

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos

Diretoria de Desenvolvimento Gerencial
Programa Gestão da Logística Pública



Apostila

Enap

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos

Daniel de Andrade Oliveira Barral

Brasília – 2016

Fundação Escola Nacional de Administração Pública*Presidente*

Gleisson Cardoso Rubin

Diretor de Desenvolvimento Gerencial

Paulo Marques

Diretora de Formação Profissional

Maria Stela Reis

Diretora de Comunicação e Pesquisa

Marizaura Reis de Souza Camões

Diretor de Gestão Interna

Cassiano de Souza Alves

Coordenadora-Geral de Programas de Capacitação: Marcia Serôa da Motta Brandão; *Editor:* Marizaura Reis de Souza Camões; *Coordenador-Geral de Comunicação e Editoração:* Janaína Cordeiro de Moraes Santos; *Revisão:* Renata Fernandes Mourão, Roberto Carlos R. Araújo e Simonne Maria de Amorim Fernandes; *Capa:* Ana Carla Gualberto Cardoso; *Editoração eletrônica:* Alice Prina

Ficha catalográfica: Equipe da Biblioteca Graciliano Ramos/ENAP

B2688g Barral, Daniel de Andrade Oliveira
Gestão e fiscalização de contratos administrativos / Daniel de Andrade Oliveira Barral. – Brasília: Enap, 2016.
117 p.

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

CDU 351.712

© ENAP, 2016

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
2	Do Planejamento da contratação.....	9
3	Do Contrato Administrativo	13
3.1	Termo de contrato ou instrumentos equivalentes.....	15
3.2	Das cláusulas necessárias	17
3.3	Da vigência do contrato administrativo	27
3.3.1	Da vigência dos contratos de serviços continuados.....	30
3.3.2	Da vigência por prazo indeterminado.....	38
3.3.3	Da vigência e eficácia.....	39
3.3.4	Forma da contagem do prazo contratual.....	41
3.4	Alterações no contrato administrativo.....	43
3.4.1	Alteração unilateral.....	44
3.4.2	Alteração por acordo entre as partes	45
3.5	Equilíbrio Econômico-financeiro do Contrato	50
3.5.1	Do Reajuste	56
3.5.2	Reequilíbrio econômico-financeiro.....	56
3.5.3	Repactuação	58
4	Da fiscalização do contrato	61
4.1	Da divisão de atribuições entre fiscal e gestor.....	62
4.2	A designação do fiscal pode ser recusada?.....	63
4.2.1	Contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização	65
4.3	Quem não pode ser designado fiscal de contrato	66
4.4	Momento de designação do fiscal	67
4.5	Cuidados da portaria de designação do fiscal.....	68
4.6	Do Preposto	68

4.7	Da instrução documental.....	69
4.8	Rotinas básicas de fiscalização.....	71
4.9	Responsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas.....	75
4.10	Do recebimento do objeto.....	77
5	Responsabilização do servidor público.....	81
5.1	Da responsabilidade civil.....	82
5.2	Da responsabilidade penal.....	83
5.3	Da responsabilidade administrativa.....	84
6	Extinção do contrato administrativo.....	87
7	Aplicação de sanções administrativas.....	91
7.1	Tipologia de penalidades.....	92
7.1.1	Advertência.....	92
7.1.2	Multa.....	93
7.1.3	Suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração.....	94
7.1.4	Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.....	97
7.1.5	Impedimento de licitar e contratar com a União.....	98
7.1.6	Procedimento para registro da Penalidade no SICAF.....	99
7.1.7	Quadro resumo.....	101
8	Questões.....	103
9	Referências Bibliográficas.....	115

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 Dotti¹ 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.*

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.

Nesse sentido, 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 neste 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)

Assim, 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 *“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”*¹¹

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 SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, perfazendo todo o itinerário de atuação destes 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.

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 - Contrôlo.

Bem por isto, 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 através de técnicas adequadas de estimativa, sendo vedadas aquisições que não representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade.

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 estimativa;

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 SLTI/MPOG nº 02, de 30 de abril de 2008

Art. 2º As contratações de que trata esta Instrução Normativa deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da instituição, que estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.

Art. 15. O Projeto Básico ou Termo de Referência deverá conter:

I - a justificativa da necessidade da contratação, dispondo, dentre outros, sobre:

a) motivação da contratação;

(...)

c) **conexão entre a contratação e o planejamento existente**, sempre que possível; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Art. 16. Na definição do serviço a ser contratado, são vedadas as especificações que:

(...)

III - **não representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade**, não se admitindo especificações que não agreguem valor ao resultado da contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão; e

Desse modo, o controle proporcionado pelo planejamento auxilia na tomada de decisões, reduzindo as reações baseadas na emoção, na suposição e na intuição. Planejar prevê 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.

Tradicionalmente os órgãos públicos costumam dissociar a fase interna da licitação, da atividade de gestão contratual, sob o encargo do fiscal e gestor. Assim, normalmente, a nomeação do fiscal do contrato ocorre apenas em momento imediatamente anterior ao início da vigência contratual, pois parte-se do pressuposto que sua função somente é necessária nesse instante.

Contudo, ainda que este procedimento não contrarie, formalmente, o disposto no art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993, conforme se depreende do julgado do TCU abaixo reproduzido, em interpretação *a contrario sensu*, tem-se que esta postura tradicional não permite que a Administração incorpore às suas contratações as lições aprendidas em cada uma das contratações realizadas.

Acórdão

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

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.^{IV}

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).

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.

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^{2 vi vii}, separa esses negócios em contratos de direito

² 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

privado da Administração, ou também chamados de contratos semipúblicos, e de outro lado, os contratos administrativos. Aqueles seriam regidos em seu conteúdo por normas de direito privado, com derrogações do regime público, enquanto estes 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.

Esta 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.

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-DF³, 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.

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. Esta diferenciação é anunciada, em rol não exaustivo, no art. 62, § 3º, incisos I e II da Lei nº 8.666, de 1993, abaixo reproduzido:

³ 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

Art. 62 (...)

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

I - 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;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

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.

Se é certo que a diferenciação destas 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 este 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 este 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 - LGL⁴, podendo assim serem resumidas as regras acima dispostas:

Contrato verbal < R\$ 4.000,00	Outros instrumentos Convite	Termo de contrato 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 e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras.	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

⁴ 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;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

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;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - 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.

Este 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 este raciocínio não é correto. O Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União^{XI} esclarece que mesmos estes 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.

Nesse mesmo sentido, consoante ficou recomendado no Acórdão 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 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 no instrumento de contrato, para que sua execução ocorra sem sobressaltos ou contratemplos.

A primeira observação a ser feita é endereçada à prática comum existente nos órgãos públicos de meramente reproduzir em contrato as mesmas regras já existentes nos diplomas legais. Assim, por exemplo, é comum encontrar contratos que na parte destinada a disciplinar as hipóteses de aplicação de penalidade e casos de rescisão, se limitem a reproduzir os dispostos da Lei nº 8.666, de 1993.

Ocorre 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, neste 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 n.º 265/2010-Plenário, TC-024.267/2008-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.02.2010.

Um bom exemplo de aplicação desta orientação do TCU é o edital padronizado do Instituto Nacional do Seguro Social destinado à contratação de serviços de limpeza, conservação e higienização, cuja tabela de aplicação de penalidades está reproduzida abaixo.

	INFRAÇÃO	
ITEM	DESCRIÇÃO	GRAU
01	Permitir situação que crie a possibilidade de causar dano físico, lesão corporal ou consequências letais, por ocorrência;	06
02	Suspender ou interromper, salvo por motivo de força maior ou caso fortuito, os serviços contratuais por dia e por unidade de atendimento;	05
03	Manter empregado sem qualificação para executar os serviços contratados, por empregado e por dia;	03
04	Permitir a presença de empregado sem uniforme, com uniforme manchado, sujo, mal apresentado ou sem crachá, por empregado e por ocorrência;	01
05	Recusar-se a executar serviço determinado pela fiscalização, por serviço e por dia;	02
	Para os itens a seguir, deixar de:	
06	Zelar pelas instalações do INSS utilizadas, por item e por dia;	03
07	Registrar e controlar, diariamente, a assiduidade e a pontualidade de seu pessoal, por empregado e por dia;	01
08	Cumprir determinação formal ou instrução complementar do órgão fiscalizador, por ocorrência;	02
09	Substituir empregado que se conduza de modo inconveniente ou não atenda às necessidades, por funcionário e por dia;	01

INFRAÇÃO		
ITEM	DESCRIÇÃO	GRAU
10	Entregar os salários, vales-transporte ou ticket-refeição nas datas avençadas, por ocorrência e por dia, até o limite de 15 (quinze) dias;	01
11	Efetuar a reposição de funcionários faltosos, por funcionário e por dia;	04
12	Fornecer EPI's (Equipamentos de Proteção Individual), quando exigido em lei ou convenção, aos seus empregados e de impor penalidades àqueles que se negarem a usá-los, por empregado e por ocorrência;	02
13	Fornecer 02 (dois) uniformes completos e adequados às diferentes condições climáticas, anualmente, por funcionário e por ocorrência;	02
14	Efetuar o pagamento de salários, seguros, encargos fiscais e sociais, bem assim quaisquer despesas diretas ou indiretas relacionadas à execução deste Contrato, por dia e por ocorrência;	05
15	Cumprir quaisquer dos itens do Edital e seus Anexos não previstos nesta tabela de multas, por item e por ocorrência;	01
16	Cumprir quaisquer dos itens do Edital e seus Anexos não previstos nesta tabela de multas, após reincidência formalmente notificada pelo órgão fiscalizador, por item e por ocorrência.	02
17	Apresentar comprovação de entrega tempestiva de sua comunicação de exclusão do SIMPLES Nacional ao INSS.	02
18	Efetuar o pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação ou de recolher as contribuições sociais e previdenciárias, quando o inadimplemento perdurar por mais de 15 (quinze) dias, por ocorrência.	6

GRAU	CORRESPONDÊNCIA
01	0,2% por dia sobre o valor mensal do Contrato
02	0,4% por dia sobre o valor mensal do Contrato
03	0,8% por dia sobre o valor mensal do Contrato
04	1,6% por dia sobre o valor mensal do Contrato
05	3,2% por dia sobre o valor mensal do Contrato
06	4,0% por dia sobre o valor mensal do Contrato

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, e favorece a atuação do fiscal do contrato.

Além disso, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, também possui dispositivos que devem ser observados quando da elaboração do contrato administrativo. O primeiro que destacamos aqui é a obrigação para a definição do critério de medição, que, preferencialmente, privilegie a medição dos resultados.

Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

Mencionado artigo assume grande importância por duas razões. A uma, porque busca afastar das contratações públicas o chamado **paradoxo lucro-incompetência**⁵. Assim, ele deve ser considerado na própria fase de planejamento da contratação, fazendo com que a Administração refine o seu modelo de contratação.

Por outro lado, ele também determina que a Administração preveja em contrato o critério que será utilizado para medir o serviço prestado. Esta previsão em contrato é fundamental para o sucesso da fiscalização, pois é por meio destes dispositivos que o fiscal do contrato poderá verificar e atestar se o serviço foi prestado de acordo com os parâmetros contratuais.

Neste sentido, é pertinente resgatar o Acórdão nº 2334-36/11-P, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues. Naquela assentada, o TCU entendeu que seria irregular *a existência de atesto, liquidação e pagamento sem discriminação de datas, trajetos percorridos e respectiva quilometragem dos serviços prestados*.

Ora, o fiscal somente pode saber o que deve constar do atesto, e eventualmente ser cobrado caso este não seja executado de modo correto, se houver previsão contratual apontando o que deve ser verificado, razão pela qual é recomendável a previsão em contrato dos critérios de medição a serem aplicados na fiscalização.

Outro cuidado importante é fazer constar no edital e no instrumento de contrato as regras contidas nos arts. 19, XIX, alínea “K” e 19-A, inciso IV e V, ambos da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, que determinam a retenção da garantia contratual e de eventuais pagamentos à contratada em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas ou previdenciárias dos empregados terceirizados alocados na prestação de serviços terceirizados.

⁵ **O paradoxo Lucro-incompetência** ocorre quando a Administração remunera a contratada pelas horas trabalhadas, sem considerar o produto ou resultado esperado daquela contratação. Neste 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. Neste 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 1151/2015-Plenário, TC 002.143/2011-9, relatora Ministra Ana Arraes, 13.5.2015. (grifo nosso)**

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

(...)

k) deverá haver previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no inciso XIX deste artigo somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV, desta Instrução Normativa, observada a legislação que rege a matéria. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)**

Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

(...)

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea “k” do inciso XIX do art. 19 desta Instrução Normativa; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

A despeito da divergência existente no âmbito do Poder judiciário⁶ a respeito da

⁶ O Superior Tribunal de Justiça possui alguns julgados sustentando a possibilidade de retenção. Confira um destes abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE.

1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1241862/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

possibilidade de retenção dos pagamentos devidos à contratada, o TCU, recentemente,

“13. Daí porque não há que se falar na ilegalidade da retenção efetuada, especialmente porque, embora o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 afaste a responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas (cujo pagamento estão na base da controvérsia que se submete ao Judiciário nestes autos), o Tribunal Superior do Trabalho - TST reiteradamente atribui responsabilidade subsidiária do tomador do serviço (aí inclusas as sociedades de economia mista, como a requerida) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas (Súmula n. 331, item IV).

14. Sem desatentar para o fato de que o Supremo Tribunal Federal vem avaliando a correção do posicionamento do TST quando em confronto com a Súmula Vinculante n. 10 (AgRg na Rcl. 7.517/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, com julgamento suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie), **se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas (mesmo que subsidiariamente), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público”**. (STJ, 2009, grifado)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 16257. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Decisão unânime. Brasília, 03.12.09, DJ 16.12.09. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>. Acesso em dez. 2009.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. PERIGO NA DEMORA NÃO COMPROVADO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC.

INOCORRÊNCIA. OBSCURIDADES NÃO CONFIGURADAS. MERO INCONFORMISMO EM RELAÇÃO AO PROVIMENTO JUDICIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CLÁUSULA COM PREVISÃO DE REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS DA PRESTADORA EM VALOR ACIMA DO PISO SALARIAL. CONTRATADA QUE ESTABELECE "COTA UTILIDADE" (FORNECIMENTO DE CURSOS TÉCNICOS) A FIM DE CUMPRIR TAL EXIGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA CONTRATUAL.

RETENÇÃO DE VALORES PAGOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM CONTRADITÓRIO DIFERIDO. NECESSIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE RESGUARDAR DE DANOS PECUNIÁRIOS FACE AO ENUNCIADO SUMULAR N. 331 DO TST. EXCESSO NA RETENÇÃO. MATÉRIA PERTINENTE À FASE DE LIQUIDAÇÃO.

NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL EM PROCESSO JUDICIAL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. OBSERVÂNCIA DA DEFESA PRÉVIA NA FASE JUDICIAL.

1. Trata-se de medida cautelar ajuizada por Gennari e Peartree Projetos e Sistemas Ltda. com o objetivo de conferir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça assim ementado: "COMPETÊNCIA - Sociedade de Economia Mista - Competência das Varas Cíveis e não das Varas da Fazenda Pública - Decisão do Colendo Órgão Especial desta Corte à luz da legislação agora vigente - Preliminar de nulidade rejeitada.

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - Desnecessidade no caso - Jurisdicionalização do conflito pelo saque, pela ré, de duplicatas de prestação de serviços contra a a autora, levadas a protesto - Além disso, não houve rescisão, mas término do contrato - Procedimento administrativo que, no entanto, havia sido instaurado - Rejeição da segunda preliminar de nulidade. TÍTULO DE CRÉDITO - Duplicatas - Ausência de justa causa diante da justa suspensão do pagamento - Deveres de fiscalização, condições contratuais, e edital de licitação a serem observados - Exceção de contrato não cumprido que também daria suporte à suspensão mencionada - Ato ilícito - Ação anulatória cambiária acolhida no primeiro grau - Apelo improvido.

MULTA CONTRATUAL - Pedido cumulado - Incidência - Ocorrência de violação contratual ensejadora de sua aplicação - Correção do cálculo diante da avença e dos editais de licitação - Condenação correta - Recurso improvido".

2. Na cautelar, sustenta a requerente estarem plenamente caracterizados os requisitos para o deferimento do pedido liminar, ressaltando a existência não só de fundo de direito a ser tutelado por esta Corte Superior no especial, como também do perigo na demora.

3. Aduz que, entre outros pontos, a origem incorreu em patente violação a diversos dispositivos, o que ensejaria a perfectibilização do fumus boni iuris. Argumenta, em síntese, o que se segue: (i) caracterização de obscuridade, porque a instância ordinária adotou como premissa o afoitamento da requerente em enviar a protesto duplicatas emitidas pela prestação de serviços, quando, na verdade, as duplicatas foram emitidas após a retenção indevida de valores (ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil - CPC); (ii) existência de outra obscuridade, pois jamais houve confissão no autos acerca da ilegalidade da utilização da cota utilidade (ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil - CPC); (iii) ilegalidade na retenção de pagamento devidos em razão de contrato administrativo e na aplicação de multa contratual por inobservância de defesa prévia (malversação dos arts. 78 e 87 da Lei n. 8.666/93).

4. Acerca do periculum in mora, discute o vulto da quantia em que condenada pelas instâncias ordinária, cuja execução provisória poderá impedir a continuidade das atividades exercidas.

5. Avaliando apenas a caracterização do fumus boni iuris - até porque a alegação do periculum in mora veio

entendeu ser lícita a previsão contratual de retenção pela Administração de pagamentos

desacompanhada de qualquer elemento probatório que pudesse confirmar as assertivas da parte requerente -, vislumbra-se a falta de razão da parte requerente.

6. Em primeiro lugar, no que tange à violação ao art. 535 do CPC, o que se observa é o inconformismo da parte com o provimento judicial da origem.

7. Não se pode falar em obscuridades quando os magistrados, fundado nas provas produzidas nos autos e em normas que entendem aplicáveis à espécie, entendem pela ilegalidade na emissão de duplicatas.

8. Da mesma forma, não é possível tirar da leitura do acórdão combatido pelo especial a adoção da tese da confissão contra a qual se insurge a requerente. Ao contrário, a origem bem assevera que as partes divergem acerca do cabimento da cota utilidade, a ver (fls.

870/871 - grifos acrescentados): "A patologia contratual reside na alegação, pela PRODAN, da falta de cumprimento do item 4.8 do Anexo IV, reproduzido a fls. 6 dos autos principais, que exigia o pagamento de salários aos empregados 30% superiores ao valor de referência do piso salarial da categoria. Segundo a autora, para contornar tal exigência, a apelante teria se socorrido da chamada cota utilidade, prevista no art. 458 da CLT, consubstanciada em fornecimentos ao empregado de certas utilidades, tais como alimentação, habitação, vestuário e outras prestações in natura. No caso presente, essa utilidade estaria consubstanciada em cursos fornecidos aos trabalhadores. Para a autora não poderia haver desconto de verba de curso porquanto, para ela, salário seria a contraprestação pecuniária; se o trabalhador sofre desconto de curso, a rigor, estaria ele pagando pelo curso, com o que o desconto deixaria de ser verba salarial. A ré entende exatamente o contrário, vendo no curso utilidade complementar de salário".

9. Evidente, portanto, que o Tribunal recorrido entendeu que havia, sim, controvérsia entre as partes.

10. Contudo, com base nos argumentos das partes, nas provas carreadas ao processo e no direito, a origem decidiu que a cláusula contratual havia sido, de fato, infringida. O entendimento do acórdão combatido jamais fundou-se em confissão ou inexistência de controvérsia sobre fatos e teses jurídicas.

11. Em segundo lugar, em relação à ofensa aos arts. 78 e 87 da Lei n. 8.666/93, o que se tem - pelo menos em uma perspectiva inicial, frise-se - é que a Administração, em procedimento administrativo instaurado, entendeu pela retenção dos pagamentos com fundamento em descumprimento de cláusula contratual.

12. Mesmo que se acolham as premissas de fato lançadas pela requerente, no sentido de que não houve prévio contraditório, a verdade é que, nos casos de aplicação dos arts. 78, inc. I, e 80 da Lei n. 8.666/93, exige-se, para as medidas elencadas neste último dispositivo, o devido processo legal, mas com contraditório diferido.

13. Daí porque não há que se falar na ilegalidade da retenção efetuada, especialmente porque, embora o art. 71, § 1º, da Lei n.

8.666/93 afaste a responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas (cujo pagamento estão na base da controvérsia que se submete ao Judiciário nestes autos), o Tribunal Superior do Trabalho - TST reiteradamente atribui responsabilidade subsidiária do tomador do serviço (aí incluídas as sociedades de economia mista, como a requerida) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas (Súmula n. 331, item IV).

14. Sem desatentar para o fato de que o Supremo Tribunal Federal vem avaliando a correção do posicionamento do TST quando em confronto com a Súmula Vinculante n. 10 (AgRg na Rcl. 7.517/DF, Rel. Min.

Ricardo Lewandowski, com julgamento suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie), se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas (mesmo que subsidiariamente), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público.

15. Quanto ao excesso na retenção, tem-se de matéria atinente à liquidação, e não à fase de conhecimento propriamente dita. Somente com cálculos será possível saber se a retenção foi maior do que o ônus a ser eventualmente arcado pela Administração. Aliás, mais do que isso, trata-se de questão que não pode ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, porque envolve apreciação do conjunto fático-probatório, o que lhe é vedado por sua Súmula n. 7.

16. Em terceiro lugar, ainda no que se refere à ofensa aos arts. 78 e 87 da Lei n. 8.666/93, importante destacar que a aplicação da multa contratual não se deu a via administrativa, mas sim nos autos em que interposto o especial.

17. Dessa forma, não se sustenta a tese adotada pela requerente acerca de inexistência de prévia defesa, pois, como asseverado pela origem, no presente processo judicial, observado o trâmite do CPC, a cláusula do devido processo legal revela-se plenamente obedecida.

18. Não há espaço, aqui, para a incidência do art. 87 da Lei n.

8.666/93, na medida em que referido dispositivo versa sobre a aplicação de multas pela Administração Pública em via própria, e não aos casos de judicialização do descumprimento do contrato administrativo.

19. Agravo regimental não provido. (AgRg na MC 16.257/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 16/12/2009)

devidos à contratada em valores correspondentes às obrigações trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, incluindo salários, demais verbas trabalhistas e FGTS, relativas aos empregados dedicados à execução do contrato.

Representação formulada por licitantes noticiara supostas irregularidades cometidas pela Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), no âmbito do Pregão Presencial 14/2013, destinado à contratação de empresa responsável pela coleta seletiva, transporte e destinação final de resíduos. Entre as falhas consideradas não elididas, a unidade técnica do TCU apontou a ocorrência de “retenção de valores devidos à contratada, em decorrência de propositura de ações trabalhistas” e propôs que essa previsão fosse excluída do edital, por considerá-la incabível. Embora também tenha se posicionado pela irregularidade especificamente dessa previsão, ponderou o relator que “*não procede o argumento de que a retenção de pagamentos devidos à contratada é ilegal, por não constar do rol do art. 87 da Lei 8.666/1993. A retenção de pagamentos não integra as hipóteses contidas no referido preceito legal exatamente por não se caracterizar uma sanção administrativa. **A natureza da retenção é preventiva e acautelatória. Destina-se a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário. Tanto não é sanção que, comprovados os pagamentos das obrigações trabalhistas, os valores retidos são imediatamente liberados. Os valores retidos têm somente duas destinações possíveis: pagamento à contratada, assim que comprovar que cumpriu suas obrigações, ou pagamento aos seus empregados, caso as circunstâncias assim recomendem***”. Argumentou ainda o relator que “*a retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido*” e salientou que “*a retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, à exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, justamente para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. **Como regra, a medida deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial**”. **Nesse passo, entendeu o relator que convém “prever, no instrumento convocatório e na minuta de contrato, retenção e pagamento direto aos empregados, para que as prestadoras de serviços continuados não possam alegar que desconheciam essas faculdades ao elaborar suas propostas**”. No entanto, no caso específico dos autos, a cláusula questionada previa retenção dos valores reclamados judicialmente pelos empregados, os quais, segundo o relator, não apresentam necessariamente correspondência com os efetivamente devidos pela empresa, costumando ser bem mais elevados dos que os devidos, de sorte que a retenção se mostraria desproporcional e onerosa. Diante dessas observações, acolheu o Plenário a proposta do relator de determinar à Ceagesp que republicasse o edital apenas após a adoção de algumas medidas saneadoras, dentre as quais a exclusão da cláusula em apreço. Na mesma assentada, o Tribunal recomendou à Ceagesp que adotasse os seguintes procedimentos, para se resguardar contra dívidas trabalhistas da prestadora de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra*

(subitem 9.3 do *decisum*): a) prever nos contratos, de forma expressa: autorização para retenção de pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato; autorização para realização de pagamentos de salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados da contratada, bem assim das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; provisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, na forma prevista no art. 19-A, inciso I, da IN/SLTI/MP 2/08, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6/13; b) depositar os valores retidos cautelarmente junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento dos salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria Administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento; c) fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure pagamento de: prejuízos advindos do não cumprimento do contrato; multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada; prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; e obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada; d) caso sobrevenham, durante a vigência contratual, ações trabalhistas promovidas por empregados dedicados ao ajuste, considerando o teor dos pleitos, investigar se há irregularidades no pagamento de verbas trabalhistas, solicitando os documentos correspondentes (vide art. 34, § 5º, inciso I, “c”, da IN/SLTI/MP 2, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6); comprovada a inadimplência, reter pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas. **Acórdão 3301/2015-Plenário, TC 033.728/2013-5, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 09.12.2015. (grifos nossos)**

Com acerto, o TCU entendeu que a retenção de créditos da empresa em razão do inadimplemento de obrigações trabalhistas ou previdenciárias possui natureza meramente acautelatória do erário público, e, tão logo ocorra a regularização do débito trabalhista ou previdenciário, o eventual saldo remanescente é entregue à contratada, não havendo que se falar em enriquecimento ilícito do Estado, visto que nenhuma parcela do valor devido permanecerá, em definitivo, com a Administração.

Logo, como se trata de medida cautelar voltada exclusivamente para que a Administração possa apurar o montante devido para cada trabalhador terceirizado, não há que se falar em conflito com o disposto no art. 36, § 6º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, pois este dispositivo regulamenta situações em que o pagamento não é devido, seja parcial ou integralmente:

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos:(...)

§ 6º A retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, só deverá ocorrer quando o contratado:

I – não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou

II – deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

Assim, as hipóteses são bastantes díspares. Na primeira situação a empresa contratada prestou o serviço, de acordo com os padrões quantitativos e qualitativos indicados no contrato, mas no momento de atestar a fatura o fiscal ou gestor identifica o inadimplemento de verbas trabalhistas e não realiza o pagamento até que a situação seja regularizada pela empresa ou que o pagamento direto aos empregados terceirizados seja realizado pela Administração, para só então ser liberado o eventual saldo remanescente.

Já na situação tratada no art. 36, §6º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, a empresa desatendeu os ditames contratuais, seja em termos quantitativos ou qualitativos, de modo que não faz jus à integralidade do pagamento estabelecido no instrumento contratual. Neste caso, compete à Administração apurar o montante devido proporcional ao quantitativo efetivamente executado, retendo ou glosando o restante do pagamento.

Por fim, é conveniente destacar a necessidade do edital e contrato estabelecer a possibilidade de prorrogação, no caso de serviços continuados, conforme dispõe o art. 19, XXI,⁷ e a existência de conta vinculada, prevista no art. 19-A, I⁸, ambos da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008.

3.3 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 1993,⁹ é que os contratos têm sua vigência atrelada ao

⁷ Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008 (...)

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber: (...)

XXI – a possibilidade de prorrogação contratual para os serviços continuados, respeitado o disposto no art. 57, inciso II da Lei nº 8.666, de 1993; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

⁸ Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008 (...)

Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

I - previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

⁹ 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:

I - 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;

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;

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. Neste sentido é a lição doutrinária^{xiii} 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, compeli-la a Administração a retornar periodicamente ao mercado, por meio de certames públicos, com vistas a aferir a possibilidade de obtenção de condições mais vantajosas.”

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 o 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 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.”

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

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)**

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 supra citada, 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.

3.3.1 Da vigência dos contratos de serviços continuados

Conforme visto, a regra estabelecida pelo *caput* do art. 57 da lei nº 8.666 de 1993 é que a duração dos contratos fique adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, observada a ON/AGU nº 39. Contudo, o próprio artigo estabeleceu exceções à regra, figurando dentre elas os serviços continuados, em que é permitida a sucessiva prorrogação do prazo de execução, até o limite de 60 (sessenta) meses, *in verbis*:

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 Gasparini^{xiii}, 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).

A análise das decisões do TCU permite constatar a confluência de entendimentos deste 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 esta 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, dentre 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 Vinícios 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 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 87/2000 e 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 contínua 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 frequentemente 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 e 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.

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 esta 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 1.4787, de 27 de novembro de 2014, do Ministério da Educação – MEC, publicada no DOU nº 232, Seção 1, de 1/12/2014, pg 14, abaixo parcialmente reproduzida:

PORTARIA Nº 1.4787, 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 que 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 períodos¹⁰.

¹⁰ 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 originariamente.”

Por fim, destacamos que, para estes contratos, que possuem duração que ultrapassa o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a 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

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 VINÍCIOS 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 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

Contratos de fornecimento de material de informática não caracterizam prestação de serviços, sendo irregular a inclusão de cláusulas que permitam prorrogações.	WALTON ALENCAR RODRIGUES	AC-0458- 06/11-P
Serviços de auditoria contábil não são contínuos e, por isso, não podem ser prorrogados sob o fundamento do inc. II do art. 57 da Lei 8.666/1993.	AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI	AC-0745- 03/11-2
Fornecimento de passagens aéreas não constitui serviço a ser executado de forma contínua, e, portanto, não poderá ser prorrogado com fundamento no inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.	AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI	AC-5903- 35/10-2
Fornecimento de combustíveis refere-se a materiais de consumo, não sendo considerado serviço de execução continuada e, portanto, não cabível prorrogação contratual além do limite anual.	ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO	AC-4620- 29/10-2
A contratação de serviços de auditoria contábil não se enquadra nas hipóteses de contratação de serviços a serem realizados de forma continuada, que somente abrange serviços cuja paralisação possa causar prejuízos às atividades da entidade.	GUILHERME PALMEIRA	AC-0591- 11/08-P

3.3.2 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 prazo indeterminados¹¹.

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:

¹¹ 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.”

Nestas 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 estes 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.

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, dentre 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

3.3.3 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 Filho^{XIV}, que esclarece bem esta 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.** (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^{12 XV}, 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.

¹² 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 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. (grifo nosso)

A Câmara Permanente de Licitações e Contratos - CPLC da Procuradoria-Geral Federal - PGF, no bojo do Parecer nº 06/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU¹³, 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.

3.3.4 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

¹³ Referida manifestação, relatada pelo Procurador Federal Daniel de Andrade Oliveira Barral, bem como as demais manifestações produzidas pela Câmara, pode ser encontradas em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680 ou por meio do encurtador: bit.ly/parecerescplc

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 esta 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 material¹⁴ 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.

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

¹⁴ A exceção a essa regra são os prazos penais, conforme disposto no art. 10 do Código Penal.

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.¹⁵

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 Gasparini¹⁶:

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 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.

3.4 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.

¹⁵ STJ - RECURSO ESPECIAL – 825915/MS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008.

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Saraiva: São Paulo. 2008. p. 700.

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 que as obrigações contratuais foram avençadas inicialmente.

A alteração contratual deve pressupor alteração efetiva na demanda de interesse público que se busca a 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 n.º 8.666, de 1993.**

3.4.1 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 n.º 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 n.º 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 n.º 8.666/93).

3.4.2 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)

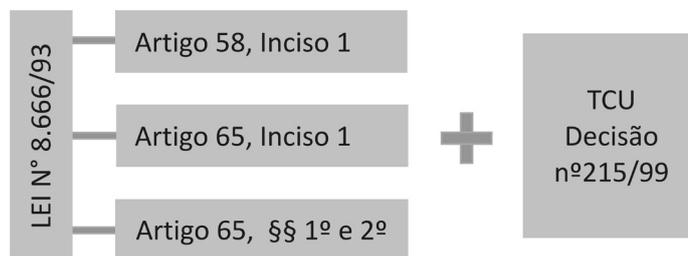
Além das alterações unilaterais, determinadas pela Administração, o contrato pode ser solapado por fatos imprevistos ou imprevisíveis que alterem substancialmente as condições do ajuste. Nessa situação, importante ressaltar, que uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o contratado 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 este ponto ao estudarmos com mais profundidade os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato Administrativo.

3.4.2.1 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, dentre 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. **Neste caso, configura-se alteração quantitativa consensual**.

3.4.2.2 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. Desta forma, torna-se importante o conhecimento de parte da Decisão nº 215/99 – Plenário - colacionada abaixo:

[...]

- a) tanto as alterações contratuais quantitativas — que modificam a dimensão do objeto — quanto as unilaterais qualitativas — que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão — estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da

Lei n. 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e 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 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 3.364/2012-Plenário alegaram omissão no item da deliberação que alertou aquela empresa acerca do significativo percentual aditivado (16,95%) até então, próximo ao limite legal (art. 65, inciso II, da Lei 8.666/93), no contrato para implantação do terminal marítimo de passageiros no porto de Natal/RN. Argumentou a recorrente ser a maior parte desse montante decorrente de alteração qualitativa na obra, que atenderia às condicionantes de excepcionalidade estabelecidos pelo Tribunal na

Decisão 215/1999-Plenário. Alegou ter havido necessidade de se alterar a especificação das estacas previstas em projeto, em razão da impossibilidade de o fornecedor atender a demanda em prazo compatível com o cronograma contratual. Em decorrência disso, a utilização de estacas diversas das projetadas ocasionou o redimensionamento das fundações, onerando o preço da obra. O relator considerou não haver elementos de convicção suficientes para a caracterização de caso fortuito, de situação imprevisível à época da contratação, de que a alteração de especificação não decorreu de culpa do contratado, com a demora em encomendar as estacas, ou do contratante, por falhas no projeto. Destacou ser a ausência de culpa condição essencial para o Tribunal aceitar aditivos que ultrapassem os limites legalmente estabelecidos. Nessa esteira, a Corte, ao acolher proposta do relator, deu nova redação à deliberação recorrida e expediu notificação a Codern da qual constou também as seguintes orientações: a) para que a alteração em tela venha a ser aceita como situação de exceção prevista pelo TCU na Decisão 215/1999-Plenário, deve ficar demonstrado que as estacas não poderiam ter sido obtidas de outro fornecedor e que não houve mora da contratada na encomenda desses elementos; b) também com a finalidade de enquadramento nessa hipótese excepcional, as novas alterações nas tecnologias construtivas não podem decorrer de projeto básico insuficiente. (inexiste grifo no original)

3.4.2.3 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 e/ou revisão.

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

Acórdão 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 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 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, APLICANDOSE 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 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

3.4.2.4 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...**

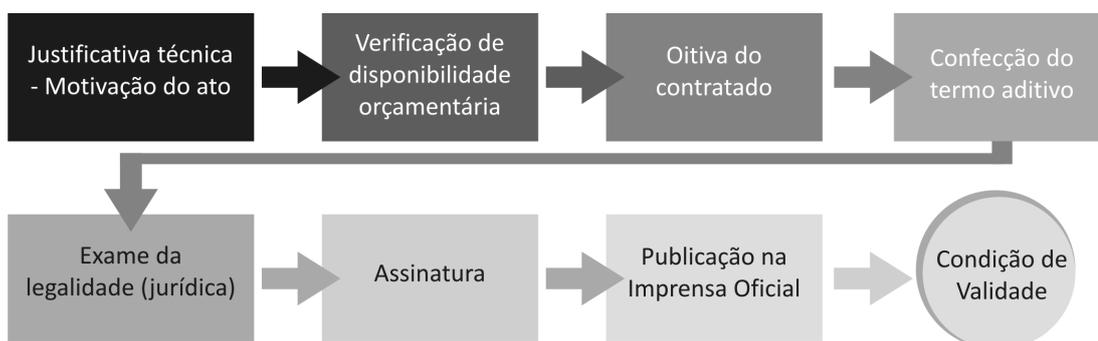
Assim, toda e qualquer alteração contratual (artigo 65 da Lei nº 8.666/93) ou prorrogação de prazos (artigo 57) deverá ser formalizado através de celebração de **Termo Aditivo ao**

contrato. Além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações do contrato, a exemplo: alteração do nome ou denominação empresarial da contratada; alteração do endereço da contratada; retificação de cláusula contratual e retificação de dados (CNPJ) da empresa contratada (quando, por equívoco, ocorrer falha no registro desses dados).

Entretanto, convém ressaltar que a lavratura do Termo Aditivo não é exigida para todos os eventos que ocorrem durante a execução do contrato. **A Lei nº 8.666/93 em seu § 8º do artigo 65** enumera casos que não caracterizam alteração contratual, podendo ser formalizados por **APOSTILA** e, conseqüentemente, dispensada a celebração de Termo Aditivo. As situações previstas no § 8º do art. 65 são:

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

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 2590/2012 – Plenário; Acórdão 1227/2012 – Plenário; Acórdão 3260/2011 – Plenário; Acórdão 1833/2011 – Plenário.

3.5 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 estas 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.

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 através de diversos dispostos 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 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:

- I - da conversão em REAL, no caso das obrigações ainda expressas em Cruzeiros Reais;
- II - da conversão ou contratação em URV, no caso das obrigações expressas em URV contratadas até 27 de maio de 1994;
- III - 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 1.053 - reeditada até a de 2.074-72, de 27/12/2000 -, convertida, em 14/06/2001, na Lei 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 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.

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

15. Antes, porém, da conversão da referida Medida Provisória, foi publicado o Decreto 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 8.666/1993 e definidos, pela Instrução Normativa Mare 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.

16. 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).

(...)

19. 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.

20. 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 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 reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de álea extraordinária e extracontratual.

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

3.5.1 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 10.192/2001.

3.5.2 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. Neste 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

conseqüências 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 incorressem, 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.

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.

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 este 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.

3.5.3 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 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 destes contratos a índices e alternativamente estabeleceu a possibilidade de utilização da repactuação como meio alternativo para o reajuste destes 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 SLTI/MPOG nº 02, de 30 de abril de 2008, dispõe, em seu artigo 37, 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. 40, § 7º, IN/SLTI nº 02/2008)**

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

INSTITUTO	REVISÃO	REAJUSTE	REPACTUAÇÃO
OBJETIVO	Recomposição de Custos	Restabelecer poder aquisitivo da moeda ou insumos	Alcançar valor de mercado
EMBASAMENTO LEGAL	Art. 37, XXI Constituição Federal. Alínea “d”, Inciso II, art. 65 da Lei nº 8.666/93.	Artigo. 40, inciso XI, artigo 55, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93 Lei 10.192/01	Instrução Normativa/ SLTI/MP nº 02/2008 Decreto nº 2.271/97
PERIODICIDADE	Não há	Anual	Anual
ÍNDICE PRÉ-DEFINIDO	Não	Sim	Não

4. Da fiscalização do contrato

A doutrina sustenta haver dois importantes núcleos de atuação na atividade de fiscalização de contratos, quais sejam, a gestão e a fiscalização propriamente dita. Contudo, esta diferenciação não está adequadamente refletida na legislação de regência. Com efeito, a Lei nº 8.666, de 1993 trata do tema no art. 67, sem definir, claramente, as atribuições do gestor e fiscal do contrato:

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 deixa 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 1997¹⁷, 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

¹⁷ 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.

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.”*

4.1 Da divisão de atribuições entre fiscal e gestor

De tudo quanto exposto, o que se pode concluir é que compete a cada Administrador público decidir pela segregação ou não das funções de fiscal e gestor de contrato. A questão que remanesce é saber, em caso de separação das funções, quais as atividades serão desempenhadas por cada agente. Lucas Rocha Furtado Propõe a seguinte separação:

Ao fiscal do contrato, como observado, cumpre verificar a correta execução do objeto da avença, de modo a legitimar a liquidação dos pagamentos devidos ao contratado, ou, conforme o caso, para orientar as autoridades competentes acerca da necessidade de serem aplicadas sanções ou de rescisão contratual. O gestor do contrato, a seu turno, é aquele a quem incumbe tratar com o contratado. Ou seja, o gestor do contrato tem a função de conversar com o contratado, de exigir que este último cumpra o que foi pactuado, de sugerir eventuais modificações contratuais.

Mas, o fato de a Lei nº 8.666/93 não ter diferenciado essas figuras não significa que as normas referentes à cada unidade administrativa não possam fazê-lo. Assim, por uma questão de organização administrativa, nada impede a criação da figura do **gestor do contrato**. Farão parte de suas competências, assuntos ligados ao contrato e não abarcados pela pura e simples fiscalização da execução, como, por exemplo, a necessidade de formalização dos termos aditivos relativos à alteração no projeto, prorrogação dos prazos, a publicação dos extratos, a verificação da manutenção das condições de habilitação, entre outras providências. Essa possibilidade está inclusive expressamente autorizada pelo art. 115 da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

Parágrafo único. As normas a que se refere este artigo, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial.

A própria Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, propôs uma divisão, facultativa, das atribuições de fiscalização do contrato administrativo, propondo a figura do gestor do contrato, sendo este assessorado por um fiscal técnico e outro fiscal administrativo. Confira:

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.

§ 2º Para efeito desta Instrução Normativa, considera-se:

I - **gestor do contrato**: servidor designado para coordenar e comandar o processo da fiscalização da execução contratual;

II - **fiscal técnico do contrato**: servidor designado para auxiliar o gestor do contrato quanto à fiscalização do objeto do contrato; e

III - **fiscal administrativo do contrato**: servidor designado para auxiliar o gestor do contrato quanto à fiscalização dos aspectos administrativos do contrato.

Contudo, sendo essa formatação facultativa, o órgão contratante pode optar por um modelo diferente de distribuição de atribuições fiscalizatórias. Neste sentido, confira a PORTARIA-TCU nº 297, de 14 de novembro de 2012, em que o TCU optou por distribuir a atividade entre um fiscal técnico, e uma unidade da secretaria do TCU, que figuraria como unidade gestora dos contratos administrativos:

PORTARIA-TCU Nº 297, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2012

Art. 2º Para os fins desta norma, entende-se por:

(...)

III – gestora do contrato: unidade ou subunidade da Secretaria do TCU, vinculada ou não ao objeto do contrato, responsável pela fiscalização da documentação comprobatória da contratada;

(...)

V – fiscal técnico do contrato: servidor formalmente designado para acompanhar a execução dos serviços terceirizados de natureza continuada que tenham sido contratados;

Independentemente do modelo adotado pelo órgão contratante, é fundamental que as competências sejam claramente definidas, de modo que os responsáveis pela fiscalização tenham consciência de suas responsabilidades e obrigações.

4.2 A designação do fiscal pode ser recusada?

Por não se tratar de ordem manifestamente ilegal (art. 116, IV, RJU), a designação como fiscal de contrato não pode ser recusada. Neste sentido, confira decisão do TCU:

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)

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**).

Neste 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 a 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, dentre 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 n.º 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. Logo, o limite de contratos para que um mesmo servidor seja designado como fiscal relaciona-se ao desempenho da tarefa de modo eficiente, evitando-se a sobrecarga de trabalho. Com efeito, conforme constou nos acórdãos nºs 2.831/2011-P, 38/2013-P e 1.094/2013-P, o TCU entende que esta definição deve ser diante das características 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*.

4.2.1 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

Neste mesmo sentido é a conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 57/2013, produzida no bojo do Parecer nº 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU¹⁸, de autoria do Procurador Federal Bráulio Gomes Mendes Diniz, abaixo reproduzida:

I. 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;

II. 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.

4.3 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**¹⁹. Do mesmo modo está impedido o **pregoeiro**²⁰, ou os **membros da comissão de licitação**²¹. Também as situações de **conflitos de interesses** importam em óbice à designação como fiscal de contrato²².

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 VINICIOS VILAÇA

²⁰ 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

²¹ 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

²² Os responsáveis pela fiscalização de contrato não podem ser designados em situações que envolvam conflitos

Por fim, insta destacar que Lucas Rochafurtado 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.*

4.4 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 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: (...)

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

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).

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

4.5 Cuidados da portaria de designação do fiscal

1. Obrigação de formalização do ato de designação²³;
2. Deve ser nomeado um fiscal específico para cada contrato²⁴
3. O fiscal deve ser formalmente cientificado, preferencialmente com aposição de ciência em documento a ser posteriormente juntado aos autos²⁵
4. A Portaria de designação do fiscal e gestor (ou ato normativo específico) deve definir, expressamente, as atribuições de cada um dos responsáveis pela fiscalização do contrato²⁶
5. Deve ser identificado um fiscal substituto para as ausências ou impedimentos do fiscal titular.

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

²³ “Deve ser designado representante da administração para acompanhar a execução de cada contrato firmado”. AC-1534-10/09-1 - AUGUSTO NARDES

²⁴ 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

²⁵ 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 8.666/93 em seu artigo 67;

AC-1094-15/13-P

²⁶ Uma sugestão é utilizar o rol constante no art. 2º, II da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 30 de abril de 2008

- a) ateste dos produtos e serviços;
- b) resolução de problemas;
- c) acompanhamento da execução dos trabalhos;
- d) gerenciamento de riscos;
- e) sugestão de aplicação de penalidades;
- f) avaliação da necessidade de aditivos contratuais; e
- g) condução do processo de repactuação, quando for o caso.

Portanto, as figuras do fiscal de contrato e a do preposto são importantíssimas para a correta execução e gerenciamento do contrato. Lembrando que o preposto também deverá ser indicado por escrito, conforme disposto 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 8.666/1993;

TCU – Acórdão nº 866/2011 - P

4.7 Da instrução documental

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

Nas lições de Hely Lopes Meirelles, existem algumas fases que integram o acompanhamento da execução do contrato pelo representante da Administração que são compreendidas pela **fiscalização**, pela **orientação**, pela **interdição**, a **intervenção** e pela **aplicação de penalidades contratuais**. Do seu ensinamento e 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 este 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 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 contratada²⁷:

- 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).

²⁷ **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

- 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.

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.

A anotação de fatos relevantes ocorridos durante a execução, de fatos externos que venham a prejudica-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 SLTI/MPOG nº 02, de 30 de abril de 2008, apresenta algumas orientações pertinentes à atuação rotineira dos fiscais e gestores de contratos:

Art. 34 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 O fiscal ou gestor do contrato ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade responsável para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 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 dos mesmos, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso.

§ 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as 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.

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

1. prova de regularidade relativa à Seguridade Social; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. certidão conjunta relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

3. certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

4. Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

5. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou

acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

d) entrega da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

1. termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

2. guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

3. extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; e **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

II - No caso de cooperativas:

a) recolhimento da contribuição previdenciária do INSS em relação à parcela de responsabilidade do cooperado;

b) recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela de responsabilidade da Cooperativa;

c) comprovante de distribuição de sobras e produção;

d) comprovante da aplicação do FATES – Fundo Assistência Técnica Educacional e Social;

e) comprovante da aplicação em Fundo de reserva;

f) comprovação de criação do fundo para pagamento do 13º salário e férias; e

g) eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as sociedades cooperativas.

III - No caso de sociedades diversas, tais como as Organizações Sociais Civis de Interesse Público – OSCIP's e as Organizações Sociais, será exigida a comprovação de atendimento a eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as respectivas organizações.

§ 6º Sempre que houver admissão de novos empregados pela contratada, os documentos elencados na alínea “a” do inciso I do § 5º deverão ser apresentados. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

§ 7º Os documentos necessários à comprovação do cumprimento das obrigações sociais trabalhistas elencados nos incisos I, II e III do § 5º poderão ser apresentados em original ou por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente

ou por servidor da Administração. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

§ 8º A Administração deverá analisar a documentação solicitada na alínea “d” do inciso I do § 5º no prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento dos documentos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

§ 9º Em caso de indício de irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra deverão oficial ao Ministério da Previdência Social e à Receita Federal do Brasil – RFB. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

§ 10. Em caso de indício de irregularidade no recolhimento da contribuição para o FGTS, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra deverão oficial ao Ministério do Trabalho e Emprego. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

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

decido 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 conseqüente 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.

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 destas 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 Federal²⁸, os servidores públicos

²⁸ 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.

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 esta for condenada e exercitar o seu direito de regresso em face do servidor faltoso. Veja o precedente abaixo:

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)²⁹

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 voltados 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.

²⁹ No mesmo sentido: RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-9-08, DJE de 14-11-08, informativo 519.

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:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - 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 deste curso, pois envolve os casos de ausência ou deficiência da atuação fiscalizatória ou a emissão de ordem de pagamento irregular. Veja neste 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.”

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

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

A **rescisão unilateral**, 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 esta descumpre o contrato ou impede que o contratado execute o contrato. É importante destacar que, de acordo com o TCU, não é possível proceder a 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 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 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 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 422/2010, TC-013.895/2005-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010.*

7. Aplicação de sanções administrativas³⁰

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, dentre 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.

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.

³⁰ Neste 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.

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 2002³¹, os tipos de penalidades são:

1. Adver de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.
2. Impedimento de licitar e contratar com a União.

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.”

³¹ 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:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 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.

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. Neste sentido, Marçal:

(...) 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.”

Demais disso, 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, 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. Neste 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

16. 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

17. 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 apenas Administração que aplicou. O apenas deve, simplesmente, ser afastado de certames e contratações com órgão ou com o ente que puniu?

18. 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 determinado contrato, licitação ou órgão.⁶ Poder-se-ia manipular o alcance da norma para fins de dosimetria.

19. 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.

20. 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.

21. Assim, questão acerca do alcance dos efeitos da imposição de suspensão temporária nada tem ver com dosimetria: não se pode manipular alcance da norma para fins de dosimetria da sanção de suspensão temporária.

22. 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 órgão ou entidade administrativa, ou seja, pode designar tanto uma unidade componente da pessoa jurídica, como própria pessoa jurídica.

23. 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 participação em licitações contratações realizadas pela pessoa jurídica, isto é, todas as licitações e contratações do INSS no território nacional.

24. 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 indissolavelmente 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

25. 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.

26. 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

27. 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.

28. 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.

29. 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.

30. 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.

31. 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 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 desta 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 deste 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 nºs 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, conforme dispõe o art. 30-A da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008:

Art. 30-A Nas contratações de serviço continuado, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual, que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, conforme estabelece o art. 57, inciso II da Lei nº 8.666, de 1993. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

(...)

§ 5º A Administração não poderá prorrogar o contrato quando: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

(...)

II – a contratada tiver sido declarada inidônea ou suspensa no âmbito da União ou do próprio órgão contratante, enquanto perdurarem os efeitos. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

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 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 10.520, de 2002 ou as demais penalidades previstas pela Lei nº 8.666, de 1993 será escolhida de acordo com o juízo de proporcionalidade adequado ao caso concreto. Confira a conclusão DEPCONSU/PGF/AGU N 95/2015, extraída do mencionado parecer:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 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 8666, de 1993, nos casos regidos pela Lei 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;
- II – CPF ou CNPJ do sancionado;
- III – o tipo de sanção, conforme previsão legal;
- IV – as justificativas e fundamentação legal;
- V – o número do contrato, se for o caso;
- VI – o órgão ou entidade aplicador da sanção; e
- VII – 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;
- II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e
- V – 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).

- I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;
- II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou
- III – 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)**

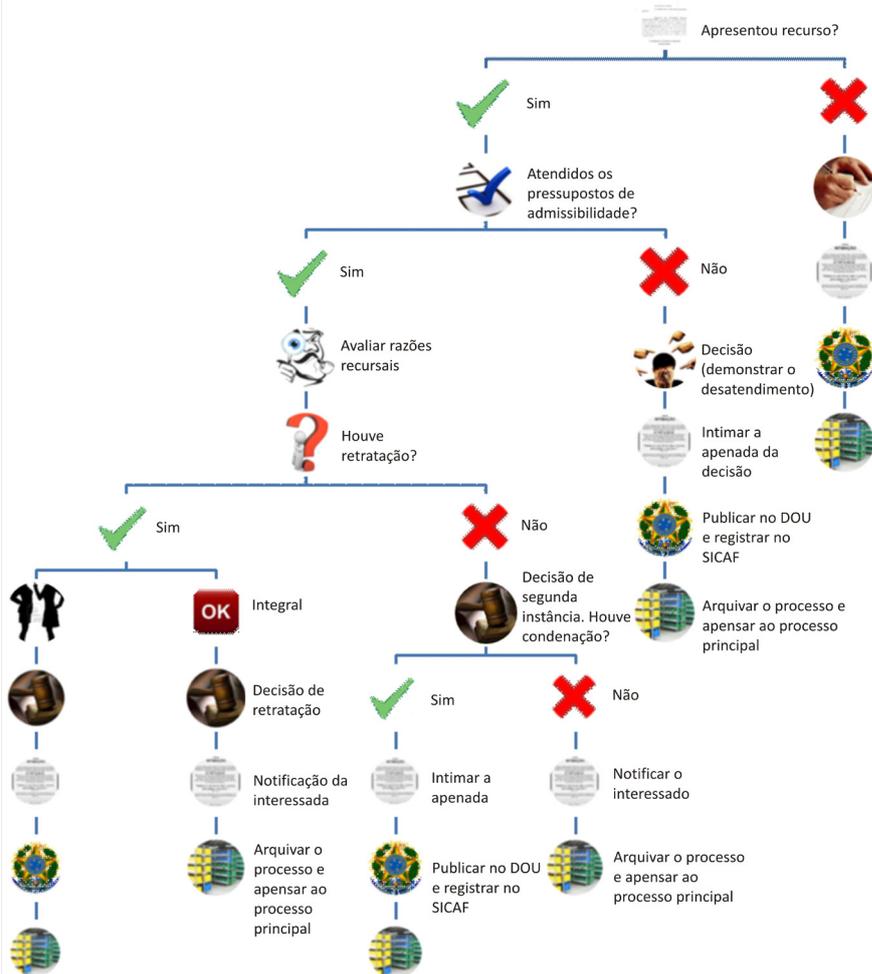
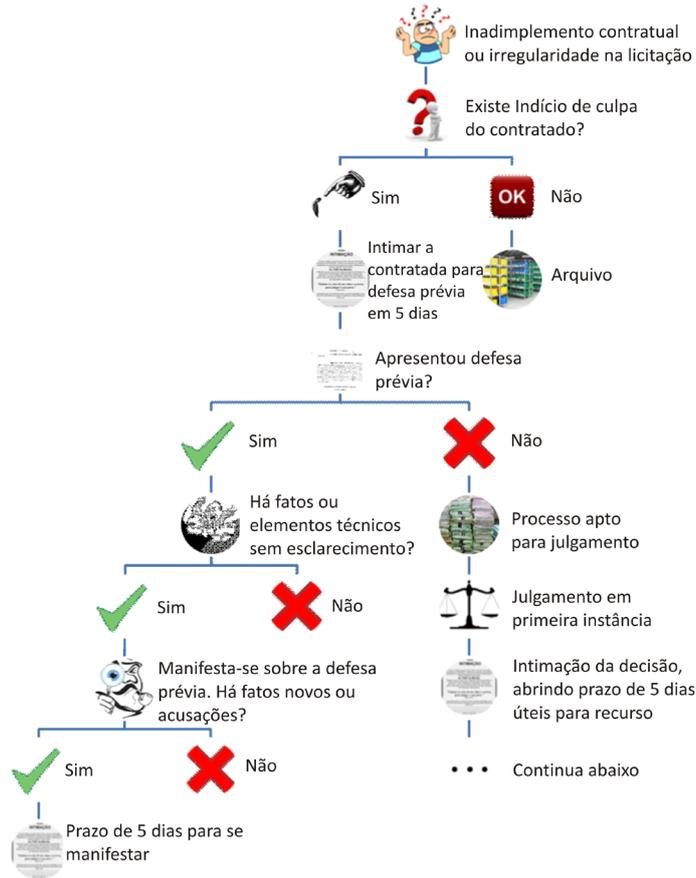
§ 2º . **(Revogado pela Instrução Normativa nº 7 de 14 de agosto de 2015)**

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



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.

6 - Tico & Teco Manutenção de Periféricos cometeu reiterados atrasos durante a execução dos serviços de substituição de peças. Por provocação da SEMAT, 4 meses antes do fim do contrato, objetivando saber do interesse da prorrogação, a área gestora opinou no sentido de suspender a contratada, nos termos do art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/93, fato que foi levado a efeito, tendo em vista o arrazoado do fiscal do contrato e o acolhimento da consultoria jurídica. Neste caso, responda:

1. O contrato com a Tico & Teco permaneceria em vigor?
2. Em caso negativo, como fazer com as demandas por substituição de peças na fase de preparação da licitação?
3. Em sua avaliação a penalidade foi proporcional ao vício identificado?
- 4.

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.

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? Subscreve 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.

19 – Durante a execução do contrato de prestação de serviços de manutenção predial com fornecimento de peças, a empresa Tio Patinhos Ltda solicitou alteração da planilha de preços dos materiais que faz parte integrante do contrato, com o objetivo de aumentar o quantitativo dos itens relevantes e com preços superestimados e, conseqüentemente, diminuir o quantitativo daqueles itens inexpressivos e com valor baixo. Você, como fiscal do contrato, como procederá nessa situação?

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, pg. 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. 481. 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. pg. 564.

^{IX} HAURIU, 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 e 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.

Ob. Cit.

ENAP Escola Nacional de Administração Pública
SAIS - Área 2A
70610-900 - Brasília - DF
Tel.: (61) 2020 3000
www.enap.gov.br

