



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PGF  
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CPLC

**PARECER n. 00002/2022/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**

**NUP: 59800.000900/2021-17**

**INTERESSADOS: DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO - SUDECO.**

**ASSUNTOS: PENALIDADES**

**EMENTA:** Processo Administrativo. Contratação Pública. Princípio da Razoabilidade. Princípio da Proporcionalidade. Incidência. Penalidades.

**RELATÓRIO**

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria da PGF,

1. Trata-se de processo encaminhado para a Câmara Permanente de Licitações e Contratos - CPLC para análise e manifestação a respeito da tese defendida no PARECER n. 00204/2021/PF-SUDECO/PGF/AGU, segundo a qual foi sustentada a possibilidade de redução do valor de multa objetivamente apurada, com base nas circunstâncias do caso e na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem que isso implique em violação ao princípio da vinculação ao edital e ao contrato.

2. Invocando as teses sustentadas nos Pareceres n. 00008/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU e no PARECER n. 00001/2021/ CNLCA /CGU/AGU (aprovado pelo DESPACHO n. 00072/2021/ DECOR /CGU/AGU), a PF-Sudeco solicitou ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal a "*manifestação quanto à juridicidade da tese de que **o exercício dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pela autoridade competente na aplicação de multa moratória podem acarretar penalidade pecuniária em valor abaixo daquele resultante da aplicação dos percentuais previstos no contrato administrativo, termo de referência ou instrumento convocatório** (...)*".

3. Diante da provocação, o processo foi encaminhado para manifestação desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos.

4. Em princípio, constata-se que a tese suscitada no parecer elaborado pela PF-Sudeco se refere a uma situação concreta e específica, o que estaria fora do escopo de análise por parte deste colegiado. Contudo, ante a constatação da possibilidade de um efeito multiplicador e da relevância jurídica da matéria, entende-se que a temática deve ser objeto de deliberação e manifestação, em tese, desta CPLC.

5. Feitas essas considerações, passa-se à análise da matéria.

**ANÁLISE JURÍDICA**

6. Inicialmente, é oportuno esclarecer que, diferentemente do alegado pela PF-Sudeco, o PARECER n. 00008/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU não guarda relação com a tese levantada. Isso porque o referido parecer analisa o limite do valor da multa moratória ou compensatória aplicada aos contratados no caso de inexecução contratual, diferentemente do parecer exarado pela PF-Sudeco, no qual é sustentada a tese da possibilidade de redução do valor de multa objetivamente apurada, com base nas circunstâncias do caso e na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem que isso implique em violação ao princípio da vinculação ao edital e ao contrato.

7. É importante frisar que o o PARECER n. 00008/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU chegou à seguinte conclusão:

a) o limite máximo da multa contratual moratória ou compensatória nos contratos administrativos é 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. Considera-se indevida, portanto, a aplicação dos limites impostos pela Lei de Usura ou pela Lei nº 9.430, de 1996, aos contratos administrativos.

8. Em outras palavras, entende-se que o valor da obrigação principal se afigura como teto para o valor imposto a título de multa, no caso de descumprimento contratual, razão pela qual se afasta a aplicação da Lei de Usura ou a Lei n.º 9.430/1996 aos contratos administrativos. Nesse caso, a aplicação da multa deve seguir os critérios estabelecidos no termo de referência, edital e/ou contrato.

9. Por sua vez, a tese defendida pela PF-Sudeco é sobre a possibilidade de redução do valor de multa objetivamente apurada, com base nas circunstâncias do caso e na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem que isso implique em violação ao princípio da vinculação ao edital e ao contrato.

10. Com efeito, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem orientar a definição dos critérios para aplicação das penalidades, no caso de inexecução contratual, tanto na fase de planejamento da licitação (artigos 40, III, 55, VII e XI, da Lei n. 8.66/1993 e artigos 25, 92, XIV, da Lei n. 14.133/2021), como durante o processo sancionador propriamente dito, ou seja, a aplicação *in concreto* da penalidade (art. 22, §2º, da LINDB).

11. São, portanto, dois momentos em que o gestor deve praticar e observar tais princípios: (i) *a priori*, quando da elaboração do termo de referência, edital e contrato, hipótese em que eleger as sanções cabíveis, as condutas a serem penalizadas e realiza a dosimetria das penas de maneira abstrata; e (ii) *a posteriori*, quando da efetiva aplicação de penalidades no caso concreto, em razão de inexecução do objeto ou descumprimento de um dever contratual, quando promove uma análise fática e concreta da situação.

12. Dispõem as Leis n. 8.666/93 e 14.133/2021, a respeito da fase de planejamento da licitação:

**Lei n. 8.666/1993**

Art. 40. **O edital conterá** no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

III - **sanções** para o caso de inadimplemento;

Art. 55. **São cláusulas necessárias em todo contrato** as que estabeleçam:

(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, **as penalidades cabíveis e os valores das multas**;

(...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

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**.

**Lei n. 14.133/2021**

Art. 25. **O edital deverá conter** o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e **às penalidades da licitação**, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

Art. 92. **São necessárias em todo contrato** cláusulas que estabeleçam:

(...)

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, **as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo**;

13. Segundo a doutrina de Bandeira de Mello<sup>[1]</sup>, a legalidade é o "*princípio basilar do regime jurídico-administrativo*", razão pela qual os atos praticados pela Administração Pública devem estar em conformidade com a lei e com o Direito, nos termos da Lei n. 9.784/1999<sup>[2]</sup>. Portanto, os critérios para dosimetria e aplicação de penalidades devem ser definidos no termo de referência, edital ou contrato, conforme determina a lei. Após isso, quando da efetiva apuração da inexecução contratual, cabe ao gestor aplicar a respectiva penalidade, observando-se as regras e balizas previamente definidas para gradação da resposta sancionadora estatal.

14. Ou seja, neste segundo momento, deverá o gestor observar *em concreto* os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da penalidade cabível, todavia, pautado pelas balizas pré-definidas no instrumento pertinente (Edital/Contrato/Termo de Referência ou Projeto Básico), e não de forma totalmente livre.

15. Ademais, a Administração Pública tem que observar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que, segundo Sara<sup>[3]</sup>, "*constitui desdobramento direto dos princípios da publicidade, igualdade, julgamento objetivo e, especialmente, da segurança jurídica*", razão por que "*uma vez publicado o edital, está a Administração vinculada aos seus termos, de modo que as regras do instrumento convocatório devem preservar a isonomia no tratamento dos licitantes (...)*". Acrescente-se, ainda, que o referido princípio "*também vincula o contrato a ser celebrado, pois integra o edital, constante no anexo do instrumento, a minuta do futuro contrato (...)*", conforme recorda Nohara<sup>[4]</sup>.

16. Vale recordar o disposto na Lei n. 8.666/1993:

**Lei n. 8.666/1993**

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

17. Nesses termos, em atenção aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica nas relações contratuais da Administração Pública com o particular, a atuação do gestor deve ser vinculada aos parâmetros previamente estabelecidos como necessários e suficientes à resposta sancionadora, no caso de eventual descumprimento das disposições do termo de referência, edital ou contrato.

18. Nesse contexto, admitir a utilização de critérios não previstos no termo de referência, edital e/ou contrato para o fim de aplicação de penalidades, implica, ao menos, dois problemas: (i) a possibilidade de subjetivismo na atuação administrativa sancionadora, que pode resultar na aplicação de sanções desconformes com a gravidade ou não dos fatos, uma vez que a autoridade competente estaria livre para decidir, dada a ausência de parâmetros para a sua atuação sancionadora; (ii) atuação em desconformidade com o princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que implica decisão administrativa sancionadora que inova quanto aos parâmetros utilizados para aplicação da respectiva penalidade.

19. Desse modo, a Administração tem a obrigação de estabelecer, ainda na fase interna do procedimento licitatório, as situações que implicam infrações administrativas contratuais, as respectivas penalidades e a gradação entre as sanções, considerando a repercussão da lesão decorrente da conduta ilícita sobre o interesse público materializado no contrato administrativo<sup>[5]</sup>, de forma a atender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em um **primeiro momento**.

20. Mais adiante, haverá um **segundo momento** de incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando da análise da situação concreta, é dizer, do efetivo descumprimento contratual, uma vez que, na aplicação de sanções, tem de ser consideradas, por exemplo, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, os danos sofridos pela Administração Pública, entre outros critérios balizadores para atuação sancionadora do agente público nas relações contratuais.

21. É o que dispõe o art. 22, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

(...)

§ 2º **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.**

22. A doutrina especializada em licitações e contratos<sup>[6]</sup>, a respeito do princípio da proporcionalidade, destaca que:

Trazendo a originária discussão da doutrina alemã que parte de decisão da suprema corte daquela nação, ensina Luiz Carlos Branco: No direito alemão, **o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: 1) adequação**, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a finalidade do mesmo; **2) exigibilidade**, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; **3) proporcionalidade em sentido estrito**, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens.

23. Segundo Fábio Osório Medina<sup>[7]</sup>, *"o certo é que o princípio da proporcionalidade é de ser aplicado (...) na elaboração e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, seja na própria tipificação do ato ilícito, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados (...), seja na adequação da resposta estatal, através das sanções, a ilícitos de menor gravidade, seja, finalmente, na manutenção de uma coerência mínima entre os tipos sancionadores e os resultados objetivados com a intervenção pública repressiva"*.

24. Nesse contexto, ressalta-se que a minuta padrão de termo de referência de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra, disponibilizada pela Advocacia-Geral da União<sup>[8]</sup>, prevê os elementos para concretização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando da efetiva aplicação da penalidade, dispondo que *"a autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, observado o princípio da proporcionalidade"* - item 22.10.

25. Nesse cenário, a definição prévia de critérios objetivos para aplicação de penalidades e das balizas para sua adequada concretização diante da análise da inexecução contratual específica, no termo de referência, edital ou contrato, contribui para a segurança jurídica no processo administrativo sancionador, uma vez que reduz a possibilidade de subjetivismo e pessoalidade no momento de aplicação da penalidade.

## CONCLUSÃO

26. Face ao exposto, opino no sentido de que:

a) A aplicação dos valores decorrentes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se concretizam, no processo administrativo de contratação pública, em um **primeiro momento**, quando da elaboração do termo de referência, edital ou contrato, e, em um **segundo momento**, quando da aplicação da penalidade cabível analisando a inexecução processual específica, ponderando sobre a gravidade da conduta, os danos para Administração, a reincidência, entre outros critérios objetivos pré-definidos no instrumento pertinente e não de forma totalmente livre, conferindo segurança jurídica ao processo administrativo sancionador.

Campina Grande, 22 de março de 2022.

**CARLOS HENRIQUE BENEDITO NITÃO LOUREIRO**

Procurador Federal  
(documento assinado eletronicamente)

De acordo, na forma da maioria consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016).

(assinado eletronicamente)

**ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO**  
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

**CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS**  
PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

**EDUARDO LOUREIRO LEMOS**  
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

**GABRIELLA CARVALHO DA COSTA**  
PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

**KARINA BACCIOTTI CARVALHO BITTENCOURT**  
PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

**DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMÃO**  
PROCURADOR FEDERAL

De acordo. À consideração Superior.

(assinado eletronicamente)

**BRUNO JÚNIOR BISINOTO**  
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

APROVO o PARECER Nº 00002/2022/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.

Cientifique-se a Consultoria-Geral da União.

(assinado eletronicamente)

**MIGUEL CABRERA KAUAM**  
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 59800000900202117 e da chave de acesso b53b6105

Notas

1. <sup>^</sup> *BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 97.*
2. <sup>^</sup> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito;*
3. <sup>^</sup> *SARAI. Leandro et al. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. Salvador: Editora JusPodivm. 2021. p. 97 e 115.*
4. <sup>^</sup> *NOHARA. Irene Patrícia. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2020. p. 351.*
5. <sup>^</sup> *Acórdão 607/2016-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN.*
6. <sup>^</sup> *SARAI. Leandro et al. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. Salvador: Editora JusPodivm. 2021. p. 97 e 115.*

7. <sup>^</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 231.
8. <sup>^</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/servicos-continuados-com-dedicacao-de-mao-de-obra-exclusiva-pregao>. Acesso em: 16.03.2022, 12:38.