

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

MEMO Nº 006/2021 – SAD/AJUR

Petrópolis, 10 de junho de 2021.

**Ilma. Sra. Sonia Regina Pereira Alves**

**Superintendente de Licitações e de Contratos Administrativos**

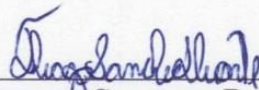
Sra. Superintendente,

Vimos, por meio deste, encaminhar via física original do Parecer nº 019/2021, que segue em anexo. O referido parecer foi proferido em resposta aos Memorandos de nº 93548/2021 e 93549/2021, ambos da Divisão de Licitações dessa Superintendência, que tratam de impugnações ao edital do Pregão Presencial nº 025/2021 (processo administrativo nº 11839/2021).

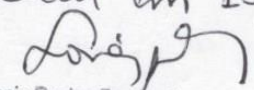
Solicita-se que, tão logo seja possível, seja o citado parecer juntado aos autos do referido processo e devidamente autuado.

Sem mais para o momento, subscrevemo-nos, renovando sinceros protestos de elevada estima e consideração.

Cordialmente,



\_\_\_\_\_  
**THIAGO SANCHES DUARTE**  
**ASSESSOR JURÍDICO-CHEFE**  
**(EM EXERCÍCIO)**  
**MATRÍCULA Nº 23.756-6**

Recebido em 10/06/21  
  
Sonia Regina Pereira Alves  
Superintendente de Licitações Compras  
e Contratos Administrativos - SADRH  
Mat. 24921-4

ASSESSORIA JURÍDICA	 <b>SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS</b>	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

**PARECER Nº 019/2021**

- I. Contratação de serviço de manutenção, corretiva e preventiva, e melhoramento do parque de iluminação pública do Município de Petrópolis. Licitação pela modalidade de pregão presencial. Menor preço global.
- II. Impugnações ao edital.
- III. Encaminhamento pela SAD/DELCA/DILIC a esta SAD/AJUR, em apartado dos autos principais, via Memorandos nº 93548/2021 e nº 93549/2021, para manifestação acerca das questões de cunho eminentemente jurídico.
- IV. Parecer pelo conhecimento e, no que toca às matérias analisadas: (1) desprovemento da impugnação referente ao Memorando nº 93548/2021; (2) parcial provimento da impugnação referente ao Memorando nº 93549/2021.

**I – DA HIPÓTESE**

Trata-se de processo administrativo inaugurado pela Secretaria de Serviços, Segurança e Ordem Pública (SSSOP) cujo objeto é realização de procedimento licitatório, na modalidade de pregão presencial, com vistas à contratação de serviço de manutenção corretiva e preventiva e de melhoramento do parque de iluminação pública do Município de Petrópolis – RJ, pelo período de 12 (doze) meses.

Esta Assessoria Jurídica da Secretaria de Administração de Recursos Humanos (SAD/AJUR), por meio de promoção de fls. 765/767, visou e aprovou o edital de fls. 732/764, tendo, posteriormente, o Núcleo de Controle Interno desta pasta (SAD/NCI) recomendado o prosseguimento (fls. 765), pelo quê foi designada a licitação, então denominada Pregão Presencial (PP) nº 25/2021.

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Inicialmente agendado o certame para o dia 10/06/2021 às 10:00 (dez horas), deu-se a remarcação para o dia 23/06/2021, no mesmo horário. Noticia-se, porém, a existência de diversos pedidos de esclarecimentos e de impugnações ao edital.

Diante de tal fato, a Divisão de Licitações do Departamento de Licitações e de Contratos Administrativos desta secretaria (SAD/DELCA/DILIC) encaminha a esta SAD/AJUR, por meio dos Memorandos nº 93548/2021 e 93549/2021, as impugnações, respectivamente, de: (i) \_\_\_\_\_; e (ii) \_\_\_\_\_, para fins de elaboração de resposta a itens versando sobre questões eminentemente jurídicas.

Findo o relatório, passa-se ao parecer.

## II – DA FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 – PREAMBULARMENTE: DA NATUREZA DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO

Apenas a título de esclarecimento inicial, deixa-se claro que esta SAD/AJUR, no que respeita a impugnações de edital e a recursos interpostos ao longo do procedimento licitatório, tem competência para *proferir pareceres jurídicos* e recomendar, *sem força vinculante e natureza decisória*, a resposta da autoridade competente em determinado sentido; normalmente, pelo deferimento ou pelo indeferimento, no todo ou em parte, da impugnação ou recurso.

Portanto, o ato administrativo consistente no julgamento administrativo é realizado pela autoridade competente, devendo as respectivas conclusões, obviamente, estarem suficientemente motivadas (é nulo o ato administrativo despido de motivo) e fundamentadas (é nulo o exercício de jurisdição, conquanto administrativa, despido de fundamento).

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Por seu turno, o parecer jurídico, ainda que opinativo, faz as vezes – se acolhido – de fundamento (técnico-jurídico) da decisão. Assim o é, aliás, com todas as manifestações de ordem técnica que a autoridade competente para decidir: os órgãos públicos pertinentes são chamados a possam prestar o aporte (técnico de sua área correlata) necessário à construção dos fundamentos da decisão.

Por fim, registra-se que tais manifestações não só podem como devem, a depender da complexidade da objeção levantada, ser juntadas, na íntegra, à própria decisão que julga a impugnação ou o recurso. Mas com essa não se confunde.

Feitas estas considerações, passa-se à análise das questões propriamente ditas.

## II.2 – DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR [REDACTED]

Pelo Memorando nº 93548, encaminha a DILIC a impugnação de [REDACTED] ao edital do PP nº 25/2021, solicitando manifestação sobre o item IV da petição.

O referido item IV aborda suposta incoerência dos requisitos de qualificação econômico-financeira, especificamente no que toca às microempresas e empresas de pequeno porte (doravante referidas, conjuntamente, como “ME/EPP”). Segundo a impugnante, o item 7.1.1.4 teria adotado “critério próprio” que não se adequaria à Lei nº 8.666/1993 e à Lei Complementar (LC) n 123/2006.

Primeiramente, é pertinente a transcrição do item em questão, para melhor visualização:

### 7.1.1.4 - DOCUMENTO RELATIVO A QUALIFICAÇÃO ECONOMICO-FINANCEIRA:

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do resultado do último exercício social, já exigíveis e apresentados ‘na forma da legislação em vigor’, acompanhado do demonstrativo das contas de lucros e perdas que **comprovem possuir o licitante capital mínimo realizado ou patrimônio líquido equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado do contrato**, vedada a sua substituição por balancetes ou por balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta.

b) Não será exigida a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social para habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte.

b.1) neste caso, a comprovação de **capital mínimo integralizado** poderá se dar por meio do contrato social consolidado, certidão da Junta Comercial ou do Cartório do Registro de Pessoas Jurídicas.  
(grifou-se)

As razões de impugnação, nos termos da própria, seriam os seguintes, *in verbis*:

*“Inicialmente, a título de pré-compreensão, a impugnante esclarece que as razões articuladas no presente exordial se baseiam em pontos simples e objetivos, a saber:*

*a) o ato convocatório faz exigência da comprovação pelas licitantes de capital mínimo ou patrimônio líquido equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado para a do contrato:*

*b) logo, não será exigido a apresentação de balanço patrimonial para habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte;*

*c) porém, a comprovação de capital mínimo integralizado poderá se dar por meio do contrato consolidado, o que não é aceito pela jurisprudência, já que não tem previsão legal na Lei 8.666/93, pois, quando o correto seria exigir o capital mínimo ou patrimônio líquido das licitantes sobre o valor do contrato”.*  
(grifou-se)

Os pontos “a” e “b”, acima transcritos, estão corretos. De fato, conforme se colhe da redação literal do item 7.1.1.4: (a) exige-se comprovação de que a licitante tenha **ou** capital integralizado **ou** balanço patrimonial positivo em valores que **equivalham a 10% (dez por cento) do valor do contrato**; e (b) dispensa-se que as ME/EPP apresentem balanço patrimonial para fins de habilitação.

Contudo, a pré-compreensão da impugnante é falha no que tange ao ponto “c”, cuja redação chega a ser contraditória. Isso porque dá a entender que o subitem “b.1”,

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

que trata especificamente das ME/EPP, delas exige percentual mínimo de integralização do capital social. A toda evidência, **não é isso que consta dos termos editalícios**, que são claríssimos: o que se precisa comprovar é um **valor percentual cuja base de cálculo consiste na estimativa do preço do contrato, não no capital social**.

Perceba-se que não tem qualquer relevância, abstratamente, o percentual do capital social que esteja integralizado; se 1% (um por cento), 10% (dez por cento), 90% (noventa por cento). Importa é que **o quanto esteja, de fato, integralizado corresponda a 10% (dez por cento) do valor total estimado do contrato, não do próprio capital social**.

Em outros termos: o capital social não é o parâmetro; o parâmetro é o valor do contrato.

Evidente, portanto, que não procede a alegação de que o edital previu exigência de capital social integralizado, em qualquer grau (integralização total ou em patamar mínimo), seja a licitante ME/EPP ou não. O subitem “b.1” trata, tão somente, da **forma de comprovação** pelas ME/EPP de que o capital social efetivamente integralizado, em valores absolutos, corresponde à exigência: percentual do valor estimado do contrato.

Por fim, no que diz respeito à dispensa de apresentação de balanço patrimonial pelas ME/EPP, tampouco há qualquer ilegalidade. Deve-se destacar que o art. 43, *caput*, da LC nº 123/2006, transcrito pela impugnante (mas com grifo *insuficiente* para correta compreensão do ponto e que pode induzir a erro quem porventura faça leitura apressada do dispositivo) aborda o cumprimento de exigências documentais **para fins de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista**. Veja-se, com grifo mais bem adequado:

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, **deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista**, mesmo que esta apresente alguma restrição. (grifou-se)

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Assim, de fato, o art. 43 da LC nº 123/2006 não trata de dispensa de balanço patrimonial, mas tampouco proíbe tal dispensa. A proibição contida no dispositivo volta-se, apenas, à dispensa de apresentação de certidões de regularidade fiscal e trabalhista, assuntos que não se relacionam com o objeto de balancetes contábeis e que constituem requisitos de qualificação jurídica, e não econômico-financeira.

A dispensa de apresentação de balancete não constitui privilégio, mas tratamento jurídico diferenciado que favorece as ME/EPP, o que encontra respaldo nos artigos 170, inciso IX, e 179, ambos da Constituição Federal, e na própria LC nº 123/2006. Ademais, **tem previsão legal específica no art. 51, § 5º, da Lei municipal nº 7.596/2017, que, por sinal, repete o conteúdo do art. 43, caput, da LC nº 123/2006, reafirmando-o.** Confira-se:

**Art. 51 – As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, apresentarão toda a documentação exigida, inclusive para comprovação das regularidades fiscal e trabalhista.**

§ 1º – Havendo alguma restrição na comprovação das regularidades fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis para regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito ou emissão de eventuais certidões com efeitos negativos.

§ 2º – O prazo para regularização fiscal e trabalhista:

I – Será contado a partir da divulgação do resultado da fase de habilitação, para a modalidade pregão, ou do julgamento das propostas, nas demais modalidades previstas na Lei federal 8.666, de 21 de junho de 1993.

II – Será prorrogado por igual período, se requerido pelo licitante, a critério da Administração Pública Municipal, exceto se houver urgência para a contratação ou na insuficiência de prazo para emissão da nota de empenho, com as devidas justificativas.

§ 3º – A não regularização da documentação, nos prazos previstos nos §§ 1º e 2º, implicará na preclusão do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultada a convocação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou a revogação da licitação.

§ 4º – Do instrumento convocatório constará que a abertura da fase recursal, em relação ao resultado do certame, ocorrerá após os prazos da regularização de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 5º – **Não será exigida a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social para habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações municipais.**

(grifou-se)

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Diante de todo o exposto acima, não merece deferimento a impugnação quanto a esta questão.

### II.3 – DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR CITELUZ SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO URBANA S/A

Pelo Memorando nº 935498, encaminha a DILIC a impugnação de [REDACTED] ao edital do PP nº 25/2021, solicitando manifestação sobre os itens “2.1”, “5” e “6” da petição, que apresentam impugnação e/ou pedido de esclarecimento aos itens do edital e às cláusulas da minuta do respectivo contrato administrativo adiante abordadas individualmente.

#### II.3.1 – DA IMPUGNAÇÃO AOS ITENS 7.1.1.4, ALÍNEA “B”, E 7.1.2.4, ALÍNEA “B”, DO EDITAL

O item 2.1 da impugnação questiona qual seria o “*fundamento legal para a dispensa de apresentação do balanço patrimonial do último exercício social para habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposto nos itens 7.1.1.4, ‘b’, e 7.1.2.4, ‘b’*”.

O item 7.1.1.4 já foi transcrito integralmente acima. O item 7.1.2.4, por seu turno, tem redação idêntica à do 7.1.1.4. A única diferença entre as disposições está em suas *localizações topográficas* no edital: ao passo que aquele primeiro item está inserido em conjunto de requisitos aplicáveis a pessoas jurídicas não consorciadas que estejam **inscritas** ou no SICAF (Sistema de cadastramento unificado da União) ou no cadastro municipal de fornecedores, o segundo item é destinado àquela mesma espécie de pessoas jurídicas que não o estejam.

O conteúdo, porém, é análogo; materialmente, idêntico. Logo, faz-se remissão ao **item II.2** deste parecer.

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Objetivamente, a resposta é a seguinte: o fundamento legal é o art. 51, § 5º, da Lei municipal nº 7.596/2017.

**II.3.2 – DA IMPUGNAÇÃO AO ITEM 12.2 DO EDITAL E À CLÁUSULA VIGÉSIMA DA MINUTA CONTRATUAL ANEXA**

O item 5 da impugnação realiza dois questionamentos a respeito da aplicação de penalidades; mais especificamente, sobre a incidência de multas, conforme previstas no item 12.2 do edital e na Cláusula Vigésima da minuta de contrato. É esta a dicção das disposições em comento:

12.2 De conformidade com o art. 86 da Lei nº 8.666/93, a contratada, garantida a prévia defesa, poderá incorrer em multa, na seguinte modalidade:  
- **multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor total atualizado do contrato, no caso de inadimplemento de qualquer cláusula e/ou condição contratual.**  
- multa de 1% (hum por cento) ao mês pró-rata dia sobre o valor total do contrato em caso de mora.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA: A Contratada ficará sujeita à seguinte sanção: Multa de 20% (vinte por cento) do valor total atualizado do contrato, em caso de inadimplência de qualquer cláusula e/ou condição contratual; - multa de 1% (hum por cento) ao mês pró-rata dia sobre o valor total do contrato em caso de mora.** PARÁGRAFO PRIMEIRO: A Contratante poderá aplicar, cumulativamente com a sanção prevista nesta cláusula, a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, pelo prazo de até 02 (dois) anos, ou a pena de declaração de inidoneidade para licitar com a Prefeitura Municipal de Petrópolis; PARÁGRAFO SEGUNDO: A aplicação da multa prevista nesta cláusula não exime a Contratada de responder, perante a Municipalidade, por perdas e danos a esta causados, por ação ou omissão daquela, observando o que dispõem os Arts. 402 a 405 do Código Civil Brasileiro.  
(grifou-se)

Os questionamentos são os seguintes (grifos do original):

**“5.1.1 Tendo vista tratar-se de serviço continuado, a aplicação da multa de 20% (que já consideramos elevada) não deveria ser sobre a parcela do serviço do qual se alega inadimplemento?”**

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

### 5.1.2 Qual é o limite para aplicação da multa de 1% em caso de mora?"

As disposições questionadas pela impugnante instituem duas espécies diversas de multa, de distintas naturezas jurídicas, a saber:

- (i). cláusula penal compensatória (art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/1993): 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado do contrato, isto é, do valor em vigor<sup>1</sup> à data da aplicação da sanção;
- (ii). cláusula penal moratória (art. 86, *caput*, da Lei nº 8.666/1993): 1% (um por cento) ao mês, *pro rata-dia*, sobre o valor total do contrato.

Registre-se que “a cláusula penal é meio de coerção do contratado mediante aplicação de sanções previstas no contrato e em lei, em caso de inadimplência do prestador de serviço, (...)”<sup>2</sup>; consiste em estipulação, que pode ser pactuada simultaneamente à obrigação (ou seja, estar prevista no mesmo instrumento contratual), de uma penalidade ou de uma indenização, cuja natureza jurídica específica dependerá de sua causa:

- (i). natureza compensatória: tem como raiz o inadimplemento apto a gerar, por si e nos termos contratuais, a rescisão do próprio contrato (ainda que parcial);
- (ii). natureza moratória: tem como fundamento o atraso no adimplemento, que, se reiterado e acumulado, pode gerar a rescisão.

É fundamental anotar-se que, revendo posição anteriormente adotada, o Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão 4069/2020 – Plenário, julgado em 08/12/2020, adotou recentemente novo entendimento sobre a matéria, no sentido de que o limite máximo das cláusulas penais aplicáveis aos contratos administrativos é aquele

<sup>1</sup> Conforme **Cláusula Décima Quinta, Parágrafo Primeiro**, da minuta contratual: “O contrato será reajustado a cada 12 (doze) meses, aplicável a todas as parcelas não adimplidas do ajuste, em conformidade com o índice do Boletim Mensal de Custos publicado pela EMOP, ou outro índice equivalente, desde a data prevista para apresentação da proposta, até a data do adimplemento de cada parcela”.

<sup>2</sup> TCU, Acórdão 158/2015 – Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, data da sessão: 04/02/2015.

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

previsto no art. 412 do Código Civil (CC)<sup>3</sup>, por força da aplicação subsidiária autorizada pelo art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/1993<sup>4</sup>.

Assim, o limite absoluto das multas, tanto por descumprimento contratual capaz de levar à rescisão (compensatória) como pelo atraso no adimplemento (moratória), é o valor da própria contratação, ou seja, o preço atualizado.

Confira-se os seguintes trechos do inteiro teor do julgado, extremamente elucidativos:

*“4. Como historiado a seguir, a jurisprudência desta Corte de Contas, embora já tenha utilizado os referenciais do Código de Defesa do Consumidor para a fixação do percentual de multa nos contratos administrativos, se consolidou no sentido de que às multas moratórias deve ser aplicado o limite de 10% previsto no art. 9º do Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura): (...)*

*5. Da leitura dos precedentes, verifica-se que o Tribunal pretendeu, com as manifestações proferidas, evitar a aplicação ao contratado de um ônus desproporcional e desarrazoado que pudesse frustrar a competitividade dos certames. A fundamentação nos julgados mais recentes para tanto foi a replicação da jurisprudência precedente e dominante, que remonta ao ano de 2004.*

*(...)*

*7. Verifica-se que, já naquela oportunidade, a Lei de Usura foi usada como referência no intuito de demonstrar, no caso concreto, que os percentuais de multa estipulados no contrato e no edital eram elevados e poderiam vir a afastar potenciais interessados no certame. A indicação do percentual veio, ainda, acompanhada de ressalva quanto à falta de consenso, àquela altura, de sua aplicação a contratos administrativos nesta Corte de Contas e na doutrina.*

*8. Mais recentemente, nada obstante os julgados mencionados, o corpo técnico da Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito do Parecer 00008/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 6/11/2020, lançou nova luz à questão, produzindo argumentos jurídicos no sentido de que o limite máximo da multa contratual moratória ou compensatória nos contratos administrativos deve ser o valor da obrigação contratual principal, com base no art. 412 do Código Civil, aplicável aos contratos administrativos por força do art. 54, caput, da Lei n. 8.666, de 1993, não se prestando à*

<sup>3</sup> “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

<sup>4</sup> “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

*espécie (contratos administrativos) a aplicação dos limites impostos pela Lei de Usura.*

*9. Buscando a uniformização de entendimento no âmbito do órgão no que tange ao percentual máximo da multa moratória aplicável aos contratos administrativos, a AGU considerou indevida, com fundamento nos argumentos transcritos a seguir, tanto a aplicação dos limites impostos pela Lei de Usura, quanto o previsto na Lei 9.430/1996: (...)*

*9. Evidencia-se, pela coerência dos argumentos expostos e diante da ressalva original constante do relatório que embasou o Acórdão 145/2004-TCU-Plenário, adotado como referência para os demais julgados que seguiram linha semelhante, a possibilidade de evolução da jurisprudência do Tribunal no que tange à reavaliação da adoção da Lei de Usura como critério apto a nortear o percentual máximo da multa moratória aplicável aos contratos administrativos*.<sup>5</sup>

(grifou-se)

O novo entendimento foi inequivocamente reiterado no recentíssimo **Acórdão 715/2021 – Plenário, julgado em 31/03/2021**<sup>6</sup>, cujos enunciado e inteiro teor (trechos), respectivamente, se transcrevem a seguir:

*É lícita a fixação de multa no valor de 20% sobre a parcela inadimplida do contrato. O limite de 10% para a cláusula penal previsto no art. 9º do Decreto 22.626/1933 (Lei da Usura) não é aplicável aos contratos administrativos, e sim o estabelecido no art. 412 do Código Civil - aplicado supletivamente às contratações públicas por força do art. 54, caput, da Lei 8.666/1993 -, segundo o qual o limite para a estipulação da penalidade é o valor da obrigação principal. (grifou-se)*

*“6. No que toca ao mérito, não restou configurada a alegada abusividade da multa prevista de 20% sobre a parcela inadimplida em caso de inadimplemento parcial ou total.*

*7. Consoante destacado pela Selog, no Acórdão 4069/2020-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes, o Colegiado se debruçou sobre questão semelhante e não considerou abusiva a estipulação de multa por inadimplência no patamar de 15%.*

*8. Naquela ocasião, o Plenário acolheu manifestação do titular da Selog no sentido de que o limite de 10% previsto no art. 9º da Lei da Usura (Decreto 22.626/1933) para a cláusula penal não seria aplicável aos contratos administrativos.*

*9. Correto o entendimento esposado, pois a Lei da Usura normatiza os contratos de mútuo.*

<sup>5</sup> TCU, Acórdão 4069/2020 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, data da sessão 08/12/2020.

<sup>6</sup> TCU, Acórdão 715/2021 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, sessão de 31/03/2021.

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

10. Para os contratos administrativos, os quais diferem dos contratos de mútuo, o limite para estipulação da cláusula penal (multa) é o valor da obrigação principal, conforme consta do art. 412 do Código Civil: (...)

11. Vale lembrar que a norma do art. 412 do Código Civil incide nos contratos administrativos por força do art. 54, caput, da Lei 8.666/1993: (...)

12. Posto isso, verifico que a estipulação de multa por inadimplência em patamar superior a 10% sobre a parcela inadimplida não é desarrazoada e encontra guarida no art. 412 do Código Civil, aplicado supletivamente aos contratos administrativos por força do art. 54, caput, da Lei 8.666/1993.

13. Improcedente, portanto, a representação nesta parte”.  
(grifou-se)

Não se alegue que, no aresto, a hipótese concreta envolvia multa de 20% (vinte por cento) sobre a parcela inadimplida, como aventa ser o correto, aqui, a ora impugnante. Apenas se considerou que *aquela fixação não era abusiva* (Acórdão 715/2021), *como também não o fora a fixação de multa em 15% (quinze por cento) do valor total*, analisada no caso paradigmático expressamente mencionado (Acórdão 4069/2020).

Perceba-se que o entendimento firmado não diz respeito a percentuais, em si, ou a bases de cálculo sobre as quais deva incidir o percentual. O que o precedente firmou, em interpretação sistemática e teleológica do art. 54 da Lei de Licitações, foi a **aplicabilidade do limite previsto em lei que trate das relações contratuais privadas em geral, em detrimento de eventuais previsões contidas em leis voltadas a contratos específicos** (como, por exemplo, a chamada “lei da usura”, que versa sobre contratos de mútuo). **Tal lei é o Código Civil; o dispositivo específico é o seu art. 412.**

Diante do precedente acima abordado, tem-se que **a estipulação de multa compensatória no patamar de 20% (vinte por cento) do valor total do contrato** (e não, especificamente, do valor da parcela inadimplida) **não se mostra abusiva em si mesma, prima facie, em abstrato, de maneira que justifique o acolhimento da impugnação, no ponto, e a alteração do edital e da minuta de contrato.** Isso porque o **limite absoluto de valor de cláusula penal, resultado da soma das multas compensatória e moratória, é igual a 100% (cem por cento) do valor total do contrato.**

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Obviamente, concretamente e já no âmbito da relação contratual, poderá restar configurado o excesso, em razão de se ter atingido aquele teto; seja pela incidência de apenas uma das espécies, seja pela de ambas, combinadas. Contudo, trata-se de demonstração que caberá à eventual contratada.

Por fim, no que toca ao limite especificamente temporal de aplicação da multa moratória, deve-se destacar que o edital e a minuta do contrato não preveem, de fato, uma linha de corte a partir da qual o atraso no adimplemento, a par de ocasionar a eclosão da multa específica, ocasiona também a rescisão unilateral.

Previsão nesse sentido é salutar, haja vista eliminar, previamente, (i) a necessidade de demonstrar-se que o atraso tornou a prestação a tal ponto inviável que se deva ter o contrato por rompido, bem como (ii) o risco de litigância sobre o tópico. Porém, a ausência não acarreta qualquer nulidade, ficando aqui o registro como recomendação de aprimoramento para o futuro.

Destarte, também concretamente e já no âmbito da relação contratual, caberá à Administração Pública realizar a demonstração acima aludida, de modo a fundamentar a resolução unilateral. Nesse sentido, por todos, traz-se à baila os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO, *in verbis*:

*“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, incs. 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 incidência da multa moratória e para rescisão por inadimplemento, caberá à Administração demonstrar que a demora tornou inútil a prestação”<sup>7</sup>. (grifou-se)*

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1007.

Thiago Santos Duarte  
União Adv. SADRH  
11/05/2025

ASSESSORIA JURÍDICA	 <b>SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS</b>	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

Assim, respondendo-se objetivamente aos itens ora sob análise:

**5.1.1:** Não há obrigatoriedade em prever-se que a multa compensatória tenha como base de cálculo a parcela inadimplida do serviço, de modo que não há abusividade em prever-se que incida sobre o total do contrato (preço integral do serviço); tal escolha, da maneira como se apresenta no caso concreto, não desbordou do âmbito da legítima discricionariedade da Administração Pública, sendo irrelevante, para o caso, estar-se diante de relação jurídica de trato sucessivo (prestação continuada).

**5.1.2:** Quanto ao aspecto quantitativo, o valor total da multa de mora, somado ao valor da multa compensatória, quando aplicadas em concreto, não poderá ultrapassar o valor total vigente do próprio contrato; quanto ao aspecto temporal, a multa de mora deverá incidir até que, pelo atraso, a própria prestação do serviço se torne inútil ou inócua, o que deverá ser objeto de demonstração pela Administração Pública.

**II.3.3 – DA IMPUGNAÇÃO AO ITEM 10.3 DO EDITAL E À CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA DA MINUTA CONTRATUAL ANEXA**

O item 6 da impugnação aponta contradição entre o item 10.3 do edital, que trata de garantias contratuais a serem prestadas pelo licitante vencedor, e a Cláusula Vigésima Quinta da minuta de contrato. Aduz a impugnante que, enquanto o item 10.3 estipula que a garantia poderá ser prestada sob qualquer das formas previstas no art. 56, §1º, incisos I, II e III da Lei nº 8.666/1993, a apontada cláusula contratual determinaria, desde logo, que tal garantia se desse sob a forma de caução.

Buscando fundamento no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sustenta a impugnante que a previsão do edital deverá se sobrepor à da minuta

Thiago Sanches Duarte  
 Assessor Jurídico - SADRH  
 7556-5

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

contratual, de modo que a Cláusula Vigésima Quinta desse último haveria de ser corrigida, de modo a se compatibilizar com o supracitado item 10.3.

Primeiramente, transcreve-se as disposições em debate, para mais rápida visualização:

10.3 - O licitante vencedor, **por ocasião da contratação dos serviços, prestará garantia integral para o cumprimento das obrigações contratuais em valor equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato. Tal garantia poderá ser prestada sob quaisquer formas estabelecidas no artigo 56, § 1º, I e III da Lei nº 8.666/93, exceto títulos da dívida pública.** A garantia se estenderá até 30 (trinta) dias após a execução do contrato. No caso de ocorrer termos aditivos, a garantia deverá ser renovada cobrindo o valor e o prazo aditados.

CLÁUSULA VIGÉSIMA-QUINTA: A Contratada **presta caução em ....., no valor de 5% (cinco por cento) sobre o valor global do contrato, como garantia de conclusão da obra,** que será devolvida em até 30 (trinta) dias após a expedição do Termo de Aceitação Definitiva dos Serviços que atestará o integral cumprimento das obrigações assumidas pela Contratada, com cobertura para todo o período contratual. No caso de ocorrer termos aditivos, a garantia deverá ser renovada cobrindo todo o prazo contratual.  
(grifou-se)

Com parcial razão o impugnante, diante da **divergência estampada entre as disposições,** que tratam da mesma matéria. **Recomenda-se, assim, que sejam retificadas,** de modo que passem a exibir o mesmo conteúdo substancial, isto é, que **prevejam a(s) mesma(s) espécie(s) de garantias a ser(em) exigidas) do licitante vencedor, ficando eliminada a divergência.**

O grau de abertura ou de restrição do leque de garantias possíveis de apresentação é questão atinente à *discricionariedade motivada* da Administração Pública. “Motivada” porque, como constitui um encargo econômico-financeiro para o particular, a exigência de garantia pode se revelar, no caso concreto, instrumento (ainda que não

ASSESSORIA JURÍDICA	 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E RECURSOS HUMANOS	Processo nº 11839/2021 Fls.
---------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------

intencional) de restrição da competitividade, além de danoso à economicidade. Afinal, os licitantes deverão de considerar tal encargo na formulação de suas propostas<sup>8</sup>.

Portanto, a definição da garantia específica, com a previsão de uma ou mais espécies, deverá ser dotada de proporcionalidade, sobretudo no que toca ao quesito da “necessidade”, **devendo-se optar pela exigência menos gravosa possível para o particular, mas que, ainda assim, plenamente cumpra o papel de resguardo da Administração Pública dos riscos envolvidos.**

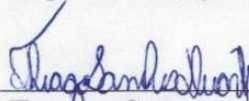
### III – DA CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto acima, opina-se pelo conhecimento e, no que toca às matérias analisadas, na forma da fundamentação:

- (I). pelo desprovemento da impugnação referente ao Memorando nº 93548/2021 ;
- (II). parcial provimento da impugnação referente ao Memorando nº 93549/2021 apenas no que toca à contradição entre o item 10.3 do edital e à Cláusula Vigésima Quinta da minuta contratual anexa (vide item II.3.3 do presente).

À SAD/DELCA/DILIC.

Petrópolis, 10 de junho de 2021.



THIAGO SANCHES DUARTE  
ASSESSOR JURÍDICO-CHEFE  
(EM EXERCÍCIO)  
MATRÍCULA Nº 23.756-6

<sup>8</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 824.