



DPE PR
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO PARANÁ

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ
CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA



Protocolo nº 16.795.503-7

Conselheira: Thaísa Oliveira

Assunto: APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE: ORDEM DE FORNECIMENTO 001/2020 –
ASSENTOS SANITÁRIOS

Exmas. Conselheiras, Exmos. Conselheiros,

Trata-se de procedimento instaurado para apuração do descumprimento do contrato nº 001/2020 decorrente da Ata de Registro de Preços nº 003/2019 e do Pregão Eletrônico nº 02/2020 firmado com JM Comércio e Prestação de Serviços LTDA para a aquisição de 150 (cento e cinquenta) unidades de assento sanitário.

Às fls. 102/103, tendo verificado indícios de descumprimento contratual, a Coordenadoria-Geral de Administração salientou haver previsão legal para a aplicação de eventuais sanções em casos de não entrega do objeto contratado no prazo estipulado, conforme dispõe o art. 7º da Lei 10.520/20201. Assim, encaminhou os autos para instauração de processo visando à aplicação de sanção administrativa.

Nesse sentido, às fls. 122-125, a Defensoria Pública-Geral determinou a instauração de procedimento administrativo específico, encaminhando os autos à Coordenadoria Jurídica para realização dos trabalhos da Comissão Especial, conforme estabelecido no art. 5º da Deliberação CSDP nº 011/2015.

Em seguida, a empresa foi notificada pela Comissão Especial para apresentar defesa, o que foi feito logo após. (fls. 128/143)

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

Rua José Bonifácio, 66, Térreo - Centro - Curitiba – Paraná - CEP 80020-130



Depois, no Relatório Final n.º 13/2021, a Comissão Especial reconheceu o descumprimento contratual e entendeu pela possibilidade de aplicação de sanção de multa, solicitando, na mesma oportunidade, a abertura para manifestação final da empresa requerida. (fls. 149/160)

Em alegações finais, às fls. 163-171, a empresa rebateu o trazido pela comissão especial, reiterando seus argumentos de defesa prévia.

Após, o procedimento foi enviado à Defensoria Pública-Geral para decisão e entendeu-se que houve descumprimento contratual. Houve aplicação de multa à empresa JM Comércio e Prestação de Serviços LTDA, no valor de 1% (um por cento), por dia útil de atraso, conforme o valor da Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico n.º 003/2020, em razão do atraso na entrega, nos termos do 1º, II, da Deliberação CSDP n.º 11/2015. (mov.24, fls. 360-271)

Interposto recurso (fls. 378-389), a contratada, em síntese, argumenta em suas razões recursais:

I) que não houve o inadimplemento consubstanciado em negligência ou desídia de sua parte, já que a causa do descumprimento do contrato se deu por fato excepcional ou imprevisível, qual seja, a pandemia da COVID-19 e seus reflexos na economia do país e na logística de insumos, fato esse que ocasionou o atraso na entrega dos produtos por parte da fabricante. Além disso, assevera que, em um segundo momento, o atraso ocasionou-se por conta do não recebimento do produto por parte da Defensoria que o rejeitou por ser a sua cor diferente da prevista no edital. Desse modo, concluiu que não pode ser penalizada, com fundamento no artigo 408 do Código Civil e no artigo 57, parágrafo 1º, II, da lei 8.666/1993;

II) que “a própria Defensoria informou que não acarretou nenhum dano à administração o atraso na entrega dos assentos, visto que, por se encontrarem em regime de trabalho Home Office, os sanitários das dependências sequer estavam sendo utilizados” e que, portanto, não pode ser penalizada;

III) que a penalidade de multa viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade sendo o mais adequado no caso, se considerada culpada pelo descumprimento do contrato, a aplicação da pena de advertência.

Por fim, à fl. 391, a Defensoria Pública-Geral manteve a sua decisão e encaminhou ao Conselho Superior para apreciação, pelos termos do artigo 17, §2º, da Deliberação CSDP n.º 011/2015.

É o sucinto relatório.

FUNDAMENTOS

PRELIMINARES

Trata-se de parte legítima, com interesse de recorrer e que o fez tempestivamente.

MÉRITO

a) DA NÃO OCORRÊNCIA DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Entendo ser acertada a manifestação da Comissão Especial (fls.152-156) e a decisão da Defensoria Pública-Geral quanto à não aplicação da Teoria da Imprevisão ao caso para justificar o inadimplemento contratual por parte da interessada.

A aplicação dessa teoria só terá lugar diante da caracterização do que se convencionou chamar de “álea econômica extraordinária”, que, segundo Di Pietro, é “todo acontecimento externo

ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”¹.

Oportuno registrar que a expressão “álea” representa os riscos que o particular enfrenta por ocasião de suas contratações com o Poder Público.

Ainda na doutrina, Hely Lopes Meirelles bem retratada a função da teoria da imprevisão:

“A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisos e imprevisíveis, pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando um ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra”.

Nesse sentido, é pacífico que para a aplicação da referida teoria é necessária a presença cumulativa dos seguintes requisitos: 1) Fato imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; 2) estranho à vontade das partes; 3) inevitável; 4) que causa o desequilíbrio muito grande no contrato.

No caso em apreço, não verifico o pressuposto central, qual seja, a imprevisibilidade fato. Isso porque, como bem apontado no relatório da Comissão e na Decisão da Defensoria-Geral, na data da assinatura do contrato, a pandemia da COVID-19 e as medidas de segurança adotadas pelos governos Estaduais e pelo Federal **já eram notórias**.

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.



Percebe-se, pois, que a aplicação dessa teoria só se justifica em razão de acontecimentos posteriores à celebração do contrato, que não poderiam ter sido previstos pelas partes e que tornem impossível ou dificultem ao extremo a sua execução nos termos inicialmente previstos.

Se o fato for previsível, conhecido e de consequências calculáveis – como é no presente caso -, ele é suportável pelo contratado, constituindo a chamada “álea econômica ordinária”. Assim, essa álea representa os riscos e prejuízos assumidos pela contratada, razão pela qual sua caracterização não gera a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão.

Veja-se que no momento que a interessada assumiu a obrigação contratual, já era possível prever atrasos na entrega dos produtos/insumos por parte dos fornecedores/fabricantes devido a todo o caos instituído pela doença que abalou o mundo. Dessa forma, assumiu os riscos de eventual descumprimento contratual e não pode agora fugir de suas consequências.

De igual sorte, a justificativa do atraso por conta do não recebimento do produto pela Defensoria não merece guarida, haja vista que, de acordo com princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 62, § 1º, da Lei n. 8.666/1993), a administração não é obrigada a aceitar produtos diversos daqueles especificados no edital. Assim, a Defensoria, de pleno direito, recusou o produto entregue, uma vez que sua cor era cinza e não branca como prevista no instrumento.

Portanto, afastada a aplicação da teoria da imprevisão e caracterizado o inadimplemento contratual, já que o objeto do contrato foi entregue muito além da data pactuada (22/05/2020), a interessada deve se submeter a todas as sanções legais e convencionais decorrentes dele.

b) DA AUSÊNCIA DE DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Argumenta a interessada que a própria Defensoria Pública afirmou que o atraso na entrega dos produtos objeto do contrato não causou dano e que por isso não deveria ser penalizada.

Nesse ponto, é importante frisar que a responsabilidade por perdas e danos não se confunde com os efeitos da mora.



Na primeira hipótese, caso o descumprimento contratual tivesse gerado algum prejuízo para a Defensoria (o que não ocorreu segundo a manifestação da administração nas fls. 145-146), além da multa contratual, a interessada responderia pelos prejuízos a que sua mora desse causa, nos termos do artigo 389, 395 e 402 do Código Civil.

O que se discute nos autos, é um dos efeitos da mora, isto é, a aplicação da cláusula penal moratória ou multa contratual pelo inadimplemento relativo à obrigação.

Logo, ausência de dano à Defensoria Pública não tem o condão de afastar as consequências da mora, já que são institutos distintos.

c) DO PEDIDO DE CONVERSÃO DA PENALIDADE MULTA EM ADVERTÊNCIA

A contrata pugna pela conversão da penalidade multa em advertência, pois, segundo ela, a multa viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sem razão.

Como já explanado na decisão da Defensoria Pública-Geral (fl. 367,368) a sanção de multa encontra fundamento com item 20.1 da Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico nº 003/2020², no artigo 152, IV, Lei Estadual nº 15.608/2007³ e no Art. 1º, II, da Deliberação CSDP nº 11/2015⁴.

² 20. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. 20.1. O descumprimento das obrigações assumidas na licitação ensejará na aplicação, garantido o contraditório e a ampla defesa à licitante, das sanções previstas na Lei Estadual nº 15.608/2007 e regulamentadas, no âmbito desta Defensoria, por meio da Deliberação CSDP nº 11/2015.

³ Art. 152. A multa será aplicada, dentre outros motivos, a quem: (Redação dada pela Lei 15884 de 22/07/2008) IV - descumprir obrigação contratual, inclusive por atraso injustificado na execução do contrato.

⁴ Art. 1º. O descumprimento das obrigações assumidas por ocasião de procedimento de licitação ensejará na aplicação, garantido o contraditório e a ampla defesa à licitante, das seguintes sanções, previstas no art. 150 da Lei Estadual nº 15.608/2007: II – Multa equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor total do contrato, por dia útil, limitada ao percentual máximo de 20% (vinte por cento), na hipótese de atraso no adimplemento de obrigação, tais como a assinatura do Termo de Contrato ou aceite do instrumento equivalente fora do prazo estabelecido, início e/ou conclusão do fornecimento fora do prazo previsto



É cediço que ao conjunto de prerrogativas conferidas à Administração Pública quando da celebração de contratos administrativos, por força do interesse público que representa, dá-se o nome de “cláusulas exorbitantes”. Por esse motivo, a Administração tem a possibilidade de aplicação de sanções, previstas em lei ou no instrumento, ao particular contratado, em razão do descumprimento de suas obrigações.

Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 dispõe de alguns dispositivos que autorizam a administração pública a aplicar sanções em caso de descumprimento contratual, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: IV — **aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.**

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, **respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.**

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.**

Art. 87. **Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;**

Assim, constatada a inexecução total ou parcial do contrato, a administração tem o poder dever de aplicar a sanção no estrito limite da lei, haja vista que representa interesse público. Ela não tem liberdade de escolha entre sancionar ou não, pois, tendo conhecimento do descumprimento pela contratada, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível.



No caso em comento, conforme já demonstrado aqui e em outras manifestações, a interessada não entregou o produto na data avençada, fato esse que caracteriza o atraso no adimplemento da obrigação e a sanção para esse descumprimento é a multa, consoante o art. 1º, II, da Deliberação CSDP nº 11/2015, não tendo espaço para escolha de outra modalidade de pena.

Isso assim é porque, de acordo com o princípio da legalidade, o administrador não tem liberdade para a escolha da modalidade da pena, restando a ele tão somente subsumir a previsão teórica e abstrata da lei para a situação concreta a ele apresentada.

Portanto, entendo correta a aplicação da penalidade de multa realizada pela Defensoria Pública- Geral, não sendo possível aplicar a penalidade de advertência, sob pena de violar o princípio da legalidade. Além disso, como se mostrará a seguir, a pena de multa aplicada não viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

c) DO PERCENTUAL DA MULTA APLICADA

A Defensoria Pública-Geral entendeu que, no caso, a multa deveria ser entre 0,5% (cinco décimos por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor total do contrato, de acordo com art. 1º, II, da Deliberação CSDP nº 11/2015, e determinou aplicação no valor de 1% (um por cento), por dia útil de atraso.

Respeitosamente, nesse ponto, entendo que a decisão merece ser reformada. Explico.

O comando do citado dispositivo não oferece patamar mínimo e máximo para definição do percentual da multa. Ele estabelece um percentual (0,5%) por dia útil e um limite máximo de multa, qual seja, 20% sobre o valor total do contrato. Senão vejamos:

Art. 1º. O descumprimento das obrigações assumidas por ocasião de procedimento de licitação ensejará na aplicação, garantido o contraditório e a ampla defesa à licitante, das seguintes sanções, previstas no art. 150 da Lei Estadual nº 15.608/2007:

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

Rua José Bonifácio, 66, Térreo - Centro - Curitiba - Paraná - CEP 80020-130



II – Multa equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor total do contrato, por dia útil, limitada ao percentual máximo de 20% (vinte por cento), na hipótese de atraso no adimplemento de obrigação, tais como a assinatura do Termo de Contrato ou aceite do instrumento equivalente fora do prazo estabelecido, início e/ou conclusão do fornecimento fora do prazo previsto.

Esse também foi o entendimento da Comissão Especial em seu relatório final. (fl.159)

Cabe ressaltar que à fl. 370 a Defensoria Pública-Geral consignou que a multa seria limitada ao valor máximo de 20% (vinte por cento) do valor total do contrato. Desse modo, o percentual aplicado de 1% (um por cento) ou 0,5 (cinco décimos por cento) levaria ao mesmo resultado prático no final.

Todavia, por precaução, e para afastar qualquer hipótese de ilegalidade, entendo ser pertinente que a aplicação da multa respeite estritamente o art. 1º, II, da Deliberação CSDP nº 11/2015, pois, entendo que a aplicação do dispositivo é um ato vinculado e não discricionário, ou seja, não há liberdade para um juízo de conveniência e oportunidade para alterar o percentual estabelecido.

Destarte, fica afastada qualquer alegação de violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, porquanto, como indicado pela Comissão, o valor da multa se limitará a quarenta dias - percentual máximo de 20% (vinte por cento).

Portanto, entendo que a multa aplicada à empresa JM Comércio e Prestação de Serviços LTDA deverá ser de **0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor total do contrato, por dia útil, limitada ao percentual máximo de 20% (vinte por cento)**, em razão do atraso na entrega dos produtos objeto do contrato nº 001/2020 decorrente da Ata de Registro de Preços nº 003/2019 e do Pregão Eletrônico nº 02/2020.



DPE PR
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO PARANÁ

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ
CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA



Ante o exposto, voto pelo conhecimento do presente recurso, pelo seu não provimento e pela reforma parcial da decisão da Defensoria Pública-Geral.

Com esses fundamentos, encaminho para apreciação das demais pessoas integrantes do Conselho Superior.

Curitiba, 07 de agosto de 2022.

Tháisa Oliveira
Conselheira Relatora

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

Rua José Bonifácio, 66, Térreo - Centro - Curitiba – Paraná - CEP 80020-130



ePROTOCOLO



Documento: **Votoempresaassentosanitarioass.pdf**.

Assinatura Qualificada Externa realizada por: **Thaiza Oliveira dos Santos** em 08/08/2022 22:40.

Inserido ao protocolo **16.795.503-7** por: **Thaiza Oliveira dos Santos** em: 08/08/2022 22:22.



Documento assinado nos termos do Art. 38 do Decreto Estadual nº 7304/2021.

A autenticidade deste documento pode ser validada no endereço:
<https://www.eprotocolo.pr.gov.br/spiweb/validarDocumento> com o código:
28e6d57fa0a2f2071206652d0d086447.