



ENAP *Cadernos*

Fiscalização de Contratos

Lucimar Rizzo Lopes dos Santos

ENAP *Caderno*

Fiscalização de Contratos

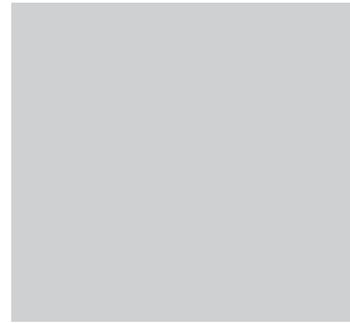
Lucimar Rizzo Lopes dos Santos

Brasília - 2013

ENAP *Caderno*

Fiscalização de Contratos

Lucimar Rizzo Lopes dos Santos



Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Paulo Sergio de Carvalho

Diretor de Desenvolvimento Gerencial

Paulo Marques

Diretora de Formação Profissional

Maria Stela Reis

Diretor de Comunicação e Pesquisa

Pedro Luiz Costa Cavalcante

Diretora de Gestão Interna

Aíla Vanessa de Oliveira Caçado

Coordenadora-Geral de Programas de Capacitação: Marcia Seroa da Motta Brandão

Editor: Pedro Luiz Costa Cavalcante; *Coordenador-Geral de Comunicação e Editoração:* Luis Fernando de Lara Resende; *Revisão:* Renata Fernandes Mourão e Roberto Carlos R. Araújo; *Projeto gráfico:* Livino Silva Neto; *Capa:* Maria Marta da R. Vasconcelos; *Editoração eletrônica:* Alice Maria Silva Prina.

Ficha catalográfica: Equipe da Biblioteca Graciliano Ramos/ENAP

S2376f Santos, Lucimar Rizzo Lopes dos

Fiscalização de contratos / Lucimar Rizzo Lopes dos Santos. - Brasília: ENAP/DDG, 2013.

82p.

(Cadernos ENAP; nº 36) ISSN 0104-7078

Atualizado e adaptado pela Coordenação-Geral de Projetos de Capacitação.

1. Administração Pública – Brasil. 2. Contratos Administrativos. 3. Fiscalização. I. Título. II. Santos, Lucimar Rizzo Lopes dos

CDU 35(81)

© ENAP, 2013

Tiragem: 1.000 exemplares

ENAP Escola Nacional de Administração Pública

Diretoria de Comunicação e Pesquisa

SAIS – Área 2-A – 70610-900 — Brasília, DF

Telefone: (61) 2020 3096 – Fax: (61) 2020 3178

Sumário

Apresentação	7
I – Considerações Iniciais	9
Planejamento	12
Licitação	16
Contrato	19
II – Contrato Administrativo	23
Quando há obrigatoriedade do contrato?	24
Execução do contrato administrativo	26
E quais são os principais direitos e obrigações das partes?	26
E qual é a duração dos contratos administrativos?	28
E o prazo de execução?	28
Quais são os contratos executados de forma contínua?	30
Alteração contratual	31
E quais são os limites legais para alterações contratuais?	34
E para a formalização das alterações, qual é o procedimento?	40
Manutenção do equilíbrio-econômico financeiro	42
III – Fiscalização E Gestão De Contratos	49
Fundamento legal	49
Fiscal do contrato	54
Designação do fiscal	54
O que se espera do fiscal do contrato	58
Modalidades de fiscalização	59
Procedimentos de fiscalização	60

Responsabilidade subsidiária x súmula 331 TST	64
Inexecução contratual	70
Penalidades	71
Rescisão contratual	73
Responsabilização do fiscal do contrato.....	74
Leitura obrigatória	75
Referências bibliográficas	79

Apresentação

O servidor público encarregado de trabalhar com licitações e contratações públicas deve observar os princípios da legalidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável. Para tanto, a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) apresenta, em 2013, a nova versão do Programa de Gestão da Logística Pública, reunindo cursos e eventos destinados ao desenvolvimento de competências técnicas e gerenciais dos servidores públicos federais.

O novo Programa de Gestão da Logística Pública conta com cursos independentes, que permitem a participação de modo avulso, mas que são ministrados em uma sequência temporal correspondente ao fluxo procedimental do processo de contratações públicas, sendo esse introduzido pelo referencial teórico básico da logística pública e pelo referencial teórico-jurídico do processo licitatório e da celebração de contratos administrativos.

A gestão e a fiscalização eficiente e eficaz dos contratos administrativos constituem fator primordial para o alcance dos melhores resultados da contratação. Os agentes públicos envolvidos, especialmente o fiscal e o gestor do contrato, devem ter conhecimento aprimorado das regras jurídicas e procedimentais que regulam a execução contratual, bem como ter clareza sobre as suas responsabilidades e competências.

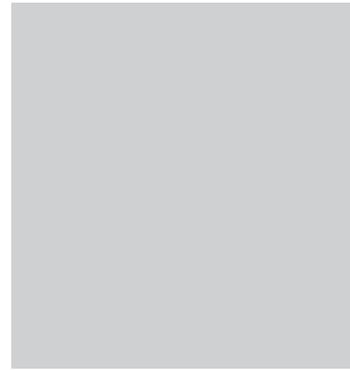
Elaborado pela servidora do Ministério Público Federal – cedida ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão –, Lucimar Rizzo Lopes dos Santos, o presente material foi originalmente escrito para o curso Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos. Nele, a autora apresenta, de forma completa e dialógica, um manual de boas práticas para a fiscalização e a gestão de contratos administrativos. O leitor deste Caderno terá orientações de como operar com a legislação pertinente ao tema até de como aplicar sanções administrativas pelo descumprimento do contrato.

A ENAP oferece a presente publicação com o propósito de registrar e disseminar o conteúdo do material didático utilizado em seus programas de capacitação. Também busca levar ao conhecimento do público interno e externo um tema de indiscutível atualidade e relevância. Acreditamos que a promoção da publicação sobre o tema e o estímulo à sua discussão

representam estratégias para novos aportes, que poderão motivar outras publicações, subsidiar processos de trabalho no setor público, e constituir recursos didáticos para o aperfeiçoamento dos projetos de capacitação da Escola.

Boa leitura!

I - Considerações Iniciais



Considerações Iniciais

O ato de acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços contratados pela Administração Pública é de suma importância.

As dificuldades encontradas pela Administração são basicamente **como contratar e como fiscalizar!!!**

O tema principal que será objeto deste curso é **FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS**. Entretanto, é necessário tecer comentários acerca de alguns tópicos que são indispensáveis tanto para a compreensão quanto para o despertar sobre a importância que se tem de conferir ao ato de “fiscalizar a execução do contrato administrativo”.

A Administração Pública necessita de instrumentos que possam viabilizar a consecução dos seus interesses e para tanto há a necessidade de realizar obras, de contratar serviços, de efetuar compras, de promover alienações de bens móveis ou imóveis, de empreender concessões, de realizar permissões ou locações de bens com terceiros. Nesse sentido, recorre-se ao mercado, contratando particulares, pessoas físicas ou jurídicas, para suprir essas demandas.

Dessa forma, sempre que precisar realizar esses procedimentos, deve, **obrigatoriamente**, realizá-los por meio do procedimento licitatório, aplicável a cada uma das situações, podendo deixar de aplicá-lo somente nos casos especificados na **Lei que rege as licitações e contratos da Administração Pública**

Art. 37, inciso XXI da CF.

Lei nº 8.666/93

Lembrando que: a rigor, o processo licitatório será sempre obrigatório para a Administração Pública; porém, a própria Constituição prevê em seu art. 37, inc. XXI, que a lei pode estabelecer situações que não sofrerão a incidência do princípio da licitação. A Lei nº 8.666/93 prevê: a **Licitação dispensada** (art. 17, I e II); **Licitação inexigível** (art. 25); e **Licitação dispensável** (art. 24);

No processo de aquisição de produtos e de contratação de serviços na Administração Pública, existem fases importantes que devem ser

observadas e cumpridas por seus administradores para não prejudicar o desenvolvimento das atividades institucionais – meio e fim.

Desta forma, a boa gestão em **LOGÍSTICA** é de fundamental importância para que os procedimentos de contratação sejam efetivados de forma correta, caso contrário, as contratações serão tumultuadas porque a tendência é atuar “apagando incêndios”.

Podemos definir **LOGÍSTICA**, conforme Carvalho (1999), como sendo simplesmente **o planejamento e a gestão de fluxos**.

A **LOGÍSTICA** permite ao Administrador **prever, obter e prover, o** que nada mais é do que:



1 - PLANEJAMENTO

Dentro da logística, o **PLANEJAMENTO** é primordial, visto que compõe as diversas etapas do procedimento licitatório, sendo medida que legalmente se impõe ao administrador público.

É deste planejamento que deriva o cumprimento dos **princípios** da legalidade, assim como o da economicidade, da razoabilidade, da moralidade, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem como se evita contratações indevidas mediante dispensa de licitação sob a alegação de emergência e/ou urgência, tão combatidas pelos Tribunais de Contas. Daí advém a relevância do planejamento.

Art. 37 da CF
c/c art. 3º da
Lei nº 8.666/93

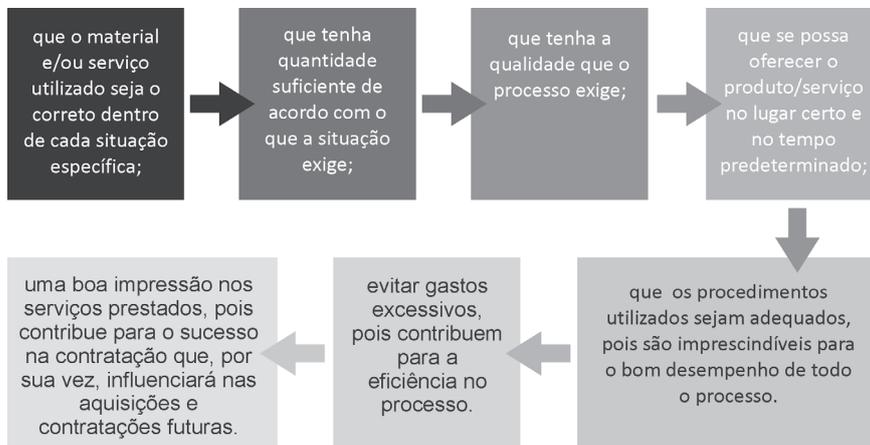
Embora o planejamento, a licitação e a execução do contrato sejam fases independentes, é importante planejar adequadamente a instrução do processo de licitação, de forma a contemplar a satisfação das necessidades demandadas pela Administração Pública no contexto oferecido pelo mercado e em conformidade com as normas e dispositivos legais relativos ao objeto licitado. Esse planejamento visa a minimizar possível comprometimento por eventos inesperados, mas perfeitamente previsíveis.

É preciso cada vez mais difundir a importância e a responsabilidade envolvidas em se fazer uma contratação pública. O dinheiro público precisa ser bem utilizado: é possível comprar por preço justo e comprar bem, com qualidade, desde que de forma planejada. Segundo a Sole (Society of Logistics Engineers), as finalidades da logística podem ser compreendidas nos “**8 Rs**” a seguir:

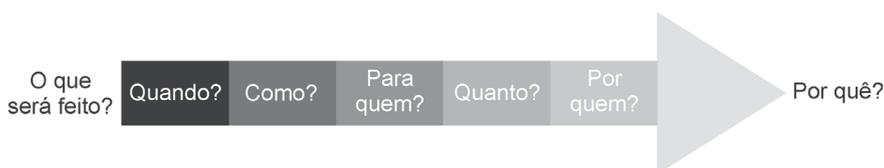
- Right Material (materiais justos)
- Right Quantity (na quantidade justa)
- Right Quality (de justa qualidade)
- Right Place (no lugar justo)
- Right Time (no tempo justo)
- Right Method (com o método justo)
- Right Cost (segundo o custo justo)
- Right Impression (com uma boa impressão)



Dessa forma, para que se possa ter uma contratação e uma fiscalização efetiva, eficaz e eficiente, torna-se necessário:



O processo de planejar envolve, portanto, um “modo de pensar”; e um modo de pensar envolve indagações; e indagações envolvem questionamentos sobre o que será feito: como, quando, quanto, para quem, por que, por quem e onde será feito.



O planejamento é o princípio fundamental da Administração, conforme pode ser verificado no art. 6º, inciso I, do Decreto-lei 200/67, e, portanto, dever jurídico dos administradores públicos.

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios :fundamentais:

I - Planejamento



Sem planejamento, como avaliar a gestão, como diferenciar a boa da má gestão?

Os critérios de eficácia, de eficiência, de efetividade e de economicidade da gestão só podem ser realmente avaliados por meio das diretrizes e metas fixadas pelo planejamento.

O planejamento é essencial na Administração Pública, pois evita a prática de gestão ineficiente e contrária aos ditames da Lei de Licitações, como :

- a) necessidade de prorrogação de contrato, cuja manutenção já não se apresenta vantajosa;
- b) contratar emergencialmente se se tratar de serviços de natureza contínua imprescindível e não houver a possibilidade de prorrogação do contrato vincendo;
- c) atrasar o atendimento à necessidade interna da Administração ou mesmo comprometendo a prestação de serviço essencial à sociedade.

O Tribunal de Contas da União vem se manifestando reiteradamente sobre a necessidade do planejamento. No **Acórdão 1.603/2008-Plenário**, o TCU recomendou aos órgãos normatizadores federais de todos os poderes que atuem no sentido de disseminar a importância do planejamento estratégico institucional e do planejamento de TI, de maneira a garantir que os gastos sejam decorrentes de ações planejadas.

As falhas que ocorrem no processo de aquisição de produtos e no de contratação de serviços, em decorrência da ineficiência ou ausência de planejamento, são tidas pelo Tribunal de Contas da União como procedimentos irregulares, podendo, inclusive, acarretar em prejuízos aos cofres públicos.

Acórdão 872/2010 - Plenário

7. Em vista das considerações ora expendidas, observo que o prosseguimento da licitação ora examinada, que se encontra, atualmente, em fase de análise das propostas técnicas, representa risco iminente de grave lesão ao erário, porquanto a **deficiência no planejamento da contratação** e a adoção de modalidade distinta

do pregão eletrônico podem resultar, efetivamente, em prejuízos efetivos ao erário.

8. É que, **sem planejamento adequado**, a contratação resultante da referida licitação corre sérios riscos de sofrer substanciais alterações de valor durante sua vigência, uma vez que os riscos inerentes à execução do seu objeto não foram mitigados previamente.

A falta de planejamento poderá, dependendo da situação, acarretar na apuração de responsabilidade a quem deu causa, conforme se observa na Orientação Normativa nº 11/2009 da Advocacia Geral da União.

Orientação Normativa/AGU nº 11, de 01.04.2009 (DOU de 07.04.2009, S. 1, p. 14) - “A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, **quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei**”.

REFERÊNCIA: art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdão TCU 1.876/2007-Plenário

Planejar a aquisição de materiais e a contratação de serviços é essencial, é o ponto de partida para uma gestão efetiva diante da máquina pública, onde a qualidade do planejamento ditará os rumos para uma boa ou má gestão.



Sem um processo de planejamento, como garantir que os recursos públicos estejam sendo bem aplicados (em quê, como e para quê)?

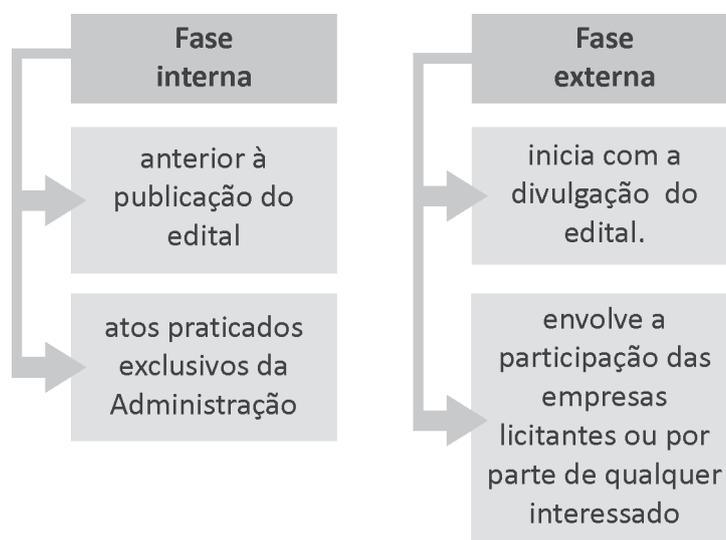
2 LICITAÇÃO

O vocábulo “**licitação**” provém do latim *licitationem*, derivado de *licitatio* ou *licitationis*, cujo significado é venda por lances, arrematação. O Direito Administrativo brasileiro, entretanto, atribui-lhe sentido diverso, principalmente a partir da reforma administrativa (Decreto-lei n. 200/67), quando licitação passou a representar o procedimento administrativo prévio necessário para viabilizar os contratos da Administração (VAZ, 2004).

De acordo com o artigo 22, XXVII da Constituição Federal, é de competência privativa da União a edição de normas gerais a respeito de licitações e contratos. Desse modo, e de forma a assegurar o cumprimento do inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal, **foram editadas a Lei de nº 8.666/1993**, que é a Lei Geral de Licitações e Contratos válida para toda a Administração Pública, e a Lei de nº **10.520/2002**, que criou o pregão, modalidade aplicável à Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, e de quaisquer dos Poderes.

Importante lembrar que a Lei nº 8.666/93 foi alterada pela Lei nº 12.349/2010, sendo que as alterações também se aplicam à Lei nº 10.520/2002.

A licitação apresenta duas fases: a interna e a externa.



O procedimento licitatório deve observar todos os princípios constitucionais e mais os princípios específicos elencados no *caput* do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93:

O Tribunal de Contas da União já se pronunciou várias vezes sobre a obrigatoriedade de se observar os princípios constitucionais no processo licitatório.

No processo licitatório, a conduta adotada pela Administração sempre se norteará como a única capaz de atender o interesse coletivo, e, por conseguinte, sem ofender os valores consagrados pelo sistema jurídico.

Os princípios aplicam-se tanto à conduta do agente da administração quanto à dos próprios licitantes.

Como já vimos anteriormente, a regra geral é LICITAR. No entanto, há exceções. O legislador infraconstitucional previu hipóteses de licitação **dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação.**



E qual a
diferença?

Licitação dispensada – é aquela que a própria lei declarou como tal. Nessa situação, a Administração Pública não necessita tomar qualquer atitude para a realização do certame licitatório. Basta a ocorrência de uma das hipóteses prescritas nos dois incisos do art. 17 da Lei nº 8.666/93.

Licitação Dispensável – O artigo 24 da Lei nº 8.666/93 especifica o rol taxativo dos casos em que poderá a licitação ser dispensável. No entanto, ainda que a situação se enquadre nesse rol, a contratação não se realiza de forma

automática. A Administração deve avaliar a conveniência e a oportunidade da contratação sem licitação.

Inexigibilidade de Licitação - A inexigibilidade de licitação justifica-se nas hipóteses em que se verifica a impossibilidade jurídica da realização do certame, quer pela natureza do negócio envolvido, quer pelos objetivos sociais almejados pelo poder público. O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 refere-se à inviabilidade de competição e, em especial, aos casos em que o fornecedor é exclusivo (inciso I) e em que o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato (incisos II e III).

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade. **Acórdão 819/2005 Plenário**

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação

pública, no caso a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame. **Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário)**

Observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com as disposições exaradas especialmente no art. 3º da Lei 8.666/1993. **Acórdão 330/2010 Segunda Câmara**



Lembrando que: o art. 26 da Lei nº 8.666/93 exige fundamentação pormenorizada para todos os casos de inexigibilidade e para a maioria dos casos de dispensa. O art. 26 estabelece a obrigação de comunicar à autoridade superior, ratificação e ainda publicação do ato na Imprensa Oficial.



**Então,
por que licitar?**

Porque licitar? Além de ser um **procedimento administrativo vinculado à lei** que define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelece a sequência dos atos a serem

praticados e impõe condições que impeçam escolhas pessoais ou subjetivas, **a licitação tem finalidade de selecionar a melhor contratação possível para o Poder Público.**



Importante

- O administrador deve agir com lealdade ao interesse público; este sempre deverá se sobrepor ao interesse particular (próprio ou de terceiros).

- Também a disputa entre os licitantes deve ser honesta; havendo conluio ou composição entre os licitantes, a moralidade do ato estará comprometida. O certame deverá ser invalidado, e os responsáveis punidos.

- À moralidade soma-se a legalidade. Assim uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

Por ser de natureza **concorrencial**, possibilita a **ampla competição** entre licitantes e, em consequência, possibilita a **obtenção de preços vantajosos** para a Administração e, principalmente, o **alcance do interesse público**, o que deve ser objetivo central a ser buscado pelo gestor público.

3. CONTRATO

A Administração Pública, após planejar suas ações e após realizar o procedimento licitatório ou outro procedimento permitido por lei, celebra acordo entre as partes (particulares), denominado contrato.

Para fins da Lei nº 8.666/93, o **contrato** é um ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, estabelecendo acordo de vontades, vínculo e obrigações recíprocas.

Art. 2º da Lei nº 8.666/93



Então, como podem ser os contratos realizados pela Administração Pública?

Vimos pelo conceito de contrato que é todo aquele realizado por entidades da Administração Pública entre si ou com particulares.

O contrato pode ser regido, integral ou parcialmente, **pelo Direito Público** ou **apenas pelo Direito Privado**. Veremos:

Artigo 62, § 3º da Lei nº 8.666/93. Exemplos:

Contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário e contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

I - Quando o contrato for regido **integralmente por normas de Direito Público**, todos os dispositivos da Lei 8.666/93 são aplicados. Entretanto, a própria lei em seu artigo 54 permite utilizar, subsidiariamente, **“os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”**

Não é utilizada em contratos privados! Cria vantagem ou restrição excedente do direito comum!

No entanto, a sua **característica predominante** é a **cláusula exorbitante**, que decorre do princípio da supremacia do interesse público, dando várias prerrogativas à Administração Pública.

Cláusula Exorbitante

Não é utilizada em contratos privados!
Cria vantagem ou restrição excedente do direito comum!

Podemos citar como cláusula exorbitante: possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração; a rescisão unilateral; **a fiscalização do contrato**; a possibilidade de aplicação de penalidades por inexecução e a ocupação, na hipótese de rescisão contratual.



Autonomia da vontade - significando a liberdade das partes na estipulação do que lhes convenha.

Supremacia da ordem pública - a vontade está sujeita à lei e aos princípios da moral e da ordem pública.

Obrigatoriedade do Contrato - o contrato faz lei entre as partes - pacta sunt servanda.

II - Há os contratos celebrados pela Administração que são **semipúblicos!!!** Obedecem algumas normas da Lei nº 8.666/93 e são regidos predominantemente pelo Direito Privado!!! Aplicam-se apenas os artigos 55 (cláusulas necessárias no contrato); 58 (cláusulas exorbitantes); 59 (nulidade do contrato); 60 (formalização do contrato) e 61 (elementos indispensáveis do contrato), todos da Lei nº 8.666/93.

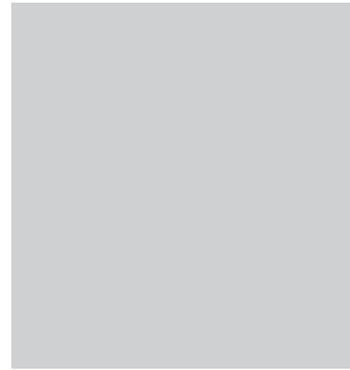
Nesse caso, por exemplo, não incidem vários dispositivos da Lei nº 8.666/03, a exemplo: artigo 65, que trata da alteração unilateral dos contratos e artigo 57, que versa sobre a duração do contrato.

III - Por último, há os contratos da Administração regidos integralmente por normas de Direito Privado, que são os contratos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista que realizam atividades econômicas.

Artigo 173 § 1º inciso II da CF – Segue o Regime Jurídico das empresas privadas.

Contrato de Administração	Todo contrato realizado pela Administração Pública
Contrato Administrativo	Regido primordialmente pela Lei 8.666/93 – aplicação subsidiária das normas de Direito Privado
Contrato Semipúblico	Regido por algumas normas da Lei 8.666/93 (arts. 55 e 58-61)
Contrato Privado	Regido integralmente por normas de Direito Privado

II - Contrato Administrativo



II - Contrato Administrativo

Na Administração Pública, os contratos mais comuns que são firmados com particulares são **os contratos de obras públicas, contratos de prestação de serviço e os que envolvem fornecimento, ou seja, o contrato administrativo.**

O **contrato administrativo**, em regra, é sempre formal e escrito, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento.

Artigo 60,
Parágrafo Único
Lei nº 8.666/93

As características principais do contrato administrativo são:

- Supremacia e indisponibilidade do interesse público
- Modificação unilateral - exceto cláusulas financeiras
- Extinção
- Imposição de sanções
- Exigência de cumprimento de prestações alheias
- Garantia de equilíbrio econômico-financeiro
- Forma prescrita em lei
- Procedimento legal
- Natureza de contrato de adesão
- Natureza *intuitu personae*
- Presença de cláusulas exorbitantes

Na elaboração do contrato administrativo, a Administração deverá definir, conforme artigo 55 da Lei nº 8.666/93, os seguintes itens, os quais são essenciais ao contrato:

- Direitos, obrigações e responsabilidades das partes;
- Condições de execução do contrato;
- Objeto e elementos característicos do serviço;
- Regime de execução;
- Preço, condições de pagamento;
- Reajuste - critérios, periodicidade, data-base;
- Prazos de execução;
- Prazo de recebimento do objeto do contrato;
- Previsão orçamentária;
- Garantias;
- Penalidades;
- Hipóteses de rescisão;
- Foro.

Além dos itens essenciais acima indicados, as seguintes informações deverão constar no contrato:

- Nome do órgão ou entidade da Administração e respectivo representante;
- Nome do particular que executará o objeto do contrato e respectivo representante;
- Finalidade ou objetivo do contrato;
- Ato que autorizou a lavratura do contrato;
- Numero do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade;
- Sujeição dos contratantes às normas da Lei no 8.666/1993;
- Submissão dos contratantes às cláusulas contratuais.



Quando há a Obrigoriedade do Contrato?

A formalização do instrumento contratual é definida pelo **caput do artigo 62 da Lei nº 8.666/93**, que determina a obrigoriedade sempre que o valor da contratação superar aquele relativo ao uso da modalidade convite.

A Administração é obrigada a celebrar contrato nas seguintes situações:

- Concorrência, tomada de preços e pregão;
- Dispensas e inexigibilidades cujo valor da contratação esteja compreendido nos limites dessas duas modalidades de licitação; e
- Nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras, por exemplo: entrega futura ou parcelada do objeto e assistência técnica.

Ver Acórdão TCU
2.720/2011 – 1ª
câmara

Nas demais situações, a Administração tem a faculdade de celebrar o contrato, podendo ser substituído por outros instrumentos, tais como:

- Carta-contrato;
- Nota de empenho de despesa;
- Autorização de compra; ou
- Ordem de execução de serviço.

No entanto, devem ser aplicadas a esses instrumentos, no que for pertinente, as exigências do termo de contrato, a exemplo da descrição do objeto, do preço, dos prazos, das condições de execução, entre outras.



Importante lembrar!

A publicação, na imprensa oficial, de um resumo do contrato é condição para sua eficácia, devendo ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês

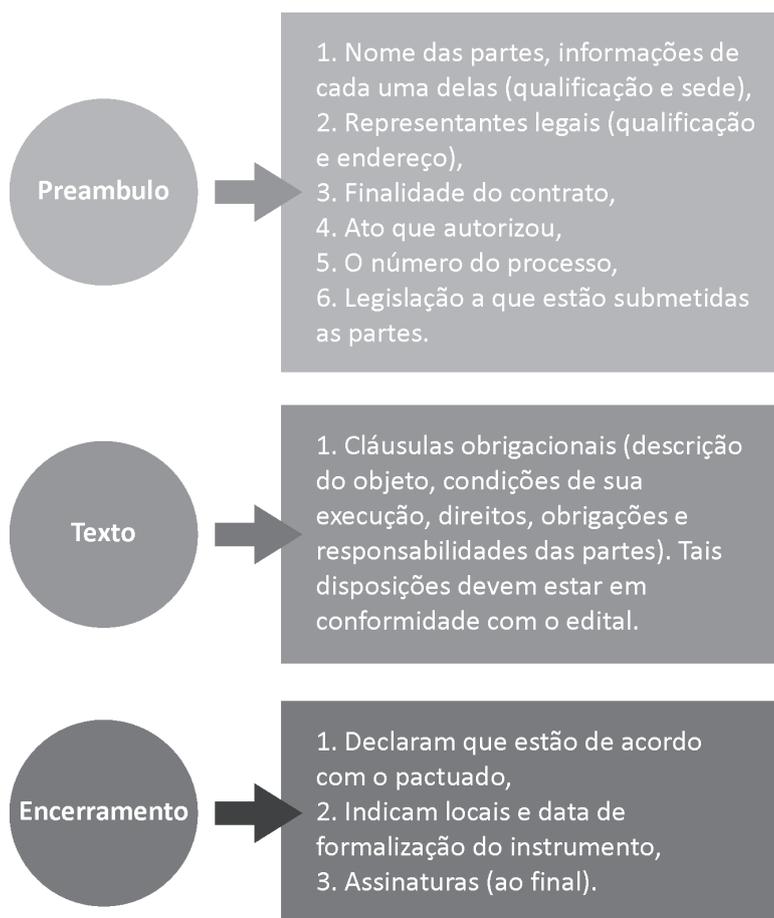
seguinte à sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 dias daquela data (art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

Princípio da publicidade
– art. 37 CF -

Como se observa, o contrato somente gera efeitos entre as partes contratantes depois da formalidade de publicação, razão pela qual a execução do objeto não poderá ser exigida do particular enquanto o contrato não se tornar público. Dessa forma, é importante que Administração busque celeridade no ato de publicação resumida do instrumento contratual (extrato).

De acordo com entendimento já consolidado no Tribunal de Contas, os deveres contratuais não estarão em vigor até que tenha ocorrido a publicação do extrato do contrato, sendo os prazos contratuais contados a partir da data da publicação e não da data da assinatura. **Ver Acórdão/TCU 400/2010 – Plenário.**

RESUMO: Elementos do Termo Contratual:



O conteúdo do contrato deve mostrar claramente a vontade das partes, ressaltando que a vontade da Administração Pública deve estar condicionada ao atendimento do interesse público.

Devem fazer parte do contrato, independentemente de sua transcrição, não podendo afastá-los ou contrariar suas disposições:

Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório – art. 3º da Lei nº 8.666/93



- O edital
- O projeto básico ou o termo de referência
- A memória de cálculos
- A planilha de custos
- Os cronogramas e
- Outros descritivos que representam o objeto da contratação.

Execução Do Contrato Administrativo

A forma de execução do contrato administrativo está regulada nos **artigos 65 a 76 da Lei nº 8.666/93**.

A execução do contrato administrativo é o cumprimento do seu objeto, dos seus prazos e das suas condições, sendo gerenciado, controlado e fiscalizado diretamente pela Administração Pública.

O inadimplemento da Administração não faculta ao particular contratado o descumprimento do contrato, ou seja, mesmo se a Administração não realizar o pagamento na época acordada, não pode o particular deixar de cumprir com a sua obrigação contratual.

As condições pactuadas em contrato devem ser rigorosamente obedecidas pelas partes, conforme preceitua ao **artigo 66 da Lei nº 8.666/93**, respondendo cada uma delas por sua inexecução total ou parcial.

Ao particular é assegurada a indenização dos prejuízos ou a rescisão do contrato caso a Administração não cumpra as obrigações, nos termos do **inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93**.

Atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela administração, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

E quais são os principais direitos e obrigações das partes?

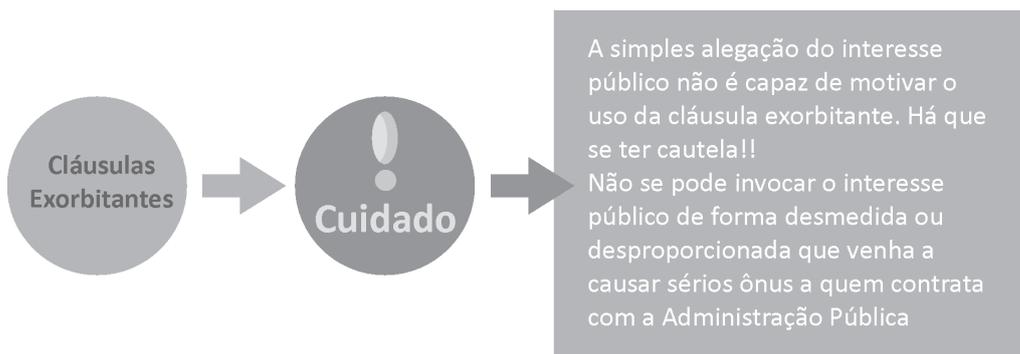
Direitos	
Contratante (Adm. Pública)	Contratado (particular)
Exercer as prerrogativas previstas nas cláusulas exorbitantes	Receber o preço convencionado; manutenção do equilíbrio econômico financeiro.
Obrigações	
Contratante (Adm. Pública)	Contratado (particular)
Pagamento do preço e entrega do local da execução da obra ou serviço.	Prestação do objeto do contrato.

É válido salientar que a Administração Pública, quando da execução do contrato, possui **poderes de autoridade** que lhe possibilitam:

a) Realizar a fiscalização do contrato: controlar a execução do contrato para evitar surpresas prejudiciais ao interesse público;

b) Realizar a modificação unilateral: realizar a alteração contratual, desde que respeitado o objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro, assim como fundar-se em motivos de interesse público.

c) Aplicar sanções: seja pela inexecução do contrato, seja pelo atraso na execução, seja por qualquer outra forma de execução imperfeita.



A finalidade do interesse público deve estar presente em todas as decisões administrativas. Podemos citar, como exemplo, alguns artigos da Lei nº 8.666/93 que referenciam o "interesse público": artigo 49, artigo 58, artigo 78, XII e artigo 5º. Entretanto a utilização indevida do princípio para justificar arbitrariedade do agente público (desvio de poder) ou para a busca de seu interesse pessoal torna o ato administrativo inválido.

Para invocar o interesse público há que, necessariamente, demonstrar qual é o interesse público. Não basta tão somente utilizar a expressão "interesse público" para legitimar a decisão, há que se motivar e dizer qual é o interesse, visto ser essa motivação pressuposto essencial de validade do ato a ser praticado pelo agente público em qualquer decisão administrativa a ser tomada.

Um retângulo cinza contendo três princípios listados verticalmente, precedido por uma seta cinza apontando para a direita.

- Moral**
Ética – atingir os fins desejados ao interesse
- Razoável**
Oportunidade e conveniência X Finalidade
- Proporcional**
Adequação entre meios e fins

Cabe ao administrador analisar o caso concreto e observar os princípios jurídicos para embasá-lo e adotar uma decisão adequada a cada caso, o que permitirá maior eficiência e eficácia na gestão dos contratos. Lembrando que, na Administração Pública, os meios que justificam os fins são as leis, e ato praticado não tem que ser somente legal, tem que ser igualmente moral, razoável e proporcional.



E qual é a duração dos contratos administrativos?

A duração dos contratos administrativos é o período estipulado para que os contratos possam produzir direitos e obrigações para as partes.

A regra é que o **prazo de vigência** dos contratos seja limitado ao exercício em que foram iniciados, ou seja, nos respectivos créditos orçamentários, conforme preceitua o artigo 57 da Lei nº 8.666/93.

Princípio da anualidade
(CF art. 165 – III - § 5º - Lei nº 4.320/64 – art 2º)

No entanto, a Lei nº 8.666/93 admite algumas exceções, permitindo que o prazo de vigência ultrapasse os respectivos créditos orçamentários, a saber:

a) projetos cujos produtos estejam contemplados nas **metas estabelecidas no Plano Plurianual**, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso **tenha sido previsto no ato convocatório**;

b) prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua **duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos**, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, **limitada a sessenta meses**; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se **pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses** após o início da vigência do contrato.

d) hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até **120 (cento e vinte) meses**, caso haja interesse da administração. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).



Importante lembrar! Não se pode celebrar contrato por prazo indeterminado (§ 3º do artigo 57 – Lei nº 8.666/93).

Desta forma, como já indicado anteriormente, o **prazo de vigência contratual** é o período em que o contrato produz efeitos jurídicos e vincula as partes à prestação e à contraprestação assumidas.



E o prazo de execução?

É o período previsto no contrato para que o particular execute as obrigações contratualmente assumidas (etapas de execução, de conclusão, de entrega).

Da mesma forma, o prazo de execução das etapas pode sofrer alteração para ampliação do prazo inicialmente contratado, desde que ocorram os seguintes motivos:

- a) alteração do projeto ou especificações, pela Administração;
- b) superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- c) interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;
- d) aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta lei;
- e) impedimento da execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- f) omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

Para a dilação do prazo, tanto de execução quanto de vigência, há a necessidade e a obrigatoriedade de constar, por escrito, a justificativa da prorrogação e, ainda, a autorização a ser dada pela autoridade competente a celebrar o contrato (**§ 2º do artigo 57 da Lei nº 8.666/03**).

De acordo com entendimentos e orientações do Tribunal de Contas da União, para a realização da prorrogação do contrato, devem ser observados os seguintes pressupostos básicos, os quais são mínimos e condicionantes:

- a) existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;
- b) objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação;
- c) interesses da Administração e do contratado declarados expressamente;
- d) vantagens da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo;
- e) manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
- f) preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado.

Lembrete Importante: De acordo com entendimentos do TCU, **não é permitido prorrogar contrato com prazo de vigência expirado**, ainda que por um dia apenas. Neste caso, deve celebrar novo contrato. E, ainda, observar, quando da prorrogação dos contratos, o valor total, verificando para que não ultrapasse o limite estabelecido para a modalidade de licitação realizada ou que não se enquadre no art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

Ainda nesse sentido, a Advocacia Geral da União (**AGU**) também se posicionou, emitindo a **Orientação Normativa nº 3, de 1º de abril de 2009**, que retrata o seu entendimento quanto à prorrogação do prazo de vigência do contrato:

Na análise dos processos relativos à **prorrogação de prazo**, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação.

O Tribunal de Contas da União, em suas deliberações, sumulou entendimento que:

Torna-se, em princípio, indispensável à **fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos**, de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, **não havendo, entretanto, obstáculo jurídico à devolução de prazo, quando a Administração mesma concorre**, em virtude da própria natureza do avençado, **para interrupção da sua execução pelo contratante**.

Súmula 191

Os contratos de **serviços contínuos** poderão ter a sua vigência prorrogada, **em caráter excepcional**, por mais 12 meses, além do prazo previsto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, desde que devidamente justificado e comprovado que não houve falta de planejamento por parte da Administração (§4º do artigo 57). Lembrando que utilizar essa prerrogativa significa que, obrigatoriamente, deverá ser demonstrada a situação real e excepcional; caso contrário, não havendo fato excepcional, o contrato não poderá ter a sua vigência prorrogada.



Quais são os contratos executados de forma contínua?

A lei não limitou as hipóteses de contratos executados de forma contínua. O inciso II dispõe: *"a prestação de serviços a serem executados de forma contínua que poderão ter sua duração prorrogada.."*. Como a lei não define o que são serviços continuados, os estudiosos da administração e mesmo os órgãos de controle contribuem para a formulação de conceitos e para a interpretação de quais contratos estariam abrangidos por esse dispositivo.

Desta forma, podemos extrair dos entendimentos doutrinários que os serviços continuados são aqueles imprescindíveis ao funcionamento das atividades institucionais e que, se interrompidos, podem causar a solução de continuidade, a exemplo: limpeza, manutenção elétrica predial. Há de se ressaltar que ainda há polêmica

em relação a alguns serviços serem ou não de forma continuada. **Na visão do TCU, o que é contínuo para determinado órgão ou entidade pode não ser para outros.**



Lembrando! Prazos dos contratos:

Duração normal: período do crédito orçamentário (até um ano)

Exceções:

- Contratos incluídos no plano plurianual (até quatro anos).
- Serviços contínuos (até 60 meses, podendo ser prorrogados por mais 12 meses).
- Aluguel de materiais e serviços de informática (até 48 meses).
- Concessão de serviços públicos (prazos superiores a um ano).

Importante: Prorrogação do prazo de vigência do contrato não significa aumento do objeto, que permanece o mesmo!



Além da alteração do prazo contratual, pode o contrato administrativo sofrer alteração durante a sua execução?

O contrato administrativo pode ser alterado. A possibilidade de se promover a alteração contratual está prevista no **artigo 65 da Lei nº 8.666/93**. No entanto, existem pressupostos condicionados a serem observados, quais sejam: necessidade da administração, interesse público e motivação do ato, o qual tem que ser justificado e aprovado pela autoridade competente.

Há, também, regras estabelecidas e que limitam as alterações contratuais com o objetivo de evitar a fuga do processo licitatório e, ainda, proteger o interesse do particular contratado. Há de se ressaltar que **o objeto do contrato não pode ser alterado** e que, se descaracterizado, implicará o desrespeito aos princípios da igualdade, da competitividade entre os licitantes e da obrigatoriedade da licitação.

Ainda que as alterações contratuais sejam permitidas, elas são sempre limitadas e devem ser vistas como exceção, razão pela qual deve a Administração planejar os seus contratos adequadamente, realizando estudos prévios consistentes para que os mesmos sejam executados nos exatos termos em que as obrigações contratuais foram avençadas inicialmente.

A alteração contratual deve pressupor alteração efetiva na demanda de interesse público que se busca atender com o contrato administrativo e não a correção de falhas substanciais provenientes de projetos básicos ou de termos de referências deficientes e omissos.

Desse modo, o planejamento eficiente e adequado das licitações reduz, significativamente, as demandas por alterações contratuais.

As hipóteses de alteração do contrato administrativo são basicamente:

I – **Alteração unilateral**, ocorrida pela Administração;

II – **Alteração por acordo entre as partes**

Artigo 58, inciso I e artigo 65, inciso I “a” e “b” da Lei nº 8.666/93

Artigo 58, inciso I e artigo 65, inciso I “a” e “b” da Lei nº 8.666/93

A Administração possui a **prerrogativa de ALTERAR O CONTRATO UNILATERALMENTE**, ou seja, o contratado é obrigado a aceitar a alteração, ainda que garantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Trata-se da aplicação de cláusula exorbitante.**

A ALTERAÇÃO UNILATERAL permite a modificação contratual de característica distinta, sendo aplicável em duas situações: **ALTERAÇÃO de natureza QUALITATIVA** e **ALTERAÇÃO de natureza QUANTITATIVA**, conforme estabelece o inciso I, do artigo 65, da Lei nº 8.666/93.

A **alteração QUALITATIVA unilateral** decorre da necessidade de mudar a característica técnica do projeto e das especificações, **porém sem alterar o objeto do contrato (Artigo 65, I, “a” da Lei nº 8.666/93).**

No entanto, devem ser observados requisitos mínimos para se promover a alteração qualitativa do contrato, quais sejam:

- a) existência de fato superveniente, ou pelo menos de conhecimento superveniente, capaz de ensejá-la;
- b) justificativa técnica adequada e suficiente;
- c) não transmutação ou desnaturação do objeto; e
- d) respeito aos direitos do contratado.

A **alteração QUANTITATIVA unilateral** afeta a dimensão do objeto e se caracteriza pela supressão e acréscimo de quantitativo, sem que se modifiquem as especificações do contrato e os critérios definidos nas planilhas que o integram (**Artigo 65, I, “b” da Lei nº 8.666/93).**

ALTERAÇÃO POR ACORDO ENTRE AS PARTES

– A Alteração envolve tanto situações de modificação contratual obrigatória quanto situações em que se torna facultativa; ou seja, em determinados casos, qualquer das partes tem a faculdade de recusar a alteração; já em outros, mesmo que uma das partes se manifeste contrária, a modificação se impõe como necessária e inevitável.

Artigo 65, inciso II, alíneas a, b, c, d da Lei nº 8.666/93.

A alteração do contrato por acordo entre as partes poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de **força maior, caso fortuito** ou **fato do príncipe**, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Risco econômico
do contrato

Teoria da imprevisão



- Caso de força maior – criada pelo homem e surge posterior a assinatura do contrato impedindo ou dificultando o ajuste.
- Caso fortuito - eventos da natureza
- Fato do príncipe - criada pelo Poder Público, que incide sobre todos os contratos por este celebrados, autorizando a revisão das cláusulas inicialmente pontuadas.
- Fato de administração Toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarde ou impede sua execução.

Como pode ser observado, o **equilíbrio econômico-financeiro** não é atingido somente por alteração unilateral do contrato, mas também por atos da Administração, ou por fatos imprevisíveis ou imprevisíveis.

Nessa situação, importante ressaltar que, conforme ensinamentos do administrativista Marçal Justen Filho, quando verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o contratado deverá provocar a Administração para a adoção do ajuste contratual e, nesse caso, não existe discricionariedade.

A Administração somente poderá recusar o restabelecimento da equação se ausentes os seguintes pressupostos necessários:

- a) ausência de elevação dos encargos do particular;
- b) ocorrência de evento antes da formulação das propostas;
- c) ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;
- d) culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).



E quais são os limites legais para as alterações contratuais?

Os dispositivos legais que indicam os limites permitidos para as alterações contratuais são:



Por esses dispositivos, os contratos poderão ser alterados; entretanto, a Administração deverá ter cautela e prudência, lembrando sempre a necessidade de processo licitatório e observando os princípios constitucionais, entre eles o da igualdade, da impessoalidade e o da razoabilidade.

Lembrando, também, que o **objeto não pode ser alterado**.

Dessa forma, em análise dos dispositivos citados, verificamos que os contratos podem ser alterados tanto qualitativamente quanto quantitativamente.

Em consonância ao prescrito no **§ 1º do art. 65**, podemos extrair duas hipóteses:

- a) Alteração quantitativa dentro do limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato, para o caso de acréscimos ou de supressões em obras, serviços ou compras.
- b) Alteração quantitativa dentro do limite de 50%, para o caso de acréscimos, na hipótese de reforma de edifício ou de equipamento.

São alterações unilaterais e independem da concordância do contratado.



Importante: Embora o **§ 1º do artigo 65** venha **limitando a alteração unilateral quantitativa** (acréscimos e supressões), as alterações **não são restritas** apenas às que **são impostas pela Administração Pública!**

§ 2º do art. 65,
inciso II da
Lei nº 8.666/93

As **alterações relativas às supressões** possuem tratamento diferenciado com relação aos limites definidos no § 1º do artigo 65, ou seja, podem exceder os limites estabelecidos, devendo, no entanto, ser obrigatoriamente acatadas pelo contratado e mantidas as condições da avença!!! **Nesse caso, configura-se alteração quantitativa consensual.**

A alteração contratual acima referenciada trata-se de hipótese de alteração quantitativa.



E para a alteração qualitativa, existe limite de acréscimo e de supressão??

A Lei nº 8.666/93 não traz de forma explícita os limites para as alterações qualitativas. Para o doutrinador Fernando Vernalha Guimarães *“seria extremamente difícil estabelecer parâmetros de quantidade pressupondo alterações de qualidade”*.

No entanto, para as alterações qualitativas há entendimentos diferenciados na doutrina e na jurisprudência sobre a aplicação ou não dos limites estabelecidos nos §§1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 e, ainda, se esses limites podem ou não ser extrapolados, já que não existe limitação na legislação.

Essa é uma questão que não está pacificada. A **maior parte da doutrina tem entendimento** de que os limites estabelecidos nos §§1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 **somente se aplicam às alterações quantitativas.**

Entretanto, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, nos termos da **Decisão 215/99 - Plenário**, diferentemente da maioria dos doutrinadores, firmou entendimento de que **tanto as alterações contratuais quantitativas quanto as alterações unilaterais qualitativas estão condicionadas aos percentuais especificados nos §§ 1º e 2º do art. 65, da Lei nº 8.666/93.**

É entendimento também do TCU que, nas **alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas** de contratos de obras e serviços, é facultada à Administração ultrapassar os limites determinados no artigo 65 da Lei nº 8.666/93.

No entanto, o TCU estabeleceu alguns pressupostos que são obrigatórios e que devem ser respeitados. Desta forma, torna-se importante o conhecimento de parte da Decisão nº 215/99 (Plenário), colacionada a seguir:

[...]

a) tanto as alterações contratuais quantitativas — que modificam a dimensão do objeto — **quanto as unilaterais qualitativas** — que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão — **estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93**, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionálíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, **desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:**

I — não acarretar para a administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II — não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III — decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV — não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V — ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI — demonstrar-se — na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea a, supra — que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência (inexiste grifo no original).

Além dos princípios mencionados explicitamente no texto da Decisão, observa-se que os incisos I a VI indicam, também, os princípios da economicidade, da licitação, da eficiência, da inalterabilidade do objeto, da igualdade, da moralidade e da motivação.

Além dos princípios mencionados explicitamente no texto da Decisão, observa-se que os incisos I a VI indicam, também, os princípios da economicidade, da licitação, da eficiência, da inalterabilidade do objeto, da igualdade, da moralidade e da motivação.


**Importante
Destacar!**

De acordo com o entendimento do relator Ministro Valmir Campelo, proferido no **Acórdão TCU 89/2013-Plenário**, de 30 de janeiro de 2013, para fins de enquadramento na hipótese de excepcionalidade prevista na Decisão 215/1999, acima descrita, **as alterações qualitativas havidas não podem decorrer de culpa do contratante nem do contratado.**

[...]

Embargos de declaração interpostos pela Companhia Docas do Rio Grande do Norte (Codern) contra o Acórdão 3.364/2012-Plenário alegaram omissão no item da deliberação que alertou aquela empresa acerca do significativo percentual aditivado (16,95%) até então, próximo ao limite legal (art. 65, inciso II, da Lei 8.666/93), no contrato para implantação do terminal marítimo de passageiros no porto de Natal/RN. Argumentou a recorrente ser a maior parte desse montante decorrente de alteração qualitativa na obra, que atenderia às condicionantes de excepcionalidade estabelecidas pelo Tribunal na Decisão 215/1999-Plenário. Alegou ter havido necessidade de se alterar a especificação das estacas previstas em projeto, em razão da impossibilidade de o fornecedor atender a demanda em prazo compatível com o cronograma contratual. Em decorrência disso, a utilização de estacas diversas das projetadas ocasionou o redimensionamento das fundações, onerando o preço da obra. O relator considerou não haver elementos de convicção suficientes para a caracterização de caso fortuito, de situação imprevisível à época da contratação, de que a alteração de especificação não decorreu de culpa do contratado, com a demora em encomendar as estacas, ou do contratante, por falhas no projeto. **Destacou ser a ausência de culpa condição essencial para o Tribunal aceitar aditivos que ultrapassem os limites legalmente estabelecidos.** Nessa esteira, a Corte, ao acolher proposta do relator, deu nova redação à deliberação recorrida e expediu notificação a Codern da qual constou também as seguintes orientações: **a) para que a alteração em tela venha a**

ser aceita como situação de exceção prevista pelo TCU na Decisão 215/1999-Plenário, deve ficar demonstrado que as estacas não poderiam ter sido obtidas de outro fornecedor e que não houve mora da contratada na encomenda desses elementos; b) também com a finalidade de enquadramento nessa hipótese excepcional, as novas alterações nas tecnologias construtivas não podem decorrer de projeto básico insuficiente. (inexiste grifo no original)



E como verificar o valor da apuração dos limites percentuais indicados (25% e 50%)?

Os limites percentuais estabelecidos no §1º do art. 65 da Lei de Licitações para as alterações contratuais realizadas pela Administração Pública devem ser calculados com base no **valor inicial atualizado do contrato**.

Dessa forma, a base de cálculo será sempre o **valor inicial atualizado do contratado**, sendo que esse valor somente sofrerá alteração por força de reajuste e/ou revisão.

Ressalta-se que os acréscimos e supressões quantitativas não alteram a base de cálculo para novas alterações quantitativas. Para melhor entendimento, vejamos o exemplo abaixo:

Para efeito de cálculo, quando se tratar de contrato de serviços continuado, a base de cálculo é o valor mensal dos serviços.

Alterações	Reajustes (I)	Acréscimos (II)	Total do contrato (I+II)
Reajuste: 10%	11.000,00	-	110.000,00
Acréscimo: 10%	-	11.000,00	121.000,00
Reajuste: 5%	6.050,00	-	127.050,00
144.375,00 (com o acréscimo)			
Novo Acréscimo?			
O contrato poderá sofrer acréscimo de qual valor? Considerar os 25% previstos na legislação e considerar o valor final de R\$ 127.050,00.			
Reajustes	Valor do Reajuste	Valor Atualizado contrato	Acréscimo
10%	11.000,00	110.000,00	10%: 11.000,00
5%	5.500,00	115.500,00	15%: 17.325,00
Novo Acréscimo?			
Assim, o valor total do contrato (reajuste + acréscimo) corresponderá a (R\$ 127.050,00 + R\$ 17.325,00) = R\$ 144.375,00.			
Houve supressão de 25% do valor do contrato atualizado			
Alteração	Reajustes (I)	Supressão (II)	Total do Contrato
Reajuste:10%	11.000,00	-	110.000,00
Supressão: 10%	-	11.000,00	99.000,00
82.500,00 (com a supressão)			
Novo Supressão?			
O contrato poderá sofrer supressão de qual valor? Considerar os 25% previstos na legislação e considerar o valor final de R\$ 99.000,00.			
Reajustes	Valor do Reajuste	Valor Atualizado contrato	Supressão
10%	11.000,00	110.000,00	10%: 11.000,00
-	-	99.000,00	15%: 16.500,00
Assim, o valor total do contrato (reajuste + supressão) corresponderá a R\$ 99.000,00 – R\$ 16.500,00) = R\$ 82.500,00.			

Nos exemplos acima, verifica-se que no cálculo subtraiu-se os acréscimos e as supressões e considerou-se tão somente o valor inicial atualizado do contrato. Dessa forma, se considerarmos um contrato continuado com a incidência de reajustes, de repactuação ou mesmo revisão, e, ainda com acréscimos e com supressões durante sua vigência, torna-se trabalhoso separar todos os acréscimos e todas as supressões. Logo, de forma prática, pode-se trabalhar com percentuais relativos, ou seja:

Percentual máximo = 25% , logo = 0,25 + 1 = 1,25 do total.

Se considerarmos o valor total do contrato do **exemplo I**, teríamos um valor final de R\$ 127.050,00 (com reajustes e acréscimos).

Considerando que já houve um acréscimo de 10%. Qual seria o percentual calculado sobre o montante de 127.050,00 para o acréscimo de 15% do valor inicial atualizado do contrato?

Percentual máximo = 25% , logo = 0,25 + 1 = 1,25 do total.

Já houve acréscimo de 10% = 0,10 + 1 = 1,10 do total

Cálculo:

$1,25 / 1,10 = 1,136363$, ou seja, posso acrescentar ao valor atualizado o percentual de 1,136363, assim o valor passa de R\$ 127.050,00 para R\$ 144.375,00. Dessa forma, utilizou-se o percentual de 13,6363%

Quando se utiliza o 25% = $25/100 = 0,25$

$0,25 + 1 = 1,25$

Se já utilizou 10%, basta efetuar a divisão entre o 25% e 10% ou seja, $1,25/1,10 = 1,136363$ logo = $1,136363 - 1 = 13,63\%$

Se multiplicar o relativo $1,10 \times 1,136363 = 1,2$

Percentual máximo = 25% , logo = 0,25 - 1 = 0,75 do total.

Se considerarmos o valor total do contrato do **exemplo II**, teríamos um valor final de R\$ 99.000,00 (com reajustes e supressões). Considerando

que já houve uma supressão de 10%. Qual seria o percentual calculado sobre o montante de 99.000,00 para a supressão de 15% do valor inicial atualizado do contrato?

Percentual máximo = 25% , logo = $(-0,25 + 1 = 0,75$ do total.

Já houve supressão de 10% = $(-0,10 + 1 = 0,90$ do total

Cálculo:

$0,75 / 0,90 = 0,833333$, ou seja, posso realizar supressão ao valor atualizado do contrato de 0,833333, passando o valor de R\$ 99.000,00 para R\$ 82.500,00. Assim, utilizou-se o percentual de 0,16667 (16.67%).

Quando se utiliza o 25% = $25/100 = (-)0,25$

$(-)0,25 + 1 = 0,75$

Se já utilizou 10%, basta efetuar a divisão entre o 25% e 10% ou seja, $0,75/0,90 = 0,833333$, logo $0,83333 - 1 = 0,16667 = 16.67\%$

Se multiplicar o relativo $0,83333 \times 0,90 = 0,7$

Importante!

O entendimento do Tribunal de Contas da União é no sentido de aplicar o cálculo de forma isolada, para cada conjunto de acréscimos e para cada conjunto de reduções e sem nenhum tipo de compensação entre eles. Desta forma, o limite de percentual é aplicado individualmente sobre o valor original do contrato.

De acordo com a jurisprudência do TCU, não é permitido utilizar-se compensação entre as alterações (acrécimo/supressão), ou seja, realizar um acréscimo de 60% do valor do contrato e, em contrapartida, compensar realizando a supressão 40%. A modificação estaria, em tese, dentro dos 25%, entretanto, contrária à determinação legal e à jurisprudência do Tribunal de Contas.

Ver Acórdão
TCU 2819/2011-
Plenário

É válido sempre ressaltar os ensinamentos de Marçal Justen, que, com propriedade, orienta: *“como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia”*. (grifo nosso)

E para a formalização das alterações contratuais, qual é o procedimento?

Em conformidade com o **artigo 60 e parágrafo único do artigo 61**, ambos da Lei nº 8.666/93, são estabelecidos requisitos para a celebração dos contratos administrativos, inclusive mencionando a expressão “seus aditamentos”. Assim, temos:

Artigo 60 - Os contratos e **seus aditamentos** serão lavrados (...)

Artigo 61 – (...)

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de **seus aditamentos**

Assim, toda e qualquer alteração contratual (artigo 65 da Lei nº 8.666/93) ou prorrogação de prazos (artigo 57) deverá ser formalizada através de celebração de **termo aditivo ao contrato**. Além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações do contrato, a exemplo: alteração do nome ou denominação empresarial da contratada; alteração do endereço da contratada; retificação de cláusula contratual e retificação de dados (CNPJ) da empresa contratada (quando, por equívoco, ocorrer falha no registro desses dados).

Entretanto, convém ressaltar que a lavratura do termo aditivo não é exigida para todos os eventos que ocorrem durante a execução do contrato. **A Lei nº 8.666/93 em seu § 8º do artigo 65** enumera casos que

não caracterizam alteração contratual, podendo ser formalizados por **APOSTILA** e, conseqüentemente, dispensada a celebração de termo aditivo. As situações previstas no § 8º do art. 65 são:

- Variação do valor contratual decorrente de reajuste previsto no contrato;
- Compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento;
- Empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido.

Desta forma, **APOSTILA** significa, de acordo com o dicionário Aulete:

(...)

2. Anotação feita nas margens de um texto, com o intuito de complementá-lo.

3. Adendo a um documento oficial.

(...)

E, ainda, segundo o dicionário, **ADITIVO** tem como sinônimo:

(...)

4. O que se adiciona, acrescenta; ADICIONAL

5. Jur. Acréscimo a documento, projeto, lei etc

6. Pol. Texto que complementa ou modifica lei, projeto de lei, projeto de resolução etc.

(...)

Diante dos conceitos de **apostila** e de **aditivo**, podemos definir que a apostila é um registro que poderá ser realizado no próprio contrato original ou em outro documento oficial. Enquanto que o aditivo é um instrumento realizado separadamente e segue toda a formalidade, inclusive a obrigatoriedade de publicação na Imprensa Oficial, do contrato.

Não utilizar **apostila** em alterações substanciais que somente podem ser realizadas por aditamento! Observa-se nos inúmeros julgados do TCU que muitos gestores públicos têm utilizado, equivocadamente, a apostila em substituição ao termo aditivo. Em algumas situações verifica-se que o procedimento é intencional com o propósito de burla à Lei de Licitações. Nessas situações constata-se a utilização abusiva e ilegal do apostilamento para a realização de acréscimos contratuais já que por esse instrumento não há a necessidade de dar publicidade aos respectivos atos!



Cuidado e atenção!

A formalização do termo aditivo deve, necessariamente e obrigatoriamente, seguir o seguinte fluxo:

O posicionamento do TCU é firme quanto à obrigatoriedade da formalização de termo aditivo para as alterações contratuais, sendo que



a ausência desse instrumento é considerada irregularidade grave, passível, inclusive, da aplicação de multa aos gestores. Importante citar alguns julgados recentes do Tribunal de Contas da União que tratam do assunto e cuja leitura é importante, quais sejam: Acórdão 2590/2012 – Plenário; Acórdão 1227/2012 – Plenário; Acórdão 3260/2011 – Plenário; Acórdão 1833/2011 – Plenário.

Já vimos as alterações contratuais (quantitativas e qualitativas), a base de cálculo dos limites percentuais (25% e 50%) e o procedimento para a formalização dessas alterações. Agora vamos tratar do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

E quais são os procedimentos e/ou instrumentos utilizados para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos?



Importante lembrar que o equilíbrio econômico-financeiro é a igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

Desta forma, para a manutenção desse equilíbrio existem alguns instrumentos que são utilizados, que são o **REAJUSTE**, a **REVISÃO** e a **REACTUAÇÃO**.

O **REAJUSTE** tem por finalidade recompor o equilíbrio financeiro do contrato em razão da **variação normal do custo de produção decorrente da inflação**. Podem ser utilizados índices específicos ou setoriais, desde que oficiais.



Os dispositivos legais que tratam do reajuste contratual são: artigo 40, inciso XI, artigo 55, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93 e artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192/2001.

O reajuste somente poderá ser realizado em periodicidade igual ou superior a um ano, contado a partir da data limite para apresentação da proposta ou do

orçamento a que essa se referir, de acordo com a Lei nº 10.192/2001, que dispôs sobre medidas complementares ao Plano Real.

É obrigatória a indicação no edital da licitação do critério de reajuste. O contrato administrativo também deve conter cláusula que contenha critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, que serão aqueles estabelecidos pelos artigos 1º e 2º da Lei 10.192/2001.

Para a comprovação da necessidade de reajustamento do preço exige-se a apresentação das planilhas de composição do preço, com todos os seus insumos, assim como dos critérios de apropriação dos custos indiretos.

A **REVISÃO** tem por objetivo corrigir **distorções geradas por ocorrências extraordinárias e imprevisíveis** ou previsíveis com consequências inestimáveis.

Esse instrumento consta do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993 (**teoria da imprevisão**).



Entretanto, para que ocorra a revisão contratual, deve haver a motivação do ato, sendo este iniciado a partir de solicitação realizada por um dos contratantes, o qual deve demonstrar a onerosidade excessiva originada pelos acontecimentos supervenientes. É indispensável que esse fato fique exaustivamente comprovado em processo administrativo regular.

É desvinculada de quaisquer índices de variação inflacionária, buscando fora do contrato soluções que devolvam o equilíbrio entre as obrigações das partes.

Por ser considerada situação de caráter excepcional, de grande desequilíbrio e imprevisibilidade, relacionada à teoria da imprevisão (álea extraordinária), a revisão dos contratos **poderá ocorrer em momento anterior ao período mínimo de um ano de sua vigência**, diferentemente do reajustamento que somente é aplicado após um ano de sua celebração.

A alteração do valor do contrato em função da revisão contratual deve sempre ser **formalizada mediante termo aditivo**, uma vez que se trata de uma situação excepcional e que deve ser devidamente comprovada (a sua ocorrência, bem como a sua extensão) em processo administrativo.

A **REPACTUAÇÃO** se parece com o reajuste. É utilizada **para readequar o valor do contrato administrativo à variação de custos periódica a que se sujeita. Não se utiliza de indexador de preços**, entretanto examina-se a real evolução de custos que integram o contrato.



Tendo em vista que a inflação, após a implantação do Plano Real, começou a ser um fato previsível, com a

possibilidade de prever uma margem da futura variação de preços, **surgiu o instituto da repactuação** como uma espécie de reajustamento de preços **ao lado do reajuste**. O entendimento voltado para a repactuação foi no sentido de que, com a comprovação, por parte do contratado, do aumento de seus custos, através de documentos hábeis e de planilhas comparativas de preços, poderia, então, a aplicação de índice não retratar a verdade dos fatos, onerando injustamente ou o particular ou a Administração Pública.

Dessa forma, verificou-se que a aplicação automática de índice para reajustar os valores do contrato e permitir uma equiparação de encargos se mostrou menos eficaz do que a utilização da repactuação.

Atualmente, o entendimento vigente no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) é exatamente no sentido da adoção da repactuação no lugar do reajuste, com a finalidade de buscar cada vez mais a efetiva variação dos custos.

De igual forma, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa n.º 2/2008, atualizada, que, em seu artigo 37 assim determinou: *“a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra”* (grifo inexistente no original).

Igualmente ao reajuste, também deve estar prevista no instrumento convocatório.

A observância do interregno de 12 (doze) meses também é condicionante para a concessão da repactuação. Deverá ser precedida de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação.

Os pressupostos de validade para a repactuação que viabilizam a análise e a concretização do direito do contratado, previstos no Decreto 2.271, de 1997, e na Instrução Normativa/SLTI/MP nº 02/2008, são:

- a) Os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração;
- b) As particularidades do contrato em vigência;
- c) A nova planilha com a variação dos custos apresentada;
- d) Indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes;
- e) A disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

A repactuação é formalizada por **meio de apostilamento**, exceto quando coincidir com a prorrogação contratual, quando deverá ser formalizada por aditamento.

Importante destacar que o contratado deverá exercer, perante a Administração, ou seja, solicitar seu direito à repactuação contratual, da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo

salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que, **se não o fizer de forma tempestiva** e prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, **ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar**. Igualmente ocorrerá preclusão se houver expiração do prazo de vigência do contrato. **(art. 40, § 7º, IN/SLTI nº 02/2008)**

Importante!

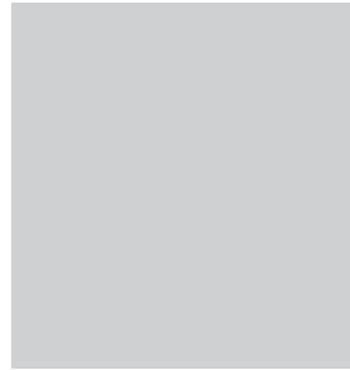


A preferência para os contratos relativos a serviço continuado é a utilização do instituto da repactuação. No entanto, o TCU orienta que pode ser adequada a adoção de uma ou outra forma, a depender do contrato. Concluiu que **não há qualquer afronta ao ordenamento jurídico**, quando se fazem presentes em um contrato de serviços de natureza continuada cláusulas que preveem **seu reajuste**, isso supondo que a vigência do contrato extrapola 12 meses, **bem como sua repactuação**. (Acórdão nº 3388/2012, Acórdão 54/2012 e Acórdão 2760/2012, todos do Plenário)

Diante de todo o exposto, os institutos da repactuação, do reajuste e o da revisão podem ser resumidos da seguinte forma:

Instituto	Revisão	Reajuste	Repactuação
Objetivo	Recomposição de Custos	Restabelecer poder aquisitivo da moeda ou insumos	Alcançar valor de mercado
Embasamento Legal	Art. 37, XXI Constituição Federal. Alínea "d", Inciso II, art. 65 da Lei nº 8.666/93.	Artigo 40, inciso XI, artigo 55, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93 Lei 10.192/01	Instrução Normativa/SLTI/MP nº 02/2008 Decreto nº 2.271/97
Periodicidade	Não há	Anual	Anual
Índice Pré-definido	Não	Sim	Não

III - Fiscalização e Gestão de Contratos



III -Fiscalização e Gestão de Contratos

FUNDAMENTO LEGAL - Obrigatoriedade - Artigo 58, inciso III, c/c artigo 67 da Lei 8.666/93.

O acompanhamento e a fiscalização dos contratos é um **PODER-DEVER** da Administração Pública visto que objetiva assegurar-se de que o objeto contratado seja recebido ou executado a contento e as obrigações decorrentes sejam realizadas no tempo e modo devidos e que as cláusulas contratuais sejam rigorosamente observadas.

Importante se torna enfatizar que a gestão e a fiscalização de contrato são institutos diferentes, não podendo confundi-los. A **gestão** é o **gerenciamento de todos os contratos**; a **fiscalização** é pontual, sendo exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como exige a lei, que cuidará **pontualmente de cada contrato**.

Realizar uma gestão e uma fiscalização contratual não envolve apenas o aspecto da legalidade, isto é, se as ações estão de acordo com a lei e os regulamentos pertinentes. Envolve também as dimensões de **eficiência**, **eficácia** e **efetividade**, ou seja, implica verificar se estão sendo produzidos os resultados esperados, a um custo razoável, se as metas e objetivos estão sendo alcançados e se os usuários estão satisfeitos com os serviços que lhes são prestados.

Os termos eficiência, eficácia e efetividade são utilizados na gestão/fiscalização dos contratos administrativos da seguinte maneira: **Eficiência** significa otimizar os recursos existentes; **Eficácia**, atingir os objetivos organizacionais; **Efetividade**, o resultado apresentado ao longo do tempo. Portanto:

Eficiência é:

- Fazer as coisas de maneira adequada,
- Resolver problemas,
- Salvaguardar os recursos aplicados,
- Cumprir o seu dever e
- Reduzir os custos.

Eficácia é:

- Fazer as coisas certas,
- Produzir alternativas criativas,
- Maximizar a utilização de recursos e
- Obter resultados.

Efetividade é:

- Manter-se no ambiente e
- Apresentar resultados globais positivos ao longo do tempo.

Os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública para a realização de obras, para a aquisição de bens ou para a prestação de serviços constituem um ponto bastante sensível. Não rara tem sido a frequência em que temos nos deparado com escândalos veiculados por toda a mídia a respeito dos processos de licitação e dos termos contratuais, a exemplo de obras públicas superfaturadas e inacabadas, compras de bens inadequados e com sobrepreço e envolvimento de agentes públicos. Além das constantes auditorias realizadas pelos órgãos de controle, a exemplo do TCU e da CGU que apontam inúmeras irregularidades na conta do gestor público.

De acordo com a CGU, a auditoria encontrou indícios de direcionamento de licitações realizadas (...); indícios de cartelização nos serviços de lavanderia, limpeza e conservação (...); superestimativa de quantitativos de equipamentos locados e alto custo dessas locações quando comparados à possibilidade de compra dos mesmos.

(...)a CGU constatou que a empresa (...) acabou contratada para prestar serviço de (...), por dispensa emergencial, “embora tenha apresentado preços unitários superiores em quase 180% aos apresentados por outra empresa concorrente”. Globo.com – 19/03/2012

Na auditoria feita na (...) assinada pelo chefe da CGU (...) constataram-se desde contratos sem registros no sistema interno (...), passando por procedimentos licitatórios sem formalização de termos de referências, fracionamento de despesas, planilhas semelhantes em processo de coleta de preços (que deveriam ser diferentes e repetiam até erros de tabulação, conforme análise dos técnicos da CGU). Registraram-se deficiências de capacidade gerencial, contratos sem identificação do contratado ou testemunhas ou sem aprovação do setor jurídico (...). Jornal Extra de Alagoas online – 17/01/2013

Uma investigação do Tribunal de Contas da União (TCU), iniciada em 2010, identificou irregularidades em um contrato firmado entre o (...) para serviços de (...). Em decisão publicada

esta semana no Diário Oficial da União, o TCU determinou que o Ministério não renove o contrato, que se encerra em julho de 2013, e solicitou a abertura de um processo de tomada de contas especial para quantificar os possíveis prejuízos aos cofres públicos e identificar os responsáveis.

O contrato foi firmado em julho de 2009, para a prestação dos serviços pelo prazo de 24 meses, no valor global de R\$ 13,25 milhões. Posteriormente, foram assinados termos aditivos, que aumentaram o valor para R\$ 24,1 milhões (aumento de 81,84%). O contrato também foi prorrogado por mais 24 meses.

Em 2010, o TCU iniciou uma auditoria no contrato e identificou a possível ocorrência de atos antieconômicos (...). Também foi constatado que estavam sendo feitos pagamentos sem o rigor necessário, uma vez que os responsáveis pela gestão do contrato não estariam zelando convenientemente pela verificação do grau de qualidade exigido para cada serviço, nem, tampouco, atentando para a quantificação do respectivo limite máximo de homens/hora necessários à execução de cada um dos produtos ou subprodutos.

Uma decisão tomada pelo plenário do TCU em 2011 determinou que o (...) observasse a fiscalização com o devido rigor da execução do contrato e da qualidade e suficiência dos produtos gerados, de modo a prevenir diferenças entre os pagamentos e os serviços entregues pelo (...). globo.com – 18/12/2012

Muitas vezes há um procedimento perfeito durante o processo licitatório com resultados efetivos, porém, se não houver uma execução e uma **fiscalização** eficazes, eficientes e efetivas, **há grande chance de desperdício de recurso público.**



Tendo em vista que contratação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de aplicação de recurso público, o administrador público deve dedicar especial atenção ao acompanhamento e à fiscalização de sua execução, de modo que o objetivo da contratação seja plenamente alcançado e bem empregado o dinheiro público.



Diante da importância de se realizar um correto acompanhamento do contrato, quem é o fiscal do contrato?

O fiscal do contrato (ou comissão fiscalizadora) é o servidor da Administração a quem incumbe o dever de acompanhar a execução do contrato. **(ver artigo 67, “caput”, Lei Federal nº 8.666/93).**

*Art. 67. A execução do contrato **deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (grifo inexistente no original)*

Para melhor entendimento, importa conceituar algumas expressões, a exemplo de “acompanhada e fiscalizada; “representante da Administração” e ainda, “permitida a contratação de terceiros” para que possamos entender o espírito da Lei nº 8.666/93, qual seja:

Para os verbos “acompanhar e fiscalizar”, de acordo com o dicionário Aulete, pode-se assim definir:

ACOMPANHADA = Acompanhar = Dos inúmeros conceitos para esse verbo, pode-se destacar, para o contexto, o seguinte significado: “*ocorrer ou fazer ocorrer, acontecer ou fazer acontecer simultaneamente e em relação com (fato, atividade, processo)*”.

FISCALIZADA = Fiscalizar = “vigiar o funcionamento, uso ou conduta de; supervisionar; exercer vigilância sobre; examinar de maneira rigorosa; exercer a função de fiscal”.

Logo: a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo consistem na verificação da relação entre as obrigações contratadas e as executadas (modo, forma e tempo), e na adoção das providências que se fizerem necessárias para o perfeito cumprimento dessas obrigações.

REPRESENTANTE DA ADMINISTRAÇÃO - Interpretando os diplomas legais existentes, em especial, o artigo 37 da Constituição Federal, o inciso III do artigo 58 c/c o artigo 67, ambos da Lei nº 8.666/93, e, ainda, a Instrução Normativa da SLTI nº 02/2008, que dispõe de regras para a contratação de serviços continuados ou não, infere-se que o “**representante da administração**” deverá ter vínculo com a Administração Pública devendo, portanto, ser **servidor estável, comissionado ou empregado público**. É possível, também, de acordo com o entendimento do Ministério do Planejamento, a designação de **servidores temporários** (contratados pela Lei nº 8745/93, <http://www.governoeletronico.gov.br/sisp>).

Já a **indicação de terceirizados** para o exercício do cargo de fiscal de contrato **não é permitida**. Observar o disposto no Acórdão TCU 100/2013-Plenário, a seguir:

9.20. dar ciência à (...) quanto às seguintes falhas:

9.20.1. (...) necessidade da **substituição de fiscais e auxiliares de fiscalização** dos contratos **que estejam na situação de terceirizados** ou outra análoga, não efetiva, por servidores do quadro de pessoal de Furnas e que não tenham participação direta ou indireta com a licitação que originou o contrato a ser fiscalizado, de forma a atender ao princípio de controle de segregação de funções e permitindo o aprimoramento do controle interno;

PERMITIDA A CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS - O legislador permitiu, ou seja, facultou à Administração Pública, nos casos necessários e em se tratando de informações especializadas que não possam ser supridas pelos próprios servidores da Administração, **contratar terceiros para auxiliar na fiscalização do contrato**. Lembrando que o servidor designado para a fiscalização não poderá transferir sua responsabilidade ao terceiro contratado. O terceiro contratado também não poderá adotar as providências para a correção dos problemas surgidos, visto que essa atribuição continua sendo do fiscal do contrato.

Impende registrar que a contratação de terceiros deverá ser, obrigatoriamente, precedida de licitação.

Acórdão nº 1.930/2006 – TCU - Plenário

(...)

As ocorrências que dão ensejo à proposta de aplicação de multa a todos os responsáveis ouvidos em audiência prévia no processo são, como visto, as seguintes:

(...)

4. O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para assisti-lo. Assim, parece-me claro que o contrato de supervisão **tem natureza eminentemente assistencial ou subsidiária**, no sentido de que a responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública. Apesar disso, em certos casos, esta Corte tem exigido a contratação de supervisora quando a fiscalização reconhecidamente não dispuser de condições para, com seus próprios meios, desincumbir-se adequadamente de suas tarefas, seja pelo porte ou complexidade do empreendimento, seja pelo quadro de carência de recursos humanos e materiais que, não raro, prevalece no setor público.



O fiscal de contrato, **mesmo com a assistência do terceiro contratado**, deve, necessariamente, adotar todas as medidas para sanear os problemas encontrados na execução contratual. Nessa situação, ao receber do terceiro contratado a indicação de alguma irregularidade, **deve atuar imediatamente**, sob pena de responsabilização por desídia e por negligência quanto à adoção de providências para sanar irregularidades apresentadas. Importa colacionar o entendimento do Tribunal de Contas da União especificamente sobre esta situação.

Acórdão nº 1919/2012 – TCU – Plenário

(...)

Esse conjunto de irregularidades constatadas revela a deficiência da fiscalização exercida na (...), em afronta aos princípios da eficiência, da economicidade e do dever de prestar contas insculpidos no “caput” do art. 37, e no art. 70, da Constituição Federal de 1988, e ainda em desacordo com as disposições contidas nos arts. 66, 67, 68, 69, 70, 72, 116, § 3º, inciso II, da Lei 8.666/1993, no art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 66, do Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

(...)

Essa situação encontrada constitui clara afronta aos arts. 67 e 69 da Lei 8.666/1993, no que se refere à fiscalização da execução dos contratos. Nesse caso, a Administração utiliza-se da faculdade constante do “caput” do art. 67 dessa lei para contratar um terceiro a fim de assisti-la e subsidiá-la, **porém não adota as medidas de sua responsabilidade no tempo devido**. Ou seja, apesar de ser informado pela supervisora sobre as incorreções ocorridas, o órgão contratante não exigiu do (...) o reparo dos serviços em que houve vícios ou defeitos resultantes da execução dissonante com o projeto, em total ultraje ao art. 69 da Lei de Licitações e Contratos. (grifo inexistente no original)

DESIGNAÇÃO DO FISCAL - A legislação não prevê de forma explícita qual o instrumento e qual a forma que devem ser utilizados para a designação/nomeação do representante da Administração para o exercício da atividade de fiscalização e de acompanhamento da execução do contrato.

No entanto, o Tribunal de Contas da União, assim como os doutrinadores, possuem posição solidificada que a designação/nomeação deverá ser por ato oficial específico da Administração e

devidamente publicado, assim como juntado aos autos da contratação. É importante que seja nomeado mais de um representante para que os trabalhos possam ser divididos e, também, para que não haja lacuna no acompanhamento do contrato em razão de ausências legais do representante.

Poderá ser utilizada a Portaria ou outro instrumento equivalente para a nomeação/designação dos representantes, ressaltando que essa designação/nomeação deverá ocorrer anteriormente ou no início da vigência contratual ou ainda quando da sua assinatura. A ausência da designação ou a sua intempestividade são motivos ensejadores de ressalva por parte dos órgãos de controle. Ao longo dos anos, o Tribunal de Contas vem orientando sobre essa obrigatoriedade de forma preventiva e em alguns casos, fazendo constar ressalvas quando da aprovação das contas dos gestores. Alguns exemplos de acórdãos nesse sentido estão abaixo citados:

Acórdão 265/2010 Plenário

Designar, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada.

Acórdão 99/2013 - Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2.5. não designação formal de um representante da administração para acompanhar e fiscalizar os contratos administrativos, identificada nos ajustes originados dos Contratos de (...), o que afronta o disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993.

Acórdão 100/2008 Plenário

(...)

Nomeie servidor para atuar na condição de fiscal de contrato, em atendimento ao disposto no art. 67 da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 670/2008 Plenário

(...)

Mantenha fiscal formalmente designado durante toda a vigência dos contratos celebrados pela entidade, em atenção aos arts. 67 da Lei no 8.666/1993, e 6º do Decreto no 2.271/1997.

Acórdão nº 634/2006 – TCU-1ª Câmara

(...)

Deve-se, na execução de contratos, cumprir o preceituado no art. 67 da Lei nº 8.666/93, quanto à necessária nomeação de fiscais para os contratos celebrados, que deverá ser efetuada tempestivamente, evitando a emissão de portarias de nomeação após o início da vigência daqueles. (grifei)

Acórdão 483/2006 Primeira Câmara

(...)

Acompanhe tempestivamente a execução dos contratos firmados (...)

Como pode ser observado, a designação, pela Administração Pública, de servidor para o acompanhamento e para a fiscalização da execução contratual não é facultativa e, também, não é um ato discricionário. Consiste em um **DEVER** da Administração.

Igualmente, a empresa deverá indicar representante para atuar durante a execução do contrato. Esse representante tem a denominação de PREPOSTO. De acordo com o dicionário online Aulete, preposto significa: *“Aquele que representa, substitui, fica no lugar de outro”*. O preposto também é uma obrigação constituída e um dever da empresa contratada, conforme se observa no artigo 68 da Lei nº 8.666/93:

(...)

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Portanto, as figuras do fiscal de contrato e a do preposto são importantíssimas para a correta execução e gerenciamento do contrato. Lembrando que o preposto também deverá ser indicado por escrito.

Impende destacar que o **acompanhamento de um contrato** não se resume em uma atividade formal. É a garantia de que o serviço e/ou produto será prestado e/ou entregue de acordo com o previsto em contrato. Para que um contrato seja bem gerenciado, a informalidade não poderá se fazer presente, há que se ter atuação dentro dos limites estabelecidos, registrando e exigindo o cumprimento do que está contratado.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles, existem algumas fases que integram o acompanhamento da execução do contrato pelo representante da Administração, que são compreendidas pela **fiscalização**, pela **orientação**, pela **interdição**, a **intervenção** e pela **aplicação de penalidades contratuais**. Do seu ensinamento é possível extrair o seguinte entendimento para cada uma delas:

LEI N° 8.666/93	Orientação	Estabelecer normas e diretrizes, dar e receber informações sobre a execução do contrato;
	Fiscalização	Verificar o material utilizado e a forma de execução do objeto do contrato, confirmar o cumprimento das obrigações tanto no aspecto técnico quanto nos prazos de realização;
	Interdição	Paralisar a execução do contrato por estar em desacordo com o pactuado;
	Intervenção	Assumir a execução do contrato
	Aplicação penalidade	É dever da Administração quando verifica a inadimplência do contratado na realização do objeto, no cumprimento de prazos ou qualquer outra obrigação.

Diante da importância que se deve dar à fiscalização do contrato e ao seu acompanhamento e pela leitura dos dispositivos inseridos na Lei nº 8.666/93, percebe-se que o servidor responsável pelo acompanhamento e pela fiscalização do contrato deverá ter conhecimentos não só técnicos como administrativos também.

Há uma diversidade de conhecimentos em diferentes campos que devem ser conduzidos durante a execução contratual, a exemplo: **conhecimentos técnicos sobre o objeto contratado, conhecimentos fiscais, trabalhistas e previdenciários**, além de **orçamentários**. Assim, o servidor designado para o acompanhamento contratual deverá estar atento a todas essas particularidades.

O papel do “fiscal do contrato” se reveste de relevância para a Administração Pública. Exercer a função de fiscal de contratos, na esfera pública, exige capacitação e habilidade dos servidores públicos que se dedicam a essa atividade, além de toda uma estrutura que possa dar condições de trabalho e, principalmente, quantidade suficiente de servidores para que se possa realizar uma boa prática de fiscalização de contratos.



O servidor poderá se negar a exercer a função de fiscal de contrato?

Os servidores questionam essa atribuição por considerarem uma tarefa crítica. No entanto, de acordo com a **Lei nº 8.112/90**, o exercício da tarefa de fiscalização de contratos consiste em obrigação

adicional, indicada entre os compromissos dos agentes públicos, senão vejamos:

(...)

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

(...)

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

(...)

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;



O que se espera do servidor público imbuído do dever de fiscalização de contratos?

Encontram-se identificados abaixo alguns dos atributos que se espera não só do fiscal do contrato, mas de todo e qualquer servidor público, seja na condição de servidor efetivo, comissionado, ocupante de função gratificada ou até mesmo de emprego da Administração. A tarefa de fiscalizar contratos é árdua e se soma às outras atividades, razão de o servidor, ao ser nomeado, ter o conhecimento de suas responsabilidades e de como deve, efetivamente, desempenhar a missão.

- Segurança em sua atuação;
- Cordialidade e bom relacionamento com o contratado;
- Zelo pelo interesse público;
- Integridade;
- Honestidade e responsabilidade;
- Colaborador (com seus superiores e seus pares);
- Disposição em prestar contas de seu encargo e ser avaliado;
- Capacidade de liderança;
- Ética;
- Ausência de timidez;
- Ter raciocínio ágil e manter postura isenta e equilibrada; e
- Saber lidar com críticas.

O fiscal do contrato deve, necessariamente, buscar a otimização dos recursos e manter a qualidade nos serviços prestados. Deve, também, saber orientar; defender direitos; manifestar-se motivadamente em todas as anotações que fizer no livro próprio de ocorrências; possuir organização, com vistas a cobrar o adequado cumprimento do objeto contratado.



Cabe ao fiscal do contrato refletir sobre o seu papel e como pode desempenhá-lo com excelência?

A **eficiência**, a **eficácia** e a **efetividade** de um contrato **estão diretamente relacionadas ao desempenho do servidor** quando do acompanhamento e quando da fiscalização da sua execução. Há algumas modalidades de fiscalização: quanto à forma e no tempo. Vejamos:

I - QUANTO À FORMA

a) Ativa - quando a realização das etapas depende de um ato prévio da Administração, a exemplo: análise e aprovação de exames e ensaios. Deve estar prevista contratualmente.

b) Passiva - quando a Administração fiscaliza e acompanha a execução do contrato, sem interferir, ordinariamente, no curso do seu andamento. Cumpre ao fiscal apontar as impropriedades identificadas durante a execução contratual e propor (ou adotar) as providências necessárias ao resguardo do interesse da Administração.

II – NO TEMPO

a) Contínua – exercida *pari passu* à execução contratual. Mostra-se adequada e necessária quando da execução de obras e serviços, de maneira geral.

b) Periódica - exercida em prazo determinado, ocasião em que são avaliados os resultados de etapas ou procedimentos pactuados. Aplica-se aos casos de produtos entregues de forma parcelada.

c) Única - exercida somente por ocasião do recebimento do objeto contratual. Aplica-se em contratos de fornecimento de bens.

Na fiscalização da execução do contrato, existem, também, algumas técnicas que são ferramentas importantes para o sucesso das diversas fases da fiscalização do contrato:

a) Inspeção - verificação *in loco* da existência física de objeto ou item, ou ainda, o exame visual da qualidade do objeto. (Ex.: contagem de material, medição de obra, verificação da adequação do material ou técnica empregada).

b) Benchmark - avaliação de desempenho ou qualidade, por meio de comparação com valor padrão.

c) Testes - exame, verificação ou prova para determinar a qualidade, a natureza ou o comportamento de alguma coisa, ou de um sistema sob certas condições.

d) Análise de relatórios e documentos - verificação dos resultados, por meio da apreciação de relatórios, que podem ter origem no contratado ou nos usuários dos serviços, como no caso de levantamento de satisfação.



E quais são os procedimentos que o fiscal do contrato deve adotar para a correta fiscalização e, conseqüentemente, para a obtenção de resultados com excelência?

A primeira ação importante e essencial que deve ter o fiscal do contrato é a certificação da existência de alguns documentos imprescindíveis para o seu controle e para a gestão efetiva, que são:

- Emissão da nota de empenho;
- Assinatura do contrato e de outros instrumentos hábeis;
- Publicação do extrato do contrato;
- Publicação da portaria o nomeando como Fiscal;
- Verificação das exigências contratuais e legais para início da execução do objeto,
 - Relação do pessoal que irá executar o serviço e a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada;
 - Relação de materiais, máquinas e equipamentos necessários à execução contratual.

Deverá, ainda, manter em pasta específica cópia dos documentos abaixo identificados para que possa dirimir suas dúvidas originárias do cumprimento das obrigações assumidas pela contratada:

- Contrato;
- Todos os aditivos (se existentes);
- Edital da licitação;
- Projeto básico ou termo de referência;
- Proposta da contratada e planilhas de formação de custos.

Em relação às atribuições do fiscal de contrato, a legislação não as traz de forma completa e detalhada. No entanto, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 02/2008, dispondo sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, que posteriormente foi alterada pelas INs 03/2009, 04/2009, 01/2010 e 05/2010.

A Instrução Normativa traz nos artigos 31 a 35 importantes diretrizes, que devem ser lidas juntamente com o Anexo IV – Guia de Fiscalização.

Alguns órgãos já editaram manuais de fiscalização, trazendo todo o roteiro de como, quando e de que forma realizar um acompanhamento eficiente da execução do contrato, a exemplo do Ministério da Fazenda, do Superior Tribunal de Justiça, do Instituto Federal de Educação da Ciência e Tecnologia Farroupilha, do Ministério da Educação e do Tribunal de Contas da União, entre outros.

Entre as orientações fixadas na Instrução Normativa nº 02/SLTI e, ainda, nos Manuais dos órgãos referenciados, importante se torna elencar algumas que são fundamentais para que o fiscal de contrato possa conduzir eficientemente o processo de fiscalização. São elas:

a) Conhecer detalhadamente o contrato e as cláusulas nele estabelecidas, sanando qualquer dúvida com os demais setores responsáveis pela administração, objetivando o fiel cumprimento do contrato;

b) Conhecer a descrição dos serviços a serem executados (prazos, locais, material a ser empregado);

c) Acompanhar a execução dos serviços, verificando a correta utilização dos materiais, equipamentos, contingente em quantidades suficientes para que seja mantida a qualidade dos mesmos;

d) Solicitar, quando for o caso, que os serviços sejam refeitos por inadequação ou vícios que apresentem;

e) Sugerir a aplicação de penalidades ao contratado em face do inadimplemento das obrigações;

f) Verificar se a entrega de materiais, execução de obras ou a prestação de serviços será cumprida integral ou parceladamente;

g) Anotar em livro de ocorrências todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados;

h) Comunicar à autoridade superior eventuais atrasos nos prazos de entrega ou execução do objeto;

i) Zelar pela fiel execução do contrato, sobretudo no que concerne à qualidade dos materiais utilizados e dos serviços prestados;

j) Acompanhar o cumprimento, pela contratada, do cronograma físico-financeiro;

k) Estabelecer prazo para correção de eventuais pendências na execução do contrato e informar à autoridade competente ocorrências que possam gerar dificuldades à conclusão da obra ou em relação a terceiros;

l) Realizar, juntamente com a contratada, as medições dos serviços nas datas estabelecidas, antes de atestar as respectivas notas fiscais;

m) Não receber em mãos as notas fiscais, nem demais documentos, pois os mesmos deverão ser entregues no Setor de Protocolo;

n) Realizar a medição dos serviços efetivamente realizados, de acordo com a descrição dos serviços definida na especificação técnica do contrato e emitir atestados de avaliação dos serviços prestados.



E quando se tratar de contrato de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra? Como deve ser o procedimento do fiscal do contrato?

Preliminarmente, ressalta-se que a Administração Pública não poderá realizar licitação para a contratação de fornecimento ou locação de mão de obra. Nesse caso deve, necessariamente, por força da Constituição Federal, realizar concurso público (art. 37, II da CF).

Pode, também, efetuar nomeação para cargo em comissão (art. 37, V da CF) e realizar contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da CF).

Também não poderá contratar atividades que façam parte da atividade-fim do órgão ou que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos, salvo se houver previsão legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Art. 9º, inciso I, da
IN/SLTI nº 02/08,
c/c §2º do art. 1º
Decreto 2.271/97

A utilização de mão de obra que não faz parte do quadro de pessoal da Administração Pública poderá ser objeto de contratação (terceirização), entretanto, **demanda extrema cautela e fundamentação jurídica.**

No âmbito da Administração Federal, a contratação desses serviços é regulada especificamente pelas seguintes bases legais e normativas: Lei 8.666/93; Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, § 7); Decreto nº 2.271/97 (art. 1º); IN/SLTI/MP nº 02/08 e suas alterações (art. 6º ao 13º) e IN/SLTI/MP nº 04/08. Além da Súmula 331 – TST e, apesar de não se constituir em norma, devem ser considerados também os entendimentos constantes das deliberações do TCU.

Os dispositivos legais acima identificados autorizam a Administração Pública a contratar, por meio de empresa, a prestação dos serviços e não diretamente a mão de obra. Os serviços caracterizados como atividade-meio e que podem ser contratados são: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos. (artigo 7º da IN/SLTI nº 02/2008).

A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com a Administração. Dessa forma, alguns cuidados devem ser tomados, a exemplo: não incluir, nos editais e nos contratos, situações ou exigências que possam vir a caracterizar o vínculo empregatício por meio da satisfação dos requisitos da habitualidade, subordinação, pessoalidade e remuneração.

A contratação de serviços com exclusividade de mão de obra se submete às regras e aos princípios do Direito Administrativo. No entanto, em muitos casos, ocorre fraude a direitos sociais do empregado da empresa prestadora de serviços. Dessa forma, vincula-se, também, esse contrato ao Direito do Trabalho.

Na hipótese de inadimplemento dos haveres trabalhistas dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizados, o Tribunal Superior do Trabalho já pacificou entendimento no sentido de responsabilizar o tomador de serviços com referência expressa à Administração Pública.

O inadimplemento trabalhista, mesmo que a prestação laboral tenha sido realizada, constitui afronta aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

A atuação efetiva do FISCAL nos contratos que envolvem mão de obra é de fundamental importância para que o mesmo não seja responsabilizado.

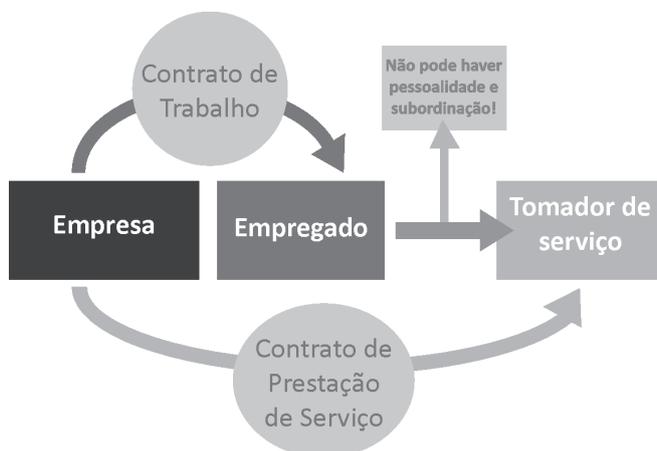
É na fase do acompanhamento e da fiscalização contratual que eventuais omissões podem e devem ser evitadas a fim de que seja efetivo o cumprimento do contrato e afastadas futuras responsabilizações trabalhistas.

A Lei nº 8.666/93 em seu artigo 71, caput estabelece que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato é do contratado. Já os parágrafos 1º e 2º do artigo 71, assim estabelecem:

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Não obstante o § 1º indicar que a inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, são inúmeros os processos trabalhistas envolvendo a Administração como tomadora de serviços.



O Tribunal Superior do Trabalho aplica de forma irrestrita a Súmula nº 331, uma vez que o inciso V indica, de forma expressa, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, afirmando que essa responsabilidade é cabível quando houver o inadimplemento do empregador.

Súmula 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifo inexistente no original)

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), transcrita no parágrafo anterior, foi alterada em 24 de novembro de 2011. O entendimento do TST anteriormente à alteração da súmula era de que o tomador de serviço (Administração Pública) era sempre responsável

subsidiariamente quando a empresa contratada não quitasse todos os encargos trabalhistas (FGTS, INSS, entre outros) de seus empregados, objeto do contrato.

A alteração foi em decorrência de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Distrito Federal. De acordo com o teor da ADC 16-DF, o Governo do Distrito Federal alegou que "tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993".

No julgamento, o plenário do STF julgou constitucional o artigo 71, entretanto, enfatizou que a responsabilidade do Estado ocorreu quando comprovada a omissão da Administração em relação à fiscalização.

Para melhor entendimento, importa colacionar abaixo o resumo do entendimento do Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 extraído da notícia divulgada no site do STF.

Segundo o presidente do STF, isso "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa". "O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público", observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União".

(....)

Decisão

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de

obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas. (grifo inexistente no original)

De acordo com o entendimento do STF NÃO É SEMPRE que ocorrerá a transferência da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas à Administração Pública por inadimplência da empresa. Entretanto, eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar o contrato pode gerar responsabilidade.

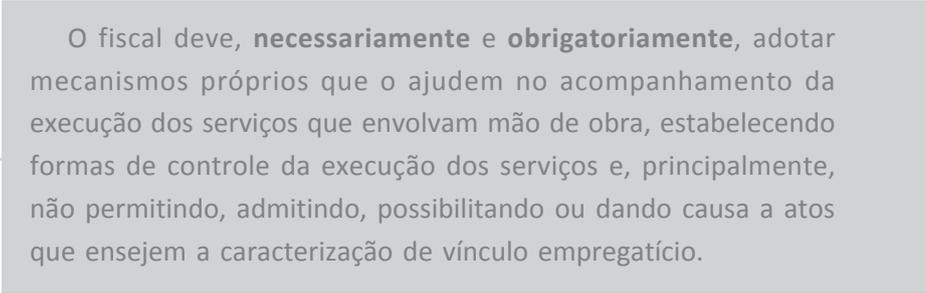
A jurisprudência majoritária tem atribuído a responsabilidade ao tomador de serviços, com base na culpa in eligendo e in vigilando, ou seja, a Administração Pública, na contratação do terceiro, deve estar atenta à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, para não correr o risco de se configurar a culpa in eligendo, quanto na execução do contrato, para não incidir na culpa in vigilando. Essas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador. Em suma: A Administração tem que contratar bem e fiscalizar corretamente!

A Administração tem que contratar bem e fiscalizar corretamente!

Na execução do contrato, quais são os procedimentos práticos que a fiscalização deve adotar para evitar a responsabilidade subsidiária?

No acompanhamento e na fiscalização do contrato, não poderá o fiscal exercer o poder sobre o empregado da empresa contratada e também não poderá dar ordens diretamente. Esse é o papel do preposto da empresa. Todos os contatos devem ser realizados junto ao preposto da empresa. Qualquer exigência ou observação a ser feita sobre os funcionários e/ou serviços deverá ser dirigida ao preposto para que o mesmo adote as providências necessárias.

A Instrução Normativa/SLTI nº 02, de 30 de abril de 2008, orienta em vários de seus dispositivos a forma como se deve proceder quando do acompanhamento e da fiscalização da execução dos contratos, em especial quando envolve a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.



O fiscal deve, **necessariamente e obrigatoriamente**, adotar mecanismos próprios que o ajudem no acompanhamento da execução dos serviços que envolvam mão de obra, estabelecendo formas de controle da execução dos serviços e, principalmente, não permitindo, admitindo, possibilitando ou dando causa a atos que ensejem a caracterização de vínculo empregatício.

A fiscalização deverá exigir das empresas o cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais e em especial realizar as seguintes verificações (§ 5º da IN/SLTI nº 03/2008):

a) Recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o artigo 195, § 3º da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;

b) Recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior;

c) Pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior;

d) Fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível (nesse caso verificar se consta esse direito na Convenção Coletiva da Categoria);

e) Concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;

f) Pagamento do 13º salário;

g) Cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e

h) Cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Ainda, na Instrução Normativa/SLTI nº 02/2008 há no anexo IV alguns procedimentos que a fiscalização deverá adotar para os contratos de terceirização com dedicação exclusiva de mão de obra, transcritos abaixo:

1. Fiscalização inicial (no momento em que a prestação de serviços é iniciada)

1.1 Elaborar planilha-resumo de todo o contrato administrativo. Ela conterá todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão, divididos por contrato, com as seguintes informações: nome completo, número de CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos e sua quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências, horas extras trabalhadas.

1.2 Conferir todas as anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados, por amostragem, e verificar se elas coincidem com o informado pela empresa e pelo empregado. Atenção especial para a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (importante esteja corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações) e todas as eventuais alterações dos contratos de trabalho.

1.3 O número de terceirizados por função deve coincidir com o previsto no contrato administrativo.

1.4 O salário não pode ser inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria (CCT). (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

1.5 Consultar eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas (por exemplo, se os empregados têm direito a auxílio-alimentação gratuito).

1.6 Verificar a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados equipamentos de proteção individual (EPIs).

2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

2.1 Elaborar planilha-mensal que conterà os seguintes campos: nome completo do empregado, função exercida, dias efetivamente trabalhados, horas extras trabalhadas, férias, licenças, faltas, ocorrências.

2.2 Verificar na planilha-mensal o número de dias e horas trabalhados efetivamente. Exigir que a empresa apresente cópias das folhas de ponto dos empregados por ponto eletrônico ou meio que não seja padronizado (Súmula 338/TST). Em caso de faltas ou horas trabalhadas a menor, deve ser feita glosa da fatura.

2.3 Exigir da empresa comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio-alimentação dos empregados.

2.4 Realizar a retenção da contribuição previdenciária (11% do valor da fatura) e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

2.4.1 Realizar a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores da contratada, caso exista autorização da empresa contratada, conforme definido no instrumento convocatório. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

2.5 Exigir da empresa os recolhimentos do FGTS por meio dos seguintes documentos:

a) cópia do protocolo de envio de arquivos, emitido pela Conectividade Social (GFIP);

b) cópia da Guia de recolhimento do FGTS (GRF) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet;

c) cópia da relação dos trabalhadores constantes do arquivo SEFIP (RE);

d) cópia da relação de tomadores/obras (RET).

2.6 Exigir da empresa os recolhimentos das contribuições ao INSS por meio de:

a) cópia do protocolo de envio de arquivos, emitido pela Conectividade Social (GFIP);

b) cópia do comprovante de declaração à Previdência;

c) cópia da guia da Previdência Social (GPS) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet;

d) cópia da relação dos trabalhadores constantes do arquivo SEFIP (RE);

e) cópia da relação de tomadores/obras (RET).

2.7 Consultar a situação da empresa junto ao SICAF.

2.8 Exigir a certidão negativa de débito junto ao INSS (CND), a certidão negativa de débitos de tributos e contribuições federais e o certificado de regularidade do FGTS (CRF), sempre que expire o prazo de validade.

3. Fiscalização diária

3.1 Conferir, todos os dias, quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções. Fazer o acompanhamento com a planilha-mensal.

3.2 Verificar se os empregados estão cumprindo à risca a jornada de trabalho. Deve ser instaurada uma rotina para autorizar pedidos de realização de horas extras por terceirizados. Deve-se combinar com a empresa a forma da compensação de jornada.

3.3 Evitar ordens diretas aos terceirizados. As solicitações de serviços devem ser dirigidas ao preposto da empresa. Da mesma forma, eventuais reclamações ou cobranças relacionadas aos empregados terceirizados.

3.4 Evitar toda e qualquer alteração na forma de prestação do serviço como a negociação de folgas ou a compensação de jornada. Essa conduta é exclusiva do empregador.

4. Fiscalização especial

4.1 Observar qual é a data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT). Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos (verificar a necessidade

de proceder ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de reajuste salarial).

4.2 Controle de férias e licenças dos empregados na planilha-resumo.

4.3 A empresa deve respeitar as estabilidades provisórias de seus empregados (estante, estabilidade acidentária etc.).

O fiscal deverá ter, em todos os contratos, seja com ou sem mão de obra, atenção permanente sobre as obrigações da contratada, definidas nos dispositivos contratuais e condições editalícias e, fundamentalmente, quanto à observância aos princípios e preceitos consubstanciados na Lei nº 8.666/93.



E quando surgirem dúvidas?

Qual o procedimento do fiscal?

O fiscal de contrato é independente e deve ter a responsabilidade de conduzir os trabalhos de acordo com os princípios da Administração Pública e, para tanto, deve ser capaz de tomar decisões equilibradas, harmônicas e válidas. As dúvidas surgidas durante a execução do contrato devem ser resolvidas com determinação e, quando não souber resolvê-las, deve, necessariamente, buscar ajuda.

No entanto, as questões que extrapolem as suas competências devem ser encaminhadas à autoridade competente, para que possam ser resolvidas. Esse procedimento deve ser célere, evitando-se possíveis complicações na execução do contrato.

**§ 2º Art. 67 –
Lei nº 8.666/93**



E quais as medidas que devem ser tomadas quando a contratada estiver inexecutando total ou parcialmente o contrato?

O fiscal do contrato deve registrar todas as ocorrências, fazendo gestão para a fiel execução do contrato. O que não for possível resolver na sua instância deverá encaminhar para a autoridade responsável propondo a aplicação das penalidades previstas em lei, dentro do princípio da razoabilidade.

A anotação é realizada em registro próprio (em geral, livro de ocorrências), conforme determina o § 1º do artigo 67 da Lei nº 8.666/93:

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

É de fundamental importância que a fiscalização registre oficialmente todas as tratativas firmadas com a empresa, devendo, necessariamente, conter todas as reclamações, impugnações e quaisquer outras informações consideradas relevantes pela fiscalização ou pela contratada, com clara identificação dos signatários e devidamente assinados.

As anotações que não forem oficialmente formalizadas (por escrito) impedem a aplicação de qualquer penalidade a que está sujeita à empresa, mesmo se tratando de um contrato cuja execução esteja ineficiente. Para que a fiscalização não seja caracterizada como omissa, toda a gestão, junto à empresa, deverá ser registrada, principalmente as providências e recomendações que o fiscal tenha formulado.

Igual procedimento deve ser adotado pela fiscalização quando realizar reuniões com a contratada. As reuniões deverão ser documentadas, e o fiscal deverá elaborar atas de reunião que deverão conter, no mínimo, os seguintes elementos: data; nome e assinatura dos participantes; assuntos tratados; decisões; responsáveis pelas providências a serem tomadas e prazo.



Importante! O fiscal do contrato deve sempre se lembrar de que: PALAVRAS VOAM, A ESCRITA PERMANECE (“*VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT*”)



E quais são as penalidades que podem ser aplicadas à empresa quando da inexecução do contrato?

Os artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93 estabelecem as penas passíveis de serem aplicadas quando da inexecução do contrato, quais sejam: **advertência, multa, suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade.**

Essas penalidades devem estar definidas no contrato administrativo e deve o fiscal ter critério ao propor a aplicação de qualquer uma delas, adotando a proporcionalidade e a razoabilidade e garantindo que seja adequada para o alcance dos fins almejados em sintonia ao que determina a Lei Federal nº 9.874/99, que regula o processo administrativo na esfera federal:

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:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e **sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.**
(grifo inexistente no original)

Importante se torna enfatizar que não cabe à fiscalização a punição do contrato, apenas fiscalizar a execução dos serviços, determinando as correções que se fizerem necessárias, registrando os fatos e encaminhando relatório consubstanciado à autoridade superior devidamente fundamentado e sugerindo as penas cabíveis.

Desta forma, as penalidades podem assim ser conceituadas:

a) ADVERTÊNCIA (Artigo 87, I da Lei nº 8.666/93) – é a pena mais leve, ou seja, caracteriza por um aviso, um alerta para que o fato relatado pela fiscalização não seja reincidente.

b) MULTA (Artigo 87, II da Lei nº 8.666/93) – é uma sanção pecuniária. A multa pode ser de **mora**, por atraso na execução e **sancionatória**, por inexecução total ou parcial. Entretanto deve estar claramente definida no instrumento convocatório e no contrato. Pode ser aplicada cumulativamente com as demais penalidades.

c) SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO (artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93) - A pena é o impedimento de contratar com a Administração, restrito somente ao órgão/entidade que aplicou a pena. Ver Acórdão/TCU nº 3439/2012-Plenário.

d) DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – (artigo 87, inciso IV da lei nº 8.666/93). É a pena mais severa. A contratada fica impedida de participar em procedimentos licitatórios e contratos de toda a Administração Pública (federal, estadual, distrital e municipal).

Importa em dolo da empresa contratada. Há que estar devidamente comprovado que praticou qualquer irregularidade ou ilegalidade na licitação ou na execução do contrato. A situação permanece enquanto durarem os motivos que ensejaram a punibilidade (art. 87, IV) ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade que a aplicou. A reabilitação somente pode ser requerida após 02 (dois anos) da aplicação dessa sanção (art. 87, §3º) e será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes da inexecução total ou parcial do contrato. A competência para a aplicação dessa penalidade é exclusiva do ministro de Estado, do secretário estadual ou municipal.



E a rescisão do contrato, quais são as situações que comportam?

De acordo com o artigo 79 da Lei nº 8.666/93, rescisão do contrato administrativo poderá ocorrer da seguinte forma:

- a) **unilateralmente**, por ato escrito da Administração;
- b) **amigavelmente**, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- c) **judicial**, nos termos da legislação.

A **rescisão unilateral** poderá ocorrer por:

- a) **“culpa” do contratado** – incisos I ao XI e XVIII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93 – inadimplemento ou inexecução do contrato;
- b) **por interesse público** – inciso XII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93;
- c) **pela ocorrência de caso fortuito ou força maior** – inciso XVII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93.

A rescisão amigável ou judicial – incisos XIII a XVI – ocorre quando há culpa da Administração, ou seja, quando essa descumpre o contrato ou impede que o contratado execute o contrato. Dessa forma, não há alternativa para o contratado senão buscar a rescisão contratual amigável ou judicial.

Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos **XII** (interesse público), **XIII a XVI** (culpa da Administração), ou **XVII** (força maior), o contratado deverá ser ressarcido dos prejuízos houver sofrido, desde que comprovados. Faz jus, também, à devolução de sua garantia e, ainda, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.



Importante! Sempre que ocorrer descumprimento das cláusulas contratuais por parte da empresa contratada, torna-se necessária a aplicação das penalidades descritas (previstas em contrato e na legislação vigente).

Lembrando que é indispensável a abertura de processo administrativo onde são juntados todos os documentos produzidos pela fiscalização do contrato, em que apontam e comprovam a inadimplência da empresa. **À empresa será concedido o direito ao contraditório e a ampla defesa.**

Responsabilização Do Servidor Público – Fiscal De Contrato

O servidor público, no exercício das atribuições de fiscal de contratos, deve, obrigatoriamente, cumprir a lei, respeitar as normas procedimentais aplicáveis e o teor do contrato, a fim de evitar eventuais responsabilizações.

O fiscal do contrato que for omissivo ou praticar qualquer ação que resultar em vantagem indevida ao contratado, ou ainda “admitir”, “possibilitar” e “dar causa” a qualquer ato ilegal, responde **civil, penal e administrativamente** pelo exercício irregular das atribuições que lhe foram confiadas, conforme dispositivos insertos na Lei nº 8.666/93:

(...)

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

(...)

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Pode-se concluir que o fiscal responde **ADMINISTRATIVAMENTE**, se agir em desconformidade com seus deveres funcionais, descumprindo regras e ordens legais. **PENAL**, quando a falta cometida for capitulada como crime, entre os quais se incluem os previstos na Seção III - Dos Crimes e das Penas, do Capítulo IV, da Lei nº 8.666/93. **CIVIL**, quando, em razão da execução irregular do Contrato, ficar comprovado dano ao erário.

As sanções civis, penais e administrativas são cumulativas e independentes entre si. No caso de absolvição criminal, a responsabilidade administrativa será afastada.

Leitura Obrigatória

O servidor público que atua na área de Administração, especialmente na área de Logística e que, sobretudo, exerce a função de “fiscal de contrato”, deve, necessariamente, estar atualizado com a legislação e com a jurisprudência. Torna-se de fundamental importância o acompanhamento dos sites que abordam o tema “licitações e contratos”, assim como a leitura de doutrinas específicas.

A leitura é imprescindível, não só para a formação profissional, mas, principalmente, para que as nossas mentes se abram a novas ideias e possamos nos dar a oportunidade de questionar tudo e a todos. Como bem coloca Diogenes Gasparine:

- Faremos afirmações que vocês já sabem;
- Faremos afirmações que, talvez, vocês não sabem;
- Faremos afirmações com as quais vocês concordam;
- Faremos afirmações com as quais vocês não concordam;
- Mas é assim mesmo, porque vamos falar de licitações e contratos! (Diogenes Gasparini)

Dessa forma, recomenda-se a leitura das referências abaixo e a pesquisa nos sites indicados.

Recomendação para Leitura e Pesquisa

1. Constituição Federal – em especial os arts. 5º, caput e LV, e 37, caput.
2. Lei nº 8.666/93 - Licitações e Contratos.
3. Lei nº 9.784, de 1999, em especial o art. 2º – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
4. Lei nº 4.150, de 1962 - Institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras e compras do serviço público.
5. Lei nº 12.232/10 - Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.
6. Lei nº 12.305, de 2010, artigo 7º, XI - Política Nacional de Resíduos Sólidos.
7. Lei nº 10.520/2002 – Institui o Pregão.

8. Lei nº 12.440, de 07.07.2011 – Altera o art. 2º; o inciso IV, do art. 27, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para exigir regularidade fiscal e trabalhista.

9. Lei Complementar nº 123, de 2006 – Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999 (em especial sobre o Acesso Aos Mercados, Seção Única - Das Aquisições Públicas - Capítulo V).

10. Decreto nº 3.555/2000 – Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

11. Decreto nº 3.931/2001 – Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

12. Decreto nº 5.450/2005 – Regulamenta o pregão, na forma eletrônica.

13. Decreto nº 6.204, de 2007 – Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal.

14. Decreto nº 2.271, de 1997 – Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

15. Decreto nº 7.203, de 2010 – Nepotismo, especialmente o artigo 7º.

16. Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19/01/2010 e atos normativos editados pelos órgãos de proteção ao meio ambiente.

17. IN-SLTI/MPOG nº 02/2008, e suas alterações.

18. Instrução Normativa/SLTI nº 04 de 12 de novembro de 2010 – Processo de contratação de soluções de tecnologia da informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal.

19. Instrução Normativa/SLTI Nº 02, de 16 de setembro de 2009 – Obrigatoriedade de Declaração de Elaboração Independente de Proposta.

20. Resolução Administrativa Nº 1470, de 24 de agosto de 2011 – TST – Institui a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (Lei nº 12.440, de 07.07.2011).

21. DECRETO Nº 7.892, de 23 de Janeiro de 2013 – Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Sites:

www.tcu.gov.br
www.cgu.gov.br
www.agu.gov.br
www.comprasnet.gov.br
www.governoeletronico.gov.br
www.planalto.gov.br
www.stf.jus.br
www.tst.jus.br

Livros Básicos

1. Licitações & Contratos. *Orientações Básicas*. 4ª ed. TCU.
2. Marçal Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
3. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. 4ª ed. 2011.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Sheldon Geraldo de. **Contratos Administrativos** - Alteração - Equilíbrio Econômico-Financeiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2083>>. Acesso em: 10 de fev. 2013.

ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO - Exegese de dispositivo da lei 8.666/93. Revista dos Tribunais 814:91, 2003.

ANDRADE, Wladimir de Oliveira. **A importância da fiscalização de contratos em virtude da súmula 331 do TST**. .www.asp.adv.br/artigo-1. Acesso em: 23/02/2013.

BERNARDO, William Herrison Cunha. **Contrato Administrativo: uma Análise Acerca da Duração e Prorrogação dos Contratos de Execução Continuada**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 06 de jun. de 2007.

BIANCOLINI, Adriano. **Limites das alterações unilaterais qualitativas dos contratos administrativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21479>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

_____. Constituição (1988). Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos proponentes em licitações para contratação de serviços terceirizados. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislação>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Subsecretaria de Compras e Contratos. Manual do gestor de contratos. Brasília: STJ, 2005. 62 p. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2175>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdãos e Decisões. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.

_____ Governo Eletrônico. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/nucleo-de-contratacoes-de-ti/perguntas-frequentes> Acesso em 23/fev/2013

_____ Dicionário Aulete. Disponível em: <http://aulete.uol.com.br/apostila#ixzz2KjnDqH1A>. Acesso em 12/fev/2013.

_____ <http://jus.com.br/revista/texto/21479/limites-das-alteracoes-unilaterais-qualitativas-dos-contratos-administrativos#ixzz2J7RASDuY>

_____ http://octalberto.no.sapo.pt/Direito_Administrativo.htm. Acesso em: 26/01/2013.

_____ <http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis/>

_____ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785&caixaBusca=N>

_____ <http://www.zenite.blog.br>. Acesso em 10/02/2013

CARVALHO, Iuri Mattos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27/01/2013.

CARVALHO, José M. Crespo, Logística, 2.ed., Lisboa, Sílabo, 1999, p. 13-17.

Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5ª ed., Dialética, p. 514.

Contrato de Obra Pública - **Circunstâncias que Determinam a Alteração do Projeto - Acréscimo de Valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato - Aditamento - Viabilidade Jurídica**". Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 191-209, abr./jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella: **Direito Administrativo**/ Maria Sylvania Zanella Di Pietro – São Paulo: Atlas, 2007, p. 243-265.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Conceito de Contrato Administrativo**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, Nov/dez-2006/ jan de 2007. Disponível na Internet <<http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 27 de fev. 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contatos Administrativos**. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. **Das alterações unilaterais quantitativas e qualitativas no objeto do contrato administrativo e seus limites**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 690, 26 maio 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6779>. Acesso em: 9 de fev.2013.

GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro; NEME, Cláudio. **Acréscimo quantitativo do objeto contratado. Exegese da expressão “valor inicial atualizado do contrato”** contida no bojo do art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 634, 3 abr. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6562>>. Acesso em: 12 de fev. 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **“Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”**. Artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Público 26/1999, São Paulo, Malheiros, p. 115-136.

Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p.910.

Limites à alterabilidade do contrato de obra pública, RDA n. 201, p. 61.

MAZZOCO, Carlos Fernando. **Duração do contrato administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3255>>. Acesso em: 3 de fev. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 232 a 233.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Antecipação dos Efeitos da Alteração Contratual**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Mar. 2011. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/administrativo/180749. Acesso em: 10 fev. de 2013

NÓBREGA, Airton Rocha. **Questões Relevantes nas licitações Públicas**. Brasília: Fórtium, 2005.

Notícias STF 24/11/2010 - ADC 16/DF - **TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada)**

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. Boletim de direito municipal, v. 23, n.3, p. 191-201, março, 2007.

Portaria nº. 281 de 29 de setembro de 2006, publicada no Diário Oficial da União em 04 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/legislação>>. Acesso em: 20 de fev. 2013.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 8.ed., 2009, São Paulo: Saraiva.

SILVA, Nilton José. **Apostilamento em substituição à celebração de termo aditivo** - Assessor Especial da AGE - Auditor do Estado. Disponível em: <http://www.auditoria.mt.gov.br>. Acesso em: 18/02/2013.

Superior Tribunal de Justiça. Subsecretaria de Compras e Contratos. Manual do gestor de contratos. Brasília: STJ, 2005. 62 p. Disponível em:<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2175>>. Acesso em: 20 de fev. 2013.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Licitação – **Linhas Gerais e Aspectos Destacados**. Artigo – Direito Administrativo. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero5/artigo13.htm>>

VIEIRA, Antonieta Pereira et al. **Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática**. Editora Fórum. 4ª edição. 2010.