

LIMITAÇÃO DA MULTA CONTRATUAL ADMINISTRATIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO JUDICIAL EQUITATIVA

Victor Hugo Pavoni Vanelli

Especialista em Direito Processual Civil

Advogado da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini

1. Introdução

A Administração Pública, com o intuito de cumprir rigorosamente as regras que balizam a sua atuação (princípio de legalidade), por vezes acaba cometendo excessos, especialmente na seara do direito administrativo sancionador.

A aplicação de multas exorbitantes no âmbito das contratações pública é um exemplo disso, amplamente debatido pela doutrina e pela jurisprudência. Todavia, conforme será exposto adiante, o ordenamento jurídico dispõe de meios para evitar esses excessos, já que, em última análise, os excessos da Administração acabam por violar outras normas e direitos de extrema importância.

2. Legalidade no direito administrativo

Classicamente, o princípio da legalidade vincula o atuar da Administração Pública apenas àquilo que esteja expressamente autorizado em lei. Essa característica deu espaço ao formalismo e à objetividade do direito administrativo, segundo os quais os atos e contratos administrativos devem obedecer estritamente uma série de regras legais e regulamentares.

Ao se editar um contrato administrativo, por exemplo, além de o agente público inserir as cláusulas obrigatórias nos termos da lei (art. 55 da Lei 8.666/96), buscará atender as necessidades da Administração mediante a elaboração de cláusulas claras e diretas (objetivas), a fim de evitar dificuldades futuras por ocasião da gestão e da execução da avença, sem dar margem a discricionariedades.

Os termos do art. 54, § 1º, da Lei 8.666/93, definem com precisão essas características do direito administrativo: “Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam”.

Quanto a isso, é pertinente o alerta de MARÇAL JUSTEN FILHO: “É costumeiro afirmar que, no âmbito publicístico, tudo o que for autorizado por meio

de lei será reputado como obrigatório. Essa construção deve ser examinada com cautela” (Curso de direito administrativo, 13ª ed., São Paulo: RT, 2018, p. 119).

3. Contrato administrativo

3.1. Princípios e regras aplicáveis

O direito administrativo não é um sistema jurídico fechado e autônomo. Pelo contrário, está inserido em um ordenamento jurídico amplo e consistente. O direito administrativo não ignora (e nem poderia ignorar) outras regras jurídicas. Nesse contexto, aplicam-se ao contrato administrativo não apenas os princípios e regras próprios do direito administrativo, mas também os princípios gerais do direito e os princípios e regras gerais dos contratos (do direito civil).

Para o STJ, *“Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito”* (RMS 16.536/PE, trecho do voto do Rel. Ministro CELSO LIMONGI, 6ª Turma, j. 2.2.2010).

Não por outro motivo, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) prevê, em seu art. 54, que *“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”*.

3.2. Regime de penalidades do contrato administrativo

Esse mesmo raciocínio é aplicável às penalidades administrativas. Existe um setor específico do direito administrativo para cuidar do regime de penalidades: o direito administrativo sancionador. A natureza punitiva dessas regras atrai a incidência dos princípios e regras do direito penal (tipicidade, presunção de inocência, *ultima ratio*, *in dubio pro reo*, etc.).

Afinal, uma das funções do direito administrativo é limitar o poder do Estado (que, aliás, detém o monopólio da força) – especialmente o poder punitivo do Estado. MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que *“A legalidade significa a submissão dos poderes do Estado ao direito, exigindo autorização normativa para atuação estatal”* (Curso do direito administrativo, 13ª ed., São Paulo: RT, 2018, p. 19). Esclarece, ainda, que *“A universalidade da jurisdição assegura o controle de validade dos atos estatais”* (*Idem*).

4. Possibilidade de redução por equidade da multa administrativa

4.1. A multa administrativa

A multa administrativa está prevista nos arts. 86 e 87 da Lei 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. [...]

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

[...]

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;

Geralmente a multa é prevista de maneira objetiva no contrato administrativo, por meio de uma fórmula simples de cálculo envolvendo o valor da avença. Suponha-se, por exemplo, que um contrato administrativo estabeleça (a) uma multa moratória de 0,5% do valor total contratado ao dia e (b) uma multa por inexecução de 20% do valor contratado. Nessa hipótese, por meio da simples aplicação objetiva da regra, a penalidade pecuniária pode tomar proporções absurdas em razão de uma inexecução parcial e inexpressiva das obrigações do contratado.

4.2. Flexibilização dos princípios: técnica da ponderação

Como se sabe, os princípios são normas abstratas e gerais que “*acarretam a mútua interferência. Assim, alude-se ao fenômeno da colisão de princípios, o que conduz à necessidade de ponderação de todos os diversos aspectos normativos pertinentes*” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 13ª ed., São Paulo: RT, 2018, p. 52).

Portanto, especialmente no direito administrativo sancionador, a formalidade e a objetividade devem dar espaço aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, a mera previsão objetiva de percentuais ou fórmulas prontas num contrato administrativo, diante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não autoriza a imposição automática de multas estratosféricas.

4.3. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Conforme orientação do STJ, a imposição de sanções “*somente pode ser interpretada com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial,*

e a proporcionalidade” (REsp 914087/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJ. 29.10.2007).

Sobre isso, MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que:

Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. [...] Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside proporcionalidade. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.342-1.343)

Some-se a isso o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem os entes públicos têm o dever:

[...] de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida [...] não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei (Curso de direito administrativo, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111).

No mesmo sentido, tratando da atuação administrativa, o art. 22, § 2º, da LINDB, dispõe que *“Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”*.

4.4. Aplicação do art. 413 do Código Civil

Especificamente com relação à multa contratual, o art. 413 do Código Civil dispõe que *“A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”*. Embora esse dispositivo legal tenha sido concebido no âmbito das relações contratuais privadas, ele revela a preocupação inequívoca do legislador com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito contratual.

Tendo em conta essa essência da legislação, a despeito de aparentemente estar direcionada às relações contratuais privadas, trata-se na verdade de norma geral igualmente aplicável aos contratos administrativos.

A jurisprudência já decidiu sobre o assunto:

[...] Multa que se revela excessiva e deve ser estimada de acordo com o art. 413, do CC, analogicamente, excepcionalmente, ao contrato administrativo. Valor cujo abatimento fora determinado pelo decisum que não corresponde aos serviços relativos às bocas-de-lobo, cuja execução o laudo oficial comprovou que realizadas fora de critérios técnicos adequados. Silêncio, contudo, acerca de qual valor devido pelo refazimento a cargo do município, que deverá requerê-lo, mediante prova, por meio processual adequado, oportunamente. Recursos oficial e do requerido não providos, provido em parte o recurso da autora. (TJSP, AC/REEX 0000394-92.2010.8.26.0022, Rel. Des. OSWALDO LUIZ PALU, 9ª Câmara de Direito Público, j. 13.8.2014)

[...] Percentual de 30% que semostra exorbitante e importa em locupletamento ilícito da Administração. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). Aplicação do princípio da razoabilidade. Precedentes. Sentença de improcedência reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP, AC 1005314-34.2015.8.26.0114, Rel. Des. HELOÍSA MARTINS MIMESSI, 5ª Câmara de Direito Público, j. 30.5.2017)

[...] 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. (STJ, Resp 330677/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO. 1ª Turma, j. 2.10.2001)

O entendimento da jurisprudência não podia ser diferente. Tanto por incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sobre a situação concreta do exemplo mencionado acima quanto em razão do art. 54 do Lei 8.666/93, o art. 413 do Código Civil é plenamente aplicável aos contratos administrativos para fins de redução equitativa de multas abusivas ou incompatíveis com a falta do contratado.

4.5. Aplicação dos princípios do direito penal

A redução da multa por equidade também se justifica pela incidência dos princípios e regras gerais do direito penal ao direito administrativo sancionador. De acordo com a jurisprudência:

No ordenamento jurídico, em havendo dúvida objetiva, a presunção, de regra, recai contra a administração pública, a exemplo dos princípios *in dubio pro reo*, *in dubio contram fisco*, *in dubio pro societate*. Desse modo, em

havendo duas interpretações constitucionalmente possíveis, deverá prevalecer aquela que beneficia o particular. (TJBA, AC 136448-55.2006.8.05.0001, rel. Des. JOSÉ EDIVALDO ROCHA ROTONDANO, 5ª Câmara, j. 6.8.2013).

Assim, havendo a possibilidade de aplicar interpretação no sentido de reduzir ou mesmo anular/substituir a multa imposta no caso concreto, sem causar impunidade, deverá prevalecer essa interpretação, que é constitucionalmente possível e mais benéfica ao particular punido.

4.6. Vedação ao confisco

É também decorrência da limitação do poder do Estado o princípio da vedação ao confisco. SACHA CALMON DE NAVARRO COELHO ressalta que *“não podem as multas chegar ao confisco”* (Teoria e prática das multas tributárias, São Paulo: Forense, 1992, p. 64). Por isso, assevera que *“uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco”* (*Ibidem*, p. 67).

4.7. Vedação ao enriquecimento ilícito

Em decorrência da própria de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, o recebimento de valor exorbitante a esse título também pode acarretar enriquecimento sem causa da Administração Pública (em violação ao art. 884 do Código Civil).

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ensina que a vedação ao enriquecimento ilícito também é *“um princípio geral do nosso ordenamento jurídico e que, como tal, deve aplicar-se perante todos os sujeitos dele, independentemente de suas naturezas jurídicas”* (Curso de direito administrativo, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 680).

4.8. Interesse público

A pretexto de preservar o interesse público e aplicar rigorosamente os termos dos dispositivos sobre penalidades administrativas, a Administração pode acabar causando o efeito oposto. Afinal, interesse público nada mais é do que a busca constante pela garantia dos direitos fundamentais.

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, *“O regime de direito público consiste num conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direito vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais”* (Curso de direito administrativo, 13ª ed., São Paulo: RT, 2018, p. 57). Ou seja, *“O interesse público não consiste no ‘interesse do aparato estatal’. O Estado, como sujeito de direito, pode ter interesses de modo semelhante ao que*

ocorre com qualquer sujeito privado, que age segundo uma lógica de conveniência” (Ibidem, p. 64).

Como se viu nos tópicos anteriores, muitas administrativas exorbitantes têm o condão de violar diversos direitos fundamentais dos fornecedores privados contratados e punidos pela Administração.

5. Análise de caso concreto

Em ação anulatória recentemente julgada pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, autuada sob o nº 0004686-12.2017.8.16.0004, discutiu-se justamente um caso envolvendo multa abusiva aplicada por órgão estadual (contratante) em face de fornecedor privado (contratado) devido a inadimplemento contratual parcial do objeto contratado. Esse “inadimplemento parcial” não causou qualquer dano material à Administração e decorreu de interpretação de regra contratual dúbia em desfavor do particular.

Consoante constou da sentença: “não obstante a sanção pecuniária ser lícita, evidente que no presente caso o valor atribuído à multa é exorbitante e desproporcional, isso levando em consideração o valor total do contrato (R\$528.000,00), ou seja, a multa foi aplicada em valor superior a 140% do valor do próprio contrato (R\$753.984,00)”. A decisão também indicou que “embora não tenha sido instalada, inicialmente, a totalidade dos aparelhos novos, os aparelhos “seminovos” encontravam-se instalados e operando, sendo que não foi possível visualizar nos autos o efetivo prejuízo ao Órgão Ministerial”.

O Juízo entendeu que:

ainda que haja previsão no contrato entabulado estabelecendo o percentual da multa, o aplicador da sanção não está desobrigado de sopesar os elementos que circundam o caso concreto, ainda mais em se tratando de cominação de penalidade administrativa, onde é dever da autoridade observar os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, ambos extraídos do princípio do devido processo legal substancial.

Assim, reduziu-se a multa aplicada pela Administração ao contratado, de R\$ 753.984,00 para R\$ 22.000,00.

6. Conclusão

É necessário superar o engessamento da Administração Pública e a noção de que o direito administrativo é um direito a parte, desconectado da realidade e voltado a privilegiar um “interesse público” de conveniência que se presta apenas a satisfazer as necessidades particulares do órgão ou do gestor públicos. Por

vezes essa concepção é utilizada para cancelar abusos, com efeitos contrários aos princípios e regras constitucionais. Cabe ao Judiciário impedir essa prática.

Informação bibliográfica do texto:

VANELLI, Victor Hugo Pavoni. Limitação da multa contratual administrativa – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – possibilidade de redução judicial equitativa. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 142, dezembro de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].