



PROCESSO N.: 837374

NATUREZA: Consulta

CONSULENTE: Efrain Lemos de Abreu (Prefeito Municipal de Baependi)

PROCEDÊNCIA: Município de Baependi

RETORNO DE VISTA

Trata-se de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Baependi, na qual questiona se é viciado o contrato administrativo que estabeleça cláusula penal somente em favor da Administração.

A Auditoria apresentou parecer, nos termos do art. 213, I, da Resolução n. 12/2008, constante de fls. 05/11.

Na sessão do dia 27/04/2011 (fls. 20/29), a consulta, em sede de preliminar, foi conhecida. No mérito, o Relator apresentou seu parecer no sentido de que “mostra-se descabida, a menos em princípio, a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais”, contudo, não haveria, a priori, “vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal (multa) somente em favor da Administração Pública”.

Votaram no mesmo sentido os Conselheiros Sebastião Helvécio, Cláudio Terrão e o Conselheiro Substituto Edson Arger. O Conselheiro Eduardo Carone abriu divergência, asseverando que deve ser reconhecida a possibilidade de o contratado comprovar os prejuízos sofridos pelo inadimplemento ou rescisão contratual pela

mba



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Presidência

Administração Pública, situação que resultaria no dever desta última de indenizar aquele, sobrevindo o pedido de vista desta Presidência.

É o sucinto relatório.

À Secretaria do Pleno.

Incluir em pauta.

Tribunal de Contas, em 12 de agosto de 2011.

**Conselheiro Antônio Carlos Andrada
Presidente**

PROCESSO N.: 837374

NATUREZA: Consulta

CONSULENTE: Efrain Lemos de Abreu (Prefeito Municipal de Baependi)

PROCEDÊNCIA: Município de Baependi

FUNDAMENTAÇÃO

Para o deslinde da questão, necessário fazer, de início, referência aos arts. 409 a 411 do Código Civil, que delineiam os principais elementos da cláusula penal:

“Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

A cláusula penal, portanto, se caracteriza pelo caráter preestimativo dos prejuízos que podem advir de eventual inexecução ou mora no cumprimento da obrigação pactuada.

Do texto legal, é possível extrair duas modalidades de cláusula penal – a compensatória, prevista no art. 410, e a moratória, definida pelo art. 411. A primeira, aplicável ao caso de inadimplemento completo, abre ao credor a possibilidade de executar a obrigação ou a pena convencional. A última, por sua vez, incide na hipótese de atraso do devedor no cumprimento da prestação que lhe cabe, fazendo surgir para o credor o direito à percepção da pena moratória, além do adimplemento da obrigação (que não se extingue).

mba

À vista de tal classificação, verifica-se que a presente consulta versa sobre o estabelecimento de pena convencional *moratória*, uma vez que faz expressa alusão à multa como sinônimo de cláusula penal, remetendo à ideia de acréscimo pecuniário pelo descumprimento do pacto, sem prejuízo do integral cumprimento da obrigação, sendo essa acumulação admitida somente na modalidade do art. 411 retrocitado.

Resta agora avaliar a possibilidade de estabelecimento em contrato administrativo de cláusula penal moratória apenas em favor da Administração Pública.

De início, cumpre ressaltar que o particular contratado não poderia ser beneficiário de cláusula penal em contrato administrativo, em virtude da incompatibilidade com o regime jurídico administrativo, que sobreleva a supremacia do interesse público e a indisponibilidade da coisa pública.

Isso porque o estabelecimento de cláusula penal moratória implica na fixação prévia do valor a ser pago em caso de atraso no cumprimento da obrigação, independentemente da comprovação de efetivo prejuízo experimentado pelo contratado, conforme preleciona o art. 416, *caput*, do Código Civil¹.

Nesse sentido é a preciosa lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“O efeito fundamental da pena convencional, e que pode ser assinalado como determinação *cardeal*, é a sua exigibilidade *pleno iure* (Código Civil de 2002, art. 408), no sentido de que independe da indagação se o credor foi ou não prejudicado pela inexecução do obrigado (Código Civil de 2002, art. 416). Daí autorizar a boa hermenêutica do princípio a declaração de que o credor não está obrigado a alegar e provar o prejuízo que do inadimplemento lhe resulte. O que tem a demonstrar, e isto é o pressuposto da pena convencional, é a ocorrência da inexecução, pois que a vontade das partes, neste passo soberana, não pode ser violentada, bastando assim que hajam estatuído uma técnica de libertar-se dos riscos e das delongas de uma apuração de danos”².

¹ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 151.

Imperioso salientar que em tema de contratos administrativos não incide a figura da autonomia da vontade na elaboração das cláusulas contratuais, tão característica dos contratos privados, tendo em vista que, nessa seara, o administrador deve atuar dentro dos estritos limites delineados pelas normas.

Assim, na hipótese de o descumprimento de cláusula contratual pelo ente público, mesmo que inexistente prejuízo para o particular, estaria a Administração obrigada ao pagamento de pena convencionada, o que visivelmente contraria a indisponibilidade dos bens e do interesse público primário, que tem reflexo no regime jurídico adotado nos contratos administrativos.

Em consonância com tais princípios administrativos, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 78, §2º, expressamente determina que, nos casos de rescisão do contrato sem culpa do contratado, seja ele ressarcido dos prejuízos *regularmente comprovados* que houver sofrido. Vislumbra-se, pois, que a lei destinada a regular especificamente os contratos administrativos exige, para fins de indenização pelo poder público, a efetiva comprovação da lesão sofrida pelo particular, não se admitindo presunções ou convenções.

Além disso, os atrasos de pagamento pela Administração Pública não se submetem às regras de direito privado, uma vez que o art. 78, XV, da mesma Lei n. 8.666/93 afasta, nesse caso, a exceção do contrato não cumprido, segundo a qual uma das partes do contrato, sem antes cumprir sua própria obrigação, não pode exigir que a outra cumpra a sua prestação.

De modo a preservar a continuidade do serviço público nas situações de inadimplência do ente público por prazo superior a 90 dias, a legislação somente permite que o particular requeira a rescisão ou suspensão do contrato, não lhe restando opção diversa, como a imposição de multa.

Nesse cenário, havendo normas especiais destinadas a regular a contratação quando a Administração dela for sujeito, atuando no exercício do seu poder de império, não há que se falar, no caso em tela, em aplicação supletiva dos

princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, conforme permitido pelo art. 54, *caput*, da Lei de Licitações.

Tal entendimento é, inclusive, abonado pelo teor do Enunciado n. 205 do Tribunal de Contas da União, que assim dispõe:

“É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão”.

Sendo inadmissível a fixação de cláusula penal moratória em desfavor da Administração no caso de rescisão, é possível concluir, em uma interpretação sistemática, que inadmissível também será em todos os outros casos de fixação de multa apriorística, por implicar criação de obrigação de indenizar sem a demonstração da existência de prejuízos.

Destaque-se, por derradeiro, que deixo de acompanhar a divergência aberta pelo Conselheiro Eduardo Carone, por entender que a vedação de cláusula penal moratória em favor do contratado impossibilita a fixação de multa *a priori*, **não atingindo, pois, o direito à indenização a que faz jus o particular, em caso de comprovação efetiva dos prejuízos sofridos.**

De outro lado, é de se observar que a impossibilidade de a cláusula penal beneficiar o contratado não implica a vedação da referida convenção em favor da Administração Pública, considerando que, neste ponto, há congruência com o regime jurídico-administrativo e com as normas de direito público.

Nesse sentido, o art. 86 da Lei de Licitações admite expressamente a fixação de multa em virtude do atraso na execução do contrato, desde que haja previsão no instrumento convocatório ou contratual, senão vejamos:

“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” (grifos aditados).

Acerca da possibilidade de fixação de multa pela mora no adimplemento do serviço contratado, já se manifestou favoravelmente o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 330677/RS, *in verbis*:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.
2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.
4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).
5. Princípio da Razoabilidade.
6. Recurso improvido”³.

Por fim, cumpre sublinhar que a instituição da cláusula penal moratória em favor da Administração assegura, em maior escala, o atendimento do interesse público primário, uma vez que, com ela, estabelece-se mais uma garantia de que as cláusulas do contrato administrativo serão cumpridas da forma convencionada.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, acompanho o voto do Conselheiro Relator, no sentido de responder ao Consulente que se mostra descabida a inclusão de cláusula que

³ Superior Tribunal de Justiça – REsp n. 330667/RS – Primeira Turma – Rel. Min. José Delgado – DJ 02/10/2001 – grifos aditados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Presidência

preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais, além de inexistir, a priori, vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal (multa) somente em favor da Administração Pública

É o meu parecer, que submeto à consideração dos Srs. Conselheiros.

Tribunal de Contas, em 24 de agosto de 2011.

Conselheiro Antônio Carlos Andrada
Relator