

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
“Aprovo. Em 16/11/2011”

Procedência: Controladoria Geral do Estado - CGE

Interessado: Auditoria Setorial da Polícia Militar

Número: 15.125

Data: 17 de novembro de 2011

Assunto: Contrato administrativo. Inadimplemento. Aplicação de multa. Arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93. Interface com a legislação estadual: Lei Estadual 13.994/2001 e Decreto Estadual 44.431/2006. Análise em tese das possibilidades de aplicação da pena de multa.

RELATÓRIO

A Controladoria Geral do Estado – CGE, por meio do ilustre Controlador Geral, Dr. Moacyr Lobato de Campos Filho, encaminha a esta Advocacia Geral do Estado, para apreciação, questão posta pela Auditoria Setorial da PMMG a respeito da aplicação de multa por atraso na execução contratual, identificada a partir de cotejo da legislação federal, arts. 86 e 87, da Lei 8.666/93, com a legislação estadual, especialmente Lei Estadual 13.994/2001 e Decreto Estadual 44.431/2006.

Acompanha, ainda, a consulta o Memorando AJ/CGE 55/2011, produzido pela Assessoria Jurídica da CGE.

AS MULTAS DOS ARTS. 86 E 87 DA LEI 8.666/93

O tema objeto desta consulta envolve, em última análise, a diferenciação das multas reguladas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93, como, inclusive, aponta a Auditoria Setorial da PMMG, ao indicar que a situação dos dois dispositivos da Lei 8.666/93, frente a legislação estadual, dá “*azo para uma confusão conceitual entre uma situação de inexecução parcial do contrato e o atraso injustificado na entrega de produto ou serviço*”.

Assim, o encaminhamento de resposta à consulta, sob o prisma estritamente teórico e conceitual, já que nenhum caso concreto é submetido à análise desta AGE, passa, primeiro, pela distinção entre as multas dos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93, prosseguindo-se com o cotejo das duas normas federais com a legislação estadual e desaguando-se, ao final, no esboço de resposta ao problema.

Os arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93 apresentam a seguinte redação:

“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”.

Realmente, partindo do antigo cânone hermenêutico de que a lei não contém palavras inúteis,¹ é preciso encontrar sentido para a distinção entre as duas multas referidas nos aludidos arts. 86 e 87, II, da Lei 8.666/93.

Nessa linha, entende-se que a melhor interpretação é aquela que indica que a norma do art. 86 da Lei 8.666/93 cuida da multa por atraso injustificado na execução da prestação, atraso este que não traduz inviabilidade da prestação. Ou seja, descumpre-se prazo contratual, mas a parcela ainda é útil para a Administração, de modo que o descumprimento do prazo é sancionado apenas com multa.

Com isso, o art. 86 da Lei 8.666/93 envolve o descumprimento dos prazos contratuais, como aqueles estabelecidos na esteira do art. 55, IV, da Lei 8.666/93, como explicita Eduardo Rocha Dias:

“A alusão a ‘atraso injustificado na execução do contrato’ corresponde ao dever do contratado de cumprir os prazos de início de etapas, de conclusão, de entrega do objeto e outros (artigo 55, inciso IV, da Lei 8.666/93) previstos no contrato” (Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados, Dialética, 1997, p. 79).

¹ Conferir o clássico Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 13ª ed., 1993, p. 250: “*Verba cum effectū, sunt accipienda: ‘Não se presume, na lei, palavras inúteis’*. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’. As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”.

Já no caso da multa do art. 87, II, da Lei 8.666/93, não se tem simples descumprimento de prazo contratual, mas sim inexecução total ou parcial do contrato, e a aplicação da multa aparece no contexto de rescisão do contrato, inclusive acumulável com outra sanção, como destaca o art. 87, § 2º, da Lei 8.666/93. Tenham-se ainda as lições de Eduardo Rocha Dias:

“A expressão ‘inexecução total ou parcial do contrato’, contida no artigo 87 da Lei 8.666/93, remete aos demais deveres do contratado e do adjudicatário, previstos, respectivamente, nos artigos 55 e 81 da mesma lei, que serão explicitados no edital e no contrato. O artigo 78, incisos I a VIII, do referido diploma também lista condutas que caracterizam inexecução contratual, ensejadoras, além de rescisão contratual, do sancionamento” (ob. cit., p. 79).

Por isso, conclui o citado autor, *“a multa prevista neste artigo 87 não é a multa moratória prevista no artigo precedente”* (ob. cit., p. 79), donde a possibilidade de diferenciação entre as multas do arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93: a primeira, multa simplesmente moratória por descumprimento do prazo, com a prestação aproveitável para a Administração; a segunda, ao contrário, descumprimento ou inadimplemento contratual mais grave que gera a rescisão contratual, cumulada com a multa e mesmo com outras sanções.

No mesmo sentido se encontra a precisa lição de Jessé Torres Pereira Júnior, inclusive referida na nota da Auditoria Setorial da PMMG:

“O art. 86 inaugura a seção das sanções administrativas pondo a multa em destaque. O fundamento do isolamento da penalidade pecuniária carece de reflexão. À primeira vista, parece que a Lei 8.666/93 trata da multa antes de alinhar as demais penalidades com o fim de estabelecer seu campo específico e exclusivo de aplicação (o atraso injustificado na execução do contrato). Mas tal impressão não se confirma em face da regra do § 1º, que autoriza a aplicação das outras sanções para a mesma falta.

A norma do § 2º do art. 87 talvez revele a intenção do art. 86. Diz ela que a Administração pode cumular com multa a aplicação de advertência, suspensão ou declaração de inidoneidade, sem discriminar as hipóteses em que tal cumulação é possível, do que se infere que o será em qualquer caso, a critério da autoridade administrativa, diante das circunstâncias in concreto.

Se a lei admite a cumulação de pena pecuniária na generalidade dos casos, está a afirmar que esta é pena secundária em relação às demais, que são as principais. Exceto se a infração consistir em atraso injustificado na execução do contrato, quando a multa será, então, a pena principal, substituível por outra somente em presença de agravantes.

Por conseguinte, o art. 86 ordena à Administração que, em caso desse atraso, cogite, preferencialmente, de sancionar o infrator tão-só com multa. Se a conduta faltosa for agravada por reincidência no atraso, antecedentes de inexecução, dano irreparável, dolo da contratada, poderá aplicar outra sanção, além da multa, sem prejuízo da rescisão do contrato.

O que se conclui é que entre a multa prevista no art. 86 e aquela referida no art. 87 há diferença correlacionada com a distinção que a teoria geral das obrigações formula entre mora e inadimplemento absoluto. Existe a primeira quando a obrigação, embora não cumprida, ainda pode vir a sê-lo proveitosamente para o credor; consuma-se o segundo quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá mais vir a sê-lo com proveito para o credor, tornando-se efetivo o descumprimento.

A multa do art. 86, aplicável tão-só na hipótese de atraso injustificado na execução do contrato, é tipicamente moratória, porquanto o atraso não impede a execução do pactuado de molde a atender aos fins do credor (a Administração contratante); apenas a retarda (mora solvendi, isto é, do devedor quanto ao tempo em que haveria de cumprir-se o acordado). (...)

A multa do art. 87 vincula-se à inexecução do contrato, o seja, inadimplemento absoluto, que deixará sem execução, em definitivo, todo o objeto (a prestação a cargo do devedor) ou parte dele. Tal multa não é moratória. É penal, daí acrescer-se a sanção mais severa se houver elementos subjetivos que agravem a conduta do contratado” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª ed., 2002, p. 783/784).

Entende-se, pois, que essa é a melhor distinção entre as multas dos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93.

Feito esse esclarecimento teórico a respeito da melhor interpretação das duas normas federais, parte-se para verificar o enquadramento, nesse contexto, da legislação estadual.

A LEGISLAÇÃO ESTADUAL SUPLEMENTAR (LEI ESTADUAL 13.994/01 E DECRETO ESTADUAL 44.431/06)

A Lei Estadual 13.994/2001 institui o chamado Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CAFIMP, dispondo que os fornecedores que forem inscritos em tal cadastro, nos termos dos arts. 2º e 3º, ficam proibidos de participar de procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Estadual:

“Art. 12 - Os responsáveis pela realização de licitação no âmbito da administração pública estadual consultarão o Cadastro em todas as fases do procedimento licitatório, tomando as necessárias providências para que sejam excluídas do processo licitatório as pessoas físicas ou jurídicas nele inscritas”.

E, para regulamentar a Lei Estadual 13.994/2001, foi editado o Decreto Estadual 44.431/2006, no qual se dispõe a respeito da aplicação das sanções administrativas no caso de descumprimento contratual, entre elas a inclusão no CAFIMP, tudo na esteira do art. 87 da Lei 8.666/93:

“Art. 18. Aos fornecedores que descumprirem total ou parcialmente os contratos celebrados com a Administração Pública Estadual,

serão aplicadas as sanções previstas no art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, de acordo com o disposto na Lei 14.184, de 31 de janeiro de 2002, além dos seguintes critérios:

I - advertência escrita - comunicação formal de desacordo quanto à conduta do fornecedor sobre o descumprimento de contratos e outras obrigações assumidas, e a determinação da adoção das necessárias medidas de correção;

II - multa - deverá observar os seguintes limites máximos:

a) 0,3% (três décimos por cento) por dia, até o trigésimo dia de atraso, sobre o valor do fornecimento ou serviço não realizado, ou sobre a etapa do cronograma físico de obras não cumprida;

b) 10% (dez por cento) sobre o valor da nota de empenho ou do contrato, em caso de recusa do adjudicatário em efetuar o reforço de garantia;

c) 20% (vinte por cento) sobre o valor do fornecimento, serviço ou obra não realizada, no caso de atraso superior a 30 (trinta) dias, ou entrega de objeto com vícios ou defeitos ocultos que o tornem impróprio ao uso a que é destinado, ou diminuam-lhe o valor ou, ainda, fora das especificações contratadas;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual, por prazo definido no art. 6º, da Lei nº 13.994, de 2001, e no art. 25, deste Decreto;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a

Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação do fornecedor perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração Pública Estadual pelos prejuízos resultantes de ação ou omissão do mesmo, obedecido o disposto no inciso II do art. 33 deste Decreto”.

Diante da literalidade do art. 18 do Decreto Estadual 44.431/2006, com a referência expressa ao art. 87 da Lei 8.666/93, inclusive repetindo o mesmo contexto sancionatório, arrolando entre as penas a proibição temporária de participar de licitação em razão de inscrição no CAFIMP decorrente de inadimplemento contratual, não há dúvida de que a legislação estadual está a detalhar a incidência no âmbito estadual das sanções mais graves, previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, e que casam com as hipóteses de inadimplemento mais grave, em sede de inexecução total ou parcial da prestação contratual.

Não cuida a legislação estadual da sanção de simples multa, em razão do inadimplemento de prazos contratuais, prevista no art. 86 da Lei 8.666/93, e que não vem acompanhada de outros fatores de gravidade, permitindo, inclusive, a manutenção do contrato, sendo a multa suficiente por si só para punir o contratado em atraso.

Nesse contexto, a interpretação razoável das normas estaduais é no sentido de alinhá-las com o art. 87 da Lei 8.666/93, de modo que traduzem detalhamento da aplicação de tais sanções mais graves no âmbito estadual, não

tendo o Estado se preocupado em detalhar a legislação federal no âmbito da simples multa moratória prevista no art. 86 da Lei 8.666/93.

Aliás, o enquadramento da legislação estadual referida como detalhamento ou suplementação da norma federal contida no art. 87 da Lei 8.666/93, tem ampla ressonância constitucional, pois as normas da Lei 8.666/93 que cuidam dos contratos administrativos e aplicação de sanções no caso de inadimplemento constituem normas gerais, de competência legislativa privativa da União, nos exatos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, confira-se, por exemplo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“A declaração de inidoneidade para contratar e licitar alcança a União, os Estados e os Municípios, por força do art. 22, XXVII, c/c o art. 37, XXI, da Constituição de 1988. Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Confira-se o disposto no art. 87 da Lei 8.666/1993 (grifei):

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

suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (...)” (REsp 520.553/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 10/02/2011).

Com isso, sequer teria o Estado competência legislativa para dispor de forma diversa quanto ao regime sancionatório instituído pelos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93, razão pela qual, reitere-se, a interpretação conforme da Lei Estadual 13.994/01 e do Decreto Estadual 44.431/2006, na linha do art. 24, § 2º, da Constituição Federal, é no sentido de que tais normas complementam o regime de aplicação das sanções do art. 87 da Lei 8.666/93.

Logo, o detalhamento do regime previsto no art. 87 da Lei 8.666/93 pelas normas estaduais não exclui a possibilidade de aplicação da multa moratória, por simples atraso no cumprimento dos prazos contratuais, prevista no art. 86 da Lei 8.666/93.

Por conseguinte, é exatamente a partir da diferença de regime entre os arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93 que deve ser lida a legislação estadual quando

trata de descumprimento de prazos contratuais, pois, como a legislação estadual particulariza a aplicação das sanções do art. 87 da Lei 8.666/93, apenas os descumprimentos de prazo revestidos de maior gravidade, ou em que ao descumprimento de prazo se agrega outro fato grave, podem atrair a incidência das normas estaduais, inclusive para ensejar a aplicação ao contratado da grave sanção de suspensão temporária de participar de licitações, decorrente da inscrição no CAFIMP.

No caso de simples atraso na execução contratual, no âmbito dos prazos previstos no contrato, sem que se agregue fato de maior gravidade e sem que a prestação se torne inútil ou não mais viável para a Administração, a Administração Estadual deve aplicar a multa moratória prevista no art. 86 da Lei 8.666/93.

Em síntese, a legislação estadual traduz suplementação da norma do art. 87 da Lei 8.666/93, de modo que quando se tratar de descumprimento contratual grave, que enseja juízo de inexecução contratual, o contratado inadimplente sofrerá as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 nos termos da suplementação ditada pela legislação estadual. Ao contrário, se se tratar de inadimplemento de prazo de execução contratual, sem maior gravidade, inclusive no que diz respeito a possibilidade de aproveitamento do contrato e da prestação contratual, a Administração Estadual deverá aplicar diretamente a hipótese do art. 86 da Lei 8.666/93, norma geral federal de aplicação no âmbito do Estado, mesmo sem eventual suplementação legislativa.

Todavia, cabe reiterar com toda a doutrina de direito administrativo:

para aplicação da sanção pecuniária em razão do simples atraso no cumprimento de prazos contratuais, nos termos do art. 86 da Lei 8.666/93, é imprescindível a previsão da multa não só no contrato, mas também no instrumento convocatório, ou seja, no edital de licitação.

Por todos, conferir lição de Marçal Justen Filho:

“A demora injustificada na execução da prestação contratual acarreta, como sanção a ser primeiramente cogitada, a aplicação de multa. Mas essa solução dependerá da previsão editalícia para tanto, sob pena de ser inviável sua exigência. Será impossível, mesmo, a previsão da multa no instrumento contratual, caso não cominada no instrumento convocatório. O instrumento contratual deverá especificar as condições de aplicação da multa. Não se admite discricionariedade na aplicação de penalidade” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 14^a ed., 2010, p. 880).

Tem-se, ainda, que a previsão editalícia e contratual da multa moratória prevista no art. 86 da Lei 8.666/93 deve, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, ser fixada em termos razoáveis e proporcionais:

“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. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). Princípio da Razoabilidade” (REsp 330.677/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 04/02/2002, p. 306).

CONCLUSÃO

Em suma, na tentativa de promover a interpretação dos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93, normas gerais de contratação administrativa, de competência legislativa privativa da União (art. 22, XXVII, CF), em conjunto com a legislação suplementar estadual (Lei Estadual 13.994/01 e Decreto Estadual 44.431/06), editada com base no art. 24, § 2º, da CF, podem ser, em resumo, traçadas as seguintes possibilidades:

a) desde que prevista no edital e contrato, em patamar razoável, pode-se cogitar da aplicação, como sanção, apenas da multa moratória do art. 86 da Lei 8.666/93, quando o contratado ultrapassar os prazos contratualmente fixados para o desempenho das obrigações (art. 55, IV, da Lei 8.666/93) e a obrigação ainda for útil e necessária para a Administração, sem que se agregue ao descumprimento do prazo fatos de maior gravidade. A aplicação da multa moratória ora indicada tem cabimento em decorrência de previsão na norma geral do art. 86 da Lei 8.666/93, refletida no edital e contrato, independentemente de a legislação estadual não realizado o detalhado de tal perspectiva;

b) se a inadimplência extravasar a simples mora, com a agregação de fato mais grave, e/ou ocorrer descumprimento de outras obrigações contratuais, entra em cena a possibilidade de aplicação das sanções do art. 87 da Lei 8.666/93, refletidas e detalhadas na legislação estadual suplementar (Lei Estadual 13.994/01 e Decreto Estadual 44.431/06), razão pela qual os inadimplementos contratuais previstos nesta última devem ser interpretados na linha de maior gravidade referida pelo art. 87 da Lei 8.666/93, vez que podem, além da multa, implicar na incidência de sanções mais graves, como suspensão para participar de licitação em razão de inscrição no CAFIMP.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2011

Érico Andrade

Procurador do Estado

OAB-MG 64.102/Masp 1050975-0

“APROVADO EM: 10/11/11”
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Procurador Chefe da Consultoria Jurídica
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597