

Gestão e fiscalização de contratos administrativos

Diretoria de Desenvolvimento Gerencial
Programa Gestão da Logística Pública



Apostila

Enap

Gestão e fiscalização de contratos administrativos

Programa Gestão Logística Pública

Daniel de Andrade Oliveira Barral

Brasília – 2018

Fundação Escola Nacional de Administração Pública*Presidente*

Francisco Gaetani

Diretor de Educação Continuada

Paulo Marques

Diretora de Formação Profissional e Especialização

Iara Cristina da Silva Alves

Diretor de Pesquisa e Pós-Graduação Stricto Sensu

Fernando de Barros Gontijo Filgueiras

Diretor de Inovação e Gestão do Conhecimento

Guilherme Alberto Almeida de Almeida

Diretora de Gestão Interna

Camile Sahb Mesquita

Coordenador-Geral de Educação Executiva: Pedro Junqueira Vilela; *Chefe da Assessoria de Comunicação:* Janaína Cordeiro de Moraes Santos; *Revisão:* Lucas Barbosa de Melo; *Capa:* Ana Carla Gualberto Cardoso; *Editoração eletrônica:* Vinicius Aragão Loureiro.

Ficha catalográfica por: Keicielle Schimidt de Oliveira – CRB1 2392

B2688 Barral, Daniel de Andrade Oliveira.
Gestão e fiscalização de contratos administrativos. / Daniel de
Andrade Oliveira Barral. – Brasília: Enap, 2018.
124 p. : il. –

Programa de Gestão Logística Pública

1. Gestão de contratos. 2. Fiscalização. 3. Administração Pública
— Brasil. I. Título.

CDU 351.712

Catalogado na fonte pela Biblioteca Graciliano Ramos/ENAP

© ENAP, 2018

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

Prezado Participante,

Seja bem-vindo ao Curso de Gestão e Fiscalização de Contratos, concebido e organizado pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap).

Objetivo do Curso

Dotar o aluno de referencial teórico e prática simulada que permita o controle, acompanhamento e fiscalização do fiel cumprimento das obrigações assumidas pelas partes do contrato administrativo, ao mesmo tempo em que opera as mudanças permitidas ou determinadas pela lei para a manutenção das condições iniciais do contrato e para a realização eficaz do objeto.

Objetivos de Aprendizagem

Ao final do curso, o participante deverá ser capaz de desempenhar adequadamente a função de fiscal de contratos administrativos, especialmente:

- Formalizar o contrato administrativo de acordo com as normas aplicáveis.
- Promover as alterações contratuais necessárias dentro dos limites fixados em lei.
- Manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou reequilibrá-lo, conforme o caso.
- Identificar a conveniência ou obrigação de alterar o contrato administrativo.
- Aplicar sanções administrativas pelo descumprimento do contrato.
- Realizar uma gestão eficiente, eficaz e efetiva do contrato administrativo.
- Adotar procedimentos preventivos para evitar a responsabilidade subsidiária da administração em face da Súmula 331/TST.

Principais Tópicos

- Conhecer os elementos essenciais do contrato administrativo.
- Analisar as alterações contratuais.
- Conhecer e aplicar as técnicas de fiscalização de contratos.
- Diferenciar os papéis do gestor e fiscal de contrato.
- Aplicar penalidades.

Metodologia

- Exposição dialogada
- Leitura dirigida
- Exercícios práticos

Carga horária

- 28 horas.

| | |
|--|-----------|
| 1 Introdução | 7 |
| 1.1. Da Terceirização como Técnica Administrativa de Gestão..... | 9 |
| 1.2. O que pode ser terceirizado no âmbito da Administração Pública?..... | 10 |
| 2 Do planejamento da contratação | 19 |
| 3 Do contrato administrativo | 28 |
| 3.1 Termo de contrato ou instrumentos equivalentes | 30 |
| 3.2 Das cláusulas necessárias..... | 32 |
| 3.3 Critério de medição | 36 |
| 3.4 Da vigência do contrato administrativo..... | 38 |
| 3.4.1 Da vigência dos contratos de serviços continuados | 40 |
| 3.4.2 Da vigência por prazo indeterminado | 48 |
| 3.4.3 Da vigência e eficácia | 49 |
| 3.4.4 Forma da contagem do prazo contratual | 51 |
| 3.5 Alterações no contrato administrativo | 53 |
| 3.5.1 Alteração unilateral | 54 |
| 3.5.2 Alteração por acordo entre partes | 54 |
| 3.5.2.1 Quais são os limites legais para as alterações contratuais | 55 |
| 3.5.2.2 E para a alteração qualitativa, existe limite de acréscimo e de supressão? | 55 |
| 3.5.2.3 Como apurar o valor da apuração dos limites percentuais indicados (25% e 50%)?..... | 57 |
| 3.5.2.4 Qual é o procedimento adequado para a formalização das alterações contratuais? | 58 |
| 3.6 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato | 59 |
| 3.6.2 Do reajuste | 64 |
| 3.6.2 Reequilíbrio econômico-financeiro | 65 |
| 3.6.3 Repactuação | 66 |

| | |
|---|------------|
| 4 Da fiscalização do contrato | 70 |
| 4.1 Quem deve indicar e designar o gestor e os fiscais do contrato? | 73 |
| 4.2 Cuidados da portaria de designação do fiscal | 74 |
| 4.3 Designação do gestor e dos fiscais pode ser recusada? | 74 |
| 4.3.1 Contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização..... | 77 |
| 4.4 Quem não pode ser designado fiscal de contrato | 78 |
| 4.5 Momento de designação do fiscal..... | 78 |
| 4.6 Do preposto..... | 79 |
| 4.7 Da instrução documental | 80 |
| 4.8 Rotinas básicas de fiscalização | 82 |
| 4.9 Responsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas | 84 |
| 4.10 Do recebimento do objeto | 86 |
| 5 Responsabilização do servidor público..... | 90 |
| 5.1 Da responsabilidade civil..... | 91 |
| 5.2 Da responsabilidade penal | 92 |
| 5.3 Da responsabilidade administrativa | 94 |
| 6 Extinção do contrato administrativo | 96 |
| 7 Aplicação de sanções administrativas | 100 |
| 7.1 Tipologia de penalidades..... | 101 |
| 7.1.1 Advertência | 102 |
| 7.1.2 Multa..... | 102 |
| 7.1.3 Suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração | 104 |
| 7.1.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública..... | 106 |
| 7.1.5 Impedimento de licitar e contratar com a União | 107 |
| 7.1.6 Procedimento para registro da penalidade no Sicaf | 107 |
| 7.1.7 Quadro-resumo | 109 |
| 8 Questões | 112 |
| 9 Referências bibliográficas | 124 |

Um bom contrato não é aquele em que uma das partes subjuga a outra à sua vontade. Também não é o em que as partes, felizes e risonhas, caminham em busca de um objetivo comum. Um bom contrato é o que, não só bem celebrado, mas, sobretudo, bem administrado, conduz as partes a satisfazerem seus respectivos interesses, apesar de serem estes divergentes.

Antônio Carlos Cintra do Amaral

O presente curso busca lançar um olhar sobre a gestão e fiscalização de contratos administrativos, dando destaque à atuação das duas figuras centrais do processo de garantia da eficiência e do resultado da contratação pública, quais sejam, os agentes públicos com atribuição de gestor e de fiscal de contratos.

Resumindo em lapidar conceito, Pereira Junior e Dottil asseveram que a

fiscalização consiste em acompanhar a execução, de forma proativa e preventiva, com os fins de observar o correto cumprimento, pelo contratado, das obrigações previstas nas cláusulas avençadas, e de prestar ao gestor do contrato as informações que sejam relevantes àquele acompanhamento, seja para atestar-lhes a fiel execução ou para apontar desvios que a comprometam (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2011).

Como visto, o acompanhamento e a fiscalização dos contratos é o mecanismo conferido à Administração Pública para assegurar que o objeto contratado será entregue na quantidade, qualidade e tempo devido.

Nesse sentido, a fiscalização da execução do contrato foi inscrita no rol de prerrogativas conferidas à Administração no bojo do regime jurídico dos contratos administrativos, preceito plasmado especificamente no art. 58, inciso III da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993¹, que se legitima na exata medida em que identificamos nele um instrumento concretizador de uma política pública.

¹ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

É que ao adquirir um bem ou contratar um serviço, a Administração pretende com essa contratação, no mais das vezes, satisfazer uma necessidade primária do Estado, orientando sua atuação à concretização da política pública sob o encargo do ente público contratante. Assim, quando uma escola adquire carteiras escolares, por exemplo, ela almeja prestar aos seus alunos um ensino de melhor qualidade, contribuindo, portanto, com o atendimento de sua missão institucional e da parcela da política pública sob seu encargo.

Assim, ao reunir em si mesma uma prerrogativa preordenada à concretização do interesse primário da Administração Pública e por outro lado uma obrigação imposta a todos os gestores de recursos públicos de empregar com economicidade e probidade os recursos públicos, a doutrina costuma afirmar que a fiscalização contratual consiste em um PODER- DEVER da Administração Pública. É nesse sentido que se posicionou o TCU no Acórdão nº 1.632/2009 – Plenário, abaixo reproduzido em trecho pertinente:

9. A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder-dever, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos (Voto do Min. Marcos Bemquerer).

Portanto, a atuação do fiscal e gestor está atrelada à necessidade de se verificar a ideal execução do contrato, garantindo que os recursos públicos nele empregados estão sendo executados do modo mais eficiente possível, empregando-se os materiais na qualidade e quantidade indicados na proposta e que todas as obrigações legais estão sendo corretamente adimplidas.

Enfim, são o fiscal e gestor do contrato os garantidores de que o interesse público subjacente a cada contrato administrativo não está sendo desvirtuado. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto II “não basta ter um contrato bem elaborado e adaptado às necessidades da Administração e aos interesses do contratado. É imperioso que haja uma gestão atenta e competente das atividades contratuais, visando a tornar efetivas as condições nele inscritas” (MOTTA, 2011).

Esses profissionais necessitam, para o adequado exercício de suas funções, de conhecimentos cada vez mais específicos, considerando a gama de exigências atreladas à boa execução contratual, perpassando o domínio da legislação, da doutrina mais abalizada e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), além de reunirem conhecimentos específicos e aprofundados na área técnica da pretendida fiscalização.

Neste curso, que ora iniciamos, iremos estudar mais detidamente os contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra, também conhecidos como contratos de terceirização, regulamentados, especialmente, pela Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994 e pela Instrução Normativa MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, perfazendo todo o itinerário de atuação desses agentes, desde o planejamento da contratação, passando pela elaboração do edital e contrato, pela gestão da execução, bem como o encerramento e eventual aplicação de penalidade. Desejamos uma boa leitura.

1.1. Da Terceirização como Técnica Administrativa de Gestão

Antes de iniciarmos o estudo das particularidades dos contratos de terceirização, convém realizar um breve resgate da natureza do instituto da terceirização, sua evolução histórica, e o atual entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o assunto.

Com efeito, a terceirização pode ser entendida como uma forma de organização estrutural que permite a uma empresa ou organização transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração.

Fazendo uso da concisa definição de Franceschini, a terceirização é uma abordagem de gestão que permite delegar a um agente externo a responsabilidade operacional por processos ou serviços até então realizados na empresa².

Corroborando essa afirmação, Maurice F. Greaver II³ destaca que terceirizar implica, no mais das vezes, em transferir não só a atividade, mas também os fatores de produção e a sua própria gestão, o que sobreleva o aspecto estratégico da terceirização, como moderna técnica de administração baseada no processo de gestão:

[...] the act of transferring some of an organization's recurring internal activities and decision rights to outside providers, as set forth in a contract. Because the activities are recurring and a contract is used, outsourcing goes beyond the use of consultants. As a matter of practice, not only are the activities transferred, but the factors of production and decision rights often are, too. Factors of production are the resources that make the activities occur and include people, facilities, equipment, technology, and other assets. Decision rights are the responsibilities for making decisions over certain elements of the activities transferred.⁴

Essa transferência de processos internos, que recebe o nome em inglês de *outsourcing*, surgiu nos Estados Unidos da América na década de 1940, em função do esforço daquele país na Segunda Grande Guerra. Conforme esclarece Queiroz *apud* Silva⁵:

A Terceirização foi muito aplicada ao longo da guerra, pois as indústrias da época precisavam concentrar-se na produção, cada vez melhor das armas necessárias para a manutenção da superioridade aliada e então descobriram que algumas atividades de suporte à produção dos armamentos poderiam ser passadas a outros empresários prestadores de serviços, mediante a contratação desses.

² FRANCESCHINI, Fiorenzo; GALETTO, Maurizio; VARETTO, Marco e PIGNATELLI A. Um modelo para a terceirização. Como uma empresa pode monitorar e administrar seu terceirizado em todas as etapas que requerem tomada de decisões. HSM Management. São Paulo, 42, janeiro fevereiro de 2004. site: http://ulhoa.net/Textos/Um_modelo_para_a_terceirizacao.pdf Acesso em 20/08/2015.

³ GREAVER II, Maurice F. Strategic outsourcing: a structured approach to outsourcing decisions and initiative. New York: Amacom, 1999, p. 3

⁴ Em tradução livre: Terceirização é o ato de transferir algumas das atividades internas recorrentes da organização e privilégios de decisão aos fornecedores externos, conforme previsto em contrato. Como as atividades são recorrentes e regidas por um contrato, a terceirização vai além do uso de consultores. Como prática, não apenas as atividades são transferidas, mas também os fatores de produção e direitos de decisão muitas vezes o são, também. Fatores de produção são os recursos que materializam as atividades e incluem pessoas, instalações, equipamentos, tecnologia e outros ativos. Direitos de decisão são as responsabilidades para a tomada de decisões sobre determinados elementos da atividade transferida.

⁵ QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. Manual de Terceirização. São Paulo: STS, 1992

Após o término da conflagração mundial, a terceirização evoluiu e consolidou-se como uma técnica administrativa eficiente e eficaz quando aplicada adequadamente (QUEIROZ, 1992).

O que se percebeu é que a terceirização, que surgiu como ferramenta de gestão de empresas privadas, que, ao reordenar os fatores de produção e racionalizar os custos, pretendiam concentrar esforços na sua competência essencial⁶, acabou sendo apropriado pela Administração Pública como fundamento para a implementação da redução da máquina estatal, no contexto do abandono do paradigma do Estado do Bem-Estar Social intervencionista ou providencial, em prol do modelo de Estado Subsidiário, cuja atuação está centrada no binômio complementariedade e subsidiariedade. Nesse sentido é a lição do Ministro do TST José Roberto Freire Pimenta⁷, abaixo reproduzida em pequeno trecho:

(...) no campo da Administração Pública, a terceirização recebeu tratamento legal pioneiro por meio do Decreto-Lei nº 200/67, que, ao pretender promover a reforma administrativa e como forma de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, exortava o administrador público a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas executivas e atividades internas que, pela natureza altamente especializada ou pela necessidade apenas transitória, não justificariam a criação de carreiras públicas, e isso por meio da contratação de entidades da iniciativa privada (art. 10, § 7º). (PIMENTA, 2011. Grifos nossos).

Conforme destaca Silva⁸, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico OECD, no relatório intitulado *Government at a glance*, considera que o emprego da terceirização pela Administração Pública pode ocorrer de dois modos distintos, *in verbis*:

Os governos podem terceirizar a prestação de serviços públicos de duas formas. Primeiro, eles podem comprar bens e serviços do setor não-governamental, a fim de usá-los como insumos em sua própria cadeia de abastecimento (denominado 'consumo intermediário'). Isso ocorre, por exemplo, quando os governos usam empresas privadas para fornecer serviços de apoio ou executar funções de Back-office, ou seja, não relacionados à competência essencial, secundária ou de retaguarda. Em segundo lugar, os governos podem decidir pagar uma empresa para fornecer bens ou serviços diretamente ao usuário final (denominadas 'transferências sociais em espécie por intermédio de produtores do mercado'). Isso pode incluir a terceirização das 'principais' funções anteriormente realizadas pelo governo. Tal modalidade de terceirização se verifica, por exemplo, quando o serviço de atendimento domiciliar de saúde passa a ser prestado por instituições empresariais com ou sem fins lucrativos (SILVA, 2014).

O presente curso focará sua análise na hipótese nominada de consumo intermediário, que, para que seja corretamente utilizada deve observar o elemento essencial ao manejo da terceirização, que é a apropriação de ganhos de eficiência advindos da adoção dessa técnica

⁶ Conceito desenvolvido por C.K. Prahalad no livro *Competindo pelo Futuro*, Ed. Elsevier.

⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 2, p. 271307, abr./jun. 2011.

⁸ SILVA, Danny Monteiro da. *Terceirização na Administração Pública como instrumento estratégico de Gestão*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 86.

administrativa, afastando-se da simples intermediação de mão de obra, ou *marchandage*, proibida por nossa legislação⁹, que é, segundo o Ministro José Roberto Freire Pimenta a reles venda, por um intermediário, do trabalho alheio, que se apropriaria de parte do valor da remuneração que, uma vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou aquele trabalho.

1.2. O que pode ser terceirizado no âmbito da Administração Pública?

Como exposto no tópico anterior, a terceirização teve seu berço na iniciativa privada, que, ao lançar mão dessa ferramenta de gestão, buscava maximizar a eficiência de sua atividade. Após essa breve conceituação, convém estudar de maneira mais detida quais as atividades podem ser efetivamente terceirizadas no âmbito da Administração Pública.

Ainda que não seja pertinente ou necessário historiar a evolução do entendimento da justiça do trabalho quanto ao tema, é importante registrar, fazendo uso da doutrina do professor Flávio Amaral Garcia¹⁰, que a adoção da taxonomia de atividadefim e atividade-meio teve origem em construção jurisprudencial da Justiça do Trabalho.

Referido autor sustenta, nesse seminal artigo, a ausência de fundamento legal para a utilização dos conceitos de atividade meio e fim, introduzida pela antiga Súmula nº 25611 do Tribunal Superior do Trabalho, posto que essa nomenclatura não foi adotada pela legislação pertinente encontra fundamento em nenhum dos diplomas normativos incidentes, como a Constituição Federal, o Decretolei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993 ou mesmo o Código Civil.

Para essa corrente de pensamento, o critério a ser utilizado para identificar quais atividades poderiam ser contratadas pela Administração com os particulares deveria gravitar em torno da identificação das atividades típicas do Estado, envolvendo, por exemplo, as atividades de Poder de Polícia, Tributar e Punir, como já decidiu o STF no julgamento da ADI 1717, cuja ementa está reproduzida abaixo:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL No 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3o do art. 58 da Lei no 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarandose a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1o, 2o, 4o, 5o, 6o, 7o e 8o do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70,

⁹ Este é o fundamento para a disposição contida no art. 3º da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, no sentido de que *O objeto da licitação será definido como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.*

¹⁰ GARCIA, Flávio Amaral. A RELATIVIDADE DA DISTINÇÃO ATIVIDADEFIM E ATIVIDADEMEIO NA TERCEIRIZAÇÃO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no 19, setembro, outubro, novembro de 2009. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE19_setembro2009FLAVIOAMARAL.PDF. Acesso em 24 de agosto de 2015.

¹¹ *vide* o texto da súmula revogada: Súmula 256 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e nº 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formandose o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28032003 PP 00061 EMENT VOL0210401 PP00149) (grifo nosso).

Esse é o fundamento pelo qual a Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, vedou, em seu art. 9º, a contratação de atividades estratégicas ou essenciais para o regular desenvolvimento das atividades estatais.

IN MPDG nº 05, de 2017

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção.

Contudo, ainda que consista em contundente lição doutrinária, é fato que a União internalizou em seus procedimentos a taxonomia trabalhista, tendo celebrado com o Ministério Público do Trabalho o Termo de Conciliação Judicial nos autos de nº 00810200601710007, em que se comprometeu a contratar serviços terceirizados apenas e exclusivamente nas hipóteses autorizadas pelo Decreto nº 2.271, de 7 de junho de 1997, no contexto de aplicação do Enunciado no 331 do TST, como se observa dos considerandos do mencionado documento.

Ademais, a União editou a Portaria Interministerial MP/CGU nº 494, de 18 de dezembro de 2009, que procedimentalizou a execução da mencionada conciliação judicial, bem como apresentou ao Tribunal de Contas da União proposta de substituição gradual, por servidores concursados, entre os anos de 2006 e 2010, empregados terceirizados contratados em discordância com o Decreto nº 2.271/97, que foi acolhida no Acórdão nº 1520/2006 Plenário. Presente esse quadro, impõe-se o estudo dos limites estabelecidos pelo Decreto nº 2.271 de 1997 à terceirização, com a leitura do artigo pertinente ao tema:

Decreto nº 2.271, de 1997

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Diante desse dispositivo legal, quais os comandos normativos que dele podem ser extraídos?

Para além do comando claro e óbvio encartado no § 1º do art. 1º do Decreto nº 2.271, que elenca rol de atividades que preferencialmente devem ser contratadas por meio de contratos de terceirização de serviços, também podem ser contratadas as atividades constantes do rol dos cargos em extinção ou extintos, em razão do permissivo encartado na parte final do § 2º do mesmo artigo. Confirma, dada a pertinência, as disposições da IN MPDG nº 05, de 2017, que reiteram o comando normativo que ora comentamos.

Seção III

Dos Serviços Passíveis de Execução Indireta

Art. 7º Nos termos da legislação, serão objeto de execução indireta as atividades previstas em Decreto que regulamenta a matéria.

§ 1º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998.

§ 2º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), do Ministério do Trabalho, ou outra que vier a substituí-la.

Outro ponto interessante é investigar a legalidade da contratação de serviços que, ainda que constantes formalmente do plano de cargos e salários da instituição, não são atividades essenciais ou inerentes aos cargos públicos. Seriam essas atividades passíveis de terceirização?

Da leitura combinada do art. 1º c/c o § 2º do Decreto nº 2.271, de 1997, é possível concluir pela viabilidade da terceirização de atividades abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, desde que essas atividades não sejam essenciais ou, na dicção do decreto, não sejam inerentes às categorias funcionais, que, segundo o Dicionário de Português Online Michaelis¹², é o adjetivo proveniente do latim *inhaerente* que qualifica aquilo que é ligado estruturalmente ou que, por natureza, é inseparável de alguma coisa.

Assim, o Decreto nº 2.271, de 1997, em nosso entendimento, admite a execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares à área de competência legal do órgão ou entidade, desde que essas não sejam atividades inerentes à própria constituição de cargo público integrante do plano de cargos do órgão.

Neste ponto é importante esclarecer que a súmula nº 097 do Tribunal de Contas da União não conflita com esse entendimento, pois repete o mesmo comando contido no art. 1º do Decreto nº 2.271, de 1997, ao centrar a vedação da contratação de pessoal apenas para as atividades inerentes às categorias funcionais integrantes do plano de cargos da União:

SÚMULA nº 097 Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10/12/70 (Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.

¹² <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=KPM4P>. Acessado em 22/07/2017, às 16:19.

Se a leitura isolada do art. 1º do Decreto nº 2.271, de 1997, pode não ser suficiente para convencer o intérprete quanto à correta interpretação do adjetivo inerente, sendo a primeira interpretação cabível aquela que defendemos, no sentido de que o termo se refere às competências essenciais do cargo público, enquanto a segunda entende, ao revés, que o termo se voltaria a todas as atividades encartadas no rol de atribuições de um cargo público, penso que o cotejo com as disposições contidas no art. 25 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e art. 94, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, abaixo reproduzidos em sequência, corroboram a interpretação ora defendida:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendolhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Os artigos acima reproduzidos bem demonstram o acerto da interpretação ora proposta, uma vez que aplicam o adjetivo inerente na concepção de serviço principal, pois aí ela está empregada de maneira isolada, qualificando a própria atividade terceirizada, o que, numa interpretação sistêmica da legislação permite concluir que o art. 1º do Decreto nº 2.271, de 1997 somente veda a terceirização do núcleo de atividades atribuídas aos cargos públicos.

A propósito dessa discussão, é relevante destacar que o TCU, no julgamento do Acórdão no 106914/11 P, relatado pelo Ministro UBIRATAN AGUIAR, proferido em sede de consulta formalizada ao Tribunal pelo Ministro da Educação, entendeu pela possibilidade de terceirização de atividades de apoio à análise de prestação de contas em convênios ou instrumentos congêneres. Copio trecho da mencionada decisão:

As atribuições inerentes ao acompanhamento e à análise técnica e financeira das prestações de contas dos convênios ou instrumentos congêneres constituem atividade precípua e finalística da Administração e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização. Já as atividades de apoio ao acompanhamento e à análise das prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem acessórias ou instrumentais e não requeiram qualquer juízo de valor acerca das contas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente.

Excerto: [ACÓRDÃO]

9.1. [...] conhecer desta Consulta, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 264 e 265 do Regimento Interno; 9.2. no mérito,

responder ao consulente que: 9.2.1 as atribuições inerentes ao acompanhamento e à análise técnica e financeira das prestações de contas apresentadas em virtude de convênios, ajustes ou instrumentos congêneres, que tenham por fim a transferência voluntária de recursos da União para a execução de políticas públicas, constituem atividade precípua e finalística da Administração e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização, conforme art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/1997 e art. 9º, incisos I, II e III, da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/2008;

9.2.2 as atividades de apoio ao acompanhamento e à análise das referidas prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem, nitidamente, acessórias ou instrumentais e não requererem qualquer juízo de valor acerca das contas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, nos termos do art. 1º, *caput* e § 2º, do Decreto nº 2.271/1997 e dos arts. 6º, 7º, § 2º, 8º e 9º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/2008;

9.2.3. a prestação de serviços terceirizados não deve criar para a Administração contratante qualquer tipo de vínculo com os empregados da contratada que caracterize pessoalidade e subordinação direta, de acordo com o art. 4º, inciso IV, do Decreto nº 2.271/1997 e os arts. 6º, § 1º, e 10, inciso I, da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/2008.

A leitura de trecho do voto do ministro relator é bastante elucidativa, e por pertinência, transcrevo para elucidar a questão discutida nesse processo:

8. Diante desse contexto legal e levando em conta, ainda, os termos da Portaria Interministerial nº 127/2008 (que estabelece normas para execução do Decreto nº 6.170/2007, o qual dispõe sobre as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse) e da Lei nº 11.357/2006 (que dispõe sobre a criação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – PGPE), a 6ª Secex concluiu que todos os atos que apresentem correlação com as fases típicas verificadas no curso dos convênios (celebração, execução e acompanhamento), sucedidas pela etapa de prestação de contas (parcial e final), quando atreladas ao exercício de competências próprias da Administração e à execução do orçamento federal, têm natureza finalística e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização.

9. A jurisprudência deste Tribunal também é nesse sentido, consoante exemplifica o Acórdão nº 481/2005 – Plenário, do qual extraio o seguinte trecho do voto condutor da deliberação:

“15. Como a lei especial não contém autorização para terceirização da análise de prestações de contas dos projetos culturais, deve-se aplicar ao caso a regra geral vigente no âmbito da Administração Pública Federal. Tal norma é o Decreto nº 2.271/97 que, em seu art. 1º, § 2º, veda a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais incluídas no plano de cargos da Administração Federal, atualmente previsto na Lei nº 5.645/70. Na regulamentação da Lei nº 5.645/70, em especial nos Decretos nº 72.493/73, nº 72.950/73 e suas alterações, verificase que as atividades de contabilidade e exame da aplicação de recursos integram o referido plano de cargos. Logo, a vedação de terceirização contida no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97 recai também sobre a atividade exercida pelo MinC na análise de prestação de contas de projetos culturais incentivados.”

10. Dessa forma, corroboro o entendimento da unidade técnica de que não se pode caracterizar como instrumentais os atos que importem em exame da prestação de contas de convênio, em especial na verificação dos aspectos técnicos e financeiros da aplicação dos recursos públicos descentralizados.

11. Todavia, pondero que não se pode ter a mesma compreensão quanto se trata de atividades acessórias ou instrumentais envolvidas na instrução preliminar dos processos de prestação de contas, pois, como dito pela própria unidade técnica, tais atividades são desprovidas de caráter analítico e conclusivo.

12. Apesar de o Ministro de Estado da Educação não ter especificado objetivamente quais seriam as chamadas atividades de “auxílio na instrumentalização de processos” – fazendo apenas referência à reunião em documento próprio de todas as informações, consultas e dados necessários à conclusão do exame da prestação de contas – e da relevância de todas as atividades envolvidas no procedimento, não vislumbro prejuízo, para a avaliação sobre o mérito da prestação de contas, na terceirização de serviços que, sem sombra de dúvidas, possam ser considerados como acessórios ou instrumentais.

13. Para ilustrar a situação, no meu entendimento, podem ser citadas como exemplos desses serviços as atividades relacionadas à montagem física dos processos ou à digitação de dados, tendo em vista o caráter público dos documentos que integram a prestação de contas.

14. Certamente, não é cabível repassar para terceiros qualquer ato que importe em juízo de valor sobre a aceitação ou não das despesas incluídas na prestação de contas, mas inserir dados em sistema pertencente à Administração, que efetue automaticamente críticas e aponte eventuais inconsistências (falta de correspondência entre o débito na conta bancária específica do convênio e o valor declarado na relação de pagamentos apresentada pelo gestor, por exemplo) a serem avaliadas por servidor público, pode configurar, a meu ver, atividade acessória ou instrumental, para a qual o ordenamento jurídico autoriza a terceirização. Sendo, claro, que a responsabilidade pelos dados ali inseridos deve ser do servidor que examina o processo, pois o pressuposto é de que tais dados serão conferidos por quem examina e se pronuncia no processo.

15. Anoto que a referida Lei nº 11.357/2006 estruturou os cargos de Técnico em Financiamento e Execução de Programas e Projetos Educacionais (art. 40, inciso II), de nível intermediário, prevendo como suas atribuições o **suporte** e o **apoio técnico** especializado a diversas atividades, entre as quais a “*coordenação, acompanhamento e controle da execução de programas e projetos financiados com recursos do FNDE*”, bem como a “*análise de desempenho institucional e de resultados dos programas e projetos financiados com recursos alocados no orçamento*” da autarquia.

16. Ainda que a lei não tenha delimitado os conceitos de “suporte” e “apoio técnico” (que, em tese, podem compreender qualquer atividade meio da instituição), entendo que deve haver interpretação sistemática da norma no sentido de considerar que não englobam as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, as quais podem ser objeto de terceirização, segundo o mencionado art. 1º do Decreto nº 2.271/1997, sob pena de se inviabilizar a aplicação desse instituto.

17. Destarte, concluo que é possível terceirizar serviços como os descritos no item 13 retro sempre que não houver dúvidas a respeito do seu caráter acessório ou instrumental e forem observadas as prescrições legais sobre o assunto.

18. Entre essas prescrições, destaco as que proíbem a existência de qualquer vínculo de subordinação entre o terceirizado e os servidores da Administração Pública (art. 4º, inciso IV, do Decreto nº 2.271/1997 e arts. 6º, § 1º, e 10, inciso I, da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/2008), haja vista que, na presente Consulta, houve menção à possível existência de supervisão dos trabalhos desenvolvidos pelo terceirizado por servidor público, o que afronta a legislação citada e a jurisprudência deste Tribunal, como o Acórdão nº 1.815/2003 – Plenário, referenciado pela unidade técnica.

Portanto, ainda que o Exmo. Sr. Ministro Relator não tenha enfrentado, expressamente, a questão atinente à diferenciação entre o núcleo essencial ou inerentes aos cargos públicos e, de outro lado, as atividades acessórias ou complementares passíveis de terceirização, ainda que constantes, formalmente, do rol de atividades passíveis de execução por servidores públicos, percebesse que a diferenciação apresentada nos itens 11 a 14 do seu voto abebera-se dessa separação.

Isso se confirma pela leitura dos exemplos apresentados pelo ministro no item 13 do seu voto, quando aponta como exemplo de atividades que poderiam ser terceirizadas a montagem física de processos ou digitação de dados. Ora, essas atividades são aquelas que rotineiramente são desempenhadas por servidores públicos, mas o relator, com acerto em nossa opinião, identificou nessas um caráter acessório que não constitui a essência da atividade cometida ao servidor público.

Esse entendimento foi sufragado pela Advocacia-Geral da União por meio da Nota nº 0007/2016/ASSE/CGU/AGU, aprovada pelo Despacho nº 673/2016/GAB/CGU/AGU e pelo Despacho da Exma. Sra. Advogada-Geral da União de 14 de outubro de 2016 nos autos do processo administrativo nº 00406.000050/2014-38.

Dessa forma, é possível concluir que interpretação adotada pela AGU é tendente à aceitação da terceirização de atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às atividades inerentes dos cargos públicos, em conformidade com o disposto no art. 8º combinado com o inciso IV e parágrafo único, ambos do art. 9º, todos da IN MPDG nº 05, de 2017, abaixo reproduzidos:

Art. 8º Poderá ser admitida a contratação de serviço de apoio administrativo, considerando o disposto no inciso IV do art. 9º desta Instrução Normativa, com a descrição no contrato de prestação de serviços para cada função específica das tarefas principais e essenciais a serem executadas, admitindo-se pela Administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas.

Seção IV

Da Vedação à Contratação de Serviços

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de

cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

2 Do planejamento da contratação

A correta execução do contrato administrativo necessita de planejamento e controle. O planejamento cria uma visão global da situação e das alternativas existentes, possibilitando a gestão consciente dos recursos disponíveis e o afastamento dos riscos, mediante a elaboração de estratégias que otimizem os procedimentos e facilitem os resultados.

É curial destacar que o planejamento é um dos princípios fundamentais da Administração Federal, conforme dispõe o art. 6º, inciso I do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:

TÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

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

- I - Planejamento.
- II - Coordenação.
- III - Descentralização.
- IV - Delegação de Competência.
- V - Controle.

Bem por isso, o Tribunal de Contas da União (TCU) já teve oportunidade de asseverar que o princípio do planejamento é instrumento essencial e indispensável para a correta e adequada alocação dos recursos públicos, evitando desperdícios e o mau uso dos valores da coletividade (Acórdão nº 2183/2008 Plenário, Relator Min. André Luís de Carvalho, Processo nº 020.520/20075).

Para Marrara (2011)III, o Estado que descure do dever de planejar adequadamente suas ações, estará, por via reflexa, ferindo o princípio da eficiência, diante da sua incapacidade de concretizar, de modo racional, socialmente eficaz e econômico, os interesses públicos primários sob sua tutela.

Focado na importância do adequado planejamento das contratações públicas, a legislação pertinente impõe que qualquer processo de aquisição pública pressupõe a correta definição da estratégia de suprimento, alinhada com o planejamento estratégico do órgão, tomando como base a previsão de consumo e utilização provável, obtida por meio de técnicas

adequadas de estimação, sendo vedadas aquisições que não representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade.

Desse modo, o controle proporcionado pelo planejamento auxilia na tomada de decisões, reduzindo as reações baseadas na emoção, na suposição e na intuição. Planejar provê diretrizes para ações ponderadas e, salvo o fortuito, impede que se instale a situação de emergência. Enfim, o planejamento capacita para decidir de antemão o que fazer, como fazer e quando fazer, além de indicar quem deve fazer.

Confirmam os normativos pertinentes, que, interpretados em conjunto, procuram inserir no processo de contratação pública boas práticas de gestão e planejamento:

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

(...)

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: (...)

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: (...)

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017

Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

I - Estudos Preliminares;

II - Gerenciamento de Riscos; e

III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

(...)

Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades:

I - elaboração do documento para formalização da demanda pelo setor requisitante do serviço, conforme modelo do Anexo II, que contemple:

- a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o Planejamento Estratégico, se for o caso;
- b) a quantidade de serviço a ser contratada;
- c) a previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e
- d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22;

II - envio do documento de que trata o inciso I deste artigo ao setor de licitações do órgão ou entidade; e

III - designação formal da equipe de Planejamento da Contratação pela autoridade competente do setor de licitações.

Art. 22. Ao receber o documento de que trata o inciso I do art. 21, a autoridade competente do setor de licitações poderá, se necessário, indicar servidor ou servidores que atuam no setor para compor a equipe de Planejamento da Contratação.

§ 1º A equipe de Planejamento da Contratação é o conjunto de servidores, que reúnem as competências necessárias à completa execução das etapas de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros.

§ 2º Os integrantes da equipe de Planejamento da Contratação devem ter ciência expressa da indicação das suas respectivas atribuições antes de serem formalmente designados.

Art. 23. O órgão ou entidade poderá definir de forma diversa a formação de equipe responsável pelo Planejamento das Contratações quando contemplarem área técnica específica em sua estrutura, observadas as disposições desta Seção no que couber.

(...)

Art. 24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme as diretrizes constantes do Anexo III.

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

- I - necessidade da contratação;
- II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;
- III - requisitos da contratação;
- IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;
- V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI - estimativas de preços ou preços referenciais;

VII - descrição da solução como um todo;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

X - providências para adequação do ambiente do órgão;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e

XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

§ 2º Os Estudos Preliminares devem obrigatoriamente conter o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII do parágrafo anterior.

(...)

Seção III

Do Gerenciamento de Riscos

Art. 25. O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;

II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;

III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências;

IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e

V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

Parágrafo único. A responsabilidade pelo Gerenciamento de Riscos compete à equipe de Planejamento da Contratação devendo abranger as fases do procedimento da contratação previstas no art. 19.

Art. 26. O Gerenciamento de Riscos materializa-se no documento Mapa de Riscos.

§ 1º O Mapa de Riscos deve ser atualizado e juntado aos autos do processo de contratação, pelo menos:

I - ao final da elaboração dos Estudos Preliminares;

II - ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico;

III - após a fase de Seleção do Fornecedor; e

IV - após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

§ 2º Para elaboração do Mapa de Riscos poderá ser observado o modelo constante do Anexo IV.

Art. 27. Concluídas as etapas relativas aos Estudos Preliminares e ao Gerenciamento de Riscos, os setores requisitantes deverão encaminhá-los, juntamente com o documento que

formaliza a demanda, à autoridade competente do setor de licitações, que estabelecerá o prazo máximo para o envio do Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme alínea “c” do inciso I, do art. 21.

Parágrafo único. A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá estabelecer regras e procedimentos para elaboração do Plano Anual de Contratações do órgão ou entidade, que será registrado em sistema informatizado.

Seção IV

Do Projeto Básico ou Termo de Referência

Art. 28. O Projeto Básico ou Termo de Referência deverá ser elaborado a partir dos Estudos Preliminares, do Gerenciamento de Risco e conforme as diretrizes constantes do Anexo V, devendo ser encaminhado ao setor de licitações, de acordo com o prazo previsto no art. 27.

Art. 29. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º Cumpre ao setor requisitante a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, a quem caberá avaliar a pertinência de modificar ou não os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco, a depender da temporalidade da contratação, observado o disposto no art. 23.

Art. 30. O Termo de Referência ou Projeto Básico deve conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

I - declaração do objeto;

II - fundamentação da contratação;

III - descrição da solução como um todo;

IV - requisitos da contratação;

V - modelo de execução do objeto;

VI - modelo de gestão do contrato;

VII - critérios de medição e pagamento;

VIII - forma de seleção do fornecedor;

IX - critérios de seleção do fornecedor;

X - estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014; e

XI - adequação orçamentária.

§ 1º Nas contratações que utilizem especificações padronizadas, em atenção ao § 4º do art. 20, o responsável pela elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico produzirá somente os itens que não forem estabelecidos como padrão.

§ 2º Os documentos que compõem a fase de Planejamento da Contratação serão parte integrante do processo administrativo da licitação.

Art. 31. O órgão ou entidade não poderá contratar o mesmo prestador para realizar serviços de execução, de subsídios ou assistência à fiscalização ou supervisão relativos ao mesmo objeto, assegurando a necessária segregação das funções.

Art. 32. Para a contratação dos serviços de vigilância e de limpeza e conservação, além do disciplinado neste capítulo, deverão ser observadas as regras previstas no Anexo VI.

Ainda que o cuidado com o planejamento da contratação já estivesse presente nas disposições da Lei Geral de Licitações, conforme se depreende da leitura dos artigos acima reproduzidos, foi apenas com edição da Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017 que se estabeleceu de modo minucioso o iter procedimental interno da fase de planejamento do processo de contratação.

Com efeito, não havia, até o advento da novel regulamentação, um roteiro bem definido para a instrução da fase interna do procedimento de contratação.

A partir da vigência da IN MPDG nº 05, de 2017 se impôs a formação da equipe de Planejamento da Contratação, atribuindo responsabilidade formal a esses servidores pela implementação da fase de planejamento.

Em síntese, a dinâmica do planejamento resume-se na solicitação da área requisitante, com devidas justificativas, formação da equipe para condução do planejamento, elaboração dos estudos preliminares visando auferir qual é a melhor solução para atender à solicitação da área com base nas justificativas e estudos de soluções disponíveis no mercado, realização de gerenciamento de riscos que possam impactar na efetividade da contratação como um todo e, por fim, a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico com base nas minutas padrões da Advocacia-Geral da União e Cadernos de Logística da Secretaria de Gestão.

Mais recentemente o MPDG esmiuçou o procedimento de planejamento da contratação, com a edição da IN MPDG nº 1, de 29 de março de 2018 que instituiu o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações e impôs a elaboração do Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Agora, a interpretação conjunta destes dois diplomas normativos infralegais, corrobora a lição doutrinária administrativa que preconizava a fase de planejamento como providência antecedente e necessária ao sucesso da contratação propriamente dita.

Com efeito, o atual modelo de planejamento das contratações públicas preconizado pelo MPDG estabelece a necessidade de elaboração de um plano anual de contratações (PAC) que deve ser elaborado no ano anterior à sua efetiva implementação, o que significa dizer que os órgãos públicos devem incorporar novas rotinas de trabalho para que possam se adaptar à nova sistemática instituída pelas duas Instruções normativas em comento.

No que pertine nosso objeto de estudo, qual seja, a gestão e fiscalização de contratos, é importante destacar que tradicionalmente os órgãos públicos costumavam dissociar a fase

interna da licitação, da atividade de gestão contratual, sob o encargo do fiscal e gestor.

Assim, normalmente, não havia qualquer interação entre o fiscal do contrato e a equipe responsável pelo planejamento contratual, pois a indicação do fiscal somente viria a ocorrer próximo da assinatura do contrato.

Em lições anteriores deste curso, asseverávamos que este procedimento, ainda que não contrário ao disposto no art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993¹, não permitia que a Administração incorporasse às suas contratações as lições aprendidas em cada uma das contratações realizadas por meio dos apontamentos e experiências angariadas pelos seus fiscais.

É que, como já visto, o exercício da atividade de fiscalização pressupõe o acompanhamento dos resultados alcançados em relação à execução das obrigações materiais do contrato, a exemplo da verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada, bem como da verificação do atendimento das demais obrigações decorrentes do contrato, assim considerada a manutenção da condição de regularidade trabalhista, previdenciária, tributária etc.

Portanto, tendo em vista que a atividade fiscalizatória pressupõe o acompanhamento das obrigações contratuais, para que a função seja exercida de modo efetivo e seu objetivo seja resguardado, a formalização da designação do fiscal deveria ocorrer ainda na fase de preparo

do certame licitatório, de modo que a experiência angariada pelo fiscal em contratações anteriores fosse aproveitada na nova contratação, através da melhoria da redação do contrato e do edital, na correção da estimativa do objeto, nas rotinas de execução, enfim, em todos os pontos que podem ser melhorados a partir das lições aprendidas pela observação da execução, empreendida pelo fiscal do contrato. *Mutatis mutandis*, é nesse sentido a recomendação do TCU abaixo reproduzida:

recomendação ao (...) para que, relativamente às suas aquisições, implemente controles internos no sentido de que o fiscal do contrato de determinada solução armazene dados da execução contratual, de modo que a equipe de planejamento da contratação encarregada de elaborar os artefatos da próxima licitação da mesma solução ou de solução similar conte com informações de contratos anteriores (séries históricas de contratos de serviços contínuos), o que pode facilitar a definição das quantidades e dos requisitos da nova contratação, semelhantemente ao previsto no art. 67, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.3.3, TC-019.615/2015-9, Acórdão nº 3.016/2015-Plenário).

¹ É importante registrar que o TCU entende que a ausência de designação do fiscal somente irá ocorrer caso o contrato inicie sua vigência, sem que haja a designação formal do responsável, conforme se depreende do precedente colacionado abaixo:

9.3. alertar o (...) quanto às ocorrências a seguir, apontadas nos itens 3.25 e 3.27 do relatório de fiscalização: (...) 9.3.7. ausência de nomeação de fiscal do contrato antes do início de sua vigência, decorrente do descumprimento da Lei 8.666/1993, art. 67; TCU - Acórdão nº 380/2011 – P

Assim, se o fiscal do contrato é o representante da Administração no acompanhamento da execução do contrato, ele é o agente mais capacitado para orientar a elaboração das rotinas a serem implementadas na próxima contratação, de modo que constitui uma boa prática administrativa a definição de rotina que insira esses servidores na fase de planejamento da contratação.

Com efeito, é relevante destacar que a IN MPDG nº 05, de 2017 expressamente acolheu o conceito da atuação do fiscal na fase de planejamento, vide art. 21, d, além de dispor que compete ao setor requisitante a responsabilidade pela indicação.

Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades:

(...)

d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22; (grifo nosso)

Art. 41. A indicação do gestor, fiscal e seus substitutos caberá aos setores requisitantes dos serviços ou poderá ser estabelecida em normativo próprio de cada órgão ou entidade, de acordo com o funcionamento de seus processos de trabalho e sua estrutura organizacional.

Ora, considerando que o setor requisitante é o primeiro a atuar na fase interna do procedimento de contratação, é patente a orientação constante na IN MPDG nº 05, de 2017, para que o fiscal se envolva tanto quanto possível nas etapas de planejamento da contratação.

3 Do contrato administrativo

Pode-se conceituar Contrato como uma manifestação recíproca de vontades entre dois entes, conformando uma relação jurídica bilateral em que os respectivos interesses das partes se compõem e instituem uma vontade comum nascida do consenso, autônoma e diferenciada das vontades individuais originais, que, a ambas subordinando, passará a reger a relação assim formada^V.

Para os fins da Lei nº 8.666, de 1993, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (art. 2º, parágrafo único).

Quando a Administração figura na relação contratual, a doutrina administrativista brasileira, de maneira quase uníssona^{14 VI VII}, separa esses negócios em contratos de direito privado da Administração, ou também chamados de contratos semipúblicos e, de outro lado,

¹⁴ Para fins de registro, o Desembargador Federal Dr. João batista Gomes Moreira defende, com galhardia, a tese de que essa divisão em duas classes de contratos, ligada à dicotomia cartesiana entre direito público e privado, merece ser superada. Veja trecho da mencionada obra:

"Propõe-se que não há a cogitada dicotomia. Na prática administrativa, as figuras contratuais em relação às prerrogativas de poder (traduzidas nas cláusulas exorbitantes), podem assumir diversos graus, dependendo da relevância e necessidade dessas cláusulas (princípio da proporcionalidade) para atingir a finalidade pública. Além disso, afirma-se que todos os contratos da administração estão orientados para a finalidade pública administrativa, sendo esta a característica que os transforma, todos, em contratos administrativos e os distingue dos contratos essencialmente de direito civil, comercial ou trabalhista. A nota principal do regime contratual da administração é a finalidade pública administrativa (visão dinâmica de fins), não se eliminando, mas colocando em segundo plano, efetivamente como meios, as prerrogativas de poder (na realidade poderes-deveres ou deveres-poderes), as restrições especiais e os métodos do direito civil. Conclui-se, à luz dos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, pela horizontalidade de relações entre as partes em abandono à tradicional verticalidade."

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2. ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 481. p. 274.

No mesmo sentido é o alerta de Rafael Carvalho Rezende Oliveira ao aludir à lição de Maria João Estorninho, aqui reproduzida tal como se encontra em sua obra: "nos sistemas de inspiração francesa, começam a diluir-se os contornos, inicialmente nítidos, da figura do contrato administrativo, como sinônimo de contratos da Administração Pública sujeitos a regime jurídico diferente – e mesmo exorbitante – relativamente quer aos contratos celebrados entre particulares quer aos contratos de direito privado da Administração Pública". ESTORNINHO, Maria João. Curso de direito dos contratos públicos. Coimbra: Almedina, 2012. P. 316 in Oliveira, Rafael Carvalho Rezende – Licitações e Contratos administrativos – 4ª ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 213.

os contratos administrativos. Aqueles seriam regidos em seu conteúdo por normas de direito privado, com derrogações do regime público, enquanto esses ostentariam o caráter público, com todas as suas prerrogativas, lição aqui extraída da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello^{VIII}, como representante mais destacado da doutrina quanto ao tema.

Essa dicotomia, que legitima a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, finca raiz na doutrina clássica do direito administrativo, de elaboração francesa, que tem como núcleo a *puissance publique*, conforme a conceituação de Maurice Hauriou^{IX}:

O direito administrativo, assim apresentado, é um direito de *puissance publique*, em decorrência da verdadeira fisionomia de nosso direito administrativo francês, no qual a função administrativa é preenchida por um poder em que as prerrogativas são extremamente visíveis, tratando-se somente de conduzi-las a limites que as tornem jurídicas (HAURIOU, 2010).

A jurisprudência acolhe a supremacia do poder da administração como marca do contrato administrativo, como consta no voto do Exmo. Ministro Moreira Alves, relator da ADI nº 493-DF¹⁵, abaixo reproduzido no trecho pertinente:

Também não tem maior valia alegação de que os contratos imobiliários em causa teriam natureza *biface*, porque seriam contratos de natureza, em parte, privada e, em parte, pública. Essa natureza bifronte decorreria da circunstância de que, embora o contrato seja celebrado entre mutuante e mutuário, ambos privados, os recursos utilizados nesses financiamentos decorrem de fundo e de depósitos disciplinados por normas de direito público. (...) De fato, apesar dessas características, é inegável que esses contratos, celebrados entre particulares, não podem caracterizar-se como contratos administrativos, e, portanto, de direito público, pela singela razão de que não estão presentes os elementos essenciais à existência de tais contratos, como, entre outros, a participação, como contratante, da administração pública com supremacia de poder, de que resultam as denominadas cláusulas exorbitantes explícitas ou implícitas. Sendo as partes contratantes entes privados, colocados juridicamente em plano de igualdade, são contratos de direito privado, ainda que de adesão, não lhe alterando essa natureza o dirigismo contratual imposto pela lei, para atender às necessidades econômico- financeiras do sistema habitacional que está subjacente (ADI nº 493- DF).

Nas duas espécies de contratos da Administração (contratos administrativos e contratos semipúblicos), a Administração é parte do ajuste e o objetivo é a satisfação do interesse público. A principal diferença se encontra na igualdade ou desigualdade entre as partes contratantes. Essa diferenciação é anunciada, em rol não exaustivo, no art. 62, § 3º, incisos I e II da Lei nº 8.666, de 1993, abaixo reproduzido:

¹⁵ ADI 493, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

- aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;
- aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público (LEI nº 8.666, de 1993).

Ao comentar o sobredito artigo, Marçal Justen Filho^X destaca a dificuldade de se estabelecer um critério diferenciador entre as duas figuras, para, ao final, propor a seguinte solução:

Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado. As características da estruturação EMPRESARIAL conduzem à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada. Não por acaso, o art. 62, § 3º, I, alude a seguro e a financiamento. Ambos os contratos são objeto de regulação estatal muito estrita, subordinando-se a exploração profissional dessas atividades a regras severas, inclusive para evitar a diferenciação de tratamento entre os clientes diversos (JUSTEN FILHO, 2014).

Se é certo que a diferenciação dessas duas figuras não é tarefa fácil, de igual modo não restam dúvidas quanto à natureza de contrato administrativo atribuída aos contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação de mão de obra, ora estudados.

3.1 Termo de contrato ou instrumentos equivalentes

Chegado ao momento de confecção do instrumento contratual, a Administração deve decidir se utilizará um termo contratual ou se esse será substituído por algum dos instrumentos equivalentes, conforme autoriza o art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993, abaixo reproduzido:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra”, “ordem de execução de serviço” ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei (**Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994**).

É importante esclarecer, desde logo, que contrato administrativo é a própria relação jurídica entretida entre a Administração e o particular, enquanto que o termo de contrato ou os instrumentos equivalentes são apenas os instrumentos que formalizam esta relação.

Nesta quadra também é importante recordar que a Lei nº 8.666, de 1993, refuta, de maneira geral, a possibilidade da Administração firmar um contrato verbal, sendo esse autorizado apenas para as compras abaixo de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), conforme dispõe o art. 60, parágrafo único da Lei Geral de Licitações (LGL)¹⁶, podendo assim serem resumidas as regras acima dispostas:

| | | |
|-----------------|---|---|
| Contrato verbal | Outros instrumentos | Termo de contrato |
| < R\$ 4.000,00 | Convite | Concorrência |
| | Contratação direta e pregão com valor de convite | Tomada de preços |
| | Qualquer valor, tratando-se de compra com entrega imediata e integral ou compra para pronta entrega de que não decorram obrigações futuras. | Contratação direta e pregão com valor de tomada de preços e concorrência. |

Pode-se concluir, da leitura dos dispositivos legais já mencionados e apoiando-se nos acórdãos do TCU transcritos no quadro abaixo, que, sendo o objeto contratado a prestação de serviços, ou havendo obrigações futuras, o termo de contrato deve ser utilizado de maneira obrigatória, não podendo ser substituído pelos instrumentos equivalentes, logo, na hipótese de contrato de serviços terceirizados, o instrumento de contrato é obrigatório em todos os casos.

| Enunciado | Acórdão | Relator |
|---|-----------------|----------------------------|
| A Administração deve formalizar contrato nos casos de tomada de preços e concorrência, bem assim na dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência <u>e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras.</u> | AC-0589-03/10-1 | MARCOS BEMQUERER |
| É ilegal autorizar a prestação de serviços sem a formalização do devido termo de contrato. | AC-0423-05/11-P | AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI |
| Os contratos administrativos devem ser formalizados, salvo quando se tratar de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas cujo valor não ultrapasse 4 mil reais. | AC-1102-15/07-2 | AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI |
| O termo de contrato deve ser formalizado sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação. | AC-1219-13/07-1 | AUGUSTO NARDES |

¹⁶ Art. 60. (...)

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

3.2 Das cláusulas necessárias

O art. 55 estabelece em conjunto com o art. 61, ambos da Lei nº 8.666, de 1993, as cláusulas que devem constar em todo instrumento de contrato e, no que couber, nos instrumentos equivalentes. Confira suas disposições:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos;

- o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- os casos de rescisão;
- o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1º (Vetado) **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).**

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no **art. 63 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964.**

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Esse alerta é importante pois é um erro comum a Administração acreditar que por estar utilizando uma nota de empenho, por exemplo, não precisa se preocupar com a redação de cláusulas essenciais regedoras da relação negocial. Ocorre que esse raciocínio não é correto. O Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União XI esclarece que mesmos esses documentos precisam estabelecer regras mínimas para o negócio. Confira:

Carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução de serviço são documentos mais simples utilizados para substituição de contratos. A esses instrumentos aplicam-se, no que couber, exigências do termo de contrato. Exemplo: descrição do objeto, preço, prazos, condições de execução, condições de pagamento, regime de execução, obrigações e direitos das partes, dentre outras (BRASIL, 2010).

Nesse mesmo sentido, consoante ficou recomendado no Acórdão nº 1179/2006 - Primeira Câmara, o TCU recomendou que ao utilizar nota de empenho de despesa como instrumento hábil de contratação, nos moldes permitidos pelo art. 62 da Lei nº 8.666/93, indique explicitamente, no anexo denominado de 'cláusulas necessárias', o número da nota de empenho associado à contratação (item 3.5 da instrução de fls. 1400A/1435), tudo a demonstrar a importância da correta previsão das cláusulas essenciais.

Contudo, a tarefa de elaborar o contrato administrativo não se encerra com a simples leitura dos dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993. Com efeito, são necessários alguns cuidados no momento da confecção tanto do edital convocatório quanto do instrumento de contrato, para que sua execução ocorra sem sobressaltos ou contratemplos.

A primeira observação a ser feita nesse ponto é a salutar medida implementada pela IN MPDG nº 5, de 2017, que determinou o uso das minutas padronizadas da Advocacia-Geral da União, salvo justificativa expressa nos autos. Confira o artigo correspondente:

Art. 35. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de atos convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União, observado o disposto no Anexo VII, bem como os Cadernos de Logística expedidos por esta Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

Essa medida, sem dúvida, em muito contribuirá para o incremento da segurança jurídica dos procedimentos licitatórios, não só por determinar a utilização de documentos aprovados pelo órgão competente pela assessoria jurídica do Poder Executivo Federal, mas também em razão da própria padronização dos artefatos utilizados nos procedimentos licitatórios.

Assim, alterações legislativas ou novos entendimentos serão adotados de modo uniforme e simultâneo por todos os órgãos licitantes, favorecendo a adoção de boas práticas.

Contudo, é importante destacar que a existência de minutas padronizadas não desonera os entes licitantes do dever de adaptar a minuta padronizada à sua realidade específica ou ao objeto pretendido. Desse modo, persiste a necessidade de alertar os setores competentes para que se abstenham de meramente reproduzir em contrato as mesmas regras já existentes nos diplomas legais.

Nesse sentido, convém recordar que o TCU já teve oportunidade de recomendar a Ente público que, ao redigir os clausulados de seus instrumentos contratuais, cuidasse para

descrever, de maneira objetiva, as hipóteses e motivos de aplicação de penalidade, rescisão, ou demais mecanismos que auxiliem o trabalho a ser desenvolvido pelo fiscal do contrato durante o acompanhamento da execução do negócio jurídico. Confira, nesse sentido, trecho de notícia veiculada no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU nº 5, abaixo reproduzido apenas na passagem pertinente:

Ao apreciar relatório de auditoria na área de informática da (...), realizada com o objetivo de analisar a qualidade dos controles, normas e procedimentos relativos às contratações efetuadas, destacou o relator que a lista de achados era extensa e revelava “as diversas falhas que rotineiramente chegam ao descortino deste Tribunal, em diversos graus de relevância material”. Constatou, ainda, que elas *“têm como raiz a insuficiência de um planejamento estratégico de longo prazo, que, caso fosse bem elaborado, evitaria irregularidades como a descrição insuficiente do que se quer adquirir (seja bem ou serviço) e a generalidade da definição dos requisitos técnicos do futuro fornecedor”* [...].

9) “descreva objetiva e exaustivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a aplicação de cada um dos tipos de penalidade administrativa previsto, evitando-se descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial de obrigação contratual), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”; 10) “descreva objetivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a rescisão do contrato, de forma a evitar descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial das obrigações e responsabilidades), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade”; 11) “estabeleça fórmulas para calcular a eventual aplicação de descontos, de forma a efetivamente inibir a ocorrência de atrasos na entrega dos serviços por parte da empresa contratada, evitando que tais descontos correspondam a valores irrisórios, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade”. Acórdão nº 265/2010-Plenário, TC-024.267/2008-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.02.2010.

A adoção de tabelas de penalidades específicas, com punições proporcionais à gravidade, elaboradas para cada contratação especificamente considerada, incrementa a segurança jurídica do processo de aplicação de penalidade, favorece a atuação do fiscal do contrato e constitui uma boa prática na adequação da minuta padrão da AGU à realidade específica do objeto contratual.

Além disso, devem ser observadas as disposições constantes na Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, que dispôs sobre as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites à terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas estatais federais controladas pela União. Transcrevemos, por pertinência, as disposições atinentes aos cuidados devidos na elaboração dos editais convocatórios:

Art. 2º Para a execução indireta de serviços, no âmbito dos órgãos e das entidades de que trata o art. 1º, as contratações deverão ser precedidas de planejamento e o objeto será definido de forma precisa no edital, no projeto básico ou no termo de referência e no contrato como exclusivamente de prestação de serviços.

§ 1º Os instrumentos convocatórios e os contratos de que trata o **caput** poderão prever padrões de aceitabilidade e nível de desempenho para aferição da qualidade esperada na prestação dos serviços, com previsão de adequação de pagamento em decorrência do seu resultado.

§ 2º É obrigatório que os instrumentos convocatórios e os contratos mencionados no **caput** contenham cláusulas que:

I - exijam declaração de responsabilidade exclusiva da contratada sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato;

II - exijam a indicação de preposto da contratada para representá-la na execução do contrato;

III - estabeleçam a possibilidade de rescisão do contrato por ato unilateral e escrito do contratante e a aplicação das penalidades cabíveis, em caso de não pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas, bem como pelo não recolhimento das contribuições sociais, previdenciárias e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

a) que os valores destinados para o pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias aos trabalhadores serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou

b) que os valores para o pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, com movimentação somente por ordem da contratante.

V - exijam a prestação de garantia, inclusive para pagamento de obrigações de natureza trabalhista, previdenciária e para com o FGTS, em valor correspondente a cinco por cento do valor do contrato, limitada ao equivalente a dois meses do custo da folha de pagamento dos empregados da contratada que venham a participar da execução dos serviços contratados, com prazo de validade de até noventa dias após o encerramento do contrato; e

VI - prevejam a verificação da comprovação mensal, pela contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que efetivamente participarem da execução dos serviços contratados, em especial, quanto:

a) ao pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

b) à concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;

c) à concessão do auxílio-transporte, auxílio-alimentação e auxílio-saúde, quando for devido;

d) aos depósitos do FGTS; e

e) ao pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato.

§ 3º Caso não seja apresentada a documentação comprobatória do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS de que trata o inciso VI do § 2º, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º, e em não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

§ 5º O sindicato representante da categoria do trabalhador deverá ser notificado pela contratante para acompanhar o pagamento das verbas a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo.

§ 6º Os pagamentos previstos no § 4º, caso ocorram, não configuram vínculo empregatício ou implicam a assunção de responsabilidade por quaisquer obrigações dele decorrentes entre a contratante e os empregados da contratada.

Art. 3º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a:

- I - indexação de preços por índices gerais;
- II - caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra;
- III - previsão de reembolso de salários pela contratante; e
- IV - pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante.

Art. 4º Os contratos de prestação de serviços continuados que envolvam destinação de pessoal da contratada de forma prolongada ou contínua para a consecução do objeto contratual deverão exigir:

- I - a apresentação, pela contratada, do quantitativo de profissionais empregados vinculados à execução do objeto do contrato de prestação de serviços, a lista de identificação destes profissionais e seus respectivos salários;
- II - o cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato;

Parágrafo único. A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Dissídios ou Convenções Coletivas que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

3.3 Critério de medição

A revogada Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, em seu art. 11, estabelecia que a contratação de serviços continuados deveria adotar unidade de medida que permitisse a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que eliminasse a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

Era um artigo que buscava orientar a atuação do ente público, afastando-o do chamado paradoxo lucro-incompetência¹⁷. Assim, obrigava o ente a planejar melhor sua contratação ao impor que ele devia prever em contrato o critério que será utilizado para medir o serviço prestado.

Contudo, o mesmo artigo admitia, excepcionalmente, a adoção do critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houvesse inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados.

A nova Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, não tratou desse assunto, mas é possível inferir que esse tema não sofrerá alteração de tratamento. Com efeito, a contratação por resultados continua sendo a regra a ser aplicada às contratações de serviço. Contudo, ante a impossibilidade de estabelecimento de métrica de medição da prestação de serviços, a contratação de serviços por postos de trabalho continuará sendo admitida, ainda que o TCU tenha recentemente entendido de modo diverso (Acórdão nº 449/2017-P).

Essa constatação decorre da inafastável constatação de que diversos serviços expressamente admitidos no âmbito da terceirização, como alguns indicados no Decreto regulamentador ou mesmo na própria IN nº 05, de 2017, são ordinariamente contratados por postos de trabalho, como é o caso da vigilância ou apoio administrativo.

¹⁷ O **paradoxo Lucro-incompetência** ocorre quando a Administração remunera a contratada pelas horas trabalhadas, sem considerar o produto ou resultado esperado daquela contratação. Nesse modelo, quanto menor a qualificação dos profissionais alocados na prestação de serviço, maior será o número de horas necessário para executá-lo, maior a margem de lucro da empresa contratada e maior o custo para a Administração. Nesse sentido, confira julgado do TCU noticiado no Informativo nº 242:

Tomada de Contas Especial instaurada pelo TCU apurara possível dano ao erário decorrente de irregularidades ocorridas em contrato celebrado para a realização da 3ª Conferência Nacional de Aquicultura e Pesca, patrocinada pelo Ministério da Pesca e Aquicultura. Dentre as irregularidades apontadas, destaca-se o pagamento por serviços não prestados referentes a horas de gravação. A unidade técnica explicara que a empresa contratada cobrara *“uma quantidade de horas de áudio muito superior às geradas no evento”*, adotando *“um critério distorcido para cálculo do preço”*, baseado na quantidade de horas que o profissional necessitaria para realizar a transcrição, e não na quantidade de horas de áudio entregues. Em suas justificativas, a contratada alegara que *“a gravação seria processo complexo e que seriam necessárias, em média, quatro horas de trabalho para a transcrição de uma hora de gravação. Com base nesse fator e para um evento de quatro dias com plenárias e vinte grupos de trabalho simultâneos, chegar-se-ia a total de 2.048 h”*. Ao analisar o ponto, o relator rejeitou as justificativas apresentadas, destacando que *“o preço do serviço de gravação deve ser cotado com base no quantitativo de horas gravadas e não no tempo necessário para o serviço de gravação. A prevalecer o entendimento da [empresa], a cotação da hora de gravação seria inócua, já que o valor a ser cobrado ao final resultaria da multiplicação do valor cotado pelo número de horas utilizadas na gravação, supostamente a ser definido pela contratada. Essa sistemática favoreceria o lucro pela incompetência: quanto mais lento o serviço, maior o ganho”*. Sobre o caso concreto, destacou o relator que, *“no caso da 3ª Conferência, com 195 horas de gravação previstas na agenda do evento, a cobrança de 2.112 horas corresponderia a mais de dez horas de gravação por hora gravada, ao custo de mais de R\$ 2.000,00 por hora de gravação”*. Contudo, pesquisa realizada pela unidade técnica junto a empresas do ramo demonstrou que, para efeito de cobrança, *“cada hora gravada corresponde a uma hora de gravação”*. Considerando que as justificativas foram insuficientes para elidir a irregularidade, o Tribunal, acolhendo a proposta do relator, condenou os responsáveis solidariamente com a empresa contratada ao pagamento do débito apurado pela unidade técnica, aplicando-lhes ainda a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. **Acórdão nº 1151/2015-Plenário, TC 002.143/2011-9, relatora Ministra Ana Arraes, 13.5.2015 (grifo nosso).**

3.4 Da vigência do contrato administrativo

Entende-se por duração ou prazo de vigência o período em que os contratos firmados produzem direitos e obrigações para as partes contratantes. A regra geral, estabelecida pelo *Caput* do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993¹⁸, é que os contratos têm sua vigência atrelada ao exercício orçamentário, e, como sabemos, o exercício orçamentário coincide com o ano civil, por força do disposto no art. 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Nesse sentido, é a lição doutrinária^{XII} reproduzida abaixo:

Dispõe o *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93 que a duração dos contratos por ela regidos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Significa que a norma geral de vigência dos contratos administrativos estabelece limite temporal para a sua execução: até 31 de dezembro do ano em que celebrado o contrato entre a Administração e o particular. A regra objetiva, sobretudo, compelir a Administração a retornar periodicamente ao mercado, por meio de certames públicos, com vistas a aferir a possibilidade de obtenção de condições mais vantajosas (PEREIRA JUNIOR, 2011).

Logo, um contrato de compra de combustível celebrado em 01/08/2016, por exemplo, teria sua vigência limitada ao dia 31/12/2016, data de encerramento da vigência do crédito orçamentário que suporta a despesa contratada.

Contudo, a Advocacia-Geral da União, por meio da Orientação Normativa – ON/AGU nº 39, abaixo reproduzida, entendeu que mesmo os contratos enquadrados no *caput* do art. 57 da lei nº 8.666, de 1993, podem estabelecer prazo de vigência que ultrapasse o exercício financeiro em que celebrados, bastando que a Administração, antes do encerramento do exercício financeiro, empenhe o valor integral do contrato, inscrevendo em restos a pagar os valores correspondentes ao período de vigência contratual que se estender pelo ano subsequente. Confira sua redação:

Orientação Normativa nº 39, de 13 de dezembro de 2011 (*)

A vigência dos contratos regidos pelo art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar.

¹⁸ Lei nº 8.666, de 1993 (...):

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

- aos 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;
- à 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;

III - (Vetado) (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

IV - ao 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.

V - às 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).

INDEXAÇÃO: VIGÊNCIA, CONTRATO, REGÊNCIA, DETERMINAÇÃO, ARTIGO, LEI, LICITAÇÃO, CONTRATO, LIMITAÇÃO, EXERCÍCIO FINANCEIRO, CELEBRAÇÃO, DESPESA, REFERÊNCIA, INTEGRALIDADE, EMPENHO, DATA, ANO, PERMISSÃO.

REFERÊNCIA Art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993; art. 36, da Lei nº 4.320, de 1964; Nota DECOR/CGU/AGU nº 325/2008. PARECER/AGU/NAJSP/ Nº 1191/2008 - VRD.

PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50

Assim, no exemplo do contrato de compra de combustível celebrado em 01/08/2016, esse poderia ter sua vigência fixada em 01/08/2017, bastando para isso que a Administração empenhe, até o dia 31/12/2016, a integralidade da despesa prevista em contrato, executando o saldo contratual que correrá no ano de 2017 como restos a pagar. Por pertinência, confira a fundamentação da mencionada ON/AGU nº 39:

A interpretação literal do art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderia levar à conclusão de que todos os contratos administrativos deveriam ter sua vigência limitada a 31 de dezembro do ano em que celebrados, haja vista que os créditos orçamentários vigem, a princípio, até a referida data.

Não obstante esta seja efetivamente a regra que preferencialmente deva ser seguida pela Administração Pública, não se pode deixar de considerar que o art. 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, conceitua “restos a pagar” como “*as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro*”. Ou seja, “restos a pagar” são as despesas cuja obrigação de pagamento foi criada pelo Estado em determinado exercício financeiro, mas não completaram todo o trâmite de realização da despesa pública até 31 de dezembro.

Isso significa, em suma, que os créditos referentes à despesa inscrita em “restos a pagar” têm sua vigência prorrogada para o exercício financeiro seguinte, já que, embora estejam previstos na lei orçamentária anterior e sejam destinados a cobrir despesas empenhadas durante o exercício pretérito, serão utilizados após 31 de dezembro.

Nesse sentido, o artigo 68, do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que regulamenta a legislação supracitada, dispõe textualmente que “*a inscrição de despesas como Restos a Pagar será automática, no encerramento do exercício financeiro (...) e terá validade até 31 de dezembro do ano subsequente*”.

É dizer, apesar de certa imprecisão terminológica, a expressão validade pode ser entendida como vigência, mencionada no artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993. Não é outra a sistemática do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:

Art. 76. Caberá ao Inspetor Geral de Finanças ou autoridade delegada autorizar a inscrição de despesas na conta “Restos a Pagar” (Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964), obedecendo-se na liquidação respectiva as mesmas formalidades fixadas para a administração dos créditos orçamentários.

Parágrafo Único. As despesas inscritas na conta de “Restos a Pagar” serão liquidadas quando do recebimento do material, da execução da obra ou da prestação do serviço, ainda que ocorram depois do encerramento do exercício financeiro.

Por fim, também o parágrafo único, do artigo 8º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101, de 2000), consigna o mesmo entendimento:

Art. 8º (...)

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Assim, a tônica da legislação é garantir o pagamento da obrigação assumida, e a inscrição da despesa em Restos a Pagar, quando necessário, um dos instrumentos para tanto.

Por outro lado, a utilização desse expediente deve ser realizada com cautela, porque acaba por fazer uma espécie de “reserva” de crédito no orçamento e, se aplicada em larga escala, pode vir a comprometer a execução financeira do ano seguinte.

Desta forma, a adoção do Sistema de Registro de Preços pode substituir com grandes vantagens o mecanismo de inscrição em restos a pagar, sobretudo nas compras e serviços comuns, posto que para o SRP não é necessária a dotação orçamentária, e a vigência da Ata pode perdurar por um ano, de forma que sua utilização só se dará quando efetivamente disponível o numerário (negrito e sublinhado nosso).

A despeito da autoridade dos argumentos alinhados acima, é importante destacar que o TCU, no bojo do recente Acórdão nº 2823/2015-Plenário, alertou que o *uso desmesurado de inscrições e reinscrições de obrigações financeiras na rubrica Restos a Pagar configura desvirtuamento do princípio da anualidade*, de modo que, conforme consta na própria fundamentação da ON/AGU nº 39, é recomendável cautela em sua utilização.

3.4.1 Da vigência dos contratos de serviços continuados

Nesta quadra também é importante recordar que a Lei nº 8.666, de 1993, refuta, de maneira geral, a possibilidade da Administração firmar um contrato verbal, sendo esse autorizado apenas para as compras abaixo de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), conforme dispõe o art. 60, parágrafo único da Lei Geral de Licitações (LGL)16, podendo assim serem resumidas as regras acima dispostas:

Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à 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;

É importante desde logo frisar que, de acordo com a **ON/AGU nº 01, a vigência do contrato de serviço contínuo não está adstrita ao exercício financeiro**, afastando-se por completo da discussão pertinente aos contratos enquadrados no *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666 de 1993.

Assim, assume grande importância a definição do conceito de serviço continuado de modo a se definir o correto enquadramento do contrato, se no *caput* ou no inciso II do artigo 57. Diógenes GaspariniXIII, com precisão, cuidou de definir o serviço continuado por meio das seguintes lições:

2- CONCEITO. O art. 57, *caput*, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, estatui que a duração dos contratos regidos por essa lei ficará limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, enquanto o inc. II retira dessa regra os contratos que têm por objeto a prestação de serviços a serem executados de forma contínua. A exceção aí descrita somente prestigia contrato de prestação de serviço e, ainda assim, de serviço cuja execução deva ser de forma contínua. Portanto, serviço de execução contínua é o que não pode sofrer solução de continuidade na prestação que se alonga no tempo, sob pena de causar prejuízos à Administração Pública que dele necessita. Por ser de necessidade perene para a Administração Pública, é atividade que não pode ter sua execução paralisada, sem acarretar-lhe danos. É, em suma, aquele serviço cuja continuidade da execução a Administração Pública não pode dispor, sob pena do comprometimento do interesse público. Assim também é definido por CARLOS PINTO COELHO MOTTA (*Eficácia nas Licitações e Contratos*, 6ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 277). LEON FREJDA SZKLAROWSKY (BLC nº 12 - dez. de 1994 - p. 557), entre outros, assevera que serviço de execução contínua “é o que não se pode interromper, faz-se sucessivamente, sem solução de continuidade”... “é o que exige continuidade”.

Serviço que não possa ser assim definido deve observar, quanto ao prazo contratual, a regra geral prescrita no art. 57, *caput*. Nesse sentido, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (BLC nº 2 - fev. de 1996 - p. 75) analisando legislação anterior semelhante afirmou, em lição ainda válida, que:

“Não se enquadram no dispositivo, que adiante será comentado, compras de qualquer natureza, ou obras”. Contrato cujo objeto seja uma obra, um fornecimento ou um serviço de execução não-continuada, não pode ter, por ocasião de sua celebração e com base nesse inciso, prazo maior que o aí regulado. Esses contratos, salvo hipótese legal específica para obra, devem observar essa genérica determinação.

3- CARACTERÍSTICAS. Os serviços de execução contínua são caracterizados pela perenidade e necessidade de sua prestação. Disso dá-nos conta JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (BLC nº 2 - fev. de 1996 - p. 75) ao afirmar que “não apenas a continuidade do desenvolvimento, mas a necessidade de que não sejam interrompidos, constituem os requisitos basilares para que se enquadrem como prestação de serviços a serem executados de forma contínua”. Observe-se que, mesmo com tais características, são inconfundíveis com os serviços públicos, pois sua titularidade pertence ao particular que os presta à Administração Pública que deles necessita em caráter perene. Os administrados, salvo, por evidente, indiretamente, deles não usufruem.

4 - EXEMPLOS. Certamente calcada no § 2º do art. 31 da Lei federal nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da seguridade social e institui o plano de custeio, a doutrina, de um modo geral, tem se limitado a indicar como sendo serviço continuado os de *limpeza*, de *vigilância* e de *manutenção*, embora outros existam. Nesse sentido é a lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Licitação e Contrato Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, atualizada por Eurico de Andrade de Azevedo *et alii* 1996, p. 197). CARLOS PINTO COELHO MOTA (ob. cit., p. 277) amplia esse rol ao afirmar: “A exemplo, teríamos: limpeza, conservação, manutenção, vigilância, segurança, transportes de valores, cargas ou passageiros”. São também dessa espécie os serviços de saúde, quando prestados por particulares aos

servidores da Administração Pública, e os serviços de manutenção de jardim projetado por Burle Marx, conforme ensina JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (BLC nº 2 - fev. de 1996 - p. 75) (GASPARINI, 2003).

A análise das decisões do TCU permite constatar a confluência de entendimentos desse com as orientações doutrinárias acima destacada. Confira Acórdãos da Corte de Contas Federal que são extremamente esclarecedores a respeito da forma de caracterização do serviço como contínuo:

[RELATÓRIO]

2.1.2 Análise: De acordo com a Lei de Licitações e Contratos, a regra para a duração dos contratos administrativos é que tais ajustes não podem ultrapassar a vigência dos respectivos créditos orçamentários. Todavia, há exceções, entre elas a prevista no inciso II, do art. 57 da referida Lei, que trata dos serviços executados de forma contínua, os quais podem ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, não podendo exceder o limite de 60 meses.

2.1.3 Conclui-se, portanto, que, antes de qualquer análise, é importante definir se o serviço em questão é considerado de natureza continuada. Tanto os doutrinadores quanto as decisões deste Tribunal deixam claro que tal caracterização não depende do serviço em si, mas da necessidade desse serviço para a Administração. Toshio Mukai, em sua obra As Alterações na Lei de Licitações - Boletim de Licitações e Contratos, ensina que os serviços de execução contínua são aqueles que, por natureza, devem ser realizados continuamente, ou seja, cuja paralisação acarretará prejuízos ao bom andamento das atividades do órgão/entidade.

2.1.4 Os serviços de fornecimento de passagens aéreas não foram considerados de natureza contínua por essa Corte de Contas no âmbito do TC 250.226/1997-9, que trata da prestação de contas da Universidade Federal da Bahia relativas ao exercício de 1996, pois entendeu-se que a supressão de tais serviços não iria ocasionar a suspensão ou o comprometimento das atividades da referida Universidade (Acórdão nº 87/2000-Segunda Câmara).

2.1.5 Contudo, no caso do Ministério da Saúde, órgão responsável, entre tantas outras atividades, pela coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde, percebe-se que a realização de viagens faz parte das atividades de seus servidores. Assim, no caso concreto, entende-se que o fornecimento de passagens deva ser considerado como um serviço de natureza continuada.

[...]

2.1.13 Considerando que não houve ilegalidade na prorrogação do Contrato nº 16/93 e que tal prorrogação teve anuência de todas as áreas do Ministério da Saúde, incluindo a do Sr. Ministro da Saúde, propõe-se acatar as razões de justificativa do responsável relativas ao item a da audiência, nos termos do art. 43 da Lei nº 8.443/1992 e do art. 250 do Regimento Interno deste Tribunal

AC-1196-15/06-1 Sessão: 09/05/06 Grupo: I Classe: III Relator: Ministro Marcos Vinícius Vilaça - FISCALIZAÇÃO - INSPEÇÃO - INICIATIVA PRÓPRIA

[VOTO]

24. Alega a Transpetro que não existe legislação a ela aplicável que vede a prorrogação de contratos de serviços de qualquer natureza.

25. Mais uma vez, trata-se da questão da sujeição da empresa à Lei nº 8666/1993, matéria já exaustivamente examinada e que não merece ser novamente debatida.

26. Ocorre, porém, que a determinação criticada faz expressa menção, como exemplo de contrato de serviço que não possui natureza continuada, ao fornecimento de passagens aéreas.

27. Ao examinar este ponto, a unidade técnica baseou-se nos acórdãos da 2ª Câmara nº 87/2000 e nº 206/2002, em que se considerou que o serviço acima mencionado não teria características de continuidade.

28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza continua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

30. Nesse sentido, pode-se entender, por exemplo, que o fornecimento de passagens aéreas é serviço contínuo para o TCU, já que sua suspensão acarretaria a interrupção das atividades de fiscalização ínsitas ao cumprimento da missão desta Corte.

31. Na mesma linha de raciocínio, pode-se também considerar que o mesmo serviço tem natureza contínua para uma instituição federal de ensino superior, já que as bancas de exame de teses de mestrado e de doutorado exigem a participação de professores de outras instituições e, assim, a impossibilidade de fornecimento de passagens aéreas poderia inviabilizar a própria pós-graduação a cargo daquelas entidades.

32. O mesmo não ocorreria, no entanto, com um órgão judicial cujos integrantes não tivessem necessidade de deslocar-se freqüentemente por avião para oferecerem a prestação jurisdicional. Em tal situação, o serviço em foco não seria contínuo, já que não seria essencial à permanência da atividade finalística.

33. De igual modo, um serviço de vigilância permanente de instalações deve ser considerado contínuo, posto que sua cessação colocaria em risco a integridade daquele patrimônio.

34. Isso não ocorre, entretanto, com um serviço de vigilância contratado para um evento específico, de duração determinada, que, por seu caráter eventual, não pode ser considerado contínuo.

[relatório sumário]

2 - O caráter contínuo de um serviço é determinado por sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

AC-0132-02/08-2 Sessão: 12/02/08 Grupo: II Classe: I Relator: Ministro Aroldo Cedraz - TOMADA E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Assim, para o TCU, a caracterização de determinado serviço como contínuo não está relacionada com as suas qualidades intrínsecas, devendo, isto sim, estar voltada ao atendimento de necessidade perene da Administração contratante. É nesse mesmo sentido a disposição contida no art. 15 da IN MPDG nº 05, de 2017 abaixo reproduzida:

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Assim, conforme constou no acórdão transcrito acima, o contrato de prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas poderá ter o caráter contínuo ou não a depender das características e peculiaridades de cada órgão contratante, o que deverá ser justificado no processo de contratação.

Por essa razão o manual de licitações e contratos do TCU recomenda como uma boa prática administrativa editar ato normativo interno indicando expressamente quais são os serviços considerados contínuos para cada um dos órgãos públicos contratantes. A título de exemplo, destacamos a Portaria nº 1.478, de 27 de novembro de 2014, do Ministério da Educação – MEC, publicada no DOU nº 232, Seção 1, de 1/12/2014, p. 14, abaixo parcialmente reproduzida:

PORTARIA Nº 1.478, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014

O SECRETÁRIO EXECUTIVO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 37 do Anexo I do Decreto nº 7.690, de 2 de março de 2012, CONSIDERANDO a recomendação do Tribunal de Contas da União - TCU, contida no manual “Licitações e Contratos, Orientações Básicas” - 3ª Edição, para que o órgão ou entidade estabeleça em processo próprio quais são seus serviços contínuos;

CONSIDERANDO o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, que trata da 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, observados os prazos legais;

CONSIDERANDO o disposto na Instrução Normativa nº 02/2008 - MPOG, que disciplina a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG;

CONSIDERANDO que os serviços assim considerados retratam na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita, não podendo sofrer solução de continuidade ou ter sua execução interrompidos;

CONSIDERANDO que a rotina de execução de serviços é o detalhamento das tarefas que deverão ser executadas em determinados intervalos de tempo, sua ordem de execução, especificações, duração e frequência; e

CONSIDERANDO o contido na Nota Técnica nº 07/2014, da Coordenação-Geral de Compras e Contratos, da Subsecretaria de Assuntos Administrativos, resolve:

Art. 1º Ficam definidos todos os serviços considerados de natureza contínua cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente, no âmbito deste Ministério.

§ 1º São considerados como serviços continuados no âmbito do MEC:

I - acesso/consulta à base de dados do sistema de cadastro de pessoa física (CPF) e jurídica (CNPJ);

II - ações do Programa de Qualidade de Vida no MEC;

III - acondicionamento, coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos de saúde - RSS (lixo hospitalar);

(...)

Art. 3º As Autarquias, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, integrantes do Comitê de Compras e Contratos deste Ministério, deverão definir, em processo próprio, seus serviços contínuos, observando-se o entendimento sobre o assunto, constante no caput do artigo 1º desta Portaria.

Art. 4º Fica revogada a Portaria nº 1.215, de 29 de outubro de 2009. Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

LUIZ CLÁUDIO COSTA

Por fim, é importante destacar que, em conformidade com a ON/AGU nº 38, de 13 de dezembro de 2011, abaixo reproduzida, é possível fixar o prazo original do contrato em período inicial superior a 12 meses, além de ser possível estabelecer prazo diverso do original na prorrogação do ajuste, ainda que o inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, faça menção a prorrogações por iguais e sucessivos períodos¹⁹.

¹⁹ Confira, a propósito, a fundamentação da ON/AGU nº 38 abaixo parcialmente:

O art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, no entanto, estabelece que nas prorrogações observem-se períodos iguais e sucessivos, limitadas a sessenta meses.

Não se mostra razoável subordinar a Administração ao dever de estabelecer períodos idênticos de vigência, conforme o mesmo prazo inicialmente avençado no contrato, o que poderia engessar a Administração caso as condições sob as quais se desenvolve a prestação dos serviços evidenciem que a prorrogação será eficaz se for mantida em período menor ou maior daquele inicialmente fixado ou anteriormente estabelecido mediante aditamento.

A mesma flexibilização foi adotada pelo Tribunal de Contas da União, ao assentar que:

“Cabe asseverar, contrariando o entendimento contido na instrução, que a tese defendida por esta Corte de Contas e pela doutrina reinante sobre a matéria é que, na renovação, não fica a entidade obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. Pois, mesmo que o texto da norma aluda a “iguais períodos”, a leitura muito restrita da norma traria um engessamento para o administrador, o que não era o objetivo do legislador. Se é possível prorrogar por 60 meses, não seria razoável subordinar a administração ao dever de estabelecer períodos

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 38, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011

Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada deve-se observar que:

- a) o prazo de vigência originário, de regra, é de até 12 meses; b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a administração; e c) é juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente²⁰.

Por fim, destacamos que, para esses contratos, que possuem duração que ultrapassa o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender à despesa relativa ao exercício futuro poderá ser formalizada por apostilamento, conforme dispõe a **ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 35, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011**.

| Enunciado | Relator | Acórdão |
|---|------------------------|-----------------|
| Somente contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes se coadunam com o conceito de natureza contínua. | BENJAMIN ZYMLER | AC-6528-34/13-1 |
| O prazo de vigência de contratos de serviços contínuos deve ser estabelecido considerando-se as circunstâncias de forma objetiva, fazendo-se registrar no processo próprio o modo como interferem na decisão e quais suas consequências. Tal registro é especialmente importante quando se fizer necessário prazo inicial superior aos doze meses entendidos como regra pelo TCU. Há necessidade de se demonstrar o benefício decorrente do prazo estabelecido. | RAIMUNDO CARREIRO | AC-3320-19/13-2 |
| Na hipótese de serviços advocatícios serem contratados como serviços contínuos, o fato de a vigência do contrato ser estabelecida em 12 meses não significa que a Administração não poderá mantê-lo, caso os serviços estejam sendo prestados a contento e se as condições ainda estiverem favoráveis à administração, observando-se o limite de 60 meses. | WEDER DE OLIVEIRA | AC-0525-07/12-P |
| É recomendável que, nos contratos relativos a prestações de serviços contínuos, caso não haja restrição de natureza técnica ou mercadológica, seja prevista a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência por até 60 (sessenta) meses. | ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO | AC-5820-28/11-2 |
| Contratos de conservação rodoviária podem ser enquadrados como de execução contínua, para o fim de prorrogação. | AUGUSTO NARDES | AC-0278-04/11-P |
| Aquisição de fatores de coagulação são tidos, excepcionalmente, como serviços de natureza contínua, portanto, seus contratos podem ter vigência superior aos respectivos créditos orçamentários. | JOSÉ JORGE | AC-0766-12/10-P |
| Para o fim de duração do contrato, a eventual atribuição de natureza contínua para o fornecimento de passagens aéreas deve ser avaliada a partir da real necessidade do órgão de que esses serviços sejam necessários ao desempenho de suas atividades negociais. | ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO | AC-4742-31/09-2 |

²⁰ idênticos para vigência, seguindo o prazo inicialmente avençado no contrato. Então, nesse aspecto, não haveria qualquer irregularidade na prorrogação por mais 24 meses do contrato inicialmente avençado, com prazo de 36 meses." (Acórdão nº 551/2002, Segunda Câmara).

| | | |
|---|----------------------------|-----------------|
| A definição como serviço de caráter contínuo deverá ser efetivada a partir da análise de cada caso concreto e de acordo com características e necessidades da instituição contratante. | ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO | AC-4614-39/08-2 |
| Ao ser estipulada a vigência de um contrato administrativo cujos serviços sejam de natureza continuada, inclusive decorrente de contratação por inexigibilidade, deve ser observado o prazo limite de sessenta meses, com as prorrogações devendo ser justificadas. | AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI | AC-1725-33/08-P |
| A prorrogação contratual por até mais doze meses aplicável a serviços contínuos, além do limite de sessenta meses previsto, somente é pertinente em situações excepcionais ou imprevistas, diante de fato estranho à vontade das partes, não sendo cabível sua adoção justificável apenas pela vantajosidade de preços à Administração. | MARCOS VINICIOS VILAÇA | AC-1159-23/08-P |
| É legal a renovação sucessiva de contrato de publicidade por até sessenta meses, se houver previsão contratual, uma vez que se trata de serviços de natureza continuada. | RAIMUNDO CARREIRO | AC-0430-08/08-P |
| Na prorrogação de contrato de serviços de natureza continuada, não fica a instituição pública obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. | LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA | AC-1191-31/05-P |
| Na prorrogação de contrato de serviços de natureza continuada, não fica a instituição pública obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. | UBIRATAN AGUIAR | AC-0838-23/04-P |

Por outro lado, nos acórdãos abaixo relacionados, não foram considerados como serviços contínuos pelo TCU:

| Enunciado | Relator | Acórdão |
|---|------------------------|------------------|
| A duração de contratos de aquisição de combustíveis deve se ater à vigência dos respectivos créditos orçamentários, uma vez que se trata de fornecimento e não de serviços de duração continuada. | WEDER DE OLIVEIRA | AC-0775-04/12-1 |
| Serviços de consultoria não são contínuos e, por isso, não podem ser prorrogados sob o fundamento do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993. | AROLDO CEDRAZ | AC-11150-41/11-2 |
| Serviços de fiscalização, acompanhamento, controle de qualidade, elaboração de projetos de obras não são contínuos. A responsabilização pelo enquadramento irregular do objeto de um contrato nessa qualidade deve recair, em primeiro plano, nos gestores da entidade contratante. Os pareceristas que emitiram opinião só podem ser alcançados quando existirem indícios de que tenham atuado com má-fé ou dolo, ou de que tenham praticado erro grosseiro. | ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO | AC-2447-38/11-P |
| Os contratos firmados com agências de turismo para fornecimento de passagens caracterizam compra e não prestação de serviços contínuos, portanto, não são passíveis de prorrogação. | ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO | AC-6780-30/11-2 |
| Contratos de obras públicas que envolvam serviços além da conservação rodoviária, tais como pavimentação, terraplenagem, sinalização e drenagem, não são considerados contínuos. | UBIRATAN AGUIAR | AC-1529-22/11-P |
| A aquisição de combustível refere-se à material de consumo, não podendo ser caracterizado o seu fornecimento como serviço de execução continuada, estando fora da hipótese da prorrogação prevista no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93. | UBIRATAN AGUIAR | AC-1920-09/11-1 |

3.4.2 Da vigência por prazo indeterminado

A ON/AGU nº 36 estabelece ser possível fixar prazo indeterminado nos contratos em que a Administração seja usuária de serviços públicos de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e ajustes firmados com a imprensa nacional. Confira a sua redação:

Orientação Normativa Nº-36, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011

A administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (empresa brasileira de correios e telégrafos) e ajustes firmados com a imprensa nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários. (NR)

A lógica utilizada pela AGU é que, nesses casos, incide a regra do inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993, que preceitua ser aplicável “o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber, aos contratos em que a Administração for parte como usuária do serviço público”. Assim, não seria aplicável a regra limitadora de sessenta meses do inciso II do art. 57, nem o seu parágrafo terceiro que veda a existência de contratos administrativos com prazos indeterminados²¹.

Além disso, a AGU destaca que esses serviços são todos prestados em regime de exclusividade, o que removeria o óbice da vigência indeterminada da relação jurídica: confira trecho da fundamentação da mencionada ON/AGU nº 36:

Nessas condições, haverá sempre uma única titular ou sua autorizada para prestar os serviços em determinada localidade para prestação dos serviços públicos essenciais de saneamento básico, donde a sua contratação mediante inexigibilidade de licitação.

Assim, o fato de estar autorizada a contratação direta para esses serviços por impossibilidade de competitividade faz com que, em termos lógicos, não haja a incidência do art. 57, inciso II e § 3º da Lei nº 8.666, de 1993. Se há um único fornecedor do serviço público – não havendo que falar, portanto, em viabilidade de competição –, não há, a princípio, óbice jurídico a que contratos da espécie contemplem prazo indeterminado de vigência.

²¹ A mesma exegese foi aplicada pela AGU na **ON/AGU nº 6**, que dispõe que “A vigência do contrato de locação de imóveis, no qual a administração pública é locatária, rege-se pelo art. 51 da lei nº 8.245, de 1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. II do art. 57 da lei nº 8.666, de 1993.”

| Enunciado | Relator | Acórdão |
|---|----------------------------|-----------------|
| Não há óbice a prorrogações sucessivas de contrato de locação em que a Administração seja locatária, desde que sejam formalizadas, periódicas e justificadas no interesse público e na vantajosidade da proposta. | BENJAMIN ZYMLER | AC-1127-20/09-P |
| A fixação de prazo de vigência para as contratações efetuadas pela Administração Pública é, à luz do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, impositiva, independentemente do regime legal sob o qual foram fundamentadas. | BENJAMIN ZYMLER | AC-1375-20/13-P |
| É ilegal a fixação de contrato sem definição de quantidades e de prazo de vigência, bem assim com vigência retroativa. | ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO | AC-5820-28/11-2 |
| Não são admitidos contratos de efeitos retroativos ou com vigência indeterminada. | MARCOS BEMQUERER | AC-6583-35/10-1 |
| Os contratos administrativos devem ser celebrados com vigência determinada. | AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI | AC-0716-11/10-P |
| Torna-se, em princípio, indispensável a 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). | INEXISTENTE | |
| Os contratos administrativos devem ser firmados com vigência determinada. | BENJAMIN ZYMLER | AC-1404-29/08-P |
| Os contratos administrativos devem ser firmados com vigência determinada. | VALMIR CAMPELO | AC-2031-21/08-1 |
| A continuidade da execução dos serviços após esgotado o prazo de vigência contratual não encontra amparo na legislação que rege as contratações no âmbito da administração pública. | BENJAMIN ZYMLER | AC-0195-06/05-P |
| Os contratos devem conter, entre suas cláusulas, delimitação temporal, já que a ausência de disposição nesse sentido caracteriza vigência indeterminada, o que contradiz o ordenamento jurídico. | WALTON ALENCAR RODRIGUES | AC-1393-34/04-P |

3.4.3 Da vigência e eficácia

Como visto, a vigência de um contrato consiste no período em que os contratos firmados podem produzir direitos e obrigações para as partes contratantes. Contudo, conforme dispõe o art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666 de 1993, o contrato somente será eficaz após a sua publicação na imprensa oficial. Confira sua redação:

Art. 61. (...)

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei (**Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994**).

Se o prazo de vigência contratual tem por finalidade determinar o período de tempo durante o qual um contrato administrativo se apresenta como obrigatório para as partes, por outro lado a eficácia consiste na potencialidade de produção de efeitos do contrato. Eis a lição do Mestre Marçal Justen FilhoXIV, que esclarece bem essa relação:

Eficácia e vigência

Eficácia e vigência não são expressões sinônimas, mas há relação entre ambos os institutos. Para ou fins ora estudados, a vigência consiste no período de tempo durante o qual um contrato administrativo se apresenta como obrigatório para as partes. A eficácia significa a potencialidade de produção de efeitos do contrato. Quando a lei estabelece que a publicação é condição de início de eficácia do contrato administrativo, isso acarreta que a própria vigência não se inicia antes da publicação. Isso não equivale a afirmar que a vigência se inicie na data da publicação. Até é possível que a vigência se inicie em data posterior à publicação. Basta que o contrato preveja o início de sua vigência para momento futuro, dando-se a publicação com uma certa antecedência. **Ressalve-se que a cláusula contratual que fixar o início de vigência de modo incompatível com a regra do art. 61, parágrafo único, deverá ser interpretada adequadamente. Enquanto não se produzir a publicação, não pode ter início a vigência. É possível afirmar, por isso, que a data da publicação prevalecerá sobre a redação formal do instrumento contratual se esta fixar início de vigência em momento anterior à publicação do extrato na imprensa.** (JUSTEN FILHO, 2008) (Grifos nossos).

Como visto, defende o administrativista que os prazos contratuais deverão ser computados a partir da data da publicação e não a partir da data da assinatura. Por sua vez, consta expresso acatamento da tese exposta acima pelo Tribunal de Contas da União no acórdão nº 1.248/2007 – Plenário.

Por outro lado, a lição extraída da doutrina de Lucas Rocha Furtado^{22xv}, abaixo reproduzida, caminha no sentido de que a ausência de publicação é uma ilegalidade de natureza formal que não deve afetar a execução ou validade do contrato.

A Administração Pública deve, portanto, sempre providenciar a publicação do extrato do contrato em órgão de divulgação oficial, condição legal para que possam ser efetuados pagamentos. Caso sejam realizados pagamentos decorrentes da execução de contratos celebrados pela Administração sem que tenha sido providenciada a devida publicação do seu extrato, viola-se, sem dúvida, a exigência do parágrafo único do art. 61 da lei nº 8.666/93, que impõe a publicação do extrato como condição de eficácia da avença, devendo, no entanto, esse tipo de ilegalidade ser tida como de caráter formal, pois que em nada afeta ou compromete a execução e a validade do contrato. Deve, no entanto, essa irregularidade acarretar a responsabilidade dos agentes administrativos que praticaram tal ilegalidade.

Nessa linha, sendo de natureza formal a falha caracterizada pelo atraso na publicação do extrato, ainda que deva ser evitada, não deve retardar o início da vigência contratual, pois a publicação apenas confere eficácia ao contrato, reputando como válidos os atos praticados com base no instrumento contratual assinado (FURTADO, 2009) (Grifo nosso).

²² No mesmo sentido: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contrato – vigência – publicação ou assinatura? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 54, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=35826>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

A Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC) da Procuradoria-Geral Federal (PGF), no bojo do Parecer nº 06/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU²³, adotou esse último entendimento como orientação aos seus órgãos assessorados, com a seguinte conclusão:

Assim, conclui-se que os termos de contrato não devem condicionar o início de sua vigência à publicação do extrato de que trata o art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, mas indicar como início de sua vigência a data de sua assinatura ou de prazo expressamente indicado no instrumento contratual ainda que anterior ou posterior à publicação (CPLC, 2014).

3.4.4 Forma da contagem do prazo contratual

Por fim, cumpre estudar a forma de fixação e contagem do prazo de vigência contratual. Como destacado na Orientação Normativa AGU nº 03, esse tema é determinante para a possibilidade da prorrogação de um contrato, pois caso ocorra extrapolação do prazo de vigência, o contrato estará extinto, não sendo possível prorrogá-lo:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 03, DE 1 DE ABRIL DE 2009

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.

No Parecer nº 06/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, anteriormente citado, a PGF uniformizou o entendimento de que a contagem dos prazos contratuais deve seguir as regras estabelecidas no Código Civil; deve ocorrer sendo aplicável aos contratos que possuem prazo de vigência fixado em meses a regra do art. 132, §2º do Código Civil, que dispõe que *os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência*.

Assim, por exemplo, se a vigência de 12 meses de um contrato administrativo iniciou em 31.05.2016, o seu termo final (*dies ad quem*) será 31.05.2017, podendo ser prorrogado até essa data, e assim sucessivamente, ou seja, 31.05.2018, 31.05.2019, 31.05.2020, até completar 60 meses, em 31.05.2021. Confira trecho da mencionada manifestação:

II – Da forma de contagem de prazos contratuais (...)

No lapso de tempo computado, prevalece a regra que determina a exclusão do primeiro dia e inclusão do dia do vencimento.

Esta regra encontra-se harmonizada tanto no plano material²⁴ como processual, estando prevista no Código Civil (artigo 132) no Código de Processo Civil (artigo 184), e na Lei 9784/99 (art. 66) em textos quase idênticos:

Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

²³ Referida manifestação, relatada pelo Procurador Federal Daniel de Andrade Oliveira Barral, bem como as demais manifestações produzidas pela Câmara, podem ser encontradas em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680 ou por meio do encurtador: bit.ly/parecerescplc.

²⁴ A exceção a essa regra são os prazos penais, conforme disposto no art. 10 do Código Penal.

Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

Entende-se que tal regra deve ser levada em consideração, devendo haver uma leitura em conjunto do § 3º do art. 132 do Código Civil, com o seu caput:

§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

A vinculação entre o art. 132, caput, do Código Civil e seu § 3º é de uma relação de genérico/específico, onde o caput estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese.

Não há qualquer antinomia, ou necessidade de harmonização entre tal dispositivo do Código Civil com o art. 57, II da Lei 8666/93, na medida em que a contagem de prazo de vigência de um contrato administrativo não difere dos demais contratos regidos pelo Direito Privado, conforme reza o art. 54 da Lei 8666/93.

Sendo assim, se um contrato tem início em determinado dia, o prazo de vigência começará a ser computado do próximo dia útil e, se o prazo for em meses ou anos, expira-se no dia de igual número do de início, ou no imediato se faltar exata correspondência (art. 132, § 3º, do Código Civil).

Sobre a contagem de prazos, registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema que, apesar de tratar de prescrição, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso, pois a diferenciação da contagem de prazos no direito material e de direito processual foi superada, considerando o direito positivo reproduzido acima:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. APLICAÇÃO DE TAXA SELIC. 1. A contagem do prazo prescricional deve considerar o sistema adotado pelo CPC: não se conta o dia do início do seu curso e inclui-se o último. Em consequência: a contagem do prazo quinquenal faz-se por anos, contados do dia do início (considerando o dia útil seguinte) e o dia do mês correspondente do ano em que se findar. 2. Ação distribuída em 1º de setembro de 2003. Ato apontado como ilícito consumado em 1º de setembro de 1988. Demora da citação por motivos inerentes ao mecanismo da justiça.²⁵

Por exemplo, se a vigência de 12 meses de um contrato administrativo iniciou em 31.05.2012, o seu termo final (*dies ad quem*) será 31.05.2013, podendo ser prorrogado até esta data, e assim sucessivamente, ou seja, 31.05.2014, 31.05.2015, 31.05.2016, até completar 60 meses, em 31.05.2017. É o que se extrai de Diógenes Gasparini²⁶:

Destarte, a partir da assinatura diz-se que o contrato está em vigor e assim permanecerá até o último dia de sua vigência ou até o dia de sua rescisão. Contam-se, portanto, o dia inicial e final da vigência do ajuste. Assim, se o contrato foi assinado no dia 2 de julho de 2001, pelo

²⁵ STJ - RECURSO ESPECIAL – 825915/MS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008.

²⁶ Gasparini, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Saraiva: São Paulo. 2008. p. 700.

prazo de um ano, terminará em 2 de julho de 2002. (...) A contagem do prazo contratual não observa as regras de contagem dos prazos processuais ou os do procedimento administrativo estabelecidos na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Destarte, estando em vigor e em condições de produzir os efeitos desejados pelas partes, embora, em inúmeras vezes, esses efeitos estejam contidos, aguardando para desencadear o acontecimento de um termo (data) ou condição (aprovação pela autoridade competente). Quando isso ocorre, o contrato está em vigor, mas ineficaz quanto à produção de seus efeitos. A vigência extingue-se com o contrato.

Destarte, reafirmamos a orientação expedida pelo Parecer nº 345/PGF/RMP/2010 que recomenda a contagem data-a-data, destacando não haver qualquer prejuízo a coincidência do último dia do prazo de vigência do contrato original, com o primeiro dia de vigência do termo aditivo de prorrogação subsequente.

3.5 Alterações no contrato administrativo

O contrato administrativo pode ser alterado em conformidade com o que dispõe o **artigo 65 da Lei nº 8.666/93, desde que sejam observados os pressupostos legais**, 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 que limitam as alterações contratuais com o objetivo de evitar a fuga do processo licitatório e, ainda, a proteger o interesse do particular contratado.

Há que se ressaltar que **o objeto do contrato não pode ser alterado**, e que se descaracterizado implicará no 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 para a correção de falhas substanciais provenientes de projetos básicos ou de termos de referência 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, determinada pela Administração;

II – alteração por acordo entre as partes.

A Administração possui a **prerrogativa de ALTERAR O CONTRATO UNILATERALMENTE**, ou seja, o contratado é obrigado a aceitar a alteração, garantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Trata-se da aplicação de cláusula exorbitante, conforme dispõem os arts. 58, I e 65, I “a” e “b” da Lei nº 8.666, de 1993.

3.5.1 Alteração unilateral

A ALTERAÇÃO UNILATERAL permite a modificação contratual, 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).

3.5.2 Alteração por acordo entre partes

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

- 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 conseqüências 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 (Redação dada pela Lei nº 8.883 de 1994).

Além das alterações unilaterais, determinadas pela Administração, o contrato pode ser solapado por fatos imprevistos ou imprevisíveis que alterem substancialmente as condições do ajuste. Nessa situação, importante ressaltar, que uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o contratado deverá provocar a Administração para a

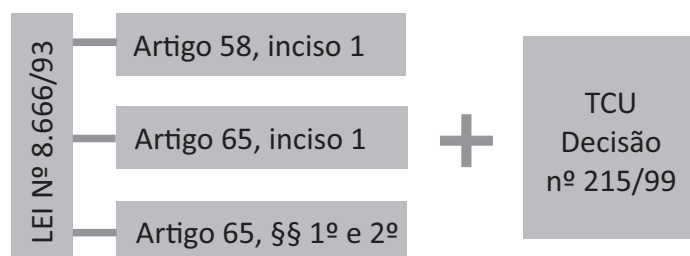
adoção do reequilíbrio contratual, não existindo discricionariedade em seu deferimento. A Administração somente poderá recusar o restabelecimento da equação se ausentes os seguintes pressupostos necessários:

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

Retornaremos a esse ponto ao estudarmos com mais profundidade os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato Administrativo.

3.5.2.1 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.

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: 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**.

Alteração quantitativa dentro do limite de 50%, para o caso de **acréscimos**, na hipótese de **reforma de edifício** ou de **equipamento**.

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.**

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

O Tribunal de Contas da União, na Decisão 215/99 - Plenário, 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 facultado 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. Dessa forma, torna-se importante o conhecimento de parte da Decisão nº 215/99 – Plenário – colacionada abaixo:

[...]

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 nº 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;

nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas 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 em 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).

De acordo com o entendimento do relator Ministro Valmir Campelo, 30.1.2013, proferido no **Acórdão TCU 89/2013-Plenário**, para fins de enquadramento na hipótese de excepcionalidade prevista na Decisão nº 215/1999-Plenário 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 nº 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 nº 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 estabelecidos pelo Tribunal na

Decisão nº 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 nº 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).

3.5.2.3 Como apurar 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**.

Desta forma, a base de cálculo será sempre o **valor inicial atualizado do contratado**, sendo que esse valor somente sofrerá alteração por força de reajuste 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:

| | |
|--|-------------|
| Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário | |
| Valor inicial atualizado | 100.000,00 |
| Supressão | (40.000,00) |
| Saldo | 60.000,00 |
| Aplicação do limite legal (25% x 100.000,00) | 25.000,00 |
| Valor final máximo do contrato (c/aditivos) | 85.000,00 |

O entendimento do Tribunal de Contas da União e da Advocacia-Geral 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, conforme demonstrado abaixo:

Os limites previstos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, devem ser calculados tomando-se como base o valor inicial do contrato, livre das supressões de itens nele previstas. AC-2989-43/13-P ANDRÉ DE CARVALHO.

As reduções ou supressões de quantitativos devem ser consideradas de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93. AC-1498-23/15-P BENJAMIN ZYMLER.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº- 50

“OS ACRÉSCIMOS E AS SUPRESSÕES DO OBJETO CONTRATUAL DEVEM SER SEMPRE CALCULADOS SOBRE O VALOR INICIAL DO CONTRATO ATUALIZADO, APLICANDO-SE A ESTAS ALTERAÇÕES OS LIMITES PERCENTUAIS PREVISTOS NO ART. 65, § 1º, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, SEM QUALQUER COMPENSAÇÃO ENTRE SI.”

REFERÊNCIA: Art. 65, I, b e §1º, da Lei nº 8.666, de 1993, Parecer PGFN/CJU/CLC/nº 28/2009, Parecer nº1359/2010/LC/NAJSP/ AGU.

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%, salvo nas hipóteses disciplinadas no Acórdão nº 1799-29/15-P abaixo reproduzido:

É permitida, apenas para contratos de obras de infraestrutura, celebrados antes de 25/11/11 (data do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário) por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes, a compensação entre o conjunto de supressões e acréscimos realizados por aditivos contratuais, para fins de observância dos limites impostos no art. 65 da Lei nº 8.666/93. Nas contratações ocorridas a partir dessa data, as reduções ou supressões devem ser consideradas de forma isolada, calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um destes conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites estabelecidos na legislação. AC-1799-29/15-P - Vital do Rêgo.

3.5.2.4 Qual é o procedimento adequado para a formalização das alterações contratuais?

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 – (...)

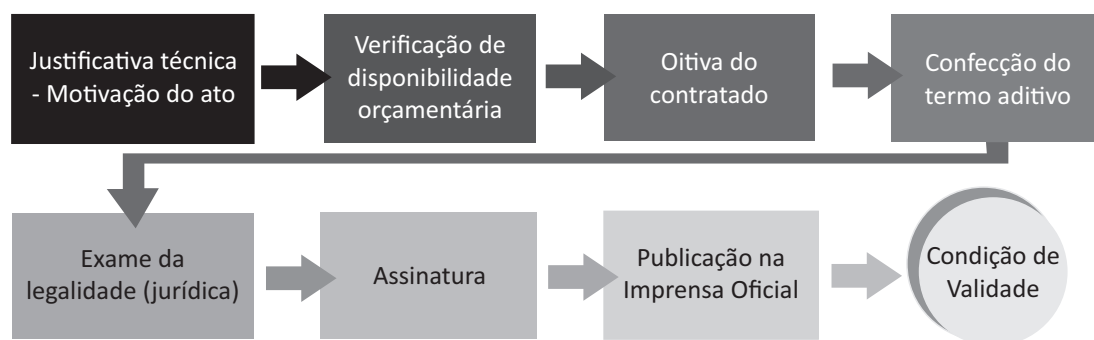
Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de **seus aditamentos**...

Assim, toda e qualquer alteração contratual (artigo 65 da Lei nº 8.666/93) ou prorrogação de prazos (artigo 57) deverá ser formalizada por meio 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.

Pode-se definir apostila como 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. 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 nº 2590/2012 – Plenário; Acórdão nº 1227/2012 – Plenário; Acórdão nº 3260/2011 – Plenário; Acórdão nº 1833/2011 – Plenário.

3.6 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Os contratos administrativos, na esteira da regra aplicável aos contratos regidos pelo Direito privado, permitem alteração de cunho econômico durante sua vigência, seja em virtude do advento de fatos imprevisíveis e inevitáveis não imputados ao contratado ou à própria Administração Pública, ou mesmo com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato desgastado pelo mero transcurso do tempo.

Seguindo essa diretriz lógico-jurídica, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos encontra-se positivado em nível constitucional, à luz do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

Portanto, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é garantia constitucional conferida a todos aqueles que contratam com a Administração Pública. Com o desiderato de corroborar essas afirmações iniciais, colacionamos trecho da obra do festejado mestre Celso Antônio Bandeira de Melo^{XVI}:

51. Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.

Para tanto, o que importa, obviamente, não é a ‘aparência’ de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado (MELO, 2003).

Mais à frente em sua obra, o professor paulista sumaria as situações que podem alterar a equação econômica do contrato:

1. agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no uso de seu poder de alteração unilateral do contrato;
2. agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual (fato do príncipe);
3. agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato;
4. agravos econômicos provenientes das chamadas “sujeições imprevistas”;
5. agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual.

Contudo, é importante que seja afirmado desde já que a alteração da equação econômico-financeira do contrato não está adstrita ao acontecimento de um evento extraordinário que impacte sobremaneira o contrato, pois a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de readequar a equação econômico-financeira tanto nas hipóteses de álea ordinária quanto extraordinária. O Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, relator do acórdão nº 1.563/2004 – Plenário do Tribunal de Contas da União, produziu a seguinte diferenciação que demonstra com clareza o ponto ora abordado:

9.1 A álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no ‘risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado’ (Maria Helena Diniz. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157). Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências. No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração;

9.2 a álea extraordinária pode ser entendida como o ‘risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual’ (DINIZ, 1998, p. 158), por essa razão autoriza a revisão contratual, judicial ou administrativa, a fim de restaurar o seu equilíbrio original.

Assim, além das hipóteses anteriormente referidas, todas vinculadas ao surgimento de um evento expressivo e superveniente, seja decorrente da aplicação da teoria da imprevisão, pela ocorrência de evento enquadrado na teoria do príncipe ou mesmo buscando proteger a equação econômico-financeira do contrato de alterações unilaterais por parte da Administração, as quais o legislador infraconstitucional buscou agasalhar por meio de diversos dispositivos legais (art. 65, II, “d”, e § 5º, art. 58, §§ 1º e 2º, todos da Lei nº 8.666/1993), existem os casos de alteração da equação econômico-financeira do contrato em razão da necessidade de reajuste do valor inicialmente apresentado, desgastado em seu poder de compra diante da inflação experimentada no período. Vejamos os dispositivos legais pertinentes.

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

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela (**Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994**);

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

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

A respeito do reajustamento de preços, julgamos conveniente reproduzir a lição do professor Marçal Justen Filho:

(...) o 'reajuste' de preços é uma solução desenvolvida a partir da prática contratual pátria. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como 'reajuste' de preço. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. (...)

Contudo, em razão dos esforços governamentais para reduzir a inflação, foi editada em 1995 a Lei nº 9.069, que, ao dispor sobre as regras do Plano Real, buscou senão eliminar, ao menos restringir a indexação dos contratos administrativos e, com isso, acabar com a inflação inercial decorrente da excessiva utilização de 'gatilhos' automáticos de reajuste dos preços acordados.

Aqui é relevante reproduzirmos mais um trecho do voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, que, ao relatar o julgamento do acórdão nº 1.563/2004 – Plenário do Tribunal de Contas da União, produziu, com arguta percuciência, apanhado histórico da evolução do instituto em comento:

13. A Lei nº 9.069, promulgada em 29/06/1995, ao dispor as regras do Plano Real, determinou a periodicidade anual e a data-base para o reajustamento dos contratos vigentes e futuros, nos seguintes termos:

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às obrigações convertidas ou contratadas em URV até 27 de maio de 1994 e às convertidas em REAL.

§ 3º A periodicidade de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir:

- da conversão em REAL, no caso das obrigações ainda expressas em Cruzeiros Reais;
- da conversão ou contratação em URV, no caso das obrigações expressas em URV contratadas até 27 de maio de 1994;
- da contratação, no caso de obrigações contraídas após 1º de julho de 1994; e IV - do último reajuste no caso de contratos de locação residencial.

(...)

§ 5º O Poder Executivo poderá reduzir a periodicidade de que trata esse artigo [sem grifo no original].

14. No dia subsequente à promulgação dessa Lei, foi editada a Medida Provisória nº 1.053 - reeditada até a de nº 2.074-72, de 27/12/2000 -, convertida, em 14/06/2001, na Lei nº 10.192,

que trouxe medidas complementares ao Plano Real. O legislador passou a tratar, no tocante ao reajuste, da seguinte forma:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

(...)

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta lei, e, no que com ela não conflitem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Antes, porém, da conversão da referida Medida Provisória, foi publicado o Decreto nº 2.271, de 7/7/1997, que disciplina a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Em seu artigo 5º, passou a admitir a repactuação dos preços para os contratos que tivessem por objeto a prestação de serviços contínuos - aqueles enquadrados no artigo 57, inciso II da Lei nº 8.666/1993 e definidos, pela Instrução Normativa Mare nº 18/1997, como 'serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro' - a fim de adequá-los aos novos preços de mercado, desde que: a) previsto no edital; b) observado o interregno mínimo de um ano; e c) demonstre analiticamente a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Esclareça-se que a figura da repactuação da maneira abordada surge na vigência do Plano Real, quando a economia começa a ganhar estabilidade depois de conturbado período de elevada inflação. Foi o mecanismo encontrado pelo Governo para dissociar a correção dos preços dos contratos de prestação de serviços de natureza continuada de um 'gatilho' automático e evitar o retorno das altas inflacionárias. Assim, em vez de adotar um percentual eleito pelas partes - índice geral ou setorial, que reflita a variação dos custos dos insumos -, passou-se a exigir uma planilha na qual se demonstrasse analiticamente a efetiva variação dos custos na formação dos preços (MENDES, 1998, p. 240).

(...)

Tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajustamento de preços até então utilizado e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois na primeira opção vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Assim, seria defensável a existência do gênero reajustamento de preços em sentido amplo, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o reajustamento de preços em sentido estrito, que se vincula a um índice, e a repactuação de preços, que exige análise detalhada da variação dos custos.

Ressalte-se que não existe consenso quanto à nomenclatura dos institutos destinados à manutenção/recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Diante da disparidade existente, e com o intuito de uniformizar a terminologia empregada neste trabalho, iremos fazer uso da classificação adotada pelo TCU, conforme exposto abaixo em trecho do Acórdão nº 1.563/2004, que também é a utilizada pela Advocacia-Geral da União no Parecer AGU/JTB nº 01/2008, que intentou pacificar a interpretação do instituto no âmbito da Administração Pública Federal.

Dos institutos que permitem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

28. A doutrina e a jurisprudência não têm utilizado expressões uniformes para denominar os institutos que permitem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o que dificulta o entendimento da matéria. Sem a pretensão de trazer uma posição definitiva, visto que o assunto ainda se encontra em evolução, mas apenas no intuito de facilitar o presente exame, será adotada a seguinte nomenclatura para os institutos que possibilitam o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

28.1 reajustamento de preços em sentido amplo, decorrente de álea ordinária, quando se exigem previsão contratual ou editalícia e interregno mínimo de um ano, da proposta ou do orçamento a que se referir a proposta ou da data do último reajustamento. Tal instituto pode ser dividido em:

28.1.1. reajustamento de preços em sentido estrito, quando se vincula a um índice específico ou setorial;

28.1.2. repactuação contratual, adotado para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua; nesse caso faz-se necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato;

28.2 equilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de álea extraordinária e extracontratual.

Passaremos em breve revista cada um desses institutos, dando especial atenção à repactuação de preços, instrumento mais aplicável às contratações de serviços terceirizados com dedicação exclusiva.

3.6.2 Do reajuste

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.

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 nº 10.192/2001.

3.6.2 Reequilíbrio econômico-financeiro

O reequilíbrio econômico-financeiro 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).

A previsão da possibilidade de reequilíbrio do contrato é medida de interesse da Administração, como forma de garantir a economicidade das suas contratações. Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

Interesse da Administração na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2008).

O mesmo autor, em outra passagem do seu livro aduz a seguinte advertência, quanto ao alcance desse reequilíbrio:

Advertência quanto à carga semântica das palavras:

Não é desnecessário advertir contra o risco de interpretações literais das expressões equilíbrio e equação.

Assim, em primeiro lugar, não se imagine que os vocábulos indiquem uma igualdade econômica em sentido absoluto. Utilizam-se essas palavras para indicar uma relação de equivalência que se poderia qualificar como convencional (para não dizer arbitrária). Significa que, para as partes, a extensão dos encargos assumidos é considerada como equivalente à extensão dos benefícios correspondentes.

Sob o mesmo enfoque, não há cabimento em afirmar que era respeitando o equilíbrio quando a empresa não tem prejuízo. Trata-se da aplicação não técnica do vocábulo. Quando se alude a equilíbrio econômico-financeiro não se trata de assegurar que a empresa se encontre em situação lucrativa. A garantia constitucional se reporta à relação original dentre cargos e vantagens. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação.

Bem por isso, não há cabimento em investigar o equilíbrio da empresa. A situação subjetiva do particular é irrelevante para identificar o conteúdo da equação econômico- financeira. Cada contratação retrata uma relação jurídica diversa, que reflete uma equação específica e determinada entre encargos e vantagens.

Por fim, não cabe investigar se a contratação é equilibrada, no sentido de produzir lucros satisfatórios e adequados. Tal como acima indicado, o equilíbrio de que se cogita é puramente estipulativo. As partes reputam que os encargos equivalem às vantagens, o que não significa que, efetivamente, haja um equilíbrio econômico real, material, de conteúdo (JUSTEN FILHO, 2008).

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, tal como dispõe a ON/AGU nº 22, abaixo reproduzida:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 22, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “D” do inc. II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993.

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.

3.6.3 Repactuação

Como visto, a repactuação foi criada com o intuito de servir de instrumento para o reajuste dos contratos de serviços de prestação continuada. Sua regulamentação inicial estava embasada na Medida Provisória nº 1.053, posteriormente convertida na Lei nº 10.192, no Decreto nº 2.271 e na Instrução Normativa nº 18 do antigo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare). Nesse sentido, a Lei nº 10.192 estabelece:

Art. 3o Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta lei, e, no que com ela não conflitarem, da **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**.

§ 1o A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Por sua vez, o art. 2º da mesma lei estabelecia a possibilidade de utilização de índices gerais ou setoriais, admitindo, portanto, o reajuste em sentido estrito.

Art. 2o É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1o É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Contudo, é importante asseverar que referida lei possuía a finalidade de regular tanto contratos particulares quanto aqueles celebrados pela Administração, daí a necessidade da norma de extensão prevista no seu art. 3º.

Destarte, a Lei nº 10.192, de *per si*, somente impôs aos contratos Administrativos a vedação de fixação de critério de reajuste inferior a um ano.

Foi o Decreto nº 2.271, editado com a finalidade de regular a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta e indireta, que efetivamente impôs a vedação de indexação desses contratos a índices e alternativamente estabeleceu a possibilidade de utilização da repactuação como meio alternativo para o reajuste desses contratos:

Art . 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

(...)

Art . 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Em consonância com o disposto no art. 5º do Decreto nº 2.271, a Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, dispõe, em seu artigo 54, que *“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).

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. 57, § 7º, IN MPDG nº 05/2017**).

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

| INSTITUTO | REVISÃO | REAJUSTE | REACTUAÇÃO |
|--------------------|---|--|--|
| 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 nº 10.192/01 | Instrução Normativa/MPDG nº 05/2017 Decreto nº 2.271/97 |
| PERIODICIDADE | Não há | Anual | Anual |
| ÍNDICE PREDEFINIDO | Não | Sim | Não |

4 Da fiscalização do contrato

Como já apontamos no início deste curso, a fiscalização do contrato administrativo é o mecanismo conferido à Administração Pública para assegurar que o objeto contratado será entregue na quantidade, qualidade e tempo devido. A Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, conceituou a gestão e fiscalização dos contratos em seu artigo 39, reproduzido abaixo:

Art. 39. As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Aludida definição apropriou-se do conceito doutrinário que sustenta a existência de dois importantes núcleos de atuação na atividade de fiscalização de contratos, quais sejam, a gestão e a fiscalização propriamente dita, ainda que a Lei nº 8.666, de 1993, no único artigo dedicado à disciplina do assunto, não tenha adotado taxativamente essa segregação de atividades:

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.

§ 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.

§ 2o As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

A falta de legislação específica quanto ao tema deixava ao alvedrio da Administração a escolha da terminologia e da divisão ou não de atribuições daqueles responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos, uma vez que, tanto na forma do já aludido art.

67 da Lei nº 8.666, de 1993, quanto no disposto no art. 6º do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997²⁷, somente há necessidade de indicação de um representante para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Entretanto, em que pese não decorra de obrigação legal, a cisão, em agentes distintos das atividades de fiscalização e de supervisão do contrato, em agentes distintos é encarada pelo Tribunal de Contas da União como uma boa prática administrativa, favorecendo o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa, conforme apontou o Exmo. Ministro Benjamin Zymler em voto proferido no Acórdão nº 2.296/2014-P. Lucas Rocha Furtado XVII comunga do mesmo entendimento, quando afirma em sua obra que “não obstante a não segregação dessas duas atribuições não possa ser considerada ilegal, ela deve ser evitada (FURTADO, 2015).”

A revogada Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, propôs uma divisão das atribuições de fiscalização do contrato administrativo, conforme pode-se perceber da norma contida em seu artigo 31:

Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercido pelo gestor do contrato, que poderá ser auxiliado pelo fiscal técnico e fiscal administrativo do contrato.

Contudo, ao conferir à divisão de atribuições o caráter facultativo, pouco contribuiu para a superação do cenário de inércia dos entes públicos contratantes. A falta de legislação cogente quanto ao tema relegava à escolha da Administração a divisão ou não de atribuições daqueles responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos.

Na prática, apesar de ser incentivada pelo Tribunal de Contas da União, a Administração Pública, salvo raras e honrosas exceções, não editava ato normativo interno determinando a segregação das funções de fiscal e gestor de contrato, e os contratos seguiam sendo fiscalizados por um único servidor, na maior parte das vezes escolhido entre aqueles lotados nas áreas administrativas do ente público.

Agora, após a edição da Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, a segregação de funções está claramente definida no art. 40, conforme transcrito e destacado abaixo:

Art. 40. O conjunto de atividades de que trata o artigo anterior compete ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

I - Gestão da Execução do Contrato: é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros;

²⁷ Decreto nº 2.271, de 1997 Art . 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.

II - Fiscalização Técnica: é o acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório, para efeito de pagamento conforme o resultado, podendo ser auxiliado pela fiscalização de que trata o inciso V deste artigo;

III - Fiscalização Administrativa: é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento;

IV - Fiscalização Setorial: é o acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade; e

V - Fiscalização pelo Público Usuário: é o acompanhamento da execução contratual por pesquisa de satisfação junto ao usuário, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto.

§ 1º No caso do inciso IV deste artigo, o órgão ou entidade deverá designar representantes nesses locais para atuarem como fiscais setoriais.

§ 2º O recebimento provisório dos serviços ficará a cargo do fiscal técnico, administrativo ou setorial, quando houver, e o recebimento definitivo, a cargo do gestor do contrato.

§ 3º As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática, podendo ser exercidas por servidores, equipe de fiscalização ou único servidor, desde que, no exercício dessas atribuições, fique assegurada a distinção dessas atividades e, em razão do volume de trabalho, não comprometa o desempenho de todas as ações relacionadas à Gestão do Contrato.

De acordo com esse modelo padronizado apresentado pela Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, compete ao gestor da execução do contrato a coordenação das atividades relativas à fiscalização do contrato, nas suas quatro facetas ou vertentes, quais sejam, a técnica, administrativa, setorial e de satisfação do público usuário, devidamente assessorado por fiscais responsáveis pelas três primeiras e pelo público usuário em relação ao último item, além de cuidar da instrução documental dos procedimentos ou incidentes contratuais ordinários e extraordinários, como, por exemplo, as prorrogações, alterações contratuais, revisões dos preços, pagamentos, e também a aplicação de sanções e extinção do ajuste.

É importante destacar que a partir desse marco normativo infralegal, para que a autoridade competente possa concentrar as atividades de gestão e fiscalização de contratos em único servidor, ele deve garantir a distinção dessas atividades, além de atestar que o volume de trabalho não irá comprometer o desempenho de todas as ações relacionadas à Gestão do Contrato.

A inovação é elegante e bem urdida, pois não viola o preceito legal superior plasmado no art. 67, da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que não impede que a Administração indique um único representante para a fiscalização do contrato, mas ao mesmo tempo impõe ao gestor

que assim decida proceder um ônus decisório importante, o que se imagina, será suficiente para quebrar o paradigma até então existente de designação isolada de servidores para a fiscalização dos contratos administrativos.

Contudo, ainda que o órgão decida por adotar modelo diverso que esse proposto pela Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, reiteramos ser fundamental que as competências estejam claramente definidas, de modo que os responsáveis pela fiscalização tenham consciência de suas responsabilidades e obrigações.

4.1 Quem deve indicar e designar o gestor e os fiscais do contrato?

Outro ponto inovador da Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, foi a definição expressa da competência para a indicação e para a designação do gestor e dos fiscais do contrato.

Com efeito, os artigos 41 e 42 cuidaram de estabelecer a competência do setor requisitante para a indicação do gestor, fiscal e seus substitutos e à autoridade competente do setor de licitações a responsabilidade pela designação formal dos indicados.

Art. 41. A indicação do gestor, fiscal e seus substitutos caberá aos setores requisitantes dos serviços ou poderá ser estabelecida em normativo próprio de cada órgão ou entidade, de acordo com o funcionamento de seus processos de trabalho e sua estrutura organizacional.

§ 1º Para o exercício da função, o gestor e fiscais deverão ser cientificados, expressamente, da indicação e respectivas atribuições antes da formalização do ato de designação.

§ 2º Na indicação de servidor devem ser considerados a compatibilidade com as atribuições do cargo, a complexidade da fiscalização, o quantitativo de contratos por servidor e a sua capacidade para o desempenho das atividades.

§ 3º Nos casos de atraso ou falta de indicação, de desligamento ou afastamento extemporâneo e definitivo do gestor ou fiscais e seus substitutos, até que seja providenciada a indicação, a competência de suas atribuições caberá ao responsável pela indicação ou conforme previsto no normativo de que trata o caput.

Art. 42. Após indicação de que trata o art. 41, a autoridade competente do setor de licitações deverá designar, por ato formal, o gestor, o fiscal e os substitutos.

§ 1º O fiscal substituto atuará como fiscal do contrato nas ausências e nos impedimentos eventuais e regulamentares do titular.

§ 2º Será facultada a contratação de terceiros para assistir ou subsidiar as atividades de fiscalização do representante da Administração, desde que justificada a necessidade de assistência especializada.

§ 3º O gestor ou fiscais e seus substitutos deverão elaborar relatório registrando as ocorrências sobre a prestação dos serviços referentes ao período de sua atuação quando do seu desligamento ou afastamento definitivo.

§ 4º Para o exercício da função, os fiscais deverão receber cópias dos documentos essenciais da contratação pelo setor de contratos, a exemplo dos Estudos Preliminares, do ato convocatório e seus anexos, do contrato, da proposta da contratada, da garantia, quando houver, e demais documentos indispensáveis à fiscalização.

4.2 Cuidados da portaria de designação do fiscal

A designação dos responsáveis pela fiscalização, por expressa disposição legal constante no *caput* do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993 deve revestir-se de formalidade essencial à validade do ato.

Desse modo, como visto acima, quando aludimos ao art. 42 da IN MPDG nº 5, de 2017, os responsáveis pela fiscalização devem ser designados por ator formal²⁸, o que implica na necessidade de edição de portaria de designação subscrita pela autoridade competente do setor de licitações e publicada no boletim interno de serviço do respectivo órgão.

Ademais, a portaria de nomeação do gestor e dos fiscais deve ser específica para cada contrato objeto de fiscalização, evitando-se a prática indevida adotada por alguns órgãos de proceder à nomeação genérica de um número de servidores como fiscais de contrato.²⁹

Outro cuidado formal importante já identificado pelo TCU³⁰, e que agora está regulamentado, é a necessidade de cientificação expressa dos servidores indicados para o exercício desse múnus público, conforme dispõe o § 1º do art. 41 da IN MPDG nº 5, de 2017:

Art. 41 (...)

§ 1º Para o exercício da função, o gestor e fiscais deverão ser cientificados, expressamente, da indicação e respectivas atribuições antes da formalização do ato de designação.

Desse modo, é providência fundamental que os responsáveis pela fiscalização do contrato sejam formalmente cientificados, preferencialmente com aposição de ciência em documento a ser posteriormente juntado aos autos.

Por fim, reiteramos que, caso o órgão adote modelo de gestão e fiscalização de contratos diferente daquele preconizado pela IN MPDG nº 5, de 2017, deve cuidar para definir de maneira expressa as atribuições de cada um dos responsáveis pela fiscalização do contrato.

4.3 Designação do gestor e dos fiscais pode ser recusada?

Conforme interpretação pacífica tanto por parte da doutrina especializada quanto por parte do Tribunal de Contas da União, a designação como fiscal de contrato não pode ser recusada por não se tratar de ordem manifestamente ilegal (art. 116, IV, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Nesse sentido, confira acórdão do TCU:

²⁸ “Deve ser designado representante da administração para acompanhar a execução de cada contrato firmado”. AC-1534-10/09-1 - AUGUSTO NARDES

²⁹ A nomeação genérica de servidores para atuarem como fiscais, sem especificação dos nomes nem dos contratos a serem fiscalizados, contraria o princípio da eficiência, por inviabilizar a atribuição de responsabilidade específica a determinado servidor. AC-3676-25/14-2 - JOSÉ JORGE

³⁰ 31.2. Riscos e efeitos: negligência de ambas as partes, de quem nomeia, pois não comunica a nomeação ao fiscal designado e não fixa suas atribuições em portaria específica, e do próprio fiscal que não cumpre a contento o seu papel de fiscalizar a execução do contrato.

(...)

31.5.1. determinação para que a unidade providencie portaria de designação específica para fiscalização de cada contrato, com atestado de recebimento pelo fiscal designado e que constem claramente as atribuições e responsabilidades, de acordo com o estabelecido pela Lei nº 8.666/93 em seu artigo 67; AC-1094-15/13-P

Acórdão nº 2.917/2010 – Plenário

5.7.7. O servidor designado para exercer o encargo de fiscal não pode oferecer recusa, porquanto não se trata de ordem ilegal. Entretanto, tem a opção de expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações que possam impedi-lo de cumprir diligentemente suas obrigações. A opção que não se aceita é uma atuação a esmo (com imprudência, negligência, omissão, ausência de cautela e de zelo profissional), sob pena de configurar grave infração à norma legal (itens 31/3 do voto do Acórdão nº 468/2007-P) (Trecho do Relatório do acórdão do Min. Valmir Campelo).

Esse entendimento foi recentemente encampado pela IN MPDG nº 05, de 2017, que consolidou no normativo infralegal o entendimento manifestado pela corte de contas federal. Confira o artigo pertinente:

Art. 43. O encargo de gestor ou fiscal não pode ser recusado pelo servidor, por não se tratar de ordem ilegal, devendo expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações técnicas que possam impedir o diligente cumprimento do exercício de suas atribuições, se for o caso.

Parágrafo único. Ocorrendo a situação de que trata o caput, observado o § 2º do art. 42, a Administração deverá providenciar a qualificação do servidor para o desempenho das atribuições, conforme a natureza e complexidade do objeto, ou designar outro servidor com a qualificação requerida.

Contudo, ainda que não possa ser recusada, o fiscal pode solicitar a capacitação para as atividades, além de solicitar que exista uma avaliação da compatibilidade da sua qualificação com aquela exigida para a atividade:

“5.7.6. Acerca das incumbências do fiscal do contrato, o TCU entende que devem ser designados servidores públicos qualificados para a gestão dos contratos, de modo que sejam responsáveis pela execução de atividades e/ou pela vigilância e garantia da regularidade e adequação dos serviços (item 9.2.3 do Acórdão nº 2.632/2007-P).

Nesse sentido, é obrigação da Autoridade superior conferir condições adequadas de trabalho, sob pena de atrair para si a responsabilidade por eventuais prejuízos advindos da fiscalização deficiente. Nesse sentido, conforme notícia extraída do informativo 57 do TCU:

O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado, caso não possua condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições.

“Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade”. Foi essa uma das conclusões a que chegou o TCU ao apreciar recursos de reconsideração em sede, de originariamente, tomada de contas especial, na qual foram julgadas irregulares as contas de diversos responsáveis, relativas à execução do Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador (Planfor), no Distrito Federal, no exercício de 1999. No caso, diversas contratações foram efetivadas, e, entre elas, uma celebrada com o Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Sistemas de TV por Assinatura e Serviços Especiais de Telecomunicações (Sincab), na qual se constataram diversas irregularidades graves, algumas delas imputadas à executora técnica do contrato, a quem incumbiria, segundo as normas de execução financeira e orçamentária

do DF, supervisionar, fiscalizar e acompanhar a execução da avença, o que não teria sido feito, conforme as apurações iniciais levadas à efeito pelo TCU. Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva consignou que o DF não houvera proporcionado à servidora responsável pela fiscalização da avença “condições adequadas para o desempenho de tal função, ao mesmo tempo em que sabia que eventual inexecução do contrato seria de responsabilidade desse executor técnico”. Ademais, ainda para a unidade técnica, os elementos constantes do processo indicariam não serem exequíveis as funções de executor técnico da forma determinada, tendo em conta ser perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Em vista da situação, a unidade técnica, com a anuência do relator, propôs a elisão da responsabilidade da recorrente, sem prejuízo da aplicação de penalidades de outros responsáveis pela gestão do Planfor, no DF, ao tempo dos fatos. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou seu consentimento. Acórdão nº 839/2011-Plenário, TC-003.118/2001-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 06.04.2011.

Contudo, a preocupação em evitar a sobrecarga de atividades não autoriza determinar, desde logo, um número absoluto máximo de contratos para o qual um mesmo servidor possa ser designado para atuar como fiscal.

Essa análise é casuística e deve se basear na relação de adequação entre a complexidade dos contratos, o volume de atividades e o tempo hábil para que o servidor desempenhe suas funções de modo satisfatório. É nesse sentido que caminhou a regulamentação do tema pela IN MPDG nº 05, de 2017, abaixo reproduzida:

Art. 41. A indicação do gestor, fiscal e seus substitutos caberá aos setores requisitantes dos serviços ou poderá ser estabelecida em normativo próprio de cada órgão ou entidade, de acordo com o funcionamento de seus processos de trabalho e sua estrutura organizacional.

(...)

§ 2º Na indicação de servidor devem ser considerados a compatibilidade com as atribuições do cargo, a complexidade da fiscalização, o quantitativo de contratos por servidor e a sua capacidade para o desempenho das atividades (grifo nosso).

Logo, o limite de contratos para que um mesmo servidor seja designado como gestor ou como fiscal relaciona-se ao desempenho da tarefa de modo eficiente, evitando-se a sobrecarga de trabalho. Com efeito, conforme constou nos acórdãos nº 2.831/2011-P, nº 38/2013-P e nº 1.094/2013-P, o TCU entende que essa definição deve levar em consideração as particularidades do caso concreto.

9.1.2. designe fiscais considerando a formação acadêmica ou técnica do servidor/funcionário, a segregação entre as funções de gestão e de fiscalização do contrato, bem como o comprometimento concomitante com outros serviços ou contratos, de forma a evitar que o fiscal responsável fique sobrecarregado devido a muitos contratos sob sua responsabilidade;

(TCU, Acórdão nº 1.094/2013, Plenário, Rel. José Jorge, j. em 08.05.2013.)

Em vista disso, não existe um número máximo de contratos para que um mesmo servidor possa ser designado fiscal. Tal avaliação deve ser feita em face do caso concreto, de modo a evitar a carga demasiada de trabalho capaz de comprometer a eficiência na execução da tarefa.XVIII

Outro tema atinente à qualificação do exercício da atividade de fiscal foi enfrentado pelo TCU no Acórdão nº 2512-P. **Nesse julgado, o TCU entendeu que o servidor público pode ser fiscal de obras sem ser formado em engenharia**, pois, segundo aquela corte de contas, seria atividade que dispensaria habilitação específica. Confira:

Relatório [...] A função de fiscal de contratos, mediante o acompanhamento da execução do objeto (no caso, obras), também não configura exercício ilegal da profissão de engenheiro. Trata-se de incumbência prevista no artigo 67 da Lei 8.666/1993, que não requer habilitação específica, sob pena de se inviabilizar o cotidiano da Administração Pública. Voto [...] designação do servidor para integrar a equipe de fiscalização da execução do contrato, apesar de sua ausência de formação em engenharia, nada teve de irregular, já que constituiu mero desempenho da incumbência prevista no art. 67 da Lei 8.666/1993. (TCU, Acórdão nº 2512, Plenário.)

Contudo, repise-se, a escolha do fiscal deve recair sobre pessoa que tenha conhecimento técnico suficiente do objeto que está sendo fiscalizado, pois falhas na fiscalização podem vir a alcançar o agente público que o nomeou, por culpa *in eligendo*.

Outra situação que pode gerar a responsabilização da autoridade responsável pela indicação do gestor e dos fiscais do contrato é aquela prevista no § 3º do art. 41 da IN MPDG nº 05, de 2017, que dispõe que *nos casos de atraso ou falta de indicação, de desligamento ou afastamento extemporâneo e definitivo do gestor ou fiscais e seus substitutos, até que seja providenciada a indicação, a competência de suas atribuições caberá ao responsável pela indicação*.

4.3.1 Contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização

Terceiro é a pessoa física ou jurídica contratada para auxiliar o fiscal na sua tarefa, conforme facultado pelo art. 67 da Lei nº 8.666/93. A contratação do terceiro não é obrigatória, cabendo à Administração verificar se a complexidade do contrato exige a assistência desse terceiro. Trata-se de uma atividade assistencial, cabendo a responsabilidade pela fiscalização à Administração Pública, conforme julgados abaixo:

A contratação de empresa para que auxilie a Administração na fiscalização de contratos não retira desta a obrigação do acompanhamento, porquanto a função do terceiro contratado é de assistência, não de substituição.

AC-0606-12/09-P - AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

A responsabilidade da Administração Pública não se exime com a contratação de serviços de supervisão e auxílio no controle da execução contratual.

AC-1930-42/06-P - AUGUSTO NARDES

Nesse mesmo sentido é a conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 57/2013, produzida no bojo do Parecer nº 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU³¹, de autoria do Procurador Federal Bráulio Gomes Mendes Diniz, abaixo reproduzida:

³¹ Mencionado parecer, assim como os demais pareceres produzidos pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal encontram-se disponíveis em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680 ou por meio do encurtador: bit.ly/parecerescplc.

4.3.1.1 a contratação de apoio à fiscalização prevista no art. 67, *caput*, da Lei nº 8.666/93 não encontra óbice no § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, pois constitui uma das expressas disposições legais em contrário a que se refere o dispositivo do decreto, podendo ser contratada ainda que as atividades sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade;

4.3.1.2 Na análise da contratação, deve-se zelar para que sejam previstas apenas atividades acessórias à fiscalização, cuidando-se para que a fiscalização e os atos que lhe são inerentes, tais como decisões, atestos, aplicação de penalidades, recebimento de serviços, remanesçam na figura do fiscal ou gestor do contrato, representante servidor a ser especialmente designado pela administração.

4.4 Quem não pode ser designado fiscal de contrato

Em homenagem ao princípio da segregação de funções, não podem ser indicados para fiscalizar os servidores **responsáveis pela execução do próprio contrato**³². **Do mesmo modo**, está impedido o **pregoeiro**³³, ou os **membros da comissão de licitação**³⁴. Também as situações de **conflitos de interesses** importam em óbice à designação como fiscal de contrato³⁵.

Por fim, insta destacar que Lucas Rocha Furtado (2015) afirma em sua obra que o fiscal não deve ser subordinado do gestor de contrato. Segundo a lição do professor, *não convém de modo* algum que referido fiscal esteja subordinado ao gestor. Devem os atos normativos da unidade contratante designar as atribuições de cada um deles, sem que um tenha que se subordinar ao outro.

4.5 Momento de designação do fiscal

Como já visto, o exercício da atividade de fiscalização pressupõe o acompanhamento dos resultados alcançados em relação à execução das obrigações materiais do contrato, a exemplo da verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada, bem como da verificação do atendimento das demais obrigações decorrentes do contrato, assim considerada a manutenção da condição de regularidade trabalhista, previdenciária, tributária etc.

Portanto, tendo em vista que a atividade fiscalizatória pressupõe o acompanhamento das obrigações contratuais, para que a função seja exercida de modo efetivo e seu objetivo seja

³² Com fundamento no princípio da segregação de funções, como garantia da independência da fiscalização, é fundamental que o agente fiscalizador não seja ao mesmo tempo executor, em um mesmo contrato administrativo. AC-0140-06/07-P - MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

³³ É vedado o exercício, por uma mesma pessoa, das atribuições de pregoeiro e de fiscal do contrato celebrado, por atentar contra o princípio da segregação das funções. AC-1375-20/15-P - Bruno Dantas

³⁴ A execução de contrato deve ser acompanhada por servidor especialmente designado para tanto, não cabendo a designação de membros da comissão de licitação para o desempenho da atividade. AC-2146-10/11-2 - JOSÉ JORGE

³⁵ Os responsáveis pela fiscalização de contrato não podem ser designados em situações que envolvam conflitos de interesse na atividade. AC-3083-45/10-P - RAIMUNDO CARREIRO.

Parentes ou cônjuges de proprietários ou sócios de entidades contratadas não devem ser designados como responsáveis pela fiscalização, gestão, ou qualquer função que envolva o controle da execução do respectivo contrato. AC-1885-33/09-P - ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO.

resguardado, a formalização da designação do fiscal deve ser feita em momento prévio ou, no máximo, contemporâneo ao início da vigência contratual.XIX

Acórdão 9.3. alertar o (...) quanto às ocorrências a seguir, apontadas nos itens 3.25 e 3.27 do relatório de fiscalização: (...)

ausência de nomeação de fiscal do contrato antes do início de sua vigência, decorrente do descumprimento da Lei 8.666/1993, art. 67;

TCU - Acórdão nº 380/2011 – P

Contudo, como já destacamos no capítulo do planejamento da contratação, é recomendável que o fiscal do contrato participe da fase de concepção inicial da contratação, para que sua experiência e sugestões sejam devidamente apreciadas e aprimorem o instrumento contratual, conforme restou decidido pelo TCU no Acórdão nº 3.016/2015-Plenário:

recomendação ao (...) para que, relativamente às suas aquisições, implemente controles internos no sentido de que o fiscal do contrato de determinada solução armazene dados da execução contratual, de modo que a equipe de planejamento da contratação encarregada de elaborar os artefatos da próxima licitação da mesma solução ou de solução similar conte com informações de contratos anteriores (séries históricas de contratos de serviços contínuos), o que pode facilitar a definição das quantidades e dos requisitos da nova contratação, semelhantemente ao previsto no art. 67, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.3.3, TC-019.615/2015-9, Acórdão nº 3.016/2015-Plenário).

É nesse mesmo sentido que a IN MPDG nº 05, de 2017, de modo acertado, estabeleceu a possibilidade da participação do fiscal do contrato nas etapas de planejamento da contratação.

Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades:

(...)

d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22; (grifo nosso)

Assim, considerando a relevância da integração do fiscal na fase de planejamento da contratação, é recomendável providenciar a sua indicação no início da fase interna do procedimento licitatório.

4.6 Do preposto

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, também, deverá indicar representante para atuar durante a execução do contrato. Esse representante tem a denominação de PREPOSTO. De acordo com o dicionário *online* Aulete, o 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, uma vez que são esses os responsáveis por representar as partes contratantes e atuar de modo cooperativo para a fiel execução do objeto contratado. Por sua vez, a IN MPDG nº 5 de 2017 cuidou de regulamentar o tema no art. 44 abaixo reproduzido:

Art. 44. O preposto da empresa deve ser formalmente designado pela contratada antes do início da prestação dos serviços, em cujo instrumento deverá constar expressamente os poderes e deveres em relação à execução do objeto.

§ 1º A indicação ou a manutenção do preposto da empresa poderá ser recusada pelo órgão ou entidade, desde que devidamente justificada, devendo a empresa designar outro para o exercício da atividade.

§ 2º As comunicações entre o órgão ou entidade e a contratada devem ser realizadas por escrito sempre que o ato exigir tal formalidade, admitindo-se, excepcionalmente, o uso de mensagem eletrônica para esse fim.

§ 3º O órgão ou entidade poderá convocar o preposto para adoção de providências que devam ser cumpridas de imediato.

§ 4º A depender da natureza dos serviços, poderá ser exigida a manutenção do preposto da empresa no local da execução do objeto, bem como pode ser estabelecido sistema de escala semanal ou mensal.

A regulamentação cuidou de disciplinar diversos aspectos que geravam dúvidas e conflitos de interpretação a respeito da figura do preposto da empresa contratada. De início, é relevante destacar que andou bem a regulamentação infralegal por destacar a necessidade da indicação formal do preposto, conforme já definiu o TCU no precedente abaixo:

9.3. alertar o (...) quanto às impropriedades a seguir, tratadas nos itens 3.21 e 3.23 do relatório de auditoria: (...)

9.3.5. ausência de designação formal de preposto no local do serviço, para representar o contratado na execução do contrato, decorrente do descumprimento do art. 68 da Lei nº 8.666/1993;

TCU – Acórdão nº 866/2011 - P

Outro ponto que restou esclarecido na regulamentação é a possibilidade de recusa da indicação do preposto, desde que devidamente fundamentada. Por fim, é relevante destacar a disposição constante no § 4º do art. 44 que deixa claro a faculdade de que dispõe a Administração para impor a permanência do preposto no lugar da prestação do serviço ou, ao menos, estabelecer as rotinas de visitação do preposto, a ser definida pelo gestor de execução do contrato.

4.7 Da instrução documental

Impede destacar que o **acompanhamento de um contrato não se resume em uma atividade formal**. Em verdade, esse acompanhamento, se bem executado, constitui a garantia de que o serviço ou produto será prestado 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:

| | | |
|----------------|----------------------|--|
| ACOMPANHAMENTO | 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. |

A função de fiscal do contrato assume grande relevância para a Administração Pública, e para que seja desempenhada a contento, exige capacitação e habilidade dos servidores públicos que se dedicam a essa atividade. A atuação do fiscal será exitosa, desde que esse possua:

- Conhecimento do regime jurídico
- Conhecimento dos termos contratuais
- Conhecimento do processo que resultou no contrato, inclusive atos da fase de planejamento
- Organização

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 nomeando-o 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 contratada³⁶:

- Instrumento convocatório da licitação (edital).
- Termo de referência ou projeto básico.
- Orçamento e planilha de custos.
- Cronograma físico-financeiro.
- Necessidade a ser atendida e resultados esperados com o contrato.
- Conhecimento da realidade do mercado respectivo.
- Proposta da contratada.
- Documento coletivo de trabalho da categoria envolvida na prestação dos serviços (convenção, acordo ou dissídio coletivo de trabalho).
- Instrumento de contrato.
- Documento de designação do preposto pela contratada.
- Livro diário com registro de ocorrências, de preferência, assinado pelo preposto da contratada.
- Cópia de atas de reuniões realizadas com o preposto da contratada, a fim de discutir a qualidade da contratação.

A importância da reunião dos documentos essenciais à fiscalização foi regulamentada pela IN MPDG nº 05, de 2017, no art. 42, § 4º abaixo reproduzido:

§ 4º Para o exercício da função, os fiscais deverão receber cópias dos documentos essenciais da contratação pelo setor de contratos, a exemplo dos Estudos Preliminares, do ato convocatório e seus anexos, do contrato, da proposta da contratada, da garantia, quando houver, e demais documentos indispensáveis à fiscalização.

4.8 Rotinas básicas de fiscalização

Como visto, o fiscal do contrato deve reunir o conhecimento técnico relacionado ao objeto do contrato fiscalizado, para o fim de realizar ou propor ao gestor as intervenções necessárias à sua perfeita execução.

³⁶ O acompanhamento e controle dos contratos administrativos devem se dar por meio de processos organizados, inclusive com o rol de documentos necessários à verificação prévia aos pagamentos, bem como devem ser segregados os papéis e responsabilidades dos envolvidos na contratação, mormente as atividades a serem desenvolvidas pelos fiscais de campo e gestores do contrato. AC-0748-10/11-P - UBIRATAN AGUIAR.

A Administração deve formalizar processo para acompanhamento da execução dos contratos, com a documentação física e financeira necessária, bem como incluir em sistema contábil, ou em outro sistema gerencial, informações sobre o contrato e/ou projeto ao qual está vinculado, a fim de aperfeiçoar sua gestão e atender ao princípio da eficiência. AC-2605-38/12-P - MARCOS BEMQUERER.

A anotação de fatos relevantes ocorridos durante a execução, de fatos externos que venham a prejudicá-la, ou sobre a presença ou a ausência de culpa por parte do contratado por eventuais falhas técnicas na execução, entre outros incidentes, ministrará ao gestor do contrato importantes subsídios no momento de decidir sobre possíveis alterações contratuais.

O registro dos fatos e atos da fiscalização importa à autorização das ações subsequentes e informa, também, os procedimentos de liquidação da despesa, que tomarão por base as condições pactuadas no contrato e a comprovação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço. A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, estabelece que:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§1º Essa verificação tem por fim apurar:

I – a origem e o objeto do que se deve pagar; II – a importância exata a pagar;

III – a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II – a nota de empenho;

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

À vista dessas normas, percebe-se a importância de a Administração contar com planejamento prévio, definidor de diretrizes, rotinas e procedimentos que orientem a atuação fiscal à luz dos termos do contrato e de seus anexos (cronograma físico, projeto básico, termo de referência, projeto executivo ou outros que sejam específicos). A Instrução Normativa MPDG nº 05, 2017, apresenta algumas orientações pertinentes à atuação rotineira dos fiscais e gestores de contratos:

Art. 45. Após a assinatura do contrato, sempre que a natureza da prestação dos serviços exigir, o órgão ou entidade deverá promover reunião inicial para apresentação do plano de fiscalização, que conterá informações acerca das obrigações contratuais, dos mecanismos de fiscalização, das estratégias para execução do objeto, do plano complementar de execução da contratada, quando houver, do método de aferição dos resultados e das sanções aplicáveis, entre outros.

§ 1º Os assuntos tratados na reunião inicial devem ser registrados em ata e, preferencialmente, estarem presentes o gestor, o fiscal ou equipe responsável pela fiscalização do contrato, o preposto da empresa e, se for o caso, o servidor ou a equipe de Planejamento da Contratação.

§ 2º O órgão ou entidade contratante deverá realizar reuniões periódicas com o preposto, de modo a garantir a qualidade da execução e os resultados previstos para a prestação dos serviços.

§ 3º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade competente do setor de licitações, o prazo inicial da prestação de serviços ou das suas

etapas poderão sofrer alterações, desde que requerido pela contratada antes da data prevista para o início dos serviços ou das respectivas etapas, cumpridas as formalidades exigidas pela legislação.

§ 4º Na análise do pedido de que trata o § 3º deste artigo, a Administração deverá observar se o seu acolhimento não viola as regras do ato convocatório, a isonomia, o interesse público ou qualidade da execução do objeto, devendo ficar registrado que os pagamentos serão realizados em conformidade com a efetiva prestação dos serviços.

Art. 46. As ocorrências acerca da execução contratual deverão ser registradas durante toda a vigência da prestação dos serviços, cabendo ao gestor e fiscais, observadas suas atribuições, a adoção das providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º O registro das ocorrências, as comunicações entre as partes e demais documentos relacionados à execução do objeto poderão ser organizados em processo de fiscalização, instruído com os documentos de que trata o § 4º do art. 42.

§ 2º As situações que exigirem decisões e providências que ultrapassem a competência do fiscal deverão ser registradas e encaminhadas ao gestor do contrato que as enviará ao superior em tempo hábil para a adoção de medidas saneadoras.

Art. 47. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada;

II - os recursos humanos empregados em função da quantidade e da formação profissional exigidas;

III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados;

IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida;

V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e

VI - a satisfação do público usuário.

§ 1º Deve ser estabelecido, desde o início da prestação dos serviços, mecanismo de controle da utilização dos materiais empregados nos contratos, para efeito de acompanhamento da execução do objeto bem como para subsidiar a estimativa para as futuras contratações.

§ 2º A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da contratada que contenha a relação detalhada destes, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como marca, qualidade e forma de uso.

4.9 Responsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas

A responsabilidade do contratado pelos encargos decorrentes da execução do contrato é disciplinada pelo art. 71 da Lei nº 8.666/93, que atribuiu ao contratado toda a responsabilidade pelo adimplemento de suas obrigações, sejam elas de natureza trabalhista, previdenciária, fiscal ou comercial:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 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 (**Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995**).

§ 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 (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)**.

Desse modo, quando o poder público paga ao contratado o valor da remuneração pela execução de sua parte na avença, todos os encargos assumidos pelo contratado estarão sendo remunerados, não havendo que se falar em responsabilização da Administração. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou orientação no sentido da responsabilização da Administração Pública, nos termos do Enunciado nº 331 daquele Tribunal:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Certo é que o debate sobre o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, e o Enunciado TST nº 331, ganhou novos contornos com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, que declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

No referido julgado, embora tenha havido o reconhecimento de que a mera inadimplência do contratado não é capaz de transferir à Administração Pública a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, ressaltou-se que o poder público não está isento de responsabilização se ficar comprovada a omissão da Administração Pública quanto ao dever que possui de fiscalizar o cumprimento das obrigações do contratado.

Nesse sentido, é preciso ficar claro que a orientação firmada pela Suprema Corte no julgamento da ADC nº 16 não dispensou o poder público de continuar a exigir do contratado (podendo fazê-lo por meio de cláusula expressa no edital da licitação e no respectivo instrumento de contrato) a comprovação do cumprimento dos encargos laborais do contratado como condição, inclusive, para o pagamento das faturas devidas, diante da reconhecida possibilidade de responsabilização da Administração no caso de omissão culposa da Administração Pública no seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, o TST alterou novamente a redação do Enunciado da Súmula nº 331 em 31.05.2011, de maneira a compatibilizá-la com o que restou decidido no julgamento da ADC nº 16 (atribuiu nova redação ao item IV e acrescentou os itens V e VI), *in verbis*:

Súmula nº 331 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

- 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 03.01.1974).
- 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 20.06.1983) 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 nº 8.666, de 21.06.1993, 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.

A jurisprudência, portanto, 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*.

4.10 Do recebimento do objeto

A regra geral estabelecida pelo artigo 492 do Código Civil para os contratos privados é que uma vez entregue o bem, presume-se que o vendedor cumpriu todas as suas obrigações, liberando-o de suas obrigações contratuais.

Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

A Lei nº 8.666, de 1993, regulamentou a questão de modo diverso, dispondo no art. 73 sobre o procedimento a ser observado pela Administração para efetuar o recebimento do objeto, enquanto o art. 74 dispõe sobre as hipóteses em que o recebimento provisório poderá ser dispensado:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido: I - em se tratando de obras e serviços:

- a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;
- b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

- a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;
- b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º O prazo a que se refere a alínea “b” do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

§ 4º Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação a que se refere este artigo não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à Administração nos 15 (quinze) dias anteriores à exaustão dos mesmos.

Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos: I - gêneros perecíveis e alimentação preparada;

II - serviços profissionais;

III - obras e serviços de valor até o previsto no art. 23, inciso II, alínea “a”, desta Lei, desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, o recebimento será feito mediante recibo.

Ao diferenciar o recebimento provisório do definitivo, Lucas Rocha Furtado¹ esclarece que o recebimento provisório implicaria a simples transferência da posse do bem ou equipamento. Marçal Justen Filho defende que o recebimento provisório produz o efeito de liberar o contratado de eventuais riscos que venham a ser verificados no objeto do contrato. Esse recebimento provisório, porém, não tem o poder de liberar o contratado da obrigação assumida no contrato, conforme expressamente estabelece o § 2º do art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993.

Sobre este ponto, a IN MPDG nº 05, de 2017, dedicou a subseção III da seção III para regulamentar a competência dos responsáveis pela fiscalização do contrato no procedimento de recebimento provisório e definitivo dos serviços contratados.

Do procedimento para recebimento provisório e definitivo dos serviços

Art. 49. O recebimento provisório e definitivo dos serviços deve ser realizado conforme o disposto nos arts. 73 a 76 da Lei nº 8.666, de 1993, e em consonância com as regras definidas no ato convocatório.

Art. 50. Exceto nos casos previstos no art. 74 da Lei nº 8.666, de 1993, ao realizar o recebimento dos serviços, o órgão ou entidade deve observar o princípio da segregação das funções e orientar-se pelas seguintes diretrizes:

I - o recebimento provisório será realizado pelo fiscal técnico, fiscal administrativo, fiscal setorial ou equipe de fiscalização, nos seguintes termos:

a) elaborar relatório circunstanciado, em consonância com as suas atribuições, contendo o registro, a análise e a conclusão acerca das ocorrências na execução do contrato e demais documentos que julgarem necessários, devendo encaminhá-los ao gestor do contrato para recebimento definitivo; e

b) quando a fiscalização for exercida por um único servidor, o relatório circunstanciado deverá conter o registro, a análise e a conclusão acerca das ocorrências na execução do contrato, em relação à fiscalização técnica e administrativa e demais documentos que julgar necessários, devendo encaminhá-los ao gestor do contrato para recebimento definitivo;

II - o recebimento definitivo pelo gestor do contrato, ato que concretiza o ateste da execução dos serviços, obedecerá às seguintes diretrizes:

a) realizar a análise dos relatórios e de toda a documentação apresentada pela fiscalização técnica e administrativa e, caso haja irregularidades que impeçam a liquidação e o pagamento da despesa, indicar as cláusulas contratuais pertinentes, solicitando à contratada, por escrito, as respectivas correções;

b) emitir termo circunstanciado para efeito de recebimento definitivo dos serviços prestados, com base nos relatórios e documentação apresentados; e

c) comunicar a empresa para que emita a Nota Fiscal ou Fatura com o valor exato dimensionado pela fiscalização com base no Instrumento de Medição de Resultado (IMR), observado o Anexo VIII-A ou instrumento substituto, se for o caso.

5 Responsabilização do servidor público

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. A responsabilização surge, portanto, em razão do descumprimento da lei ou do contrato, conforme dispõe o art. 82 da Lei nº 8.666, de 1993:

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.

Como é possível vislumbrar pela redação do artigo acima reproduzido, são três as esferas de responsabilidade – civil, penal e administrativa –, conforme dispõem os artigos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, abaixo reproduzidos:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública **(Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011)**.

Além dessas três instâncias punitivas, também são aplicáveis as sanções previstas na Lei nº 8.429, de 1992, pela prática de atos de improbidade administrativa, aquelas aplicadas pelo TCU, também podendo responder por ações ou omissões que infrinjam a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965).

5.1 Da responsabilidade civil

Conforme dispõe o Código Civil - CC, no art. 186, constitui ato ilícito a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que provoque dano ao patrimônio de terceiro. A consequência lógica da existência do ato ilícito é a necessidade de repará-lo, em conformidade com o disposto no art. 927 também do CC.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (**arts. 186 e 187**), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

São quatro, portanto, os pressupostos da responsabilidade civil: (i) conduta (ação ou omissão); (ii) dano (perda ou diminuição); (iii) nexo de causalidade entre a conduta e o dano; (iv) culpa ou dolo do agente causador.

Assim, ao contrário da responsabilidade da Administração, que é, em regra, objetiva, em conformidade com o disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal³⁷, os servidores públicos somente são passíveis de responsabilização civil caso reste demonstrada sua conduta dolosa ou culposa.

Ademais, é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o servidor público não pode ser acionado diretamente pelo particular, mas apenas perante a Administração, quando essa for condenada e exercitar o seu direito de regresso em face do servidor faltoso. Veja o precedente abaixo:

³⁷ CF/1988 Art. 37 (...)§ 6º As pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-8-06, DJ de 8-9-06).³⁸

5.2 Da responsabilidade penal

A responsabilidade penal dos agentes públicos decorre da prática de conduta que a lei defina como crime. O princípio da tipicidade encontra previsão no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República – “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Além das disposições aplicáveis no Código Penal, em especial no capítulo voltado aos servidores públicos, são aplicáveis as hipóteses previstas nos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 1993. Damos destaque aos artigos 92 e 96 da mesma lei, por pertinência ao tema tratado.

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: **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).**

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).**

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

(...)

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

³⁸ No mesmo sentido: RE nº 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-9-08, DJE de 14-11-08, informativo 519.

- elevando arbitrariamente os preços;
 - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra;
 - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
 - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
- Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

5.3 Da responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa (funcional) dos agentes públicos atuantes em licitações e contratações decorre de ato comissivo ou omissivo praticado tanto na fase interna da licitação como na fase externa, ou, ainda, por ato comissivo ou omissivo praticado no curso da execução contratual, hipótese mais próxima do objeto desse curso, pois envolve os casos de ausência ou deficiência da atuação fiscalizatória ou a emissão de ordem de pagamento irregular. Veja nesse sentido notícia veiculada no Info 251 do TCU:

3. Incorre na prática de ato antieconômico o responsável que estabelece exigência impertinente ou irrelevante ao objeto da contratação e, posteriormente, aceita receber produto de qualidade inferior, em desconformidade com as especificações do edital de licitação.

Representação formulada por sociedade empresaria questionara possível irregularidade em pregão eletrônico promovido pelo Serviço Social do Transporte (Sest), destinado à contratação de empresa especializada em produção de vídeo institucional. Realizadas as diligências preliminares, foi constatado pela unidade instrutiva que o vídeo produzido fora entregue em formato Full HD, de qualidade inferior ao especificado no edital (Ultra HD 4k). Realizada inspeção na entidade, constatou-se *“a ausência de justificativas para a própria exigência, em edital, do padrão Ultra HD 4K na produção do vídeo institucional. Ademais, o produto realmente entregue pela contratada referiu-se a vídeo em formato Full HD, o qual foi considerado satisfatório para atender às necessidades da entidade”*. Realizadas as audiências dos responsáveis, anotou o relator que *“a exigência do padrão 4K mostrou-se impertinente, haja vista que no formato Full HD também atenderia ao fim proposto, tanto assim que aceito pelas responsáveis”*. Ademais, destacou, *“a entidade sequer possuía equipamento de reprodução de vídeo que suportasse o padrão Ultra HD 4K”*. Além de impertinente, prosseguiu o relator, *“o padrão exigido em edital certamente restringiu indevidamente a participação de mais empresas no certame, e induziu as participantes, especialmente aquelas cujos preços foram bastante elevados se comparados à licitante vencedora, a formularem seus preços tendo por base um custo mais elevado para esse padrão”*. Nesse sentido, registrou concordância com a seguinte observação da unidade técnica especializada: *“Ao estabelecer exigência impertinente ou irrelevante ao objeto da contratação e, posteriormente, aceitar receber produto de qualidade inferior ao que deveria ser entregue, em não conformidade com as especificações do Edital, a responsável incorreu na prática de ato antieconômico, sujeitando-se, portanto, à apenação pelo TCU”*. Nesse sentido, acompanhando o relator, o Plenário considerou procedente a

Representação, sancionando as responsáveis com a multa capitulada no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/92, e determinando ao Sest que promova, no prazo de sessenta dias, *“as medidas administrativas necessárias para quantificação e ressarcimento do dano aos cofres da entidade, decorrente de, no Edital do Pregão Eletrônico 1/2014, haver sido inserida especificação exagerada e desnecessária de formato de produção do vídeo mais oneroso do que veio a ser, de fato, entregue e aceito, informando a este Tribunal sobre as providências adotadas ao final do referido prazo, sob pena de instauração da devida tomada de contas especial”*. **Acórdão 4063/2015-1ª Câmara, TC 011.790/2014-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcante, 14.7.2015.**

6 Extinção do contrato administrativo

O fim esperado do contrato é a sua extinção pela conclusão ou execução do seu objeto, que ocorre quando as partes contratantes cumprem perfeitamente as cláusulas do contrato. É importante esclarecer, no norte do disposto na ON/AGU nº 51, que caso a Administração identifique um vício após a extinção do contrato, é possível responsabilizar o contrato pelo que foi executado:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 51, DE 25 DE ABRIL DE 2014

A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual.

Na hipótese de encerramento do contrato em razão da execução do objeto ou do escoamento do prazo contratual, cabe aos fiscais do contrato a execução das atividades de transição contratual regulamentadas nos arts 69 e 70 da IN MPDG nº 05, de 2017:

Art. 69. Os fiscais do contrato deverão promover as atividades de transição contratual observando, no que couber:

- I - a adequação dos recursos materiais e humanos necessários à continuidade do serviço por parte da Administração;
- II - a transferência final de conhecimentos sobre a execução e a manutenção do serviço;
- III - a devolução ao órgão ou entidade dos equipamentos, espaço físico, crachás, dentre outros; e
- IV - outras providências que se apliquem.

Art. 70. Os fiscais deverão elaborar relatório final acerca das ocorrências da fase de execução do contrato, após a conclusão da prestação do serviço, para ser utilizado como fonte de informações para as futuras contratações.

Por outro lado, o artigo 79 da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre as diversas hipóteses de rescisão do contrato administrativo, que, de maneira sintética, podem ser resumidas às seguintes modalidades:

- 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**, por sua vez, poderá ocorrer por:

“culpa” do contratado – incisos I ao XI e XVIII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93 – inadimplemento ou inexecução do contrato;

por interesse público – inciso XII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93 –

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 descumpra o contrato ou impede que o contratado execute o contrato. É importante destacar que, de acordo com o TCU, não é possível proceder à rescisão amigável do contrato sem que reste demonstrada a conveniência para a Administração.

2. A rescisão amigável do contrato sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não restaram configurados os motivos para a rescisão unilateral do ajuste configura irregularidade, por afrontar o disposto no art. 79, inciso II, da Lei nº 8.666/1993

Ainda no âmbito da Auditoria realizada nas obras de construção de trechos rodoviários na BR-156/AP, o relator analisou as razões de fato e de direito que motivaram a rescisão do Contrato nº 45/2010, firmado com a empresa Egesa Engenharia S/A, primeira colocada da Concorrência Pública 6/2010-CEL-SETRAP. A rescisão amigável da avença foi solicitada pela empresa contratada, que alegou a inviabilidade de executar o objeto contratual no prazo originalmente pactuado pelas partes, tendo em vista as dificuldades para a obtenção do licenciamento ambiental e a incidência de período chuvoso na região das obras. O relator anotou, inicialmente, que **“a rescisão contratual pela própria Administração poderá ocorrer de duas formas, conforme o art. 79 da Lei nº 8.666/1993: por ato unilateral da Administração (inciso I) e por comum acordo entre as partes, também denominada de amigável (inciso II)”**. Em relação aos motivos legais para a rescisão unilateral, previstos no art. 78 da aludida Lei, registrou que *“os incisos I a XI referem-se a situações de inadimplemento contratual por parte do particular, enquanto o inciso XII diz respeito à extinção da avença por razões de interesse público”*. Lembrou que essa última hipótese (inciso XII) decorre de *“nítida manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a exigir o desfazimento do ajuste, independentemente da anuência do contratado”*. Anotou, ainda, que *“a entidade contratante não possui a liberdade discricionária de deixar de promover a rescisão unilateral do ajuste caso seja configurado o inadimplemento do particular ..., só existe campo para a rescisão amigável de um contrato administrativo quando houver conveniência para a Administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas para a rescisão unilateral da avença”* – grifou-se. Ao se reportar ao caso concreto, observou que a rescisão do contrato *“não se fundamentou em documentos que demonstrassem a efetiva ocorrência das circunstâncias de fato indicadas pela empresa Egesa Engenharia S/A”*. Acrescentou que a empresa não demonstrou *“que não havia incidido em quaisquer das condutas configuradoras do*

inadimplemento contratual”, que justificariam a rescisão unilateral do contrato pela Administração. Constatou, ainda, que a Setrap/AP não adotou as providências com vistas a verificar “*se havia razões para a aplicação de sanções administrativas ou mesmo para a rescisão unilateral do ajuste com fulcro no art. 79, inciso I, da Lei 8.666/1993*”. Ressaltou que “*a única maneira de não cumprir o contrato sem incorrer em sanções administrativas seria nas hipóteses excepcionais de inadimplência da própria Administração, previstas no art. 78, incisos XIII a XVI da Lei 8.666/1993, o que não ocorreu no presente caso concreto*”. Observou, ainda, que não teria havido conveniência para a Administração em implementar a referida rescisão. Destacou que “*o interesse da entidade pública contratante é a plena execução do ajuste não sendo possível extrair a presença de interesse público em um pedido de rescisão contratual, ainda mais quando desacompanhado da demonstração das circunstâncias de fato impeditivas de sua execução*”. Ao avaliar o contexto atual das obras e dos contratos, ponderou também que a correção da ilegalidade (anulação do contrato celebrado com a segunda colocada, apuração e pagamento de indenização a essa empresa e chamamento da primeira colocada para retomar a obra) importaria grave prejuízo ao interesse público. Anotou, ainda, que a verificação da ocorrência das hipóteses de rescisão unilateral, antes da rescisão amigável de um contrato, não é de fácil percepção por um administrador médio, razão pela qual deixou de propor a audiência de responsáveis. O Tribunal, então, decidiu apenas dar ciência à Setrap/AP de que “*a rescisão amigável do Contrato 45/2010-SETRAP sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não houve os motivos para a rescisão unilateral do ajuste constitui irregularidade, o que afronta o art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993*”. Acórdão 740/2013-Plenário, TC 016.087/2012-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 3.4.2013.

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 que 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.

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**. Essa importância foi bem apontada pelo TCU no Acórdão nº 422, de 2010, abaixo reproduzido:

Observância de procedimentos para rescisão contratual

Mediante o Acórdão nº 2.075/2006-Plenário, proferido em processo de representação sobre possíveis irregularidades perpetradas pela Casa da Moeda do Brasil quando da contratação de “*solução integrada para rastreamento e controle da produção de cigarros no território nacional*”, o Tribunal decidiu, entre outras medidas, aplicar multa ao ex-presidente da entidade “*em razão da temerária rescisão unilateral do contrato celebrado com a Sicpa, gerando potenciais riscos de prejuízo ao erário, em flagrante contrariedade ao interesse público, e afrontando o*

art. 50 da Lei nº 9.784/99”. Contra o aludido acórdão, foi interposto pedido de reexame, por meio do qual intentava o recorrente transferir para os Conselhos de Administração e Fiscal da Casa da Moeda do Brasil a responsabilidade pela rescisão do contrato, além de afirmar que o ato não causara dano ao erário, tendo sido praticado de acordo com a Lei nº 8.666/93. Em seu voto, observou o relator que, ao sugerir a revisão do contrato, “o Conselho de Administração estava unicamente preocupado em regularizar uma situação que considerava em desacordo com a lei, visto que a contratação da Sicpa foi por inexigibilidade de licitação, quando outras empresas do mercado já se apresentavam capazes de executar o objeto contratado”. Para o relator, “o referido conselho não pensou nas implicações que poderiam advir da substituição imediata da firma, coisa que cabia ao gestor da Casa da Moeda do Brasil, ao aplicar em concreto a orientação”. Destacou, ainda, que o recorrente contrariou os termos da Lei nº 8.666/93, especialmente os arts. 78 e 79, “ao não seguir as hipóteses previstas de rescisão; não conceder à contratada a oportunidade de contraditório e ampla defesa; não levar em conta o dever de indenizar a empresa e não motivar formalmente a rescisão”. Ao final, enfatizou que “o dano maior só não foi concretizado graças à intervenção da Justiça Federal, que mandou a Casa da Moeda do Brasil retomar o contrato [...]. De todo modo, por certo que a entidade incorreu em custos ao ter de enfrentar a demanda judicial”. Referendando o voto do relator, decidiu o Plenário negar provimento ao recurso. Acórdão nº 422/2010, TC-013.895/2005-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010.

7 Aplicação de sanções administrativas³⁹

A Lei nº 8.666, de 1993, impõe ao administrador público o dever de aplicar as sanções decorrentes de comportamentos que violem a lei ou o contrato, cuja base legal está disposta nos seguintes artigos, entre outros:

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

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o Contrato;

Art. 77. A inexecução total ou parcial do Contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento;

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o Contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas;

Assim, não existe discricionariedade por parte do Gestor Público na aplicação da penalidade, uma vez constatada a irregularidade na execução contratual, devendo ele instaurar o processo administrativo competente. É nesse sentido a disposição constante no art. 68 da IN MPDG nº 05, de 2017:

Art. 68. Identificada a infração ao contrato, inclusive quanto à inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia, o órgão ou entidade deverá providenciar a autuação de procedimento administrativo específico para aplicação de sanções à contratada e a consequente rescisão contratual, se for o caso, de acordo com as regras previstas no ato convocatório, na legislação correlata e nas orientações estabelecidas em normativo interno do órgão ou entidade, quando houver, podendo utilizar como referência os Cadernos

³⁹ Nesse tópico, sugerimos a leitura atenta dos Cadernos de Logística produzidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que orientam sobre a aplicação de sanções administrativas em licitações e contratos. Muitos pontos deste capítulo serão extraídos dos referidos documentos, com adaptações.

de Logística disponibilizados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Segundo a doutrina, as penalidades administrativas devem observar os princípios inerentes ao Direito penal, com as garantias processuais que lhes são inerentes, razão pela qual iremos estudar os cuidados necessários à instrução processual da aplicação de penalidade.

7.1 Tipologia de penalidades

Em conformidade com as disposições dos artigos 86 e 87, ambos da Lei nº 8.666, de 1993, e do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 200240, os tipos de penalidades são:

- I. advertência;
- II. multa;
- III. suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração;
- IV. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública;
- V. impedimento de licitar e contratar com a União.

⁴⁰ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- advertência;
- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação (**Vide art. 109, inciso III**).

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

7.1.1 Advertência

A sanção de advertência consiste em uma comunicação formal ao fornecedor, após a instauração e conclusão do processo administrativo sancionador, advertindo-lhe sobre o descumprimento de obrigação legal assumida, cláusula contratual ou falha na execução do serviço ou fornecimento, determinando que seja sanada a impropriedade e, notificando que, em caso de reincidência, sanção mais elevada poderá ser aplicada.

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência.”

Trata-se de mera censura moral dirigida ao contratado. Deve ser aplicada nos casos de falhas contratuais menos significativas, com o intuito de alertar o particular para o devido respeito às disposições contratuais. Nesse sentido, Marçal menciona:

(...) a advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade. Supõe-se sua aplicação para condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta. A Advertência pode ser acumulada com a multa, mas não com as demais espécies sancionatórias.

Possui importância prática como fundamento justificador do futuro escalonamento na aplicação de penalidades mais severas, diante de um reiterado descumprimento contratual.

7.1.2 Multa

A sanção de multa tem natureza pecuniária, podendo ostentar natureza **moratória**, incidindo nos casos de atrasos injustificados na execução do objeto, ou **punitiva**, que será aplicada levando em consideração a lesão suportada pela Administração em razão do ato ilícito praticado pela Contratada. Podemos, então, dividir as duas hipóteses da seguinte forma:

| Natureza | Preceito legal |
|-----------|---|
| Moratória | Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; |
| Punitiva | Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. |

Como já destacamos ao falarmos da elaboração do instrumento convocatório e contratual, a aplicação das penalidades deve ser gradada em contrato, tornando o processo de subsunção do fato à norma menos incerto e discricionário.

Incidirá uma ou outra tipologia de multa, a depender dos efeitos concretos do inadimplemento do contratado. Se o objeto, ainda que em mora, ainda seja do interesse da Administração, estaremos diante de caso que merece a aplicação de simples multa moratória.

Contudo, caso a prestação contratada e inadimplida não interesse mais à Administração, estaremos diante da aplicação de uma penalidade de multa punitiva ou compensatória que deverá ser estimada levando-se em consideração o integral prejuízo suportado pela Administração, observado, em todos os casos, as disposições contratuais.

As sanções de advertência, suspensão e inidoneidade poderão ser aplicadas juntamente com a multa, conforme § 2º do art. 87 de Lei nº 8.666, de 1993.

“art. 87 (...)

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.”

Além disso, se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda dessa, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente, conforme § 1º do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 87 (...)

§1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

7.1.3 Suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A sanção de suspensão temporária de participar em licitações suspende o direito dos fornecedores de participarem dos procedimentos licitatórios promovidos no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção, por prazo não superior a 2 anos.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

A Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União (PGF/AGU), no Parecer nº 08/2013/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, relatado pelo Procurador Federal Ricardo Silveira Ribeiro, firmou o entendimento no sentido de que a referida penalidade se estende para todo o ente responsável pela aplicação da penalidade. Nesse sentido, confira trecho da mencionada manifestação que enfrenta o tema em profundidade, mas de modo muito didático:

DO SIGNIFICADO DE “ÓRGÃO OU ENTE” NO DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPLICAÇÕES PARA ANÁLISE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA APLICADA POR AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

1. Não obstante entendimento acima, atenta-se ao fato de que remanesce possibilidade de discussão sobre quando suspensão temporária afetaria relações somente com o órgão ou com todo o ente aplicador da sanção. A rigor, o conceito de órgão refere-se um centro de competências que pertence a determinada pessoa jurídica, enquanto o ente é a própria pessoa jurídica (art. 1º, §2º, incisos I e II, da Lei nº 9.784/99).5
2. Por outras palavras, órgão é uma parte, unidade ou componente de uma pessoa jurídica. Há, portanto, uma grande discussão subjacente esse tema, ainda que se leve em consideração que pena de suspensão temporária afeta, apenas, as relações entre apenado Administração que aplicou. O apenado deve, simplesmente, ser afastado de certames e contratações com órgão ou com o ente que puniu?

3. Para Hely Lopes Meirelles, os efeitos da suspensão temporária poderiam ser manipulados pelo gestor com certa discricionariedade, de tal forma que penalidade poderia restar aplicável somente a determinado contrato, licitação ou órgão.⁶ Poder-se-ia manipular o alcance da norma para fins de dosimetria.
4. Esse tipo de raciocínio, contudo, não encontra amparo legal no art. 87, III, da Lei nº 8.666/97. Em verdade, esse dispositivo somente permite uma discussão de duas ordens: prazo da suspensão temporária, que poderá chegar a 2 (dois) anos, e, em razão de uma indeterminação normativa, uma discussão em torno da extensão do conceito de Administração, se alcança todo o ente ou somente órgão sancionador.
5. Quanto ao prazo de suspensão temporária, os parâmetros para sua fixação devem ser baseados no princípio da proporcionalidade: infração leve deve suscitar suspensão temporária por prazo próximo ao mínimo; infração grave deve motivar tempo próximo ao máximo. Assim, embora doutrina de Hely Lopes Meirelles permita uma manipulação do alcance da suspensão temporária com fundamento na gravidade da infração, uma leitura atenta do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 afasta essa interpretação, pois a única autorização legal expressa, para levarmos em consideração gravidade da infração no dimensionamento da punição, está centrada na dosimetria do tempo da suspensão. Quanto maior gravidade do dano, maior deve ser tempo; mais tempo deverá, particular, ser proibido de participar de licitações de contratar.
6. Assim, questão acerca do alcance dos efeitos da imposição de suspensão temporária nada tem a ver com dosimetria: não se pode manipular alcance da norma para fins de dosimetria da sanção de suspensão temporária.
7. Quanto a saber se suspensão temporária afeta as relações jurídicas entre ente sancionador e o apenado ou somente entre órgão e o apenado, é forçoso reconhecer que a resposta a essa pergunta não está clara no estatuto licitatório. Como se viu, por expressa disposição legal, o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 alcança, somente, a Administração (art. 6º, XII), e não a Administração Pública (art. 6º, XI art. 87, IV), mas o conceito de Administração pode referir-se a órgão ou entidade administrativa, ou seja, pode designar tanto uma unidade componente da pessoa jurídica, como própria pessoa jurídica.
8. As consequências administrativas de tal discussão são imensas. Por exemplo, se entendermos que art. 87, III, referiu-se, apenas, ao órgão, uma penalidade de suspensão temporária, aplicada por uma unidade de determinada autarquia ou fundação em determinada área territorial, Gerência Executiva do INSS em Londrina/PR, somente poderia abranger a vedação à participação em licitações e contratações organizadas e gerenciadas pelo órgão na respectiva área territorial, ou seja, licitações e contratações da própria Gerência Executiva do INSS em Londrina/PR. Por outro lado, se o dispositivo alcançasse ente, haveria uma vedação de participação em licitações, contratações realizadas pela pessoa jurídica, isto é, todas as licitações e contratações do INSS no território nacional.
9. Para a empresa apenada, seria melhor que suspensão temporária somente valesse no âmbito restrito do órgão que aplicou. Na doutrina, quem melhor defendeu esse ponto de vista foi Toshio Mukai, o qual, em seu livro “Licitações e Contratos Públicos”,

esclarece que a distinção entre suspensão temporária e declaração de inidoneidade está estreitamente vinculada à competência da autoridade responsável pela aplicação da penalidade. Se é certo que esta, por força dos arts. 87, IV, e 97, da Lei nº 8.666/93, alcançaria toda a Administração Pública e aquela somente afetaria as relações jurídicas entre empresa apenada e o órgão que a aplicou, o fundamento para essa diferença, ainda segundo o autor, teria a ver com a competência do agente aplicador da sanção:

A sanção prevista no inciso III valerá para âmbito do órgão que decretar, e será justificada, regra geral, nos casos em que infrator prejudicar procedimento licitatório ou execução do contrato por fatos de gravidade relativa.

(...)

De modo algum se pode entender que aquela sanção possa ter o condão de ter eficácia perante qualquer órgão ou entidade pública que promova a licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissolúvelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela, à competência do agente que aplica sanção. Ou seja: o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente público aplicador da sanção.⁷

10. A orientação de Mukai, contudo, é problemática, pois, a menos que haja legislação em contrário, a aplicação da penalidade por um órgão não manifesta vontade desse órgão em especial, mas vontade da pessoa jurídica da qual faz parte. Quando órgão aplica penalidade, manifesta, imputa ou “presenta” vontade do ente, da pessoa jurídica, e não, simplesmente, vontade pessoal do gestor ou do órgão.

11. Essa conclusão, inclusive, está no cerne da teoria do órgão, desenvolvida por Gierke com intuito de explicar problema jurídico da atribuição de “vontade” pessoa jurídica: Pela teoria do órgão, nascida na Alemanha, pessoa jurídica opera por si mesma. O órgão é parte dela, não ente autônomo, distinto (...).

Coletividade organizada e órgão apresentam-se como unidade inseparável no mundo jurídico. Por isso que Jellinek afirmou só poder existir Estado mediante seus órgãos: se estes fossem eliminados, nada restaria, juridicamente falando.⁸

Enquanto a teoria da representação considera a existência de pessoa jurídica do representante como dois entes autônomos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que órgão é parte integrante do Estado.⁹

12. Portanto, não se pode justificar atrelamento dos efeitos jurídicos da suspensão temporária ao âmbito restrito do órgão com supedâneo na competência do agente, pois o agente, ao expedir atos administrativos, faz manifestando vontade da pessoa jurídica, imputando o ato humano à coletividade organizada em pessoa jurídica.

13. A “competência” do agente, portanto, é irrelevante ao dimensionamento da abrangência dos efeitos jurídicos da suspensão temporária, seja por falta de amparo legal para tanto, seja porque não se sustenta teoricamente.

14. Por fim, o art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93, não pode ser interpretado como se afirmasse que o conceito de Administração significaria mesmo que órgão, entidade ou unidade administrativa indistintamente. Em verdade, a Lei afirma que, ao mencionar o termo “Administração”, poderá estar a se referir ao “órgão”, à “entidade” ou à “unidade

administrativa”, devendo, o intérprete, a partir do contexto de incidência da norma, deduzir a que objeto a palavra “Administração” se refere.

15. No ponto em apreço, a interpretação mais adequada sugere que art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, ao mencionar Administração, referiu-se ao ente que aplica a penalidade, e não ao órgão. Pensar o contrário seria esvaziar, completamente, o sentido da punição suspensão temporária, pois permitiria que empresas apenadas por faltas contratuais graves pudessem continuar a contratar e participar livremente de licitações da pessoa jurídica que, paradoxalmente, acabou de valorar infração contratual como grave.
16. No contexto das atividades das autarquias fundações públicas, isso significa que se empresa foi apenada com suspensão temporária por órgão do IBAMA, ficará proibida de participar de licitações e contratar com o IBAMA, como pessoa jurídica, em todo território nacional e em quaisquer circunstâncias, enquanto eficaz a sanção.10

7.1.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública

A declaração de inidoneidade impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em conformidade com o que dispõe:

Art. 87.

Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A aplicação dessa sanção é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Conforme esclarece a Orientação Normativa AGU nº 49 abaixo reproduzida, as penalidades aplicadas possuem, em regra, **efeito prospectivo ou ex nunc**, ou seja, não implicam na necessidade imediata de rescisão dos contratos em curso, sendo que a rescisão desse deve ser avaliada diante das particularidades do caso concreto, levando em consideração a gravidade do vício ou fraude identificada, eventual prejuízo para a continuidade do contrato, manutenção ou não da confiança na contratada, entre outros elementos disponíveis para a tomada de decisão da autoridade máxima.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 49

A aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar no âmbito da união (art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002) e de declaração de inidoneidade (art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993) possuem efeito *ex nunc*, competindo à administração, diante de contratos existentes, avaliar a imediata rescisão no caso concreto.

A propósito da Competência para a apenação da contratada, é importante destacar que, à exceção da declaração de inidoneidade, que possui regra de competência definida em lei, será competente a autoridade que celebrou o contrato, ou aquela indicada no regimento interno do ente. Essa é regra disposta na Orientação Normativa nº 48 da AGU:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 48

É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520, de 2002, e 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento.

Contudo, é importante destacar, no norte do que restou disciplinado no Parecer nº 08/2013/CPLC/PGF/AGU, que não será possível prorrogar um contrato de serviços contínuos após a incidência das penalidades suspensivas ou impeditivas.

7.1.5 Impedimento de licitar e contratar com a União

A sanção de impedimento de licitar e contratar prevista no Art. 7º da Lei nº 10.520, 17 de julho de 2002, impossibilitará o fornecedor de participar de licitações e formalizar contrato no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção - União, Estado, DF ou Municípios.

É importante destacar, conforme esclarece o Parecer nº 05/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, da lavra do Procurador Federal Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão, que é possível aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.666, de 1993, em um pregão, sendo que a escolha entre a aplicação da penalidade prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, ou as demais penalidades previstas pela Lei nº 8.666, de 1993, será feita de acordo com o juízo de proporcionalidade adequado ao caso concreto. Confira a conclusão DEPCONSU/PGF/AGU Nº 95/2015, extraída do mencionado parecer:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 95/2015

A Administração deve avaliar a reprovabilidade da conduta imputada e aplicar a sanção ao licitante ou ao contratado de acordo com o postulado da proporcionalidade.

Aplicar apenas a Lei do Pregão pode gerar problemas de dosimetria da pena, já que uma infração leve poderá ser apenada da mesma forma que uma infração grave, uma vez que o art. 7º da Lei nº 10.520, 2002, prevê para todas as condutas nele previstas a mesma consequência, podendo representar uma pena excessiva para a conduta praticada no caso concreto.

Pela teoria do diálogo das fontes, é possível o diálogo de complementariedade entre Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão, permitindo com que sejam aplicadas as sanções do art. 87 da Lei nº 8666, de 1993, nos casos regidos pela Lei nº 10.520, de 2002, de forma coordenada.

7.1.6 Procedimento para registro da penalidade no Sicaf

A Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010, que estabelece normas para o funcionamento do sistema de cadastramento unificado de fornecedores (Sicaf) no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do sistema de serviços gerais (SISG), dispôs, nos artigos abaixo, o procedimento adequado para registro das penalidades aplicadas ao contratado:

Capítulo VI

DOS REGISTROS DE SANÇÃO

Art. 38. O órgão ou entidade integrante do SISG, ou que aderiu ao SIASG, responsável pela aplicação de sanção administrativa, prevista na legislação de licitações e contratos, deverá registrar a ocorrência no SICAF.

§ 1º A SLTI disponibilizará login e senha de acesso para que o órgão ou entidade da Administração Pública não enquadrada no caput deste artigo possa efetivar diretamente o registro da ocorrência no SICAF **(Alterado pela Instrução Normativa nº 7/2015 de 14 de agosto de 2015)**.

§ 2º **(Revogado pela Instrução Normativa nº 7/2015 de 14 de agosto de 2015)**

§ 3º **(Revogado pela Instrução Normativa nº 7/2015 de 14 de agosto de 2015)**

§ 4º A observância quanto à validade e à veracidade das informações inseridas no SICAF é de responsabilidade do órgão ou entidade que registrar a sanção, cumprindo-lhe responder pelas incorreções, insubsistências e inclusive pela apuração administrativa das inconsistências encontradas nos registros por ela validados **(Alterado pela Instrução Normativa nº 7/2015 de 14 de agosto de 2015)**.

§ 5º Os servidores detentores de senha de acesso ao SICAF deverão assegurar o sigilo e a integridade dos dados do sistema. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 7/2015 de 14 de agosto de 2015)**

Art. 39. O módulo do SICAF registrará: I – o número do processo;

- CPF ou CNPJ do sancionado;
- o tipo de sanção, conforme previsão legal; IV – as justificativas e fundamentação legal;
- o número do contrato, se for o caso;
- o órgão ou entidade aplicador da sanção; e
- o período em que a sanção deve ficar registrada.

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

- I – advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e
- impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

§ 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012)**.

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção: (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

–da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

– do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

– do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.

§ 4º O disposto nos parágrafos anteriores não impedirá a atualização cadastral do sancionado.

§ 5º Para registro das sanções não previstas nos incisos do caput deste artigo, a SLTI disponibilizará senha para que os órgãos não integrantes do Poder Executivo Federal avaliem a pertinência de efetivarem o registro das sanções que impeçam o fornecedor de licitar ou contratar com o Poder Público **(Alterado pela Instrução Normativa nº 7 de 14 de agosto de 2015)**.

Art. 41. Após o registro da sanção, o órgão ou a entidade responsável por sua aplicação realizará comunicação ao fornecedor, informando que o fato foi registrado no SICAF.

§ 1º . **(Revogado pela Instrução Normativa nº 7 de 14 de agosto de 2015)**.

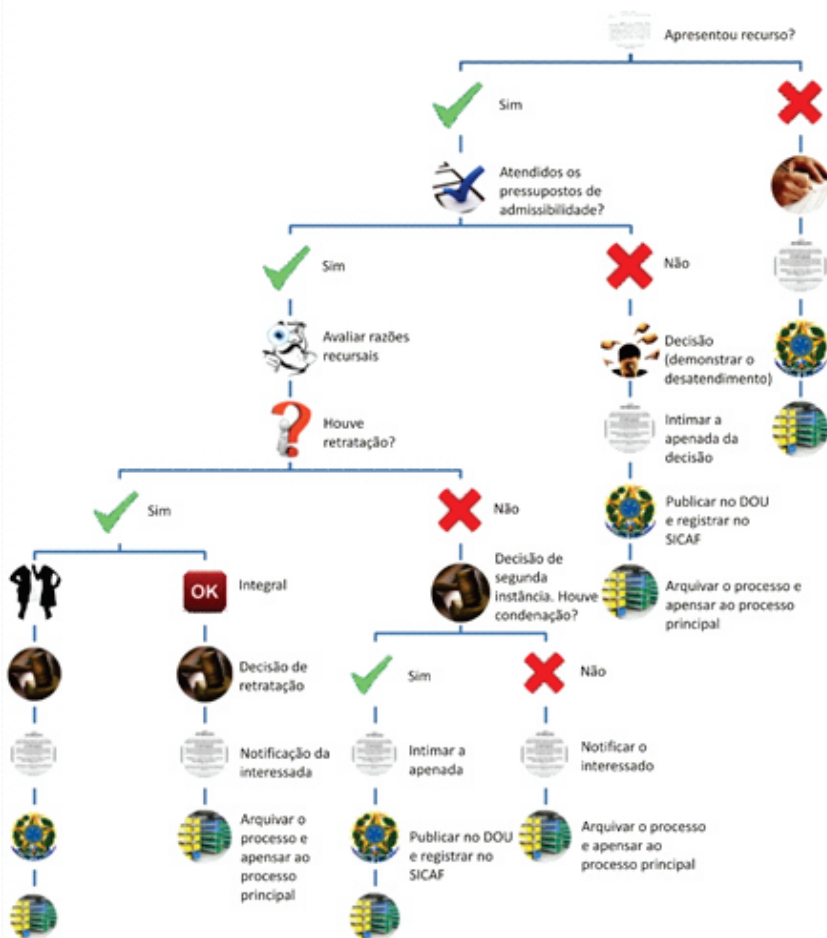
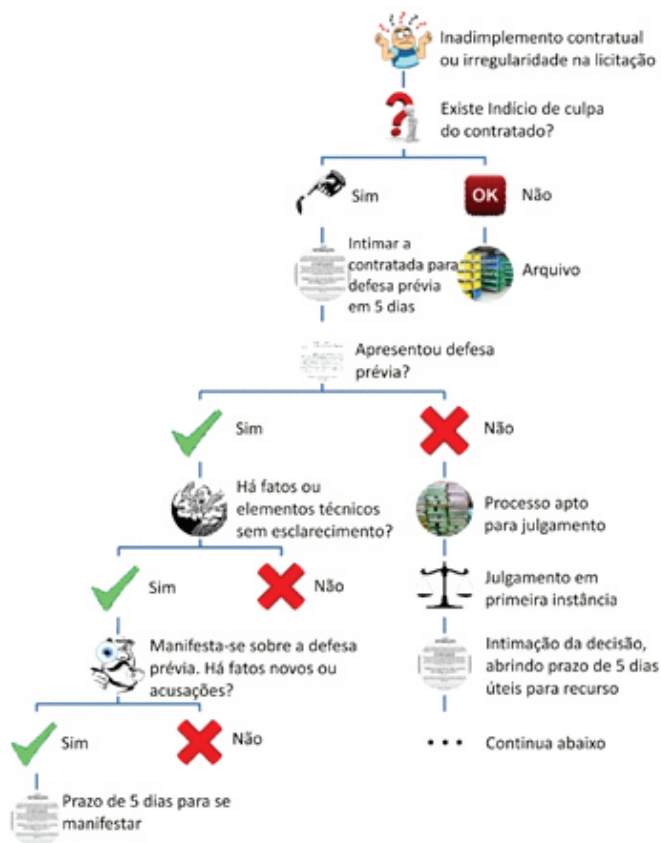
§ 2º . **(Revogado pela Instrução Normativa nº 7 de 14 de agosto de 2015)**.

Art. 42. Decorrido o prazo da penalidade registrada no Sistema, o fornecedor estará apto a participar de licitações e contratações públicas (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à declaração de inidoneidade, prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, caso em que o fornecedor deverá requerer a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

7.1.7 Quadro-resumo

| | Suspensão | Impedimento | Declaração de inidoneidade |
|------------------------|---|----------------------------------|--|
| Modalidades aplicáveis | Todas, inclusive pregão | Pregão | Todas, inclusive pregão |
| Abrangência | Entidade contratante Sancionador (ex: INSS) | Ente federativo. (ex. União) | Toda a Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) |
| Efeitos | Não retroagem (<i>ex nunc</i>) | Não retroagem (<i>ex nunc</i>) | Não retroagem (<i>ex nunc</i>) |
| Prazo | Até 2 (dois) anos | Até 5 (cinco) anos | Indeterminado. Mínimo de 2 (dois) anos |



4 - O contrato firmado com a TELEDISNEYCOM contemplava um link de comunicação para Internet, inicialmente com a velocidade de 2mbps, podendo ir a 4mbps. O contrato contemplava a hipótese de prorrogação por até 12 meses e o valor total do contrato foi calculado considerando-se o custo do *link* de 4mbps. Após 6 meses de vigência, o referido ajuste foi aditado, prevendo a efetiva substituição do *link* de 2 para o de 4mbps. Desse modo, se considerássemos o custo para 2mbps, o contrato sofreria um incremento de 18%. Essa ocorrência se enquadra nas hipóteses de acréscimo do art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93? Fundamente.

5 - Sherek Fiona & Peças Comércio e Serviços Ltda., após a assinatura do contrato, passou a fornecer peças similares às encontradas no mercado paralelo, conforme apurou e evidenciou o fiscal do contrato. Como o edital previa a entrega de peças originais e com o controle de qualidade do fabricante, o órgão optou por realizar a rescisão, sem aplicação de penalidade à referida empresa. Comente essa decisão e as eventuais implicações ao fiscal e ao gestor do contrato.

7 - O que pode acontecer a um fiscal de contrato que, diante do encerramento do contrato de licenças de softwares, solicitou informalmente à empresa contratada que deixasse temporariamente no órgão os referidos aplicativos, porquanto a solução técnica substituta daquela ferramenta ainda carecia de testes de validação? A empresa havia se comprometido com o “comodato” informal por um período máximo de 4 meses. No entanto, a demanda se elasteceu por 8 meses e, agora, a ex-contratada cobra pelo período integral, perfazendo o montante de R\$ 42.535,00.

8 - Julgue o procedimento do fiscal do contrato com a empresa de Outsourcing de Impressão, o qual não se faz presente no momento em que o empregado daquela empresa examina máquina por máquina e lança o número de cópias em formulário próprio. A empresa, com base nesse levantamento, emite sua cobrança por meio de nota fiscal, indicando o quantitativo de cópias.

9 - Cite algumas técnicas que poderiam ser utilizadas pelo fiscal de determinado contrato, com vistas à certificação de que o contratado está executando a contento o acordo firmado.

10 - Os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e o da isonomia foram afetados numa licitação, ensejando a anulação do contrato de aluguel de máquinas de reprografia. O fiscal do contrato não permitiu que as máquinas fossem retiradas, mantendo-se os serviços por 7 meses, bem como procedendo ao pagamento do aluguel consoante à utilização das cópias, as quais eram imprescindíveis para a continuidade dos serviços da instituição. Quais as consequências dessa medida? Em sua opinião, se for o caso, qual a responsabilidade do ordenador de despesas?

11 - A área de contratos enviou memorando ao fiscal informando-o do encerramento, dentro de 90 dias, do contrato de locação de um imóvel, onde se encontram instalados diversos órgãos de apoio de um determinado órgão. O referido memorando trazia a informação de que não havia mais como prorrogar o contrato em face de terem transcorrido 60 meses de vigência ordinária, mais 12 meses do ano anterior, prorrogados em caráter excepcional e devidamente justificado. O fiscal do contrato apresentou a seguinte argumentação: a locação decorreu de uma dispensa e não há que se falar em limitação de cinco anos de vigência aos contratos da espécie. Você concorda? Fundamente.

12 - A empresa apresentou, em 20/11/2012, carta fundamentada onde demonstra o rompimento da equação original do contrato, vez que a alteração ocorrida na legislação do Imposto de Renda fez com que o valor constante da planilha saltasse de R\$ 690,34 para R\$ 7.347,00. Para tanto, apresentou memória de cálculo com base na legislação anterior e na legislação atual (editada em 03/11/12), assim como anexou cópia dos instrumentos legais geradores da nova situação, junto às faturas relativas a novembro/2012. Você irá analisar o pleito da empresa, razão pela qual faça as considerações necessárias sobre a situação.

13 - O fiscal do contrato, em face de um automóvel com vários danos decorrentes de colisão provocada por um dos motoristas do órgão, conduziu o referido veículo à empresa contratada para consertos e restaurações como a que ora se requeria. Chegando à contratada, verifica que o nome do estabelecimento havia mudado e, questionando as razões, soube-se que um casal de sócios que compunham a sociedade havia se separado matrimonialmente, resultando na divisão dos ativos conforme os estabelecimentos regionais da empresa. Diante do art. 78, inciso XI, o que se pode fazer? Subscreeve a ordem de serviço para a recuperação do veículo?

14 - O fiscal de um contrato requer a fundamentação legal para impor ao contratado disposição constante apenas de sua proposta. Ressalte-se que a mencionada disposição, por ocasião da licitação, não foi utilizada como fator de julgamento das propostas.

15 - Firmado um contrato de prestação de serviços de limpeza em 01/09/2012. Em 22/02/2013 a empresa contratada apresenta carta informando que, por motivo de falência, encerrará suas atividades em 28/02/2013. Nessa situação, verificou-se que não havia tido nenhuma anotação por parte do fiscal do contrato em relação ao acompanhamento do contrato. Constatou-se, também, que a empresa não havia pago aos funcionários o Vale Alimentação e o Vale Transporte do mês de janeiro e fevereiro/2013, e que os encargos relativos ao FGTS e INSS não haviam sido depositados desde o início do contrato. Analise essa situação à luz da legislação vigente e as consequências advindas, tanto para a empresa quanto para o órgão.

16 - Na situação do exercício anterior (15), quais seriam as alternativas do fiscal do contrato, caso queira a continuidade da prestação dos serviços? Fundamente.

17 - Foi firmado em 01/02/2008 contrato com a empresa Xinguilingue Ltda para serviços gráficos. O contrato inicial estipulava valor estimado anual de R\$ 1.000.000,00. Em 11/2008, o fiscal do contrato realizou apostilamento no valor de R\$ 800.000,00 para suporte às demandas. Em 05/2009, verificou que o saldo estava insuficiente e solicitou o apostilamento de mais 700.000,00. No mesmo ano, 11/2009, novo apostilamento foi efetuado no valor de 950.000,00. Em fevereiro/2013, o contrato foi prorrogado por mais 12 meses. Comente esse procedimento, com a devida fundamentação legal.

18 - Você é fiscal de um contrato de locação de veículos. O contrato estipula franquia individual para cada veículo. Durante a execução do contrato, verifica-se que a franquia não está sendo atingida, ficando abaixo dos 50% da quilometragem total indicada para a franquia. Como o valor é por franquia, a Administração continua pagando pelos serviços sem utilização. Nessa situação, qual o procedimento a ser adotado? Fundamente.

9 Referências bibliográficas

^I PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A responsabilidade dos fiscais da execução do contrato administrativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 120, p. 926, dez. 2011.

^{II} MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações & contratos*. 12ª Edição Ver. e Atu. 2011, p. 500.

^{III} MARRARA, Thiago. A Atividade de Planejamento na Administração Pública: O Papel e o Conteúdo das Normas Previstas no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE27SETEMBRO2011THIAGOMARRARA.pdf>>. Acesso em: 07 de julho de 2015.

^{IV} Contrato – Fiscalização – Fiscal – Momento da designação. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 240, p. 189, fev. 2014, seção Perguntas e Respostas.

^V MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16ª Ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 179.

^{VI} MOREIRA, João Batista Gomes. Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 274.

^{VII} ESTORNINHO, Maria João. Curso de direito dos contratos públicos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 316. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos – 4ª ed. Rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 213.

^{VIII} BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 564.

^{IX} HAURIUO, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris. Recueil Sirey, 1938, p. VII. In: MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 481. p. 275.

^X JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 16ª ed. Rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

^{XI} BRASIL. Tribunal de Contas da União. *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.

^{XII} PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Limitações Constitucionais da Atividade Contratual da Administração Pública*. Editora Notadez: Sapucaia do Sul. 2011. p. 97.

^{XIII} GASPARINI, Diógenes. Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 13, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=7672>>. Acesso em: 25 janeiro 2010.

^{XIV} JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Dialética, 2008, p. 701.

^{xv} FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. Ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 498-499.

^{xvi} MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed, Malheiros, SP, 2003, p.591.

^{xvii} FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

^{xviii} Contrato – Fiscalização – Fiscal – Número máximo de contratos para um mesmo servidor - Considerações. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 234, p. 844, ago. 2013, seção Perguntas e Respostas.

^{xix} Contrato – Fiscalização – Fiscal – Momento da designação. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 240, p. 189, fev. 2014, seção Perguntas e Respostas.