

APLICAÇÃO DE PENALIDADE NO PERÍODO DE GARANTIA

Maria de Fátima Bassoi (*)

(Considerações acerca da possibilidade de aplicação de penalidade constante do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 ao contratado, em virtude de inexecução total ou parcial do contrato celebrado com a Administração Pública, durante o período de garantia previsto em cláusula contratual)

1. Introdução. 2. A garantia prevista em cláusula contratual. Conseqüências. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Logo de início, e para que possa ser devidamente delimitado o tema proposto, há que se mencionar que a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, dispõe competir privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Não nos cabe, no âmbito deste trabalho, discorrer acerca do conceito de normas gerais, declinando, aqui, as definições elaboradas pela doutrina brasileira, já que dissertar sobre o tema exigiria um trabalho mais aprofundado, que foge à exposição prática a que nos propomos.

Merece, entretanto, ressaltar que a Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, ordenamento jurídico em vigor, que dispõe acerca das normas gerais sobre licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 1º), em seu artigo 58 arrolou as denominadas cláusulas exorbitantes, dentre elas, no inciso IV, a aplicação de sanções pela inexecução total ou parcial dos ajustes celebrados com a Administração Pública e, em seus artigos 86 a 88, regulou as sanções administrativas.

Importante, a esse passo, relembrar que, uma vez estabelecidas as cláusulas e condições que irão reger o contrato administrativo, ressuma evidente a composição entre a Administração-contratante e o particular-contratado e o conseqüente cumprimento das obrigações então assumidas pelas partes, bem como o reconhecimento de seus respectivos direitos.

Desse modo, o desatendimento das obrigações estipuladas em cláusulas contratuais corresponderá a uma violação do direito da outra parte.

Se houver, portanto, uma agressão ao direito alheio, haverá, também, o rompimento do compromisso assumido, com a aplicação das penalidades cabíveis.

Assim, seja para coibir atrasos injustificados na execução dos contratos, seja para punir inexecuções totais ou parciais dos ajustes, foram estabelecidas as seguintes sanções: a) multa de mora (artigo 86); b) advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87 e seus incisos).

2. A GARANTIA PREVISTA EM CLÁUSULA CONTRATUAL. CONSEQÜÊNCIAS

Delimitados esses primeiros contornos legais que a matéria sob comento abarca, cabe lançar a seguinte indagação: numa contratação, envolvendo a aquisição de bens móveis, por exemplo, compra de microcomputadores, após seu recebimento definitivo, onde teria sido certificada e aceita a qualidade e quantidade dos bens objeto da licitação, mas antes do término do período de garantia dado pelo licitante/contratado e previsto tanto em cláusula contratual como na proposta ofertada pelo licitante/vencedor, poderia vir a ser aplicada qualquer uma das penalidades previstas no artigo 87 e seus incisos da Lei nº 8.666/93.

Logo de início, uma dúvida exsurge: o recebimento definitivo do objeto assinala efetivamente o término da execução do contrato? Ou do objeto do contrato?

A dupla indagação procede, já que no contrato celebrado existem cláusulas que descrevem o objeto e outras tantas que dispõem sobre prazo e possibilidade de sua prorrogação, pagamento, penalidades, hipóteses de alteração, rescisão etc e sobre recebimento provisório, recebimento definitivo do objeto, bem como sobre o termo inicial e final do prazo a ser dado como garantia dos bens adquiridos, que passarão a integrar o instrumento contratual, haja vista constar previsão expressa em uma de suas cláusulas.

Suponha-se, então, que, após seu recebimento definitivo, esses bens, que aparentemente não apresentavam nenhum defeito, venham a demonstrá-lo e o contratado, alegando estar impossibilitado de repará-lo nos prazos avençados, procrastinando indefinidamente a necessária correção, quer para efetuar a troca dos bens, quer para corrigir-lhes as deficiências, deixe de atender aos reclamos da Administração, descumprindo, assim, cláusula contratual.

Merece, a esse passo, tecer algumas considerações acerca da duração dos contratos administrativos.

Como o termo inicial não oferece, no âmbito destes comentários, maiores indagações, voltemos nossas atenções para o termo final do contrato.

Tenha-se, pois, presente que, ao se falar em termo final do contrato, a tônica é posta na efetiva implementação do objeto, uma vez que, para a Administração Pública, o poder-dever é indisponível.

Aliado a isso, some-se o interesse público subjacente à relação contratual em curso, a dar suporte à concretização da finalidade pública, dimensionada em cláusula contratual, onde restou fixado o momento necessário e imprescindível à realização do objeto contratado.

E que momento seria esse? O momento fixado no contrato, delimitado enquanto prazo, no qual o contrato deverá ser cumprido e executado seu objeto.

Ora, casos haverá em que o termo final do contrato será justamente aquele em que o contratado não terá mais de responder pelo serviço ou prestação, como na hipótese que ora se comenta, qual seja, o término do prazo de garantia acordado entre as partes justamente para reparar eventuais defeitos que os equipamentos possam vir a apresentar.

Ou seja: findo o prazo estabelecido no contrato como garantia de funcionamento dos bens adquiridos, restará plenamente satisfeito o interesse público e extinta estará a relação contratual.

Desse modo, se não se puder considerar satisfeita a obrigação acessória - garantia - dentro do prazo delimitado no contrato, não haverá a satisfação da obrigação principal - entrega dos bens, para serem utilizados em perfeito estado de funcionamento.

Isto porque se os bens que tiverem sido entregues não corresponderem às qualificações técnicas descritas em Memorial Descritivo, não estando, pois, em perfeito funcionamento, não haverá a satisfação do interesse público.

E mais, haverá ainda prejuízo para a Administração, que terá de contratar terceiros para efetuar a necessária reparação dos bens ou deflagrar novo procedimento licitatório, seja para contratar a manutenção dos bens já adquiridos, seja para comprar novos equipamentos.

Em síntese: não tendo sido cumprido o contrato, nos exatos termos de suas cláusulas contratuais, configurada estará a culpa do contratado, diante de sua inadimplência e do conseqüente dano causado à Administração Pública.

Assim sendo, parece-nos plenamente aplicáveis, nessas hipóteses, as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93, que transcrevemos:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial **do contrato** a Administração poderá, garantida a defesa prévia, 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.” (g.n.)

Atente-se, pois, para o sentido expresso na norma supratranscrita: inexecução total ou parcial do contrato e não do objeto do contrato.

Por conseguinte, as penalidades arroladas no artigo 87 podem ser aplicadas se e quando forem constatadas inexecuções totais ou parciais de todas as disposições constantes do contrato, entre elas, por óbvio, a garantia.

Nem se argumente que tais sanções somente poderiam ser aplicadas nos contratos antes do Recebimento Definitivo de seu objeto, já que este termo supostamente marcaria o fim da execução do contrato propriamente dito.

Se se admitisse tal entendimento, sem a inclusão do prazo dado como garantia dos bens adquiridos, caberia apenas e tão-somente à Administração tentar obter a reparação do dano sofrido, utilizando-se da via judicial, mediante a propositura da ação cabível.

Isto sem contar com a possibilidade de que, deflagrado novo procedimento licitatório, a mesma empresa, que outrora fôra contratada para fornecer os mesmos bens, vir a ser habilitada e classificada em primeiro lugar! Nesta hipótese, como e a que título poderia a Administração recusar-se a assinar um contrato com aquela empresa? Que remédios poderia a Administração utilizar para evitar essa nova contratação?

Quer nos parecer que todos esses percalços podem ser evitados e, quiçá, o dano reparado com maior celeridade, se a Administração puder valer-se das sanções cominadas no mencionado artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

Isto porque, conforme consagrou-se na doutrina brasileira, o bem jurídico que se pretende tutelar é justamente a execução **do contrato**, que abarca também, em seu bojo, a garantia - daí a aplicação dos dispositivos que prevêm penalidades administrativas.

Repita-se, ainda uma vez, que, se não se puder utilizar, nessa hipótese, o inciso III do artigo 87, que dispõe sobre a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, e se a empresa for habilitada e ofertar a melhor proposta comercial, não poderá a Administração revogar a licitação por razões de interesse público, uma vez que o fato que lhe daria suporte é anterior à abertura do procedimento, nem tampouco anular o certame, visto inexistir qualquer ilegalidade.

Um outro argumento em prol da aplicação do artigo 87 ressuma com força suficiente para formar um convencimento livre de dúvidas, consistente no seguinte: é evidente que o contratado, ao formular sua proposta, incluiu no custo dos equipamentos que foram adquiridos pela Administração o valor relativo ao período de garantia.

Desse modo, a Administração terá efetuado o pagamento dos bens adquiridos em sua totalidade, sendo que, no preço pago, já estaria embutido o valor correspondente à garantia.

Resta, pois, evidente que, se não tiver sido procedida a troca dos bens ou se não tiver sido efetuado seu conserto no prazo estabelecido em cláusula contratual, haverá um evidente enriquecimento ilícito por parte do contratado.

3. CONCLUSÃO

Completando essa linha de raciocínio, chega-se à inexorável conclusão de que o dano suportado pela Administração há de ser reparado prontamente,

para que o serviço público não venha a sofrer percalços em sua continuidade - daí o nosso entendimento de ser possível a aplicação das penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

Em síntese: a solução mais consentânea com a hipótese sob comento seria, pois, a aplicação de penalidades administrativas, garantindo a defesa prévia ao contratado, seja para que a Administração possa ressarcir-se de valores já desembolsados, seja para impedir que o contratado venha a participar de futuras licitações.

(*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.