente para a condução do processo administrativo sancionatório poderá assinalar prazo superior para a manifestação do Concessionário, a depender da complexidade da prova produzida.

X.3.2. Na hipótese de produção de provas orais, o Concessionário deverá ser intimado, com antecedência mínima de dois dias, para participar da oitiva.

X.3.3. Caso haja necessidade de produção de prova pericial, o Concessionário deverá ser intimado para, no prazo de sete dias, apresentar quesitos e indicar assistente técnico.

X.4. Após a conclusão da fase instrutória, o Concessionário deverá ser intimado a apresentar, em 7 (sete) dias, as suas alegações finais.

X.5. Uma vez apresentada a manifestação do Concessionário, ou encerrado o prazo para tanto conferido, os autos deverão ser encaminhados para manifestação da Consultoria Jurídica.

X.6. Emitido o parecer opinativo, caberá à autoridade competente decidir, motivadamente, no prazo de vinte dias, notificando-se o Concessionário do resultado por publicação no Diário Oficial do Estado.

X.7. O prazo para a interposição de recurso contra penas de advertência, multa e suspensão temporária é de cinco dias úteis, contados da notificação. Aplicada penalidade mais gravosa, o prazo de interposição do recurso será de 15 dias corridos, contados da notificação.

X.8. A petição de recurso será juntada aos autos em dois dias, contados da data de seu protocolo.

X.9. Requerida a concessão de efeito suspensivo, a autoridade recorrida apreciará o pedido nos cinco dias subsequentes.

X.10. Havendo outros interessados nos autos, serão estes intimados, com prazo comum de quinze dias, para oferecimento de contrarrazões.

X.11. Em seguida, com ou sem contrarrazões, os autos serão encaminhados à Consultoria Jurídica, para elaboração de parecer, no prazo máximo de vinte dias.

X.12. Devolvidos os autos à autoridade recorrida, esta terá o prazo de cinco dias para decidir entre a reconsideração da decisão ou a manutenção da penalidade imposta, caso em que deverá encaminhar os autos à autoridade superior, para deliberação.

X.13. A autoridade superior deverá decidir em cinco dias úteis, contados do recebimento do recurso.

X.14. A concessão de vista será obrigatória, no prazo para manifestação do interessado ou para apresentação de recursos, sendo que o prazo de recurso não se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao Concessionário.

X.15. Durante a instrução, sempre que não prejudicar o curso do procedimento, será concedida vista dos autos ao interessado, mediante simples solicitação.”

Consoante acima indicado, nos casos de previsão específica, no âmbito do ente regulador, de aplicação exclusiva da norma estadual de processos administrativos, a cláusula acima deve sofrer modulações.

Adicionalmente, é certo que, a depender da pertinência e conveniência em cada caso, a disciplina do procedimento administrativo poderá prever a possibilidade de adoção de medidas cautelares, garantias adicionais ao contratado, bem como, conforme o modelo escolhido para a execução da pena de multa eventualmente imposta (tema a ser abordado em outro tópico), a possibilidade de notificação da entidade seguradora já quando da instauração do procedimento sancionatório.

3. Excludentes de responsabilidade

Assim como ocorreu com relação ao procedimento administrativo a ser seguido em matéria de aplicação de penalidade, também, no que se refere às causas excludentes de incidência das penas contratualmente previstas, não existe absoluto consenso entre os diversos modelos contratuais estudados.

Existe, ao que parece, uma tendência de se prever, basicamente, como causas excludentes de penalização, a ocorrência de eventos caracterizados como caso fortuito e força maior, cuja definição por vezes é trazida em contrato e, em outras ocasiões, é delegada ao aplicador da norma.

Dentre essas duas opções, parece mais adequado trazer em contrato a definição dessas expressões clássicas, porém, sem buscar conferir-lhes maior significado e abrangência do que aquela que tradicionalmente possuem.

Como é cediço, tanto o caso fortuito quanto a força maior são definidos no Código Civil como “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (art. 393, parágrafo único). Não é sem motivo que estas expressões possuem natureza genérica e ampla. Em realidade, é justamente isso que permite a aplicação do instituto às mais diversas situações concretas. Assim, deve-se observar que a fuga do conceito tradicional pode trazer complicações quando da execução contratual, devido a indevidas ampliações de significado.

Muito embora, consoante acima ressaltado, verifique-se uma tendência de se prever contratualmente, enquanto causas excludentes da incidência de penalidades, tão somente eventos que possam ser caracterizados como força maior e caso fortuito, há casos em que as causas excludentes sofreram maior detalhamento, para abarcar situações intimamente relacionadas ao objeto contratual.

Exemplo desse modelo pode ser verificado no contrato de concessão do Estádio Arena Castelão, no Estado do Ceará, que disciplina em que medida a ocorrência de um tumulto poderá, ou não, ser considerado causa excludente da responsabilidade do concessionário pelo descumprimento contratual, no que tange à esfera sancionatória.

Como característica comum, tanto dos contratos que preveem como causas excludentes apenas o caso fortuito e a força maior, com ou sem definição precisa desses termos em cláusulas, como dos contratos em

que, para além disso, há a indicação de eventos excludentes específicos, pode-se verificar que a finalidade básica desse trecho da cláusula contratual relativa à aplicação de penalidades é, apenas, excluir a possibilidade de penalização do concessionário por eventos que não ocorreram sob sua responsabilidade e, em outras palavras, para os quais ele não concorreu em qualquer medida.

Assim é que as excludentes de incidência de pena previstas em contrato são, em regra, situações em que estão presentes causas que ensejaram o rompimento, ou a inexistência, donexo causal entre a conduta do concessionário e o evento danoso infracional verificado.

Não se trata, destaque-se, de apurar a culpabilidade (dolo ou negligência, imprudência e imperícia) do concessionário pela infração, mas sim de casos em que não cabe nem sequer discutir a sua culpa porque os fatos comprovados demonstram que não há relação de causalidade entre a conduta por ele implementada e a infração ou descumprimento contratual.

Por isso, parece-nos possível sugerir a adoção da cláusula utilizada no contrato de concessão do Estádio da Fonte Nova, em Salvador, como cláusula modelo, sem prejuízo de que, caso a caso, com o intuito de conferir maior segurança jurídica, fique explícita a caracterização ou desclassificação de determinados eventos enquanto excludentes⁶.

6 “CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA – EVENTOS DE CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR, ATOS DE AUTORIDADE E OUTROS ATOS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

24.1 Eventos Excludentes de Responsabilidade. A Concessionária ou outra parte afetada deixará de responder pelo cumprimento ou atraso na satisfação das obrigações assumidas neste Contrato, inclusive, sem limitação, pela indisponibilidade ou atraso na conclusão das Obras de Reconstrução e/ou na prestação do Serviço, na hipótese de ocorrência de eventos alheios a ela, fora de sua esfera de controle e que tenham um impacto direto sobre o adimplemento das obrigações deste Contrato, notadamente Eventos Excludentes de Responsabilidade, desde que devidamente comprovados pela Parte Afetada. A exoneração da Parte Afetada, ressalvado o disposto na subcláusula 19.1.1 e 19.1.2, se dará exclusivamente com relação à parcela atingida da obrigação, não podendo ser invocada para sua liberação integral.

24.2 Divergência. Em caso de divergência de entendimento quanto à caracterização do fato como Evento Excludente de Responsabilidade, as Partes deverão submeter a controvérsia ao sistema de Arbitragem, nos termos da Cláusula 43.

24.3 Atos Anteriores não Exonerados. Nenhum Evento Excludente de Responsabilidade eximirá a Parte Afetada de qualquer das obrigações devidas anteriormente à ocorrência do respectivo evento ou que se tenham constituído antes dele, embora vençam durante ou posteriormente à data de ocorrência do evento, em especial as obrigações de pagar importâncias em dinheiro devidas nos termos do Contrato, exceto se de outra forma prevista neste Contrato.

24.4 Exclusões. Excluem-se da configuração de Eventos de Força Maior os seguintes eventos:

(i) greve ou qualquer outra perturbação de natureza similar executada somente pelos empregados, agentes, contratados ou subcontratados da Parte Afetada (configurando Caso Fortuito ou Força Maior, por conseguinte, as greves ou perturbações generalizadas em uma certa categoria ou região do País);

(ii) alteração das condições econômicas e financeiras da Parte Afetada, exceto na hipótese de insucesso na obtenção de Financiamento decorrente de restrições amplas e generalizadas, devidamente comprovadas para oferta de crédito de longo prazo ao Projeto ou a projetos similares de infraestrutura em regime de financiamento de projetos;

(iii) qualquer prejuízo acidental, quebra ou falha de quaisquer instalações, maquinário ou equipamento pertencente à Concessionária, ou qualquer evento ligado ao seu negócio, exceto se decorrente diretamente da ocorrência de Evento Excludente de Responsabilidade;

(iv) atraso no desempenho das obrigações assumidas por contratados ou subcontratados da Parte Afetada que afetem o cumprimento de quaisquer obrigações assumidas pela Parte Afetada neste Contrato, exceto se comprovado que o atraso por parte dos contratados ou subcontratados decorreu diretamente da ocorrência de Evento Excludente de Responsabilidade.

24.5 Deveres da Parte Afetada. Ocorrendo circunstâncias que justifiquem a invocação da existência de Eventos Excludentes de Responsabilidade, a Parte Afetada que desejar invocar a ocorrência de tais eventos, para os fins previstos no item 24.1 acima, deverá adotar as seguintes medidas:

i) notificar a outra Parte da ocorrência do Evento Excludente de Responsabilidade – tão logo quanto possível, mas, em nenhuma circunstância, em prazo superior a 15 (quinze) dias contados da data em que tiver tomado conhecimento de sua ocorrência – fornecendo uma estimativa de sua duração e do provável impacto no desempenho de suas obrigações (sendo que o atraso em tal comunicação exonerará a Parte Afetada apenas dos efeitos posteriores à comunicação);

ii) adotar as providências cabíveis para remediar ou atenuar as consequências de tal evento, visando retomar suas obrigações contratuais o mais brevemente possível;

iii) informar regularmente à outra Parte a respeito de suas ações e de seu plano de ação de acordo com o item “ii” acima;

iv) prontamente avisar à outra Parte de cessação do evento e de suas consequências;

v) outorgar à outra Parte, quando possível, o acesso a qualquer instalação afetada pelo evento, para uma inspeção local, por conta e risco da Parte que deseje inspecionar;

vi) respaldar todos os fatos e ações em documentação ou registro disponível; e

vii) exercer seus direitos de boa-fé e contemplar devidamente os interesses da outra Parte, em relação ao cumprimento de todas as obrigações contratuais afetadas pela ocorrência do Caso Fortuito, Força Maior ou Interferência Imprevista.

24.6 Atos Públicos. Os Eventos Excludentes de Responsabilidade, quando envolverem atos públicos, notórios ou que envolvam o próprio Poder Concedente ou o Órgão Regulador, poderão ser invocados a qualquer momento pela Concessionária, independentemente de comunicação prévia ou em prazo determinado.

24.7 Eventos Prolongados. Transcorridos mais de 12 (doze) meses sem que os efeitos do Evento Excludente de Responsabilidade tenham sido sanados, as Partes evitarão os melhores esforços para promover alterações neste Contrato, de modo a prosseguir com as atividades, resguardando-se o objeto deste Contrato e os interesses das Partes ou, caso não seja possível, poderá a outra Parte, que não seja a Parte Afetada, exigir a resolução deste Contrato, com a consequente extinção da Concessão outorgada pelo Poder Concedente. A resolução por força de Caso Fortuito, Força Maior ou Interferência Imprevista se dará sem responsabilidade a quaisquer das Partes. A resolução por Ato de Autoridade e/ou outro Evento Excludente de Responsabilidade para o qual tenha contribuído, direta ou indiretamente, o Poder Concedente, obedecerá ao disposto na Cláusula 31.

24.8 Acordo das Partes. A depender da extensão, natureza e gravidade dos efeitos do Evento Excludente de Responsabilidade, as Partes poderão, mesmo antes do transcurso do prazo mencionado na Sub-cláusula 24.7 acima, acordar a alteração ou, conforme o caso, a extinção deste Contrato.”

Importante verificar que em alguns contratos foi utilizada referência à matriz de risco para definir as excludentes de penalização. Assim, se o evento estivesse entre os riscos assumidos pelo Poder Concedente, não haveria possibilidade de aplicar penalidade ante o descumprimento contratual. Por outro lado, se estivesse entre os riscos do concessionário, poderia haver a responsabilização pelo descumprimento derivado de sua ocorrência.

Embora esse modelo pareça lógico em um primeiro momento, tendo sido utilizado nos contratos de “Data Center” e do “Hospital de Salvador”, sua utilização não parece recomendável porque, em realidade, ainda que o risco de ocorrência do evento esteja a cargo do concessionário, não há possibilidade de se aplicar penalidade sem a existência de nexos causal entre a conduta do agente e o resultado infracional, ou seja, diante da eventual existência de excludente de responsabilidade. Assim, não se deve confundir a matriz de risco elaborada para fins de apuração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com o instituto das excludentes de incidência de penalidade por descumprimento contratual.

Com efeito, ainda que a concessionária – a depender da matriz de riscos adotada – possa vir a ter responsabilidade pela solução dos danos gerados pelo evento externo à sua vontade, imprevisível e inevitável – ela não poderá ser penalizada diante da total ausência de responsabilidade pelo evento. Em outras palavras, não há espaço para a responsabilidade objetiva em matéria de sanções contratuais.

Há, nesse sentido, precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, os quais, embora editados em matéria de processo administrativo sancionatório disciplinar, possuem linhas mestras aplicáveis aos processos administrativos sancionatórios fundados em vínculo contratual, por haver, em ambos, relação de sujeição especial perante a Administração Pública⁷.

⁷ “MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. ABANDONO DE EMPREGO. ART. 140, I, A, DA LEI Nº 8.112/90. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. CONCESSÃO. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI. DEMONSTRAÇÃO. 1. O ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público encontra-se vinculado aos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade. Dessa forma, o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais do procedimento. Precedentes. (...)” (Mandado de Segurança, Processo nº 13891/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 28/11/2012)

Nessa mesma linha, impende reparar que a conduta do agente será escusável nos casos em que, embora haja nexos causal entre a conduta do agente e o resultado infracional, estejam presente causas que excluem a ilicitude ou antijuridicidade da conduta. Nesses casos, o comportamento do agente, pelas circunstâncias em que verificado, está desprovido do elemento culpabilidade, ou, em outras palavras, não será culpável. São exemplos de excludentes de ilicitude tradicionalmente reconhecidas na doutrina, ainda que não mencionadas expressamente em contrato, a prática do descumprimento contratual em situação de legítima defesa, de estrito cumprimento do dever legal, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade.

Por fim, parece interessante mencionar a possibilidade de que, em havendo a utilização de indicadores de desempenho e de consequente redução da remuneração em caso de descumprimento, tenha-se essa diminuição como causa excludente da incidência das demais penalidades, não porque o concessionário não é responsável ou culpável pelo evento, mas sim considerando, em cada caso, a gravidade da infração cometida. Este modelo foi adotado no contrato do “Hospital de Salvador”.

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. ACUSAÇÃO DE RECEBIMENTO DE PROPINA. CONFIGURAÇÃO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE DEMISSÃO. EXIGÊNCIA DE SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO (ART. 20 DA LEI 8.429/92). PONTO DE VISTA ISOLADO DO RELATOR. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ART. 161 DA LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EXERCIDA POR ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. SÚMULA VINCULANTE 5/STF. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. ORDEM DENEGADA. 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe qualquer sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes. (...)” (Mandado de Segurança, Processo n. 13763/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 10/12/2008)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CORRUPÇÃO. DEMISSÃO. REEXAME DAS PROVAS. AUTORIDADE COMPETENTE. FORMALIDADES ESSENCIAIS. PROPORCIONALIDADE. NÃO FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio.” (Mandado de Segurança, Processo nº 12957/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 27/08/2008)

4. O problema da tipificação das penalidades e sua previsão contratual

Para o correto entendimento dos problemas envolvidos com a tipificação das penalidades e sua previsão contratual, entendemos necessário tecer as seguintes e breves considerações:

- i. As Leis federais nº 11.079/04 e nº 8.987/95 não trazem um rol de sanções aplicáveis por descumprimento contratual no caso das parcerias público privadas - PPPs. Assim sendo, subsidiariamente há que se valer do rol contido no art. 87 da Lei federal nº 8.666/93⁸.
- ii. O art. 87 da Lei federal nº 8.666/93 prevê que pelo descumprimento parcial ou total do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: a) advertência; b) multa; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; e d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.
- iii. Em que pese o art. 87 da Lei federal nº 8.666/93 utilizar o vocábulo “contratado”, é possível a aplicação de sanção também aos licitantes, por outras palavras, é possível a aplicação de sanção no curso do procedimento licitatório. Isso porque se faz necessário interpretar o disposto no citado art. 87 de forma sistemática, como esclarece Flávio Amaral Garcia:

“No entanto, a meu ver, deve prevalecer, em uma interpretação sistemática, que o licitante, ao manifestar vontade de contratar com o Poder Público e apresentar uma proposta, se apresenta e qualifica como verdadeiro auxiliar em potencial da Administração, devendo, desde já, observância aos princípios previstos no artigo 37, caput, da CF e art. 3º da Lei nº 8.666/93, em especial ao da moralidade. Anote-se como premissa básica que os princípios que informam o procedimento licitatório alcançam a Administração Pública e os particulares que com ela desejam contratar.

8 A propósito, os ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida, PPP – Execução dos Contratos: Aspectos Gerais, Obra coletiva: Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas, Coordenadores: Floriano de Azevedo Marques Neto, Vitor Rhein Schirato.

(...)

Assim, a prática de atos durante o curso do procedimento licitatório que firmam esses princípios, como, por exemplo, a apresentação de um documento falso, devem ser objeto de sanção pela Administração Pública, sob pena de, ao se omitir, estar agindo na contramão dos parâmetros e padrões de eficiência que lhe são exigidos.

Evita-se, também, no caso de punição com base nas penalidades previstas nos artigos, 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93, que licitante desqualificado e fraudulento se habilite a contratar com outros órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, ficando impossibilitado de participar de certames.

Lembre-se, ainda, que o art. 88 da Lei nº 8.666/93 pode ser invocado a favor do que ora se sustenta (...)”⁹

- iv. Na esteira do entendimento do Parecer PA-3 nº 305/2001, concluímos pela inadequação de previsão fechada de tipos infracionais, tendo em vista que: a matéria está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa; há previsão de tipos genéricos na lei, que podem ser preenchidos por normas, contratuais e dentro de uma margem de apreciação discricionária da Administração; e em virtude da impossibilidade fática de previsão de todos os acontecimentos da vida.
- v. Para fins de sua aplicação, não é necessário que todas as penalidades previstas no art. 87 da Lei federal nº 8.666/93 constem do Edital de Licitação e do Contrato¹⁰, com exceção da *penalidade de multa* – que necessariamente precisa de regulamentação para sua aplicação. Entretanto, após análise de doutrina e dos modelos de PPP considerados para os fins deste trabalho, deliberamos que a indicação de tais penalidades no edital e no contrato podem revelar interessante instrumento de incentivo ao cumprimento das obrigações contratuais pelo parceiro privado.

⁹ GARCIA, Flávio Amaral, *Questões Polêmicas na Aplicação das Penalidades da Lei nº 8.666/93*, Editora Lumen Juris, p. 3.

¹⁰ Tendo em vista que sua aplicação pode decorrer diretamente das normas legais aplicáveis.

- vi. Conforme o objeto do contrato será interessante a tipificação de condutas, acompanhada da fixação da multa. Nesses casos, nos pareceu também que o melhor seria remeter a uma tabela/anexo que trouxesse as hipóteses e respectivas penas, *v.g.* por atraso no cumprimento de itens do cronograma físico-financeiro, por suspensão e/ou interrupção da operação, etc. Para elaboração dessa tabela/anexo, o edital da Linha 6 do metrô pode fornecer excelentes subsídios, porque traz várias hipóteses concretas.
- vii. Quanto às penalidades de declaração de inidoneidade e impedimento para licitar e contratar com a Administração, observamos que tais sanções seriam inócuas em sede de PPP, tendo em vista a obrigatoriedade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE para concretização da concessão¹¹. Assim, muito embora se trate de solução polêmica, quer nos parecer que a melhor opção seria incluir cláusula expressa acerca da possibilidade de extensão da declaração e impedimento acima referidos ao(s) acionista(s) controladores da SPE, aplicando-se a teoria do domínio do fato na seara do direito administrativo sancionatório.
- viii. Entendemos que seria interessante fixar um valor mínimo e máximo para a multa, mas isso deverá variar de acordo com o objeto e valores envolvidos, segundo pensamos, por isso, não fizemos indicações de valores.
- ix. Alguns modelos de PPP estudados preveem um valor máximo para penalidades, como o do Hospital Subúrbio Salvador (em que foi fixado o valor de quatro milhões de reais), pensamos que tal solução poderá ser interessante, a depender do objeto do contrato e dos valores envolvidos.
- x. Especificamente com relação à multa por inexecução total ou parcial do contrato, acreditamos que ela poderia ser fixada em um percentual do valor da contraprestação ou do contrato. É difícil indicar um percentual sem ter conhecimento do objeto do contrato ou de seu valor.

11 Ou seja, a concessionária, por ter sido constituída tão somente para a execução daquele objeto contratual, não participará de outras licitações.

- xi. A Lei federal nº 11.079/2004 determina que as penalidades aplicáveis em razão do inadimplemento contratual serão fixadas de forma proporcional à gravidade da falta cometida e às obrigações assumidas.

Assentadas as premissas acima, apresentamos sugestões para redação de cláusulas, ressaltando que, a depender do caso concreto, adaptações serão necessárias. Esclarecemos ainda que para elaboração dos modelos de cláusula a seguir indicados, optamos, quando da menção aos contratantes pela terminologia “parceiro público ou privado”, conforme o caso, mas cremos que, da mesma forma, poderiam ser utilizados os termos: “Concessionário” e “Poder Concedente”.

CLÁUSULA _____ - DAS PENALIDADES

1. O descumprimento, pelo parceiro privado, das cláusulas deste contrato, de seus anexos e do Edital, da legislação e regulamentação aplicáveis, ensejará – sem prejuízo das responsabilidades civil e penal e de outras penalidades eventualmente previstas na legislação e normas regulamentares – a aplicação das seguintes penalidades:

1.1 Advertência;

1.2 Multas, quantificadas e aplicadas na forma prevista nesta cláusula, no edital, na regulamentação e no _____Anexo/Tabela ao Edital de Licitação/Contrato;

1.3 Suspensão temporária do direito licitar e contratar com o Estado de São Paulo, inclusive suas autarquias, fundações e empresas estatais, por prazo não superior a dois anos;

1.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

2. Nenhuma sanção será aplicada sem o devido processo administrativo, garantidos os direitos à defesa prévia e ao contraditório.

3. As penalidades são independentes e a aplicação de uma não exclui a de outras.

4. Na aplicação das sanções, o parceiro público observará as seguintes circunstâncias, com vistas a garantir a proporcionalidade:

- 4.1 A natureza e a gravidade da infração;
- 4.2 Os danos dela resultantes para os usuários, para a saúde e/ou segurança pública e para o parceiro público;
- 4.3 As vantagens auferidas pelo parceiro privado em decorrência da infração;
- 4.4 O caráter dissuasivo das sanções.
5. A Gradação das Penalidades observará as seguintes escalas:
 - 5.1 A infração será considerada leve, quando decorrer de conduta praticada com culpa levíssima – entendida como sendo a que não respeita o grau máximo de atenção, cuidado e prudência que se espera do parceiro privado – e da qual ele não se beneficie;
 - 5.2 A infração será considerada média, quando decorrer de conduta praticada com culpa leve – entendida como sendo a que não respeita o grau médio de atenção, cuidado e prudência que se espera do parceiro privado – efetuada pela primeira vez pelo parceiro privado, sem a ele trazer qualquer benefício ou proveito, nem afetar número significativo de usuários;
 - 5.3 A infração será considerada grave quando o parceiro público constatar presentes, isoladamente ou em conjunto, os seguintes fatores:
 - 5.3.1 Ter o parceiro privado agido com má-fé;
 - 5.3.2 Da infração decorrer benefício direto ou indireto para o parceiro privado;
 - 5.3.3 O Parceiro privado for reincidente na infração;
 - 5.3.4 O número de usuários atingidos ou o prejuízo dela decorrente foi significativo;
 - 5.3.5 Prejuízo econômico significativo para o parceiro público/poder concedente.
 - 5.4 A infração será considerada gravíssima quando o parceiro público constatar, diante das circunstâncias do serviço e do ato praticado pelo parceiro privado, que seu comportamento reveste-se de grande lesividade ao interesse público, por prejudicar, efetiva ou potencialmente, a vida ou a incolumidade física dos usuários, a saúde pública, a segurança pública, o meio ambiente, o erário ou a continuidade dos serviços.

6. O previsto nas subcláusulas 4 e 5 acima, não se aplica às penas de multa que já tenham seu valor (ou percentual/formula de cálculo) previamente estabelecido na(o) Tabela ____/Anexo____ ao Edital de Licitação/Contrato, uma vez que os parâmetros traçados nas referidas cláusulas já foram considerados quando da sua fixação em abstrato.

7. A(s) aplicação(ões) da(s) penalidade(s) de suspensão temporária do direito de licitar e contratar e/ou de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública se estende(m) aos sócios da SPE/Concessionária.

8. ADVERTÊNCIA

8.1 A pena de advertência poderá ser aplicada quando ocorrer:

8.1.1 Descumprimento das obrigações editalícias ou contratuais que não acarretem prejuízos para o parceiro público;

8.1.2 Execução insatisfatória ou pequenos transtornos ao desenvolvimento dos serviços, desde que a sua gravidade não recomende a aplicação de sanção mais grave, de multa;

9. MULTA

9.1 A sanção de multa será quantificada conforme os parâmetros estabelecidos nas subcláusulas 4 e 5, exceto quando aplicável o previsto na subcláusula 6, e na forma abaixo:

9.1.1 Valor mensal máximo de XXXX

9.1.2 Valor máximo anual XXXXXX

9.2 O parceiro público poderá aplicar ao parceiro privado multa por inexecução total ou parcial do contrato correspondente a até XXX% do valor da contraprestação/contrato (a depender do que for mais adequado).

9.3 Sem prejuízo de outras disposições contratuais e das previsões gerais contidas nas subcláusula 1, os comportamentos previstos no Anexo ___/Tabela são passíveis de multa nos valores/percentuais/unidades (conforme a opção realizada) ali indicados.

9.4 A multa poderá ser aplicada cumulativamente com as demais sanções, não terá caráter compensatório, e a sua cobrança não isentará o parceiro privado da obrigação de indenizar eventuais perdas e danos.

9.5 A aplicação das multas aludidas nesse contrato não impede que o parceiro público declare a caducidade da Concessão, observados os procedimentos pertinentes.

9.6 Caso o parceiro privado não proceda ao pagamento de multas no prazo regulamentar, o parceiro público, a seu critério, utilizará as garantias previstas no contrato ou descontará o valor das multas do montante dos valores por ele devidos.

9.7 A critério do parceiro público, o montante devido a título de multa poderá ser convertido em novos investimentos no objeto da PPP, desde que revertam em benefício do Poder Concedente.

10. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA

10.1 A suspensão do direito de licitar ou contratar com o Estado de São Paulo, inclusive suas autarquias, fundações e empresas estatais, até o prazo de dois anos, poderá ser aplicada:

10.1.1 À licitante que ensejar o retardamento do certame, não mantiver a proposta – após a fase de habilitação – ou fizer declaração falsa, sem prejuízo da multa de até 5% (cinco por cento)¹² do valor total de sua proposta;

10.1.2 À adjudicatária que se recusar a assinar o contrato dentro do prazo estabelecido pelo parceiro público, sem justificativa aceita pela Administração, sem prejuízo da multa de até 5% (cinco por cento)¹³ sobre o valor total do contrato a ser assinado.

10.1.3 Incorrerá nas mesmas penas previstas no parágrafo/item anterior (10.1.2) a adjudicatária que não apresentar a documentação exigida para a contratação;

10.1.4 Quando ocorrer:

10.1.4.1 A apresentação de documento falso;

10.1.4.2 A reincidência de execução insatisfatória dos serviços contratados;

10.1.5 Atraso injustificado na execução/conclusão dos serviços, contrariando o previsto no contrato;

12 O percentual de 5% pareceu-nos, a princípio, adequado. Sem prejuízo apenas a análise do caso concreto poderá indicar o percentual adequado.

13 Idem.

10.1.6 Irregularidades que ensejem a frustração da licitação ou a rescisão do contrato;

10.1.7 Condenação definitiva por praticar fraude fiscal no recolhimento de tributos estaduais;

10.1.8 Prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação ou prejudicar a execução do contrato;

10.1.9 Prática de atos ilícitos que demonstrem não possuir a licitante ou parceira privada idoneidade para contratar com o parceiro público;

10.1.10 Aplicações sucessivas de outras penalidades.

10.1.11 Prática de infração gravíssima.

10.2. Para as hipóteses acima elencadas, desde que a infração tenha sido praticada durante a execução contratual, a suspensão temporária será aplicada tanto à SPE como ao seu(s) acionista(s) controlador(es).

11. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

11.1 Poderá ser declarada a inidoneidade da SPE e do(s) seu(s) acionista(s) controlador(es) para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, quando:

11.1.1 Constatada má-fé, ação maliciosa e premeditada do parceiro privado em prejuízo do parceiro público;

11.1.2 Houver evidência de atuação com interesses escusos;

11.1.3 Ocorrer reincidência de faltas graves;

11.1.4 Ocorrer prática de infração gravíssima.

5. A execução da penalidade de multa:

Nos contratos administrativos comuns, isto é, regidos integralmente pela Lei federal nº 8.666/1993, tem-se que a penalidade de multa, caso não seja recolhida espontaneamente pelo contratado, deve ser executada a garantia, instituto previsto no art. 56, I a III e §§ 1º a 5º, que estabelece:

Artigo 56 - A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º – Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária.

§ 2º – A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º – Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º – A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§-5º – Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Tal possibilidade, conforme já se disse no início deste artigo, não dispensa a observância daquele procedimento sancionatório previsto no contrato, em abono mesmo aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Assim, importa esclarecer que a preocupação acerca da fonte sobre a qual recairá a penalidade de multa tem como pressuposto o prévio esgotamento daquele procedimento, cumulado com o não pagamento espontâneo do valor devido pelo contratado.

No que tange às parcerias público-privadas, além do tradicional desconto da garantia de execução prestada pelo contratado, para o caso de inadimplemento dos valores referentes à prestação pecuniária, outras possibilidades se abrem para a Administração, como decorrência das variadas formas de remuneração do parceiro privado, previstas na Lei federal nº 11.079/04.

Para correta análise do tema importante que sejam analisados alguns aspectos gerais acerca da garantia de execução. É o que passaremos a fazer.

Conforme bem aponta a doutrina, a garantia de execução pode ser utilizada tanto em relação a possíveis indenizações quanto ao pagamento de multas devidas pelo contratado. É o que se verifica da previsão constante do Contrato para Concessão de Aeroportos no âmbito federal. Tal previsão, a par de ser regra geral, constitui importante garantia para a Administração.

Acerca do valor da referida garantia contratual, Maurício Portugal Ribeiro¹⁴ pontua que:

“O valor das garantias de cumprimento do contrato, completion guarantee ou performance Bond, deve ser definido caso a caso, projeto a projeto, e, para isso, é importante verificar os padrões do setor e consultar um especialista em garantias de cumprimento de contratos para o setor específico no qual o projeto se insere”.

É do mesmo autor a seguinte lição:

“Como as garantias são válidas pelo período temporal nelas estabelecido, o mais comum é que o Poder Público requeira a prestação/renovação anual da garantia de execução de contrato. Não tem sido incomum, entretanto, especialmente em projetos de concessão de rodovias existentes, o Poder Público utilizar, como critério para definição do valor da garantia, o valor total do investimento estimado para cada ano, especialmente nos primeiros anos de contrato”.

No caso de inadimplemento pelo contratado, prevê o art. 80, III, da Lei federal nº 8.666/93, a “execução da garantia contratual, para ressar-

¹⁴ Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos, Maurício Portugal Ribeiro. São Paulo: Atlas, 2011, p. 131

cimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos”.

Marçal Justen Filho¹⁵ acerca da previsão legal dispõe:

“A Administração deverá ser satisfeita pelo valor da multa e (ou) das perdas e danos. Para tanto, poderá demandar o particular. O inc. III alude à execução da garantia contratual, mas a questão deve ser melhor esclarecida.

Uma vez verificada a rescisão, a Administração tem o dever de definir o montante das perdas e danos sofridos. Para tanto, deverá promover procedimento administrativo, respeitando os princípios já referidos e detalhados do contraditório e da ampla defesa. Uma vez apurado o valor da dívida, seu montante deverá ser exigido do particular que poderá pagar espontaneamente ou não. Quando a garantia for real, a situação apresenta maior complexidade. A Administração não tem a faculdade de se apropriar da garantia ou de excuti-la a seu próprio talante. Haverá necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. O valor das perdas e danos deverá ser cobrado judicialmente. O processo de cobrança judicial dos valores dependerá do regime jurídico aplicável.”

O mesmo autor¹⁶ ainda cita Jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

“Ementa. A apuração de haveres, incluindo créditos da contratada, multas, prejuízos e a reversão da garantia, é procedimento posterior à rescisão do contrato. Voto: ‘Quanto à eventual omissão dos gestores em executar as garantias contratuais da empresa Condic logo após esta ter cessado à execução, também concordo com as ponderações feitas pelo MP/TCU. Tal medida só poderia ter sido adotada após a rescisão do contrato, procedida a apuração de eventuais créditos, prejuízos e multas. É descabido, portanto, atribuir-se a responsabilidade pela eventual omissão ao

15 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Marçal Justen Filho. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 997.

16 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Marçal Justen Filho. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 997

Sr. Marcos Antonio de Melo, cuja gestão encerrou-se em seis dias após a rescisão oficial do contrato.

Deste modo, as justificativas do responsável devem ser acatadas, sem prejuízo de se determinar à Seplante/SE que informe ao Tribunal o desfecho da questão em particular quanto aos débitos/créditos apurados após o encerramento do contrato, seu adimplemento e se foi necessário executar as garantias contratuais para sua satisfação (Acórdão nº 606/2006, rel. Min. Marcos Vilaça)

Conforme pontuamos no início deste item, além da execução da garantia de execução, como forma de assegurar os valores devidos pelo contratado, em decorrência de aplicação de penalidade pecuniária pela Administração, em contratações decorrentes de parcerias público-privadas outras possibilidades se abrem ao Poder Concedente.

Sabe-se que nas parcerias público-privadas a remuneração do parceiro privado é constituída basicamente de contraprestação, com possibilidade, a depender da espécie – se administrativa ou patrocinada – de tarifa, bem assim, dependendo da modelagem, de aporte de recursos, este último decorrente de recente alteração legislativa havida na Lei federal nº 11.079/04.

Desse modo, desde que haja previsão expressa no edital e contrato, mostra-se possível que os valores devidos pelo contratado, em decorrência de sanção pecuniária, sejam descontados diretamente da contraprestação devida pela Administração ou mesmo da receita decorrente da tarifa recebida. Trata-se de opção discricionária do Poder Concedente, devendo, contudo, restar esclarecidas pela área técnica, no caso concreto, quais as consequências da previsão de fontes outras além da Garantia de Execução (Contraprestação ou Tarifa de Remuneração), evitando-se que a qualidade da prestação do serviço fique prejudicada.

Embora estas duas últimas possibilidades possam inflacionar o valor da contratação, em virtude da insegurança do parceiro privado acerca da manutenção de seu fluxo de caixa, é válido atentar que o modelo utilizado na parceria público-privada da Linha 4 do Metrô de São Paulo, produz resultado semelhante, amenizando a presença dessa possível insegurança ao prever o uso da Contraprestação Pecuniária ou da Tarifa de Remuneração atribuída à concessionária – com limite, para esta última, de 5% do valor mensal – de maneira subsidiária, isto é, caso a

Garantia de Execução seja insuficiente ou deixe o parceiro privado de complementá-la em decorrência de uso anterior.

Tal cenário, repise-se, parece esbarrar em questões técnicas que precisarão ser validadas no caso concreto, pela área técnica da Administração.

6. A multa e sua base de cálculo

Inicialmente, retomando o estudo referente ao Parecer PA-3 n° 305/2001 é possível a existência de tipos legais descrevendo as condutas ilícitas e as sanções correspondentes de forma mais genérica, admitindo-se, dentro do limite da lei, o detalhamento das condutas ilícitas por atos infralegais.

A previsão da cominação da multa deve ser expressa, como já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça:

“Apelação Cível n°. 9212296.8.26.0000

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 16/08/2011

Data de registro: 22/08/2011

Ementa: LICITAÇÃO – MULTA CONTRATUAL – Contratação de empresa para construção de prédio – Previsão de imposição da penalidade administrativa em caso do descumprimento do ajuste – Contrato descumprido pela vencedora do certame – Imposição de multa – Processo administrativo que assegurou o cumprimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório – Conjugação dos termos do contrato e a Lei n° 8.666/93 – Previsão expressa de multa – Ajuste realizado por partes iguais e capazes – Sentença de improcedência – Recurso não provido.”

A multa é exigível depois de encerrado processo administrativo sancionatório, devendo haver a indicação do momento de exigibilidade da multa.

Ponto importante constante no Contrato dos Aeroportos consiste na possibilidade concomitantemente de imposição das penalidades à concessionária com a aplicação de medidas acautelatórias tais quais: detenção, interdição de instalações, apreensão, embargos de obras, além de outras medidas previstas na legislação e regulamentação do setor:

“A imposição das penalidades à Concessionária não afasta a possibilidade de aplicação de medidas acautelatórias pela ANAC, vi-

sando preservar a integridade física ou patrimonial de terceiros, tais quais: detenção, interdição de instalações, apreensão, embargos de obras, além de outras medidas previstas na legislação e regulamentação do setor”.

No valor da multa, indica-se o cabimento por evento, com incidência de juros se não houver o pagamento imediato.

A Multa moratória tem previsão no art. 86 e §§, da Lei federal nº 8.666/93:

“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.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. -

§ 2º - A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente”.

Quanto às sanções administrativas, Justen Filho¹⁷ observa:

“1) Atraso na execução e multa

A demora injustificada na execução da prestação contratual acarreta, como sanção a ser primeiramente cogitada, a aplicação de multa. Mas essa solução dependerá da previsão editalícia para tanto, sob pena de ser inviável sua exigência. Será impossível, mesmo, a previsão da multa no instrumento contratual, caso não cominada no instrumento convocatória. O instrumento contratual deverá especificar as condições de aplicação da multa. Não se admite discricionariedade na aplicação de penalidades.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 845-6.

2) Atraso na execução e rescisão

A mora na execução do contrato também poderá acarretar a rescisão dele por ato unilateral da Administração (art. 78, incisos III, IV e V).

É usual que o instrumento contratual estabeleça um prazo de tolerância. Esgotado o prazo para o adimplemento, incidirá multa (progressiva ou cumulativa) mas não ocorrerá a rescisão se o particular sanar o defeito dentro de um certo termo. Dentro dele, o adimplemento evita a rescisão e a única sanção cabível será a multa. Se o contrato não dispuser acerca dos prazos para a incidência da multa moratória e para rescisão por inadimplemento, caberá à Administração demonstrar que a demora tornou inútil a prestação.

(...)

4) Existência de motivo justificado

Obviamente, somente incidirão as sanções administrativas em caso de inadimplemento culposos. Se havia motivo justificado para o atraso, o particular não poderá ser punido, daí a relevância de ser realizado o respectivo processo administrativo.

5) Diferença a maior em favor da Administração

Caso a garantia e os eventuais créditos do contrato sejam insuficientes para satisfazer a multa, a Administração promoverá a cobrança judicial da diferença (...)."

Existem contratos que preveem valores fixos para o pagamento das multas, mas indicam o modo de correção, como no caso do Metrô: "O valor das multas será reajustado periodicamente, nas mesmas datas e pelo mesmo índice de reajuste aplicável à TARIFA DE REMUNERAÇÃO".

Quanto ao valor que será tomado como base de cálculo para aplicação da multa, entende-se mais acertada a utilização de uma referência, de modo que tal valor seja sempre reajustado, evitando sua desvalorização com o passar do tempo, o que ocorreria se fosse considerado em valor fixo da moeda. Confira-se, nesse ponto, a previsão constante na concessão dos aeroportos, a nível federal, que utiliza como referencial a Unidade de Referência da Tarifa Aeroportuária – URTA.¹⁸

18 Vale conferir, no mesmo sentido, as concessões seguintes: Projeto Polícia Militar de Canoas-RS e Transolímpica-RJ

A adoção da taxa de referência oferece menos problemas, posto que a fórmula aplicada à tarifa de remuneração, como adotada pelo Metrô, pode sofrer impugnações mais facilmente quanto ao seu cálculo, além de ser mais trabalhosa quanto ao reajuste.

7. Considerações finais

Em caráter conclusivo, impende destacar que, por meio do presente trabalho, pretendeu-se suscitar os principais pontos acerca da estipulação, em editais e contratos de parceria publico-privada, de cláusulas atinentes à aplicação de penalidades, o que envolve tanto aspectos relativos à tipificação, como relacionados às possíveis penas a serem imputadas, às excludentes de responsabilidade e de culpabilidade, além do processo administrativo que deve preceder a incidência da sanção, para a sua plena validade.

Sempre que possível, houve a indicação de modelos e de soluções em tese mais adequadas, no que se refere a cada um desses subtemas.

É preciso destacar, contudo, que a formulação do regramento contratual acerca das penalidades deve ser precedida de estudos específicos acerca do objeto a ser outorgado, a fim de se assegurar a plena eficácia das estipulações fixadas, com enormes contribuições para a atividade de fiscalização a ser implementada pelo Estado durante o longo prazo de execução que se seguirá.

Por fim, não se pode olvidar que a matéria em questão está intimamente relacionada à garantia de que o objeto outorgado ao particular em regime de parceria duradoura seja devidamente implementado, com a qualidade requerida à plena satisfação do interesse público.

Desse modo, a despeito de o tema comumente não ser objeto de amplos debates quando da formulação dos instrumentos do certame licitatório – momento, como é cediço, já permeado por inúmeras incertezas e tormentosas questões – há que ser empregada a devida atenção à matéria, com vistas a que o Administrador não se veja posteriormente tolhido de mecanismos voltados tanto a estimular o pleno atendimento das obrigações contratuais como a reprimir condutas indesejáveis.

8. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Estudos Sobre as Leis das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

UNIÃO, Tribunal de Contas da. *Licitações e Contratos*. 4. ed. Brasília, 2010.

