

PREVISÃO DE MULTA MORATÓRIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM EDITAL DE LICITAÇÃO

Por Arthur Alexandre Leite e Silva

Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Público pela FAP-CE, advogado, atualmente Vice-Presidente da Comissão de Direito Público da Subsecção da OAB de Juazeiro do Norte/CE, no exercício de 2019. E-mail: <arthur.adv.23@hotmail.com>.

Uma pergunta crucial

É indiscutível a posição privilegiada, no âmbito dos contratos administrativos, da Administração Pública, detentora de prerrogativas especiais, dentre as quais, a possibilidade de aplicação de sanções pelo inadimplemento das obrigações pela pessoa contratada.

Uma das sanções possíveis é a multa, prevista no art. 87, inc. II, da Lei 8.666/93. Referido dispositivo destaca expressamente a aplicação de tal multa ao contratado. Diante disso, surge uma dúvida: é possível que o edital preveja multa para a própria Administração Pública, caso descumpra o contrato?

O status questionis

Deve-se começar por observar o teor do art. 40, XIV, inc. “d”, da Lei 8.666/93, o qual institui a necessidade de o edital prever, em relação às condições de pagamento, “compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos”.

Referido dispositivo alicerça a argumentação daqueles que são favoráveis à possibilidade de previsão de multa por mora em detrimento da própria administração. Em primeiro lugar, o dispositivo, claramente, refere-se ao pagamento por parte da Administração, ou seja, trata dos casos de compra de produtos ou aquisição de serviços. Em segundo lugar penalizações por atrasos só podem mesmo significar mesmo multas e juros.

Ademais, alega-se que a multa para a Administração Pública só não está prevista dentre as penalidades do art. 87 porque o dispositivo refere-se, especificamente, ao contratado. Logo não faria sentido a multa aplicada à Administração ali figurar.

Outro dispositivo que fortalece a tese é o art. 55, VII, da Lei 8.666/93, o qual estabelece que “são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam [...] os direitos e as responsabilidades **das partes**, as penalidades cabíveis e os valores das multas” (grifou-se). Refere-se, então, não somente ao contratado, mas, igualmente, à Administração.

Interessante posicionamento nesse sentido pode ser encontrado em artigo da lavra de Pedro Henrique Braz de Vita. O autor, ao referir as penalidades do aludido art. 87 como expressões da supremacia do interesse público, lembra que!:

Nem todas as espécies de sanções administrativas se submeteriam ao raciocínio acima, já que as multas contratuais, em verdade, engendrariam cláusulas penais, destinadas a reduzir os prejuízos ocasionados por eventual inadimplemento contratual, e cujo exercício não caracterizaria uma prerrogativa. Nessa seara, ao menos multas contratuais seriam aplicáveis nos contratos administrativos firmados entre pessoas jurídicas de direito público.

É certo que nesse artigo, o autor refere-se à aplicação de multa por um ente público em detrimento de outro, mas tal entendimento pode ser inteiramente aplicado para a linha de raciocínio desenvolvida acima.

Dentre os que se afiliam a esta corrente de pensamento, temos Ronny Charles Lopes de Torres, que, entretanto, reconhece que boa parte da doutrina se posiciona de forma contrária, excetuando-se os casos em que a Administração Pública “assume a condição de usuária de serviços públicos”².

Por outro lado, há os que defendem a impossibilidade de previsão de tal multa para a própria Administração contratante. Um dos expoentes dessa doutrina é o Professor Ulisses Jacoby Fernandes, que assim explica³:

[...] como o contrato é elaborado unilateralmente pela Administração e publicado anexo ao edital – conforme art. 40, § 2º, inc. III, da Lei nº 8.666/93 -, ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração.

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União parece rechaçar a possibilidade de previsão de multas em detrimento da própria Administração contratante nos editais de licitação. No Acórdão nº, o Sodalício Contábil teve a oportunidade de “repactue os Contratos 2008/087.0 (CEF) e 2008/086.0 (BB) para deles excluir hipóteses de multa contra a Administração, haja vista a falta de amparo legal”⁴.

Conclusão

Expostas as duas correntes acima, tem-se que concordar com a possibilidade de previsão, em editais de licitação, de multa por mora em detrimento da Administração. Com efeito, não prospera a afirmação do TCU, no sentido de que não há previsão legal para tanto. Como visto, há, pelo menos, duas disposições legais respaldando a tese.

Diga-se que é justa a preocupação do referido tribunal. É possível imaginar-se situações de desvio, onde o administrador, em conluio com o contratado, atrasa propositalmente os pagamentos, apenas para que esse, podendo suportar certa demora, receba mais do que receberia no caso de uma execução normal do contrato.

Todavia, não se pode deixar de reconhecer o que é certo pela possibilidade de haver aproveitadores.

Além disso, discorda-se, aqui, a afirmação do Professor Ulisses Jacoby Fernandes no sentido de que não há razoabilidade na previsão de multa em desfavor da Administração. Na verdade, a situação é reversa: como pode a Administração Pública atrasar o pagamento em meses, anos, e não sofrer qualquer punição? Aí residiria a falta de razoabilidade.

¹ VITA, Pedro Henrique Braz de. *Aplicação de sanções entre órgãos e entidades da Administração, no âmbito das contratações públicas*. Curitiba: Blog Zenite, 2012. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/aplicacao-de-sancoes-entre-orgaos-e-entidades-da-administracao-no-ambito-das-contratacoes-publicas/>>.

² TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Comentadas*, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 592.

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Multas contra a administração*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 43, p. 679, set. 1997.

⁴ TCU, Plenário, Acórdão 2452/2010, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 22/09/2010.