

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

VERÔNICA SILVA BRANDÃO

**DA FISCALIZAÇÃO À APLICAÇÃO DE SANÇÕES
CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE PRÁTICA DA
APLICAÇÃO DA LEI Nº. 8.666/1993 E DA LEI Nº.
10.520/2002**

**SALVADOR - BA
2019**

VERÔNICA SILVA BRANDÃO

**DA FISCALIZAÇÃO À APLICAÇÃO DE SANÇÕES
CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE PRÁTICA DA
APLICAÇÃO DA LEI Nº. 8.666/1993 E DA LEI Nº.
10.520/2002**

Trabalho de conclusão de curso, Monografia apresentada como exigência para obtenção do Título de Especialista em Licitações e Contratos Administrativos, ao Programa de Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos, da Faculdade Baiana de Direito.

**SALVADOR - BA
2019**

À minha mãe Laurita e ao meu pai Alfredo, pelo exemplo, amor, carinho e apoio incondicional. Ao meu irmão Daniel, pela amizade e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus,

Pela vida, por guiar meus caminhos, me fortalecer nos momentos mais difíceis, por me trazer até aqui.

Aos meus pais,

Que sempre me deram apoio e força em tudo que eu quis fazer, por acreditarem em mim.

Ao meu irmão,

Pelo carinho e incentivo.

Aos meus amigos Davi, Ananda e Edivânia,

Por estarem ao meu lado nesse momento que estive longe de casa.

Aos meus chefes, Humberto Adolfo Gáttas Nassif e Cláudia Oliveira,

Pela compreensão e por terem concedido todo ajuste de dinâmica de horários para que eu pudesse cursar essa especialização.

Aos professores,

Pelos conhecimentos compartilhados.

Aos colegas,

Pela convivência e experiências compartilhadas.

RESUMO

BRANDÃO, Verônica Silva. *Da fiscalização à aplicação de sanções contratuais: uma análise prática da aplicação da Lei nº. 8.666/1993 e da Lei nº. 10.520/2002*. 2019. 77 f. Monografia (Especialização) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2019.

O presente estudo tem como objetivo precípua a análise prática do processo de fiscalização dos contratos administrativos, especificamente, dos fatores relacionados ao desempenho da fiscalização contratual e de aplicação de penalidades administrativas decorrente do descumprimento contratual. Para atendimento do propósito traçado, foi realizada uma análise dos principais normativos relacionados ao tema. Discutiu-se, inicialmente, a questão das compras e contratações públicas, discorrendo sobre o processo licitatório, os contratos administrativos. Em seguida, no Capítulo II, foi abordada a importância do papel da fiscalização contratual, apresentando algumas peculiaridades inerentes às atribuições do fiscal de contrato. Abordou-se, no último capítulo, sobre as penalidades previstas na Lei nº 8.666/93 e nº 10.520/2002. Durante a realização do estudo, foram verificados diversos aspectos relacionados às atribuições da função de fiscalização que impactam diretamente no desempenho dos contratos. Foi possível observar, também, a importância das sanções administrativas como instrumento garantido da preservação do interesse público.

Palavras-chave: contratos administrativos, fiscalização contratual, processo sancionador.

ABSTRACT

BRANDÃO, Verônica Silva. *From inspection to the application of contractual sanctions: a practical analysis of the application of Law no. 8,666 / 1993 and Law no. 10,520 / 2002*. 2019. 77 f. Monograph (specialization) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2019.

The present study has as its main objective the practical analysis of the process of supervision of administrative contracts, specifically, the factors related to the performance of contractual supervision and application of administrative penalties due to contractual noncompliance. To fulfill the purpose outlined, an analysis of the main norms related to the theme was carried out. Initially, we discussed the issue of public procurement and contracting, discussing the bidding process, administrative contracts. Then, in Chapter II, the importance of the role of contractual supervision was discussed, presenting some peculiarities inherent to the duties of the contract prosecutor. In the last chapter, we discussed the penalties provided for in Law 8,666 / 93 and 10,520 / 2002. During the study, several aspects related to the duties of the supervisory function that directly affect the performance of the contracts were verified. It was also possible to observe the importance of administrative sanctions as a guaranteed instrument for the preservation of the public interest.

Keywords: Administrative Contracts, Contractual Inspection, sanctioning proceedings.

LISTA DE TABELA

Tabela 1.	Acompanhamento dos Contratos Administrativos.....	29
------------------	---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 COMPRAS E CONTRATAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1 Processo Licitatório.....	14
1.2 Contratos Administrativos.....	16
1.2.1 Princípios e requisitos básicos dos contratos administrativos.....	18
1.2.2 Características dos contratos administrativos.....	20
2 ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS.....	27
2.1 Designação e Atribuições do Fiscal de Contrato.....	33
2.2 Responsabilização na fiscalização dos contratos	36
2.3 Influenciadores do desempenho do fiscal de contratos.....	39
3 SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	42
3.1 O poder-dever de instauração do processo sancionador.....	44
3.2 Princípios norteadores da aplicação das sanções administrativa.....	46
3.2.1 Princípio da Legalidade.....	46
3.2.2 Princípio da Especificação.....	48
3.2.1 Princípio da Culpabilidade.....	49
3.2.1 Princípio do Personalismo da Sanção.....	49
3.2.1 Princípio da Proporcionalidade.....	50
3.3 Sanções administrativas previstas nas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002.....	52
3.3.1 Sanções Administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993.....	53
3.3.2 Sanções administrativas na Lei nº 10.520/2002.....	60
3.4 Aspectos polêmicos no processo sancionador.....	62
3.4.1 Regramento legal que deve ser usado na condução do processo de aplicação das sanções	62
3.4.2 Cumulatividade de sanções.....	63
3.4.3 Desconsideração da pessoa jurídica.....	63
3.4.4 Retenção e glosa de pagamento.....	64
3.4.5 Amplitude dos efeitos das sanções.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

As contratações têm relevância estratégica no desempenho das organizações públicas, sendo assim, a legislação exige o controle da execução contratual, desde o acompanhamento e fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais até a aplicação de penalidades, nos casos de inexecuções das cláusulas pactuadas, prerrogativas estas que buscam garantir a qualidade e, conseqüentemente, o desempenho das contratações públicas.

A Constituição Federal estabelece que as compras e contratações na Administração Pública ocorram com base nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em atendimento a esses princípios os processos de compras e contratações de serviços seguem um processo licitatório, delineado pelas Leis nº 8666/1993 e nº 10.520/2002.

O processo licitatório, como bem leciona Carvalho Filho (2015, p.295), é o “procedimento administrativo com fim seletivo, na medida em que dá azo uma série de procedimentos tendentes a dar fundamento a uma futura decisão administrativa” e como procedimento é constituído de um conjunto de atos integrados que são realizados dentro de uma seqüência para alcançar um resultado ou ato final (DI PIETRO, 2018).

Concluída as fases do processo licitatório, é gerado, na seqüência, um contrato administrativo, instrumento no qual constam cláusulas necessárias que garantem as partes direitos e obrigações. Entretanto, os contratos administrativos por ser norteados pelo interesse público garante à Administração Pública uma posição de superioridade em relação ao contratado mediante as denominada “cláusulas exorbitantes” dentre as quais se tem a fiscalização e aplicação de sanções, ou seja, ao Estado é conferido o poder-dever de garantir o bom desempenho em suas contratações.

Assim, a Administração Pública, por meio do representante devidamente designado para fiscalizar o contrato, terá a responsabilidade de garantir que a execução contratual atenda ao interesse público, como também terá a responsabilidade de identificar irregularidades e suscitar aplicação das sanções estabelecidas na legislação.

Embora a lei de licitação tente prever todas as condições e procedimentos necessários para a execução dos contratos administrativos, mesmo assim “muito se questiona que a qualidade dos contratos administrativos nem sempre é equivalente a dos contratos firmados pelas pessoas de direito privado” (SAMPAIO, 2010). Isso se dá devido as cargas de especificidades que extrapolam os limites da lei, pois existem certas especificidades na cultura das organizações públicas, que são: a) Mudanças de direção política periódica, podendo ser drásticas; b) Interesses políticos, muitas vezes enfatizando mudanças de curto prazo; c) Sobreposição de iniciativas, muitas vezes criadas em períodos políticos diferentes. (MCADAM e DNAGHY, 1999, apud BIAZZI, 2007, p. 52) Diante desse contexto “gerenciar organizações públicas é bem diferente de gerenciar organizações privadas, seja quanto às suas opções, aos problemas de compatibilização dos objetivos e aos problemas de restrições e proibições” (KLIKSBURG, 1993, apud QUIRINO, 2009, p. 22).

Essas especificidades fazem com que os processos de fiscalização e aplicação de penalidades dos contratos administrativos não sejam tarefas fáceis. Entretanto, tendo em vista que tais atividades se fundamentam na garantia da execução contratual e no controle dos gastos públicos, sem se desviar dos preceitos legais conferidos pela legislação que rege a matéria, é indispensável orientar a atividade contratual da Administração Pública para a execução de contratos de forma eficiente, bem como dispor de meios e recursos capazes de promover o devido acompanhamento desses ajustes.

Diante da relevância dessas prerrogativas garantidas pela Lei de Licitações para o desempenho das organizações públicas, como também da necessidade de cumprir os princípios básicos previstos na Constituição Federal, notadamente, o princípio da eficiência administrativa, alguns estudos em âmbito nacional têm buscado compreender o processo e identificar as principais disfunções nas execuções dos contratos administrativos, com intuito de propor sugestões de aprimoramento desses processos, exemplos são encontrados nos trabalhos de Almeida (2009), Pucetti (2010), Silva (2015) e Ribeiro (2013).

Tendo em vista que, mesmo com todas as ações que tiveram como objetivo único reformular e reconstruir o modelo de gestão da administração pública, no sentido de torná-la mais eficiente, eficaz e flexível na prestação de serviços públicos de qualidade, ações necessárias para enfrentar as mudanças e as novas exigências

da sociedade (SCHWELLA, 2005, p.266), mudanças essas que buscaram, também, promover transformações no sistema de contratação do governo, mesmo, assim persistem inúmeros processos que apresentam problemas relacionados às falhas de desempenho na execução contratual (REIS, 2016)

Os autores abordam nos estudos os fatores que podem influenciar na atuação e desempenho na execução dos contratos administrativos, com o objetivo de propor instrumentos à Administração Pública de forma que consiga atender as necessidades dos cidadãos e aos princípios da eficiência, economicidade e, principalmente, probidade e transparência.

Nesse sentido, e considerando a relevância econômica que as compras e contratações públicas representam, verifica-se que a fiscalização e aplicação de penalidades é de suma importância para o bom desempenho na execução contratual, não apenas na fiscalização no momento da entrega do bens ou prestação dos serviços, mas também em todas as suas fases, para identificar e suscitar medidas para sanar possíveis irregularidades que possam ocasionar prejuízos ao erário, aplicando sanções aos contratados que as cometerem.

Nesse contexto, o presente trabalho foi elaborado com o objetivo de analisar as diversas nuances que envolvem o processo de fiscalização e aplicação de sanção administrativa no âmbito das Leis nº. 8.666/93 e nº. 10.520/02. Desse modo, este estudo demonstra considerável relevância para a temática das compras e contratações públicas em termos práticos.

O interesse por esse tema surgiu dos questionamentos desta aluna, ao se deparar com situações práticas, no exercício de suas funções, acerca da gestão contratual, fiscalizações e aplicação de penalidades. Há cinco anos atuando no setor público, cujas funções sempre mantiveram alguma relação com licitações e contratações, antes no âmbito de controle e auditoria, recentemente, atuando diretamente na gestão de contratos. Outro motivo é que este estudo possibilitará à aluna, uma compreensão mais aprofundada da configuração do processo de fiscalização e aplicação de penalidades, além de conhecer os fatores que interferem no desempenho dessa atuação.

Este trabalho está organizado, sequencialmente, em três capítulos.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre as compras e contratações públicas, no qual se buscou entender o processo licitatório e os contratos administrativos, com

ênfase nos princípios gerais, características dos contratos e nas cláusulas exorbitantes.

No segundo capítulo, foi abordado o assunto voltado ao entendimento das abordagens teóricas e práticas sobre a gestão e a fiscalização de contratos, nesse discutiu-se as atribuições do fiscal de contratos e fatores influenciadores no desempenho das fiscalizações de contratos.

O terceiro capítulo, discutiu-se os aspectos gerais relacionados às sanções administrativas em licitações públicas e contratos administrativos, com ênfase na análise das principais definições acerca do rol de sanções estabelecidas nas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, com a abordagem de aspectos relevantes para a efetiva execução contratual.

CAPÍTULO I

Neste primeiro capítulo, tratou-se de abordar as compras e contratações na Administração Pública, buscando, inicialmente, entender o processo de compra, o procedimento licitatório e os contratos administrativos, com ênfase nos princípios gerais, características dos contratos e nas cláusulas exorbitantes, das quais se advém a fiscalização de contratos e aplicação das penalidades, tema dos próximos capítulos.

1 COMPRAS E CONTRATAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo Compra pode ser definido como ação e o efeito de comprar. Este verbo significa obter algo em troca de dinheiro, como a aquisição de um produto ou serviço, pelo qual se paga determinado preço.

A Gestão de Compras em uma empresa tem as funções de selecionar e negociar com o fornecedor; adquirir e providenciar a entrega dos bens ou serviços dentro das especificações, com qualidade necessária, dentro do prazo solicitado e com o menor preço.

Costa (2000 p 120) confirma essa concepção quando cita Costa (1994):

Compra é uma função administrativa dentro de uma organização, responsável pela coordenação de um sistema de informação e controle que realize a aquisição no mercado, garantindo o fluxo de bens e serviços necessários para o cumprimento da missão da organização, na quantidade certa, na qualidade certa, no tempo certo e no preço certo.

Contribuindo para a competitividade e perenidade da empresa, Viana (2006, p.42- 24) afirma que a atividade de compra tem por finalidade suprir as necessidades da empresa mediante a aquisição de materiais e/ou serviços, emanadas das solicitações dos usuários, objetivando identificar no mercado as melhores condições comerciais e técnicas.

Chunawalla (2008, *apud* GIGANTE, 2014), atribui uma concepção mais ampla a função de compras, definindo-a como uma atividade gerencial que vai além do ato rotineiro de comprar, incluindo o planejamento e políticas ativas, os quais cobrem uma ampla gama de atividades relacionadas e complementares.

A função de compras passou a ser estratégica para a organização, desempenhando um papel primordial na gestão, sendo um fator crítico na constante busca por eficiência, vez que a reduções nos custos de aquisição refletem positivamente na lucratividade da organização, através da utilização eficiente dos recursos financeiros.

Essa visão da função de compras como estratégico na organização não pode ser diferente na administração pública, vez que as diferenças entre os dois sistemas de compras (entre o setor público e as empresas privadas) não são devidas às suas formas de organização, suas diferenças residem, antes de tudo, em diferenças de princípios, de finalidades ou de objetivos (COSTA, 2000).

A legislação que normatiza a ação do gestor público no processo contratação possui diferenças com a atuação do gestor no setor privado. Dentre estas, destaca-se o princípio da legalidade, que restringe a atuação do gestor público somente ao que é expressamente permitido por lei, não sendo admitida qualquer ação que não possua expressa permissão legal, portanto, não possuindo a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei.

Nesse sentido leciona o renomado Hely Lopes Meirelles (2016, p. 93):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Os interesses privados são disponíveis, mas os interesses públicos são indisponíveis. Os particulares podem escolher com quem contratar, mas a Administração não tem liberdade de escolha.

Vale ressaltar, também, o impacto produzido pelas compras e contratações públicas reflete, consideravelmente, na economia, visto que “o governo é um comprador de escala, ou seja, compra em grandes quantidades” (COSTIN, 2010, apud MOTA, 2017, p. 19), Mota ainda acrescenta o fato de que compras são realizadas com dinheiro dos cidadãos contribuintes, sendo, por essas razões, cada vez mais, objeto de reavaliação e reestruturação na gestão pública.

Assim, diante da relevância do tema, na execução dos procedimentos que visam a aquisição de materiais e contratações de serviços é conferido um elevado grau de rigor, pelas regras e procedimentos impostos pela Constituição Federal de

1988 visando garantir que sejam atendidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 37, § XXI, estabelece que:

Ressalvados os casos específicos na legislação, os órgãos públicos só poderão realizar compras e alienações e contratar obras e serviços, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes e que estabeleçam cláusulas que esclareçam obrigações de pagamento, essa legislação determina ainda que, somente será exigida qualificação técnica e econômica do licitante, quando essas forem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Dessa forma, verifica-se que os princípios definidos no art. 37 da Constituição Federal impõem a obrigatoriedade do processo licitatório para compras e contratações públicas, da forma menos onerosa e com melhor qualidade possível.

1.1 Procedimento Licitatório

A licitação é um procedimento no qual a administração pública, em comum acordo com o particular, estabelecem uma vontade contratual. A Lei nº 8.666/933, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, não delimita um conceito de licitação.

Na conceituação da ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 462)

(...) pode-se definir licitação pública é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Em seguida, a autora faz alguns comentários importantes de alguns pontos do conceito, definindo o procedimento administrativo como um conjunto de atos integrados que são realizados dentro de uma sequência para alcançar um resultado ou ato final.

Destarte, a licitação é um procedimento utilizado de maneira a assegurar a oportunidade igual aos diversos interessados em apresentar propostas para, ao final, selecionar aquela considerada a mais vantajosa para a Administração, garantindo, assim o que se encontra estabelecido pelos princípios constitucionais.

A natureza jurídica da licitação, como bem leciona Carvalho Filho (2015, p.295), é a de um “procedimento administrativo com fim seletivo, na medida em que dá azo uma série de procedimentos tendentes a dar fundamento a uma futura decisão administrativa”.

Complementando esse entendimento, vale trazer à baila a lição de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 310):

Licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Destaca-se também a definição proposta pelo Tribunal de Contas da União:

Licitação é procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. Objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e a possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes (BRASIL, 2010, p.19).

A licitação como um procedimento administrativo tem início com o planejamento e prossegue até a assinatura do respectivo contrato ou a emissão de documento correspondente, e se divide, doutrinariamente, em duas fases distintas, sendo elas: a) Fase Interna ou Preparatória: delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-las ao conhecimento público; b) Fase Externa ou Executória: inicia-se com a publicação do edital ou com a entrega do convite e termina com a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação do serviço.

As leis infraconstitucionais que regulam o Direito Administrativo são várias e esparsas, assim sendo, há várias leis que regem o processo licitatório e que apresentam todo um amparo legal para o acontecimento da licitação. A Lei Federal nº 8666/93 é a lei que define normas gerais de licitação e que traz as modalidades licitatórias, que são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A Lei 8.666/93, além de impor regra para contratação no serviço público por meio de licitação, também prevê os casos especiais em que não é possível e/ou viável realizar a compra ou contratação pelas modalidades previstas em lei. Para esses casos, os arts. 24 e 25 da Lei 8666/93 autorizam ao administrador público contratar, respectivamente, por meio de dispensa de licitação, sem desrespeitar os princípios da moralidade e da isonomia e por intermédio da inexigibilidade de licitação, após comprovada a inviabilidade ou desnecessidade de licitação.

Instituída pela Lei nº 10.520/2002, uma nova modalidade de licitação, denominada pregão, passa a integrar o rol de modalidades, que, segundo Jacoby Fernandes (2013, p. 341),

Pode ser conceituado como um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos.

A licitação, independentemente da modalidade e tipo, ou, ainda, se essa foi dispensada ou inexigida, faz-se necessário o cumprimento do processo licitatório que, torna-se concluído após a concretização de suas fases – interna e externa, culminando na afirmação de compromissos pelas partes, contratante e contratada, por meio do instrumento intitulado de contrato administrativo.

1.2 Contratos Administrativos

Inicialmente, para melhor compreensão do termo Contratos Administrativos, é pertinente fazer uma diferenciação entre contrato da administração e contrato administrativo, conforme Alexandre Mazza (2014) e Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2009), para os quais o contrato da administração é considerado gênero, enquanto o contrato administrativo é sua espécie. Contrato da administração se refere a todos os contratos celebrados pela Administração. Já o contrato administrativo diz respeito aos contratos celebrados pela administração para consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

De forma semelhante Hely Lopes Meirelles (2016, 239) define:

(...) contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

A Lei de Licitações, em seu art. 2º, define contrato administrativo:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, 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** (BRASIL, 1993).

Furtado (2000) define contratos administrativos a partir da diferenciação entre esses e os contratos privados, porque em relação a estes últimos, vale, como regra, a disponibilidade da vontade. Normalmente, no âmbito do direito privado, têm as partes ampla liberdade de contratar, vez que ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe. No entanto, diante das restrições impostas pelo princípio da legalidade, a Administração Pública ao realizar suas contratações deve ter toda sua atuação vinculada à plena realização do interesse público.

Corroborando este entendimento, o posicionamento de Carvalho Filho (2015) é o de os contratos privados têm, como objeto, negócio jurídico lícito e possível e, como finalidade (lucrativa ou não), a execução deste objeto, têm, como base legal, o Código Civil, partes representadas por pessoas jurídicas de direito privado, já os contratos administrativos são aqueles cuja base legal encontra-se, predominantemente, prevista na Lei nº 8.666/93 (e outras legislações esparsas), configurando, como uma das partes, uma pessoa jurídica de direito público, tendo, como objeto, negócio jurídico lícito e possível e, como finalidade, a execução deste objeto, norteados pelo interesse público.

Importante focar aqui a legislação brasileira contempla diversas espécies de contratos administrativos. Hely Lopes Meirelles (2016) ao tratar dos contratos administrativos em espécies, cita os seguintes: contrato de obra pública, contrato de serviço, contrato de fornecimento, contrato de concessão, contrato de gerenciamento, contrato de gestão, contrato de programa, termo de parceria, contrato de parceria-público-privado, contrato de franquia postal e contrato de consórcio público

Alexandre Mazza (2014) destaca, como mais relevantes, o contrato de obra pública, contrato de fornecimento, contrato de prestação de serviço, concessão de serviço público, permissão de serviço público, concessão de serviço público precedida de obra, concessão de uso de bem público, contrato de gerenciamento, contrato de gestão, termo de parceria, parceria público-privada, consórcio público, contrato de convênio e contrato de credenciamento.

Já Di Pietro (2018), ao tratar das modalidades de contratos administrativos analisa em sua obra os derivados da Lei 8.666/93, por ser contratos administrativos por excelência, sendo os mais utilizados pela Administração Pública: concessão, contratos de obra pública e de prestação de serviços, contrato de fornecimento, contrato de gestão.

E por fim, Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2008), abordam somente quatro contratos administrativos, os quais os menciona como sendo os principais contratos administrativos: contrato de obra pública, contratos de serviços, contrato de fornecimento e contrato de concessão.

1.2.1 Princípios e requisitos básicos dos contratos administrativos

Em regra, o contrato administrativo é a consequência da licitação, estando, portanto, vinculado aos termos do instrumento convocatório e da legislação aplicável, conforme preconiza os art. 44 §2º e 54 da Lei nº 8.666/93, estabelecendo, previamente e levados ao conhecimento público, os direitos, deveres e particularidades a que serão submetidos o executante do objeto licitado, antes da apresentação da proposta.

Tal vinculação se justifica resumidamente em dois objetivos, segundo Meireles (2016): limitar a discricão da contratada, impedindo soluções que não sejam inspiradas no interesse público e dar segurança jurídica às partes –licitantes e Administração Pública, evitando comportamentos oportunistas em todo processo, inclusive após a assinatura do contrato.

O Contrato, portanto, deve ser bem completo, no sentido de oferecer uma descrição detalhada do objeto, da execução do contrato, do recebimento do objeto, de pagamento, bem como detalhar os prazos e as sanções por inadimplemento, e demais critérios estabelecidos pelo art. 55 da Lei de licitações, abaixo transcrito:

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. (BRASIL, 1993)

Embora o art. 55 da lei utilize a expressão cláusulas necessárias, a doutrina ensina que o contrato administrativo não se descaracteriza em virtude da ausência de algumas delas. As cláusulas que são consideradas, de fato, obrigatórias, na visão de Justen Filho (2016), são as que correspondem aos incisos I, II, III, IV e VII. “As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regras gerais) ou são facultativas, devendo ser previstas quando a natureza e as peculiaridades de cada contrato” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1098).

É válido ressaltar que, para que um contrato tenha valor, é necessário que esse não contrarie determinação legal, que seu objeto seja lícito e possível e que as partes sejam capazes, ou seja, que atendam aos requisitos da teoria geral dos contratos e que sejam guiados por seus princípios fundamentais.

Os contratos administrativos, como atos administrativos, submetem-se ainda, assim como as licitações, aos princípios que norteiam todos os atos administrativos, quais sejam: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia ou igualdade, os quais já discorreremos no capítulo referente ao processo licitatório.

Além disso, os contratos administrativos apresentam algumas características peculiares, conforme será visto no tópico que se segue.

1.2.2 Características dos contratos administrativos

Dentre as principais características dos contratos administrativos, Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2008) destacam: serem sempre consensuais e, em regra, formais, onerosos, comutativos e realizados *intuitu personae* (devem ser executados, de regra, por quem os celebrou não admitindo a livre subcontratação). Acrescentam ainda como característica a necessidade de ser precedido de procedimento licitatório, exceto no caso de inexigibilidade e dispensa previstos na lei.

Alexandre Mazza (2014), a partir dos apontamentos feitos por vários autores, sumarizam as características mais importantes dos contratos administrativos, quais sejam:

a) submissão ao Direito Administrativo: os contratos administrativos estão submetidos aos princípios e normas de Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, sujeitando-se a regras jurídicas capazes de viabilizar a adequada defesa do interesse público.

b) presença da Administração em pelo menos um dos polos: todo contrato administrativo pressupõe que a Administração Pública figure em, pelo menos, um dos polos relacionais.

c) desigualdade entre as partes: no contrato administrativo, as partes envolvidas não estão em posição de igualdade. Isso porque o interesse público defendido pela Administração é juridicamente mais relevante do que o interesse privado do contratado.

d) mutabilidade: diferentemente do que ocorre no direito privado, em que vigora o princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos tal como escritos (*pacta sunt servanda*), no Direito Administrativo a legislação autoriza que a Administração Pública promova a modificação unilateral das cláusulas do contrato, instabilizando a relação contratual diante de causas supervenientes de interesse público.

e) existência de cláusulas exorbitantes: as cláusulas exorbitantes são disposições contratuais que definem poderes especiais para a Administração dentro do contrato, projetando-a para uma posição de superioridade em relação ao contratado.

f) formalismo: o contrato administrativo não tem forma livre, devendo observar o cumprimento de requisitos intrínsecos e extrínsecos. Em regra, os contratos administrativos devem ter a forma escrita.

g) bilateralidade: o contrato administrativo prevê obrigações para as duas partes;

h) comutatividade: normalmente existe uma equivalência entre as obrigações das partes contratantes;

i) confiança recíproca: o contrato administrativo é personalíssimo, celebrado *intuitu personae*.

Dentre as principais características dos contratos administrativos, merece um destaque especial as características relacionadas “às cláusulas exorbitantes”, por sua importância para o presente estudo. Vez que, é a partir da posição de superioridade em relação ao contratado que decorre o surgimento do “fiscal de contrato” e da “aplicação de sanções contratuais”.

“As cláusulas exorbitantes são assim chamadas justamente porque exorbitam, extrapolam as cláusulas comuns do direito privado e não seriam neste admissíveis” (ALEXANDRINO; PAULA, 2008, p. 462). No mesmo sentido, Di Pietro (2018) esclarece que as cláusulas exorbitantes são aquelas que não seriam comuns ou lícitas em contratos celebrados entre particulares, por colocar uma das partes (a Administração) em posição de supremacia sobre a outra (contratado).

Nesse sentido, colhe-se o entendimento da doutrina especializada de Helly Lopes Meirelles (2016, p. 241):

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

Contrariamente à visão de Helly Lopes Meirelles, a opinião de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2008, p. 462) é que a expressão “clausulas exorbitantes” deve ser “utilizada como sinônimo de prerrogativas especiais da Administração Pública nos contratos administrativos, decorrentes do regime de direito público a que se sujeitam esses contratos, e não como restrições impostas à Administração”.

As principais cláusulas exorbitantes são apresentadas, de forma explícita, pela Lei 8.666/93, em seu art. 58, o qual estabelece que é conferida à Administração, em relação aos contratos administrativos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo (BRASIL, 1993).

A seguir, serão descritas as principais cláusulas exorbitantes e suas características:

a) Alteração Unilateral

A primeira das cláusulas exorbitantes, prevista no art. 58 supracitado, diz respeito à possibilidade de a Administração alterar unilateralmente, ou seja, sem prévio consentimento da contratada, as cláusulas avençadas no contrato. Nesse sentido, Justen Filho (2018), diz que uma das características do regime jurídico dos contratos administrativos reside, tal como exposto, na atribuição à Administração Pública de competências peculiares, consistentes no poder-dever de inovar, unilateralmente, as condições originalmente pactuadas.

A lei de licitação estabelece, em seu art. 65, I, os dois casos possíveis de utilização dessa prerrogativa:

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

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei (BRASIL, 1993).

Verifica-se que a alteração pode consistir na modificação do projeto ou em acréscimo e diminuição na quantidade do objeto. Desse modo, as alterações unilaterais podem ser modificações denominadas qualitativas ou quantitativas.

Alterações qualitativas são autorizadas quando houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos, desde que não haja descaracterização do objeto descrito no edital licitatório.

Já as alterações quantitativas são possíveis quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição na quantidade do seu objeto, nos limites permitidos em lei.

A modificação quantitativa deve observar os limites de até 25%, para obras, serviços ou compras, e até 50%, no caso de reforma em edifício ou equipamento.

A respeito da possibilidade de a Administração modificar unilateralmente as cláusulas contratuais, Di Pietro (2018) entende ser uma imposição incompatível com o funcionamento das atividades da iniciativa privada, pois representa riscos às empresas contratadas. No contexto das relações contratuais privadas, o contrato configura-se lei entre as partes, tratando-se do princípio do *pacta sunt servanda*. No âmbito do contrato administrativo, as partes envolvidas não estão em posição de igualdade, uma vez que o interesse público defendido pela Administração é mais relevante do que o interesse privado do contratado.

Consigna-se, entretanto, que as prerrogativas conferidas à Administração Pública de modificações contratuais não podem se dar de forma irrestrita, devendo operar-se de forma devidamente motivada e dentro dos parâmetros estabelecidos em lei.

b) Rescisão Unilateral

À Administração Pública também é garantido o direito de rescindir unilateralmente os contratos administrativos, ou seja, pode a Administração romper

com o contrato, desde que justificado por interesse público, sem que a essa sejam aplicadas penalidades (art. 78, I a XII e art. 79, I da Lei 8.666/93).

Oportuno colacionar os dizeres de Hely Lopes Meireles (2016, p. 242) :

O poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo quê podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.

De fato, a legislação oferece amplo respaldo à Administração Pública quanto à possibilidade de promover unilateralmente a rescisão dos seus contratos. Todavia, a prerrogativa de rescindir unilateralmente os seus contratos, sem incorrer em qualquer penalização, é rodeada das mesmas premissas atinentes à alteração unilateral do contrato, devendo operar de forma motivada, dentro dos parâmetros definidos em lei e sem promover condutas despropositadas, desproporcionais e desarrazoáveis.

Extrai-se da doutrina especializada de Hely Lopes (2016, p. 243) que a rescisão “exige *justa causa, contraditório e ampla defesa*, para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado aos motivos que a norma ou as cláusulas contratuais consignam como ensejadores desse excepcional distrato”.

Dessa forma, é lícito que a Administração Pública promova a rescisão unilateral de seus contratos. Entretanto, há que se destacar que a licitude do ato se encontra limitada, pois o ato de extinção do contrato não pode surgir por mera discricionariedade.

Se a rescisão sobrevir de descumprimento contratual do particular, é dever da Administração oportunizar o contraditório e ampla defesa. Caso as razões ensejadoras forem a conveniência e a necessidade da coletividade, os motivos devem ser amplamente expostos e devidamente justificados. Ressalta-se, também, que, de acordo com o §2º do art. 79, quando comprovada a ocorrência de rescisão contratual sem que haja culpa do contratado, esse será ressarcido dos prejuízos sofridos, sendo-lhe ainda garantido o direito à devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo da desmobilização.

Seja qual for o motivo ensejador da rescisão contratual, é medida de rigor que se observe a compatibilidade entre o ato da Administração e o interesse público

envolvido, bem como os parâmetros estabelecidos em lei e garantia ao contratado do direito à ampla defesa e contraditório.

c) Fiscalização

A Lei 8666/93, em seu art. 58, combinado com o art. 67, estabelece que é dever da Administração nomear um agente da Administração Pública para fiscalizar e acompanhar toda a execução contratual. Adiante, será desenvolvido melhor essa questão, pois se trata do tema deste estudo.

d) Aplicar sanções

Assim como a fiscalização contratual, a possibilidade de aplicar sanções às contratadas que descumprem, total ou parcialmente, os acordos firmados em contrato, também é uma prerrogativa da Administração Pública, e encontra-se prevista no art. 58 da Lei 8666/93.

Da mesma forma, essa prerrogativa será desenvolvida melhor em outro tópico desse trabalho, pois se trata do tema deste estudo.

e) Ocupação de bens móveis, imóveis, pessoal e serviço

A Administração, conforme prevê o inciso V do art. 58 da Lei 8666/93, tem a possibilidade de ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nos casos de serviços essenciais, e desde que haja a necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais cometidas pelo contratado ou na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Além das prerrogativas explicitadas pelo art. 58, a legislação garante, de forma implícita, outras prerrogativas à Administração Pública, como possibilidade de exigir da contratada a garantia contratual: “Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras”. Essa faculdade, admissível nos contratos de obras, serviços e compras, consiste no direito

de a Administração Pública exigir da contratada apresentação de garantia monetária, a fim de assegurar a correta execução do objeto contratado.

Conforme art. 56 §1º, I, II e III da Lei 8.666/93, fica a cargo do contratado a escolha do tipo de garantia, sendo oferecidos, como opções, a caução em dinheiro ou título da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

Portanto, verifica-se que das cláusulas exorbitantes, em seu art. 58, inciso III, combinado com o art. 67 da Lei 8666/93, nasce a figura do “fiscal de contrato”, como agente responsável pela promoção da eficiência das contratações públicas, tendo em vista que “a simples contratação não atende a finalidade se a execução contratual não for adequada e certa”. (RIBEIRO, 2013, p.2).

Para tanto, espera-se que haja, na Administração Pública, uma adequada gestão e fiscalização de contratos, conforme delineamentos destacados no capítulo a seguir.

CAPÍTULO II

O capítulo II apoiou-se na fiscalização de contratos, com ênfase nas atribuições e responsabilização do fiscal de contratos para identificar os fatores que influenciam no desempenho dos contratos.

2 ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

O controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à administração e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública, dispensando-se cláusula expressa (MEIRELLES, 2016). Vez que, ao realizar o processo de compra ou contratação de serviço, a Administração pretende com essa contratação, na maioria das vezes, satisfazer uma necessidade precípua do Estado, orientando sua atuação à concretização da política pública sob o seu encargo. Como ente público contratante, com efeito, “há de ter a correspondente prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-los às exigências do momento, supervisionando, acompanhando e fiscalizando a sua execução ou nela intervindo” (MEIRELLES, 2016, p. 246).

A Lei 8.666/1993 menciona expressamente a necessidade de existir um representante da Administração com a tarefa específica de acompanhar e fiscalizar a execução do pacto, a saber:

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 (BRASIL, 1993).

O acompanhamento e a fiscalização do contrato consistem em um poder-dever da Administração Pública, pois, por um lado trata-se de uma prerrogativa concedida à concretização do interesse basilar da Administração Pública e como instrumentos garantidores da melhor execução do contrato, e de outro lado uma obrigação imposta

por lei à Administração com a finalidade de empregar com economicidade e probidade os recursos públicos. Neste sentido colaciona-se o posicionou o TCU no Acórdão nº 1.632/2009 – Plenário, 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.

Nesse mesmo sentido, o regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade de outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos (JUSTEN FILHO, 2018).

O acompanhamento e fiscalização do contrato são atividades de controle e a inspeção da execução do contrato pela Administração, com a finalidade certificar se sua execução obedece às especificações, aos prazos estabelecidos e demais obrigações previstas no contrato. Reveste-se, portanto, em responsabilidades que tem como base parâmetros técnicos do que está sendo executado, observando, também, as demais condições estabelecidas em contrato.

Acompanhar e fiscalizar a execução de um contrato não é apenas uma atividade formal. Implica a garantia de que o objeto está sendo executado conforme previsto. Pois, como preceitua a Lei 8.666/1993, em seu artigo 66: “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

Segundo Santos (2014) para melhor compreensão do artigo da Lei de Licitação que esculpe a obrigatoriedade da Administração controlar a execução do contrato, é importante conceituar algumas expressões, dentre estas, destaca-se, inicialmente, os

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

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

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

Na lição de Hely Lopes Meirelles (*apud* BARRAL, 2016, p. 69), o “acompanhamento da execução do contrato é mais amplo e integra algumas fases que compreende a fiscalização, orientação, interdição, intervenção e aplicação de penalidades contratuais”, conforme detalhamento abaixo:

Tabela 1. Acompanhamento dos Contratos Administrativos

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;
	Intervenção	Assumir a execução do contrato;
	Aplicação de Penalidades	É dever da Administração quando verifica a inadimplência do contratado na realização do objeto, no cumprimento de prazos ou qualquer outra ligação.

Fonte: Barral (2016, p. 69)

Já na visão de Santos (2015) a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo têm um mesmo sentido que consiste na verificação da relação entre as obrigações contratadas e as executadas (modo, forma e tempo), e na adoção das providências que se fizerem necessárias para o perfeito cumprimento dessas obrigações.

Outro ponto destacado por Santos (2015) para melhor compreensão do artigo da Lei de Licitação que esculpe a obrigatoriedade da Administração controlar a execução do contrato, é sobre o representante da Administração especialmente designado que deve acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Conforme orientações do Tribunal de Contas da União – TCU, esse representante deve ser designado formalmente para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. Neste sentido, cita-se dois dos inumeráveis acórdãos exarados pelo TCU:

Nomeie servidor para atuar na condição de fiscal de contrato, em atendimento ao disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993”. (Acórdão nº100/2008 - Plenário) Designe formalmente para acompanhar e fiscalizar a execução de todo e qualquer contrato firmado pela empresa representante da administração, o qual deverá anotar em registro próprio todas as ocorrências relativas ao contrato, bem como adotar medidas com vistas à regularização das falhas ou defeitos observados, em cumprimento ao que dispõe o art. 67, caput e seus parágrafos, da Lei nº 8.666/1993 (Acórdão nº 1412/2004 - Segunda Câmara).

Segundo Barral (2016) a doutrina prevê a atuação de dois importantes núcleos na fiscalização de contratos, quais sejam: a gestão e a fiscalização propriamente dita, a diferenciação desses núcleos, na legislação, não se dá de forma clara.

Contanto, de acordo com o mesmo autor, embora não haja uma diferenciação dessas figuras, nada impede que, por uma questão de organização administrativa, seja criada a figura do gestor de contrato, já que “compete a cada administrador público decidir pela segregação ou não das funções de fiscal e gestor de contrato”, desde que as competências sejam definidas de modo que os fiscais tenham clareza de suas responsabilidades e obrigações (BARRAL, 2016, p. 63).

Nisso, é pertinente colacionar a seguinte preleção de Furtado (2009, p. 553):

Igualmente relevante observar que a figura do fiscal do contrato não deve ser confundida com a do gestor do contrato. Não obstante a não segregação dessas duas atribuições não possa ser considerada ilegal, ela deve ser evitada. 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. (FURTADO, 2009, p. 553)

Em linha de raciocínio semelhante, é propício transcrever as observações feitas por, Ronny Charles Lopes de Torres (2018, p. 744):

O 'Gestor do Contrato' coordena e comanda a execução contratual, representando a Administração na tomada de decisões; salvo delegação específica, ele que decidirá sobre a abertura de processo sancionatório, sobre a prorrogação contratual, sobre a necessidade de alteração contratual, entre outros. O Fiscal do contrato auxilia o gestor, acompanhando a execução de maneira mais próxima do contratado. Ele não detém poder decisório, contudo é o responsável pela apuração, instrução e acompanhamento da execução contratual (correção da execução do contrato, regularidade da documentação juntada, entre outros), podendo iniciar e opinar em processos decisórios, como o de sancionamento, para tomada de decisão pelo gestor ou outra autoridade competente.

Para Alves (2004, p. 64), a gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; a fiscalização é pontual. Na gestão, cuida-se, por exemplo, do reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle dos prazos de vencimento, de prorrogação, etc. É um serviço administrativo propriamente dito, que pode ser exercido por uma pessoa ou um setor. Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato.

Abordagem semelhante é a de Vieira (2010, *apud* MARINHO et al., 2018), a fiscalização tem como base o acompanhamento físico do contrato, que deve ser realizado diariamente, *in loco*. Em um contexto mais abrangente, os autores definem a gestão do contrato como o acompanhamento das normas legais, análise da viabilidade de alteração contratual (por meio de repactuação, reequilíbrio econômico-financeiro); além da conferência dos documentos comprobatórios de situação regular junto ao INSS e FGTS, com o intuito de evitar condenação subsidiária da administração pública pelo não adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizada.

Contudo, salienta-se que o TCU considera como uma boa prática administrativa, a separação em agentes distintos, das atividades de fiscalização e de supervisão do contrato, uma vez que, favorece o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa (Acórdão nº 2.296/2014-Plenário). Fase essa da despesa em que, de acordo com Costa (2013, p. 64),

O fiscal deve ser diligente, pois os atos que compõem a liquidação da despesa reconhecem o implemento da condição por parte do contratado,

fazendo nascer para ele um crédito perante a Administração, permitindo à autoridade competente realizar o devido pagamento.

Assim, a atuação do fiscal ao realizar o acompanhamento e a fiscalização está atrelada à necessidade de se verificar correta execução do contrato, de forma a garantir que os recursos públicos nele despendido estão sendo executados do modo mais eficiente e efetivo, e verificando se todas as obrigações legais estão sendo corretamente adimplidas.

Nesse sentido, Vieira (2014) e Barral (2016) destacam que os agentes públicos, com atribuição de gestor e de fiscal de contratos, são as duas figuras centrais do processo de garantia da eficiência e do resultado da contratação pública, na medida em que sua atuação está atrelada a verificar se o contrato está sendo executado, empregando as quantidades e qualidades indicadas na proposta, bem como se todas as demais obrigações legais estão sendo cumpridas, garantindo assim, com o adequado exercício de suas funções, que o interesse público expressado em cada contrato não seja desvirtuado.

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 Marques (2013 *apud* Barral, 2016, p. 8): “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”.

Tendo em vista a relevância da fiscalização da execução dos contratos administrativos, e sempre na lógica da busca pela eficiência na Administração Pública, Alves (2004) relacionou, como medidas fundamentais para medir a eficiência dos contratos da Administração Públicas, os seguintes itens:

- a) *A correta identificação do que deve ser contratado* – Como medida de resguardo desse incidente e, conseqüentemente, desperdício do dinheiro público, é importante que ocorra uma perfeita comunicação entre o setor que necessita do objeto e os funcionários que operacionalizarão o processo licitatório.
- b) *A qualidade na licitação* – A segurança nessa etapa começa com a correta identificação dos funcionários (perfil e conhecimento) e o devido preparo dos funcionários (treinamento).

- a) *O controle do recebimento do objeto* – indicação do agente que irá realizar o controle e recebimento do objeto, sendo este responsável por assegurar que aquilo que foi pactuado é exatamente o que está sendo recebido pela contratante.
- b) *A fiscalização da execução do contrato* – a fiscalização consiste na verificação da regularidade na fase executória do contrato, por meio de inspeções periódicas; havendo alguma irregularidade, esta deverá ser constatada de pronto pelo fiscal.
- c) *O gerenciamento dos incidentes contratuais* – É preciso, para a qualidade da execução dos contratos, que sejam tomadas as seguintes providências: 1) a nomeação de um fiscal, representante da Administração, designado para acompanhar rotineiramente a execução do contrato, conhecendo e anotando as queixas e reclamações para busca de soluções; 2) realizar um treinamento introdutório, com vistas a preparar as pessoas para trabalhar na repartição pública e orientar os funcionários em relação ao relacionamento com os empregados que prestam serviços terceirizados.

Considerando que o fiscal de contratos é o representante do órgão responsável por garantir o cumprimento de tal preceito, trataremos, no próximo tópico, a designação e atribuições desse agente.

2.1 Designação e Atribuições do Fiscal de Contrato

A lei 8.666/93 não prevê qual o instrumento formal que deve ser utilizado para a designação do representante da Administração para o exercício da atividade de fiscalização e de acompanhamento da execução do contrato.

Depreende-se, no entanto, pelo posicionamento do Tribunal de Contas da União, que a designação deve ser por ato oficial específico da Administração:

Designe, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada (Acórdão nº 256/2010 – Plenário)

Nomeie servidor para atuar na condição de fiscal de contrato, em atendimento ao disposto no art. 67 da Lei no 8.666/1993 (Acórdão nº 100/2008 – Plenário)
Mantenha fiscal formalmente designado durante toda a vigência dos contratos celebrados pela entidade, em atenção aos arts. 67 da Lei no 8.666/1993, e 6º do Decreto no 2.271/1997 (Acórdão nº 670/2008 – Plenário)

O instrumento para formalização da designação que pode ser utilizada é Portaria ou outro equivalente, ressaltando que essa designação deve ocorrer anteriormente ao início da execução contratual. A ausência da designação ou a sua intempestividade são motivos ensejadores de ressalva por parte dos órgãos de controle, a exemplo do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia,

(...) Ausência de indicação e atestação dos fiscal na execução de obras e serviços conforme lei 8.666/93 – art. 67.” a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo”. (TCM-BA, Prestação de Contas – PC 002224.00309)

(...) Deve-se, na execução de contratos, cumprir o preceituado no art. 67 da Lei nº 8.666/93, quanto à necessária nomeação de fiscais para os contratos celebrados, que deverá ser efetuada tempestivamente, evitando a emissão de portarias de nomeação após o início da vigência daqueles (Acórdão nº 634/2006 Primeira Câmara).

Quanto a escolha do agente público a ser designado como representante da Administração é importante observar alguns critérios de personalidade a saber:

A Lei nº 8.666/93 não faz referência expressa ao perfil do gestor de contrato. Todavia, em face da relevância de suas atribuições, é importante que o servidor designado seja dotado de certas qualificações, tais como: a) gozar de boa reputação ético-profissional; b) possuir conhecimentos específicos do objeto a ser gerenciado e/ou fiscalizado; c) não estar, preferencialmente, respondendo a processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar; d) não possuir em seus registros funcionais punições em decorrência da prática de atos lesivos ao patrimônio público, em qualquer esfera de governo; e) não haver sido responsabilizado por irregularidades junto ao Tribunal de Contas da União ou junto a Tribunais de Contas de Estado, Municípios ou do Distrito Federal; f) não haver sido condenado em processo criminal por crimes contra a Administração Pública, capitulados no Título XI, Capítulo I, do Código Penal Brasileiro, na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 e na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992; g) não possuir, com o contratado, relação comercial, econômica, financeira, civil ou trabalhista; h) não ser amigo íntimo ou inimigo capital do contratado ou dos dirigentes do contratado; i) não possuir relação de parentesco com membro da família do contratado; j) apresentar, por motivos éticos, impedimentos ao exercício da função com a austeridade exigida pelo interesse público ou, em a exercendo, que comprometam a imagem pública da instituição (JACOBY FERNANDES; COSTA, 2011. p. 26-27.).

Para que o representante da Administração, formalmente designado para exercer a função de fiscal de contrato, obtenha êxito no desempenho dessa tarefa, faz-se necessário que esse, atuando sempre de forma zelosa e atenta, anote, em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, fazendo

as interferências necessárias à regularização das faltas ou defeitos encontrados e, no caso de decisões e providências que ultrapassem a sua competência, encaminhar aos seus superiores, em tempo hábil, para adoção das medidas cabíveis, consoante parágrafos 1º e 2º do art.58 da Lei 8.666/93.

Além disso, conforme propõe Santos (2014), o fiscal de contratos deverá ter um conhecimento prévio de sua competência e atuação; 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, publicação do extrato do contrato, publicação da portaria nomeando como Fiscal, verificação das exigências contratuais/legais para início da execução do objeto, relação do pessoal que irá executar o serviço bem como a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada, relação de materiais/máquinas/equipamentos necessários à execução contratual; manter em pasta específica cópia dos documentos para que possa dirimir suas dúvidas originárias do cumprimento das obrigações assumidas pela contratada: contrato, todos os aditivos (se existentes), edital da licitação, projeto básico/termo de referência.

Em relação às atribuições do fiscal de contrato, a legislação não as traz de forma completa e detalhada. No entanto, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 05/2017, dispondo sobre regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal. A Instrução Normativa traz nos artigos 44 a 50 importantes diretrizes, que devem ser lidas juntamente com o Anexo VIII – Da fiscalização técnica e administrativa.

Na sequência, com base nos parâmetros delineados pela Instrução Normativa supracitada, foi editado pela Advocacia-Geral da União o Manual de Fiscalização de Contratos com o objetivo de padronizar os procedimentos internos e capacitar os fiscais de contratos administrativos celebrados pela AGU.

Entre as orientações fixadas na Instrução Normativa nº 05/2017 e, ainda, no Manual acima referenciado, importante se torna elencar algumas que são fundamentais para que o fiscal de contrato possa conduzir eficientemente o processo de fiscalização. São elas:

a) Avaliar a qualidade dos serviços realizados ou dos bens entregues, de acordo com os critérios de aceitação definidos em contrato, e as não conformidades

com os termos contratuais, considerando as justificativas apresentadas pela Contratada;

- b) Registrar as faltas cometidas pela Contratada;
- c) Comunicar ao Gestor do Contrato as situações que exigirem decisões e providências definitivas;
- d) Acompanhar a correção e a readequação das faltas cometidas pela Contratada quanto ao objeto do contrato;
- e) Elaborar o Relatório de Fiscalização;
- f) Certificar-se de que a Contratada mantém as condições iniciais de habilitação, devendo, em caso de irregularidade, comunicar o fato ao Gestor do Contrato para adoção das providências cabíveis;
- g) acompanhar a correção e a readequação das faltas cometidas pela Contratada, e comunicando ao Gestor do Contrato a necessidade de abertura de Processo Administrativo Específico para apuração das ocorrências.

Diante do exposto, tem-se que a atuação do fiscal de contratos deve se pautar na prevenção, para que as irregularidades sejam identificadas a tempo de serem corrigidas, ou seja, conforme afirma Alves (2004) não se pode esperar a finalização da execução do contrato para constatar que esse não atendeu às especificações do contrato o que retardaria a entrega do objeto e acarretaria prejuízo ao interesse público.

Verifica-se, portanto, que o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual devem ocorrer de forma diligente, de modo a evitar eventuais falhas, que venham causar prejuízos ao erário, exigir a correção e a readequação das faltas cometidas pela Contratada, e, quando for o caso, suscitar apuração de infrações cometidas pela contratada quando essas não forem devidamente corrigidas.

2.2 Responsabilização na fiscalização dos contratos

Percebe-se que a atuação do fiscal consiste no acompanhamento da execução do objeto contratado, de forma diligente, visando garantir a prevalência do interesse público. O fiscal do contrato, na execução de suas atribuições, deve, obrigatoriamente, observar o estabelecido na legislação, cumprir as normas e procedimentos, e,

principalmente, as cláusulas pactuadas no contrato, a fim de evitar eventuais responsabilizações.

O fiscal do contrato que for omissivo ou praticar qualquer ação que resultar em vantagem indevida ao contratado, ou ainda “admitir”, “possibilitar” e “dar causa” a qualquer ato ilegal, responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular das atribuições que lhe foram confiadas (SANTOS, 2014).

Destacam-se, a esse respeito, o disposto na Lei nº 8.666/93:

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

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

(...) Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa (BRASIL, 1993).

Na jurisprudência do Tribunal verificamos que a Corte de Contas tem condenado a atuação deficiente do fiscal de contratos quando tem potencial para causar dano ao erário, atraindo para si a responsabilização pela irregularidade praticada.

A negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. (Acórdão nº 859/2006 - Plenário)

Ao atestar notas fiscais concernentes a serviços comprovadamente não prestados, o agente administrativo [...] tornou-se responsável pelo dano sofrido pelo erário e, conseqüentemente, assumiu a obrigação de ressarcir-lo [...] (Acórdão nº 2512/2009 – Plenário)

A fiscalização de contratos regidos pela Lei 8.666/1993 é prerrogativa legal (art. 58, inciso III, e art. 67, da Lei 8.666/1993), relevante e indispensável à boa gestão dos órgãos e entidades públicas, valoriza o gasto público e contribui para a eficiência e efetividades de ações governamentais, e que a negligência de fiscais de contrato designados pela Administração atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ser evitados, assim não exime o gestor que designa pessoa inapta a exercer tal encargo ou não supervisiona aquele que procede de maneira omissiva ou improba.” (Acórdão 9240/2016 – 2ª Câmara).

É pacífica a jurisprudência no âmbito do Tribunal de Contas da União sobre a necessidade da designação de fiscal de contrato recair sob profissional técnico da

área, que possua tempo hábil e seja adequadamente capacitado (Acórdão 2296/2015-Plenário).

Não há como responsabilizar o gestor ou fiscal do contrato no acompanhamento, quando não existem meios suficientes para o cumprimento das suas atribuições, sendo este o entendimento recente do Tribunal de Contas da União:

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)

O Tribunal de Contas da União chegou a imputar a responsabilidade solidária “daquele que designa fiscal do contrato e não lhe dá os meios necessários para o exercício das suas atribuições” (Acórdão n.º 319/2010-Plenário).

Todavia, em que pese ser dever da autoridade superior designar profissional capacitado, sob pena de responder solidariamente, não pode o fiscal simplesmente alegar falta de capacitação para eximir sua responsabilidade. Nesse sentido o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 5902/2016 – 1ª Câmara, apurou a responsabilidade do fiscal do contrato em virtude de atesto de serviços não executados. Em sua defesa, o fiscal alegou excludente de responsabilidade, sob a justificativa de que teria sido coagido por seu superior hierárquico, além de não possuir qualificação necessária para o desempenho desta função, tendo, inclusive, sinalizado

ao superior a necessidade de substituição. No mesmo sentido, vide o seguinte julgado da Corte de Contas:

A falta de capacitação do agente público para a realização de tarefa específica a ele atribuída não impede sua responsabilização por eventual prejuízo causado ao erário. Ciente de sua falta de habilitação para o exercício da tarefa, deve o servidor negar-se a realizá-la, uma vez que, ao executá-la, assume os riscos inerentes aos resultados produzidos. (Acórdão 1174/2016. Plenário).

Diante disso, verifica-se a importância da designação de agente capacitado para desempenhar a função de fiscal de contrato, vez que o atesto do objeto por agente que não tenha referida qualificação pode trazer prejuízos sérios ao erário público.

2.3 Influenciadores do desempenho do fiscal de contratos

Para que a gestão de contratos seja eficiente no cumprimento do seu objetivo e alcance os resultados almejados, faz-se necessário que o processo de gerenciamento seja pautado na sistematização de rotinas, que vise intensificar a ação efetiva de controle, coibir o aumento dos gastos, resguardar o interesse público e, ao mesmo tempo, o próprio fiscal/gestor de contrato. Pois, como visto anteriormente, o servidor, como responsável pela fiscalização do contrato, está sujeito a sanções cabíveis quando o desempenho de suas atribuições não ocorrerem de forma satisfatória e suficiente.

Inicialmente, cabe destacar que acompanhar e fiscalizar a execução de um contrato não é apenas uma atividade para cumprir as exigências da lei, como bem destaca Furtado e Vieira (2006, apud VIEIRA, 2014, p. 23):

A designação do gestor de contratos, tendo em vista a gama de atribuições e responsabilidades advindas da função, não deve ocorrer meramente para cumprir as formalidades da lei, mas sim com a finalidade de emprestar sentido e alcance amplo à atividade, significando a participação decisória em todo o processo licitatório, desde o planejamento até o encerramento do contrato, considerado de forma eficaz, exigindo postura proativa, buscando sempre trazer o melhor resultado eficiente, observando critérios éticos e de economicidade, bem como os valores de probidade e moralidade na Administração Pública.

Observa-se, também, que a fiscalização adotada como ferramenta de controle visa, principalmente, ao registo de informações que garantam a manutenção de um histórico das empresas contratadas em relação a qualidade dos serviços ou dos fornecimentos realizados, informações estas que tornam imprescindíveis para o êxito da fiscalização da execução dos contratos.

Outro ponto que merece destaque é a necessidade de constante atualização e capacitação dos agentes públicos responsáveis pela fiscalização do contrato, tendo em vista que esses devem dispor de conhecimento suficiente para o exercício das atribuições inerentes à função, já que a atuação ineficiente e ineficaz no acompanhamento da execução do contrato pode trazer prejuízos à administração e, ainda, a responsabilidade do agente público.

Cabe destacar, ainda, que é responsabilidade do gestor conferir as condições necessárias ao desempenho das atividades de acompanhamento e fiscalização dos contratos, conforme aponta o Tribunal de Contas da União: “o fiscal de contrato não pode ser responsabilizado, caso não possua condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições”.

A esse respeito, Silva (2011, p.79) entende que designar um fiscal sem conhecimento técnico necessário e suficiente para acompanhar e fiscalizar a execução contratual é uma irresponsabilidade funcional e caracteriza má gestão e controle dos escassos recursos públicos, “uma grave afronta aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade”.

O autor ainda aponta como exemplos concretos o Acórdão nº 2.293/2007 – Plenário, no qual o TCU sugere que se “designem fiscais com competência técnica compatível com as peculiaridades do contrato” e o Acórdão nº 1481/2007 – Plenário, que “somente permite que o ateste de faturas ou notas fiscais seja feito por pessoa que detenha competência técnica para analisar a adequabilidade da prestação de serviços ou entrega de bens”.

O processo de acompanhamento e de fiscalização contratual no âmbito da administração pública reveste-se de extrema importância, sendo um mecanismo vise intensificar a ação efetiva de controle, coibir o aumento dos gastos, resguardar o interesse público. Diante disso, Barral (2016) chama a atenção para a necessidade da qualificação para uma boa condução da fiscalização contratual, tendo em vista que para desempenhar adequadamente suas funções e resguardar corretamente a

aplicação dos recursos públicos, exige-se do agente responsável pela fiscalização constante atualização e desenvolvimento de competências.

Outra contribuição relevante para o efetivo desempenho das atribuições do fiscal de contrato é a elaboração pelo órgão ou entidade de um manual de fiscalização e gestão de contratos, vez que:

(...) a elaboração de manual, feito para atender ao perfil do público-alvo, facilita o acesso às informações, gera redução de gastos públicos e otimização dos processos, na medida em que evita retrabalho e facilita o processo decisório, além de ser um documento essencial para a gestão do conhecimento, uma vez que possibilita a criação, retenção, disseminação e aplicação do conhecimento, gerando melhoria da qualidade dos serviços públicos e maior interação entre seus usuários (ESPINOZA et. al., 2016, p.3).

Além de todos esses fatores anteriormente elencados que podem contribuir para o desempenho da fiscalização dos contratos administrativos, destaca-se a necessidade de autonomia do fiscal para que, em caso de inexecução total ou parcial do contrato, possa exigir a correção e a readequação das faltas cometidas pela Contratada, e, quando for o caso, suscitar a abertura de processo administrativo específico para apuração de infrações contratuais e aplicação de penalidades, assunto esse que será abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO III

O capítulo III aborda aspectos gerais relacionados às sanções administrativas em licitações públicas e contratos administrativos, com ênfase na análise das principais definições acerca do rol de sanções estabelecidas nas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, com a abordagem de aspectos relevantes para a efetiva execução contratual.

3 SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Inicialmente, mister destacar o conceito de sanção em sentido amplo para depois discorrer sobre as sanções administrativas. A sanção, em sentido amplo, consiste na consequência jurídica a ser suportada por alguém que descumpre um dever ou uma obrigação legal.

Segundo Veloso (2007), o Professor Fábio Medina Osório (2000) traz, em sua obra intitulada “Direito Administrativo Sancionador”, uma definição de sanção administrativa:

[...] um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo (OSÓRIO, 2000, apud VELOSO, 2007, p. 19-20).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, sanções administrativas são as providências gravosas aplicadas a alguém, por praticar uma infração administrativa. Pois veja-se:

[...] sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada (MELLO, 2007, p. 824).

Para Oliveira (s/d) a sanção é uma punição cominada pela lei para o caso de inobservância das normas administrativas. Segundo o professor “toda atitude

contrária às normas administrativas (infração) gera, em regra, uma sanção, como, por exemplo, a multa aplicada em razão de uma infração de trânsito (...)."

Verificada, pois, a infração administrativa, que, de forma genérica, consiste na conduta, por parte do particular ou da própria Administração, que descumpra uma norma de caráter administrativo que tem por função o resguardo do interesse público (OLIVEIRA, s/d), nasce o dever-poder da Administração de aplicar a sanção.

Esse dever-poder de aplicação de sanções tem, regra geral, caráter preventivo, educativo e repressivo. A finalidade do caráter preventivo visa mostrar ao infrator o cometimento do ato ilícito com a finalidade de que ele não cometa novas infrações. Já o caráter pedagógico geral visa demonstrar a todos os interessados da coletividade que a Administração Pública é diligente na aplicação rápida das sanções e não transige quando se trata de violação de interesses públicos. Por sua vez o caráter repressivo visa impedir que o Estado e a sociedade sofram prejuízos pelo descumprimento das obrigações assumidas.

Outra finalidade da aplicação da sanção que merece destaque é a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao erário, objetivando, assim, afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração, e, em última análise, proteger o erário e o interesse público (MPOG, Caderno de Logística, 2014).

Destarte, as sanções administrativas são institutos que buscam quando diante do conhecimento de determinada irregularidade de conduta da contratada e a partir da aplicação da penalidade, o retorno à normalidade da execução contratual, considerando que as cláusulas avençadas no contrato administrativo devem ser garantidas e o erário preservado.

Na sequência, de forma mais específica, a Lei nº 8.666/93 prevê a aplicação de penalidades das condutas do particular quando derem causa à inexecução total ou parcial do contrato.

A publicação oficial do Governo Federal para orientação dos agentes administrativos em relação à aplicação de sanções administrativas denominada "Caderno de logística. Sanções administrativas. Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico", dispõe que:

(...) As sanções são entendidas como uma consequência da inobservância ou observância inadequada a um comportamento descrito pela norma jurídica. Sua aplicação e registro devem ser realizados pelos órgãos e autoridades que detêm competência para fazê-lo.

No caso de sanções administrativas em licitações e contratos, estas são consequências de um ato ou um conjunto de atos, praticados por licitantes e contratados da Administração Pública que causem prejuízo à Administração ou violem normas de observância obrigatória. (MPOG, Caderno de Logística, 2014, p.5)

A aplicação de sanções administrativas deve ser considerada uma atividade plenamente vinculada ao objetivo de preservação dos ditames estabelecidos no instrumento convocatório da licitação e no contrato administrativo. Dessa forma, as ações dos responsáveis pela gestão e fiscalização do contrato e os demais profissionais envolvidos no processo devem ser executadas com base no princípio legalidade e pela busca da preservação do interesse público. Assim, atrasos, descumprimento de prazo, paralizações na execução do contrato, por exemplo, constituem irregularidades que devem ser apuradas em processo sancionador específico, tendo em vista as cláusulas contratuais que regem a conduta do contratado.

3.1 O poder-dever de instauração do processo sancionador

A Administração Pública tem o dever de instauração do processo de aplicação de sanção diante da verificação de um descumprimento obrigacional nos contratos administrativos. Assim, diante uma possível ocorrência de falhas, fraude ou outro tipo de infração ao contrato, que poderá ser identificada diretamente pelo fiscal ou gestor do contrato, por denúncia ou reclamação apresentada pelos usuários dos serviços ou outro meio, não há discricionariedade na decisão de apurar por meio do devido processo, pois se trata de um ato plenamente vinculado.

Assim, a instauração do processo de apuração de infração contratual não se encontra no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, sob a ótica de conveniência e oportunidade, mas se trata de conduta vinculada, ou seja, obrigatória diante da verificação de descumprimentos obrigacionais dos contratos administrativos.

Nesse sentido, destaca-se os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. A omissão de punição é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política. Aliás, o agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode

configurar inclusive crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar. (JUSTEN FILHO, 2005. p. 180).

A jurisprudência do TCU é firme no sentido de que a Administração está vinculada à aplicação das sanções administrativas previstas na legislação. Porém, sempre há a possibilidade de não ser adequada ou necessária a sua aplicação, diante de certas circunstâncias do caso concreto.

Circunstâncias essas que poderão ser identificadas exatamente durante a tramitação do respectivo processo sancionador. Isso se infere da determinação contida em Acórdão da Corte de Contas da União:

[...] 9.6.26. aplique as penalidades previstas nos arts. 86 e 87 da Lei n.º 8.666/1993 nos casos de atraso na execução e de inadimplência contratual ou justifique no processo o motivo da não-aplicação de multa ou outra sanção (Acórdão N° 877/2010 - Segunda Câmara)

Em outra oportunidade, o TCU se manifestou orientando que, na análise do caso em concreto, se houver situações em que o gestor tenha motivos para deixar de aplicar as sanções, tal situação deve ser devidamente justificada nos autos do processo (MPOG, Caderno de Logística, 2014).

No âmbito do contrato administrativo, o poder-dever de instauração do processo sancionador está intrinsecamente relacionado ao efetivo desempenho das atividades de fiscalização do contrato. Nesse âmbito, as figuras do fiscal e do gestor do contrato são fundamentais para o adequado acompanhamento da execução contratual e da imediata apuração de eventuais descumprimentos de obrigações estabelecidas nos instrumentos contratuais.

Ao analisar o assunto, Di Pietro registrou em sua obra que a fiscalização é prerrogativa do poder público, estabelecendo que o acompanhamento contratual deve ser realizado pelo fiscal e que ele é responsável pelo registro de todas as ocorrências relacionadas à execução contratual e deve agir de maneira a regularizar faltas observadas durante a fiscalização contratual (DI PIETRO, 2018, p. 357).

Nessa temática, considerando os ensinamentos de Meirelles,

Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do

contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida.” (MEIRELLES, 2016, p. 246)

Dessa forma, a instauração do processo sancionador diante de falhas cometidas por empresas em contratos administrativos constitui prerrogativa essencial da Administração Pública. Busca-se, precipuamente, a preservação do interesse público, considerando que toda conduta inadequada na execução dos contratos administrativos deve ser coibidos em prol do interesse público.

Considerando o poder-dever de apuração de irregularidades, o processo sancionador deve ser visto como mecanismo fundamental para recompor o cumprimento das cláusulas pactuadas em instrumentos contratuais, reafirmando o interesse público envolvido e garantindo o atendimento das necessidades da Administração.

3.2 Princípios norteadores da aplicação das sanções administrativa

A doutrina nacional e estrangeira concordam, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante (Alejandro Nieto, *apud* Justen Filho pag 881)

Segundo o professor José Carlos de Oliveira (s/d) e Justen Filho (2010) dado ao fato em que o regime jurídico das penalidades administrativas se aproxima do tratamento dado pelo ordenamento jurídico às normas penais, vigoram, portanto, os seguintes princípios: legalidade, especificação, culpabilidade, personalismo da sanção e proporcionalidade.

3.2.1 Princípio da Legalidade

A legalidade é princípio constitucional basilar aplicável à administração pública, previsto expressamente nos artigos 5º, inciso II, e 37 da Carta Magna. Nos dizeres da doutrina de Hely Lopes Meireles:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. 1 do parágrafo único do art. 22 da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim" (MEIRELES, p. 93).

Nas lições de Di Pietro,

(...) este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei (DI PIETRO, 2018, p. 132).

Sobre o efeito do princípio da legalidade Carvalho Filho (2015, p. 20) diz que o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei". E conclui que "havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude" (CARVALHO FILHO, 2015, p. 20).

Quanto o aspecto do princípio da legalidade na aplicação das sanções administrativas, Justen Filho ensina:

Legalidade é instituto fundamental do Direito Penal como do Direito Administrativo. Logo, não poderia deixar de reconhecer-se que também o Direito Administrativo Repressivo se submete ao dito princípio. Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1340)

Como visto, o princípio da legalidade é que norteia todos os atos administrativos, principalmente aqueles praticados no processo administrativo punitivo. Qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela delineados.

A aplicação de sanções administrativas somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.

Alejandro Nieto (1991, apud JUSTEN) afirma que o princípio da legalidade na esfera punitiva da Administração compreende uma dupla garantia:

(...) a primeira de ordem material e sentido absoluto, referida tanto no âmbito estritamente penal como aos da sanção administrativa, reflete a especial

transcendência do princípio da segurança jurídica em ditos campos limitativos e supõe a imperiosa necessidade de predeterminação normativas das condutas infratoras e das sanções correspondentes, isso é, a existência de preceitos jurídicos (*lex previa*) que permitam prognosticar com suficiente grau de certeza (*lex certa*) aquelas condutas e se saiba a que se vincular no que diz respeito à responsabilidade e a eventuais sanções; a segunda, de caráter formal, relativa à exigência e existência de uma norma de adequada hierarquia e que este Tribunal identifica como lei em sentido formal.

3.2.2 Princípio da especificação

É a tipicidade, corolário da legalidade e consectário das garantias constitucionais, que impõe um detalhamento específico dos núcleos de comportamento considerados ilícitos e a sua correlação com as respectivas infrações administrativas, que, afinal, irá permitir aos administrados orientarem as suas condutas com previsibilidade.

Na visão do professor José Carlos de Oliveira (s/d) o princípio da especificação corresponde, em termos genéricos, ao princípio penal da tipicidade, pelo qual a lei deve conter descrição detalhada da conduta tida como infração administrativa para que possa ser legal a imposição de sanção.

No entanto, para Justen Filho (2016), desenvolve-se alguma discordância a propósito da aplicação do princípio da tipicidade penal. Pois, tem-se reputado que a lei não necessitaria exaurir a previsão do tipo e dos pressupostos da sanção. Bastaria mera instituição da ilicitude e da sanção em seus termos genéricos, remetendo-se aos atos administrativos regulamentares a disciplina precisa e exata, o que ocorre de fato com as sanções previstas nas leis de licitações.

Corroborando nesse sentido, Di Pietro destaca:

No direito administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei. É o que ocorre, por exemplo, com as infrações previstas na Lei no 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 87 se limita a falar em “inexecução total ou parcial do contrato”, mencionando as sanções, sem especificar as hipóteses em que são cabíveis (DI PIETRO, 2016, p.874).

Como a lei não define detalhadamente cada infração, tem-se a impressão de que a Administração é inteiramente livre para enquadrar determinadas faltas em uma

ou outra categoria. Mas, diante do caso concreto, a discricionariedade será bastante reduzida pelo exame do motivo, ou seja, dos fatos que cercaram a prática do ato ilícito.

3.2.3 Princípio da culpabilidade

A culpabilidade é o juízo de reprovação que ordenamento jurídico confere a determinado fato tipificado como ilícito. O juízo de reprovabilidade se dá sobre a conduta, ou seja, sobre o fato ilícito praticado e não sobre a consequência negativa do ato praticado.

A culpabilidade é um elemento da infração administrativa e não da sanção, uma vez que, para que seja configurado a conduta ilícita, faz-se necessário que o comportamento praticado seja reprovado pelo ordenamento jurídico.

Corroborando nesse sentido Justen afirma que a configuração das infrações pressupõe a reprovabilidade da conduta do particular. A infração se caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais ou contratuais, que configure a materialização de um posicionamento subjetivo reprovável.

Um Estado Democrático de Direito abomina o sancionamento punitivo dissociado da comprovação de culpa. Não se pode admitir a punição apenas em virtude de concretização de uma ocorrência danosa material. Pune-se porque alguém agiu mal, de modo reprovável, em termos antissociais. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição da penalidade, ainda quando se possa pretender uma objetivação da culpabilidade em determinados casos (JUSTEN, 2018, p. 1344).

Presentes circunstâncias que retiram da conduta a reprovabilidade, não haverá a aplicação da sanção porque não mais existe a infração administrativa, por ter a lei reconhecido que a conduta deixou de ser reprovável diante do caso concreto.

3.2.4 Princípio do personalismo da sanção

Decorrência lógica do princípio da culpabilidade, o princípio da pessoalidade da penalidade administrativa veda a imposição ou transferência da sanção a terceiros que não participaram da conduta ilícita. O que significa que a sanção deve ser imposta tão-somente a quem realizou a infração administrativa, sendo vedada a punição por fato de outrem.

O princípio da personalidade está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso XLV assegura que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Nas lições de Justen Filho, o princípio do personalismo da sanção deve ser respeitado no âmbito do processo sancionador.

O autor ressalta a possibilidade de “imputação da prática do ilícito administrativo à pessoa jurídica.” (Justen Filho, 2008, p. 817). Tendo em vista o princípio supracitado, a pena não pode passar da pessoa do agente. Contudo, atualmente há discussões acerca da expansão do sancionamento ao sócio ou outras pessoas jurídicas vinculadas à empresa sancionada. Segundo o referido autor, deve-se analisar se ocorreu utilização fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica. Assim, não há possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em todo e qualquer caso de sanção administrativa.

3.2.5 Princípio da proporcionalidade

A abertura de processo administrativo para apuração da infração contratual não está na esfera de discricionariedade da Administração Pública. Assim, ao ocorrer a caracterização de descumprimentos obrigacionais de certa empresa, o processo de sanção deve ser imediatamente instaurado. Contudo, a aplicação da sanção deve ser permeada pelo princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, é pertinente colacionar a seguinte preleção de Hely Lopes Meireles (p. 99),

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade; e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque “cada norma tem uma razão de ser”.

Para Alexandre Mazza (2014, p.117) destaca que “a proporcionalidade é um aspecto da razoabilidade voltado à aferição da justa medida da reação administrativa diante da situação concreta. Em outras palavras, constitui proibição de exageros no exercício da função administrativa”.

O princípio da proporcionalidade está previsto no art. 2º da Lei nº. 9.784/99, normativo que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública

Federal. A proporcionalidade está relacionada à utilização de medida adequada para determinada finalidade. O inc. VI, parágrafo único, do art. 2º da Lei nº. 9.784/99, estabelece acerca do princípio da proporcionalidade que:

(...)

Parágrafo único: nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (BRASIL, 1999).

Mister destacar que para o ato estatal cumprir realmente a proporcionalidade, é necessário passar pelo tríptico fundamento: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme ensina Carvalho Filho:

(...) Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríptico fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.”(CARVALHO FILHO, 2015, p. 43)

Em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, no processo administrativo de aplicação de sanções, devem levar em consideração as cláusulas descumpridas e os prejuízos gerados pelas falhas no cumprimento da execução contratual. Assim, descumprimentos graves são punidos com sanções de natureza grave. Já aqueles descumprimentos de natureza leve devem ser punidos com sanções de natureza compatível.

Nesta seara, cabe registrar os ensinamentos de Furtado:

(...) Deve ser observada, ademais, regra de proporcionalidade na aplicação das sanções. Assim, para pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações, e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. Em hipótese de fraude praticada pelo contratado, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade.” (FURTADO, 2009, p. 460).

Destaca-se, também, a jurisprudência do Tribunal de Contas: “Estipule, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, penalidades específicas e proporcionais a gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais (Acórdão nº 1453/2009 - plenário)

Conforme visto inicialmente, a abertura de processo administrativo de aplicação de sanção não está na esfera de discricionariedade da Administração Pública, é ato vinculado, tendo conhecimento da ocorrência de descumprimentos obrigacionais pelas empresas a Administração Pública deve instaurar o devido processo.

Todavia, a decisão de aplicar a sanção administrativa é permeada pela possibilidade de escolha de sanção proporcional e razoável diante dos fatos apurados no decorrer da instrução do processo administrativo sancionador, existindo a possibilidade até mesmo de absolvição da empresa, considerando a defesa apresentada ante os fatos alegados pela Administração Pública.

Justen Filho, ao se referir à proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas previstas no art. 87 da Lei nº. 8.666/93, alerta:

(...) Ainda quando se insta acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade. (...) Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente.” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1342-1343)

Traduz, portanto, que apesar da ausência de tipicidade das condutas que possam ser enquadradas nas sanções previstas no art. 87 da Lei nº. 8.666/93, o princípio da proporcionalidade deve ser balizador do processo sancionador, pois cabe ao administrador público na decisão de aplicação de sanção administrativa observar o princípio da proporcionalidade.

3.3 Sanções administrativas previstas nas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002

A análise da legislação pertinente a sanções administrativas é fundamental para verificação dos principais normativos que regem o tema. A seguir, o estudo das principais leis aplicáveis ao tema sanções administrativas em licitações públicas e contratos administrativos.

3.3.1 Sanções Administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, dispõe nos artigos 86 a 88 que:

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. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (BRASIL, 1993).

O art. 86 supracitado estabelece a situação de aplicação da multa de mora diante de atrasos injustificados na execução do contrato. Conforme Justen (2016, pag. 1336) a demora injustificada na execução da prestação contratual, acarreta, como sanção a ser primeiramente cogitada, a aplicação de multa.

Tal previsão de multa deve estar descrita no instrumento convocatório, sob pena de inviabilidade de sua exigência. Cabe ao instrumento contratual especificar as condições de imposição da referida sanção. Depreende-se, também, do art. 86, *caput*, que o atraso deve ser configurado como injustificado para que a multa moratória seja aplicada. Contudo, a multa de mora não impede a rescisão contratual de maneira unilateral pela Administração Pública, conforme dispõe o § 1º do art. 86 da Lei nº 8.666/93.

O instrumento contratual estabelecerá o período máximo de tolerância de atraso para que a obrigação contratual seja cumprida e o contrato possa seguir, sem a deflagração de rescisão unilateral. Caso não ocorra a especificação do prazo de tolerância, cabe à Administração a análise da perda de interesse na prestação avençada em contrato, tendo em vista o atraso em sua execução (JUSTEN, 2016).

A multa de mora pode ser ainda objeto de execução de garantia contratual. Caso o valor da garantia seja inferior ao valor da multa, o valor residual poderá ser descontado de faturas ou ainda cobrado pela via judicial.

Aborda-se, a seguir, o detalhamento das sanções administrativas previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, com as suas principais características, focadas em aplicações práticas de seus dispositivos.

a) A sanção de Advertência

O inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666/93 prevê, como primeira e menos grave das modalidades sancionatórias, a advertência.

Justen Filho ressalta em sua obra que a sanção de advertência é de menor gravidade e cita dois efeitos peculiares da referida sanção:

A advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade e envolve dois efeitos peculiares.

O primeiro é a submissão do particular a uma fiscalização mais atenta. O segundo consiste na comunicação de que, em caso de reincidência (específica ou genérica), haverá punição mais severa.

Será inválida a aplicação ao particular da sanção da advertência se inexistir discriminação legal dos seus pressupostos. Quando muito, terá cunho de mera comunicação da insatisfação da Administração. Não poderá constar de quaisquer cadastros nem ser invocada para reproduzir efeitos negativos à reputação e à idoneidade do particular. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1347)

A referida sanção é estabelecida em casos de descumprimentos contratuais de natureza leve. Segundo Justen Filho (2016) sua aplicação é relevante para condutas de inexecução parcial de deveres, desde que sanáveis as eventuais irregularidades praticadas pelo contratado.

Essa penalidade serve, especialmente, para alertar a contratada de que o representante da Administração nas suas atividades de fiscalização detectou um descumprimento contratual que pode ser punido com sanção mais severa, caso a empresa repita a conduta constatada.

A advertência é imposta ao contratado com caráter preventivo e educativo, servindo de alerta de que houve um descumprimento contratual considerado menos grave na conduta da empresa e sua repetição ou o cometimento de infração mais grave não será mais tolerada pela fiscalização, acarretando a aplicação de sanção de maior gravidade à contratada.

Esse caráter preventivo e educativo da sanção de advertência é relevante, pois cabe a Administração apurar infrações contratuais e buscar, assim, a preservação do interesse público, vez que o descumprimento contratual não gera efeitos negativos somente à Administração responsável pelo contrato, mas sim para a sociedade, tendo em vista que são dispendidos recursos públicos nos contratos administrativos.

Caso a sanção de advertência não cumpra sua finalidade preventiva e educativa, a reincidência poderá, em alguns casos, ensejar outra pena mais severa, alcançando outra finalidade, que é o caráter repressivo da sanção, não apenas pela repetição da conduta em si por parte do contratado, mas com o objetivo de alcançar a reprovabilidade da conduta diante de determinada situação concreta (MPOG, Caderno de Logística, 2014).

b) A multa sancionatória ou compensatória

O inc. II do art. 87 da Lei de Licitações estabelece a sanção de multa, “na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Há de se estabelecer, inicialmente, a diferença entre a multa de caráter sancionador e a multa de mora

estabelecida no art. 86 da Lei nº 8.666/93. Enquanto a multa de mora está relacionada aos atrasos injustificados no cumprimento do objeto contratual, a multa sancionatória pode ser atrelada a diversos tipos de descumprimentos obrigacionais.

Nesse sentido, colhe-se o entendimento da doutrina especializada de Jessé Torres Pereira Júnior (2002, apud PUCETTI, 2010):

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

(...) A multa do art. 87 vincula-se à inexecução do contrato, o seja, inadimplemento absoluto que deixará sem execução, em definitivo, todo o objeto (a prestação a cargo do devedor) ou parte dele. Tal multa não é moratória. É penal, daí acrescer-se a sanção mais severa se houver elementos subjetivos que agravem a conduta do contratado (PEREIRA JUNIOR, 2002, apud PUCETTI, 2010, p.148)

Assim, considerando o grau de importância de determinadas obrigações, os descumprimentos relacionados a elas são punidos de maneira mais gravosa quando comparadas aos descumprimentos obrigacionais que levam à incidência da sanção de advertência.

Alguns órgãos apresentam em seus contratos administrativos uma tabela de obrigações que, dependendo da gravidade decorrente do descumprimento de uma obrigação.

Verifica-se nesses contratos que para cada descumprimento contratual ocorre a vinculação da obrigação a um grau de gravidade. O grau de gravidade, por sua vez, está correlacionada com as graduações das multas, por meio da fixação de um intervalo de percentuais que gera a graduação da gravidade relacionada diretamente aos descumprimentos obrigacionais. Assim, obrigações contratuais mais relevantes para a execução do objeto contratual são classificadas com um grau de gravidade maior em caso de descumprimento do que aquelas de menor relevância ou afetação, o que garante a aplicação da multa na mesma proporção da gravidade da conduta.

c) A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos

A suspensão temporária de participação em licitação e a declaração de inidoneidade são as duas que recebem maior atenção por parte da doutrina, em razão das controvérsias que as envolvem e, principalmente, pela severidade de seus efeitos, vez que “são sanções que limitam o direito de o particular participar de licitações e de contratos administrativos” (JUSTEN, 2018, p.1348).

O inc. III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 estabelece a sanção de suspensão temporária, “consiste em sanção impeditiva de participar em licitações ou contratar no âmbito específico da entidade sancionadora” (JUSTEN, 2016, P 1348) e é aplicável a condutas consideradas graves, que não podem ser abarcadas pelas sanções de multa e advertência.

Segundo Ronny Charles Lopes de Torres,

Suspensão temporária sua aplicação restringe temporariamente o direito constitucional de uma pessoa (jurídica ou física) em participar de licitações ou mesmo de ser contratada pelo Poder Público (reflexo do aspecto subjetivo ou democrático do princípio da obrigatoriedade de licitar), nos limites estabelecidos pelo legislador (TORRES, 2018, p. 797).

Quanto a abrangência dos efeitos da sanção de suspensão, segundo Carvalho Filho (2015) é uma questão que tem sido frequentemente discutida. Diante das divergências significativas existentes, esse assunto será detalhado em tópico específico deste trabalho.

A Administração Pública deve prever no instrumento contratual a aplicação da sanção de suspensão temporária em decorrência quando o contratado descumprir certa obrigação previamente definida ou firmar a posição de aplicação da suspensão quando do descumprimento reiterado de obrigações contratuais. Diante do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, verifica-se a necessidade de vinculação da sanção supracitada à conduta da contratada quando não há possibilidade de aplicação de sanção de advertência e multa, em decorrência gravidade da conduta e do comprometimento da execução contratual.

Vale ressaltar que a sanção de suspensão temporária pode ser de até 2 (dois) anos. Assim, caberá ao administrador público, no caso concreto, estabelecer o período mais adequado para a fixação da sanção de suspensão, tendo em vista a gravidade do descumprimentos obrigacionais.

Alguns regulamentos fixam os prazos de acordo com a infração e o grau de gravidade, ou seja, estabelecem gradações dos prazos, por meio da fixação de um

intervalo de tempo que gera a gradação da gravidade relacionada aos descumprimentos obrigacionais. Assim, obrigações contratuais mais relevantes para a execução do objeto contratual são classificadas com um grau de gravidade maior em caso de descumprimento do que aquelas de menor relevância ou afetação.

Cita-se, como referência, o Decreto nº 15.984, de 21 de setembro de 2005, que regulamenta o cadastro unificado de pessoas físicas e jurídicas, bem como disciplina as hipóteses de incidência e as penalidades administrativas aplicáveis a fornecedores inadimplentes no âmbito do município de Salvador. O Decreto prevê, por exemplo, que a empresa que na execução de serviços ou obras, realizados com atraso superiores a 30 (trinta) dias, em que haja o cancelamento da nota de empenho ou documento correspondente, poderá ser sancionada com a suspensão de 6 (seis) meses. Já no caso da empresa não atender às especificações técnicas relativas a materiais, serviços ou obras previstas no edital e contrato poderá ser sancionada com a suspensão temporária de 12 (doze) meses, a depender do prejuízo causado à Administração Pública Municipal.

d) A sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública

A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada a casos gravíssimos de descumprimentos obrigacionais. De acordo com o inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93:

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 à própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após ocorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (BRASIL, 1993).

A “declaração de inidoneidade” consiste em sanção proibitiva da participação em licitação ou contratação com qualquer órgão ou entidade da Administração Pública.

Segundo Ronny Charles Lopes de Torres,

A declaração de inidoneidade possui o mesmo efeito material da suspensão temporária, restringindo o direito constitucional de uma pessoa (jurídica ou física) em participar de licitações ou mesmo de ser contratada pelo Poder Público. Convém lembrara que, em relação a declaração de inidoneidade, tal restrição foi percebida como a mais rigorosa, pelo legislador, tanto que o art.97 da Lei nº 8.666/93 estabelece como crime, “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo” (TORRES, 2018, p. 797).

Justen Filho faz uma distinção entre as sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade em relação aos aspectos de amplitude, prazo e competência:

A suspensão do direito de participar de licitação produz efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar; a declaração de inidoneidade abarca todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inciso III utiliza apenas o vocábulo “administração”, enquanto o inciso IV contém “administração pública”. Há outras diferenças quanto ao prazo e à competência para imposição da sanção. A suspensão temporária pode ser decretada pelo prazo máximo de dois anos, cabendo sua imposição à autoridade competente do órgão contratante. Já a declaração de inidoneidade prevalece por prazo indeterminado (até cessarem os motivos da punição ou até que seja promovida a “reabilitação” do punido), cabendo sua imposição à autoridade máxima do órgão ou entidade.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 482-483)

Quanto a amplitude dos efeitos da “declaração de inidoneidade” o legislador estabeleceu que seus efeitos restritivos envolvem licitações e contratos de toda a Administração Pública. Nesse sentido, “o sujeito declarado inidôneo não poderá participar de licitações e nem ser contratado no âmbito de qualquer sujeito integrante da Administração Pública, mesmo em orbita federativa distinta daquela que impôs a sanção” (JUSTEN, 2018, p. 1348).

O § 3º do art. 87 da Lei nº 8.666/93 dispõe que:

§ 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 (BRASIL,1993).

Entende-se que, por se tratar de sanção mais gravosa no âmbito da Lei nº 8.666/93, a reabilitação prevista no inciso IV do art. 87 deve ser solicitada apenas após o escoamento do prazo de 2 (anos), prazo limite da sanção de suspensão temporária. Além disso, a reabilitação somente pode ocorrer mediante o ressarcimento dos prejuízos causados pela empresa à Administração Pública.

Entretanto, há casos graves que não geram necessariamente prejuízos ao setor público, mas que devem ser punidos com a referida sanção, tal como no exemplo da documentação falsificada, situação que pode gerar ou não prejuízos financeiros.

Quanto a competência para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade é verifica-se que a lei estabeleceu competência exclusiva do ministro de Estado, do secretário estadual ou municipal e o prazo para apresentação de defesa prévia é distinto das demais sanções, sendo fixado em 10 (dez) dias da abertura de vista. Além disso, o recurso cabível no caso da sanção de declaração de inidoneidade também é distinto das outras sanções, pois não será apresentado recurso administrativo, mas sim pedido de reconsideração.

Com relação aos efeitos da sanção de declaração de inidoneidade, o Tribunal de Contas da União dispõe acerca do efeito *ex-nunc*:

(...) A sanção de declaração de inidoneidade, prevista no art. 46 da Lei 8.443/92, produz efeitos *ex-nunc*, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da penalidade. A jurisprudência do TCU é clara, com base em julgados do Supremo Tribunal Federal, de que a sanção de declaração de inidoneidade produz efeitos *ex-nunc*, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da sanção (...) (Acórdão nº 432/2014-Plenário).

Ronny Charles Lopes de Torres (2018) esclarece que não apenas a declaração de inidoneidade, mas todas as sanções administrativas que geram restrições ao direito de participar de licitação ou de ser contratado pela Administração Pública só produzem efeito para o futuro sem interferir nos contratos em execução, conforme externado na Orientação Normativa da AGU:

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 (TORRES, 2018, p.797).

Percebe-se, assim, que a sanção de declaração de inidoneidade possui natureza distinta das demais, tendo em vista a gravidade dos descumprimentos que levam à aplicação da referida sanção e as consequências de tal punição para a empresa que cometer irregularidades passíveis de sua aplicação.

3.3.2 Sanções administrativas na Lei nº 10.520/2002

O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, entre outras providências, dispõe que:

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 (BRASIL,2002).

A sanção estabelecida na Lei nº 10.520/02 diz respeito a punições decorrentes do descumprimento de obrigações estabelecidas em contratos administrativos advindos de licitações na modalidade pregão.

Nota-se que a lei do pregão estabeleceu uma punição mais severa em decorrência de irregularidades no pregão em comparação com a sanção de suspensão temporária prevista para os contratos derivados das demais modalidades licitatória. Trata-se de punição de maior gravidade que busca a proteção do próprio sistema de pregão:

Com o advento da Lei nº 10.520, de 2002, que instituiu o Pregão, houve uma amplitude no nível de competitividade devido às suas peculiaridades, em especial a relacionada à inversão das fases, que traz facilidades à participação de empresas no certame. Entretanto, a experiência tem demonstrado que nem sempre as vencedoras que se comprometeram com preços, às vezes incompatíveis com as suas reais condições, conseguem realizar a entrega do bem ou a prestação de um serviço de acordo com o avençado.

Quanto a amplitude dos efeitos do “impedimento de licitar”, diferentemente do que ocorre nas sanções de “suspensão” e “declaração de inidoneidade” previstas na Lei nº 8.666/93, dispensa debates exaustivos. Esse tema será abordado mais detalhadamente em outro item desse estudo.

Quanto ao prazo, a punição definida poderá impedir a participação de empresas na licitação por até 5 (cinco) ano.

3.4 Aspectos polêmicos no processo sancionador

3.4.1 Regramento legal que deve ser usado na condução do processo de aplicação das sanções

A Lei nº 8.666, de 1993, não estabelece de forma abrangente todas as regras procedimentais para a formalização do processo administrativo sancionador. Assim, no momento da instauração do processo suscita a dúvida de qual regramento legal utilizar na condução do processo.

Teria, nesse caso, a possibilidade de aplicar o rito processual estabelecido na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que é a lei geral de processos administrativos aplicada no âmbito da Administração Pública Federal?

Conforme orientação constante do "Caderno de logística. Sanções administrativas. Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico" editado pelo Governo Federal, a Lei nº 9.784/99 somente é aplicável ao "procedimento que visa apurar as condutas para aplicação das sanções às licitantes e contratadas de forma residual, ou seja, de forma subsidiária, tendo em vista o contido no art. 69 (...)."

O art. 69 da lei, referenciado acima, reza que, quando há lei própria que rege o rito do processual, a lei geral de processo administrativo apenas é aplicado subsidiariamente. Sendo assim, os processos de aplicação de penalidades devem ser conduzidos com base nas regras estabelecidas na Lei Geral de Licitações:

(...) processos administrativos específicos devem ser conduzidos com base regidos pela legislação própria, como é o caso da Lei Geral de Licitações, uma vez que o legislador conferiu ao seu texto alguns requisitos para o procedimento, a exemplo de: um elenco exaustivo de sanções; a possibilidade de aplicação cumulativa das multas e a competência para aplicação da sanção de inidoneidade (art. 87, I, II III e IV e parágrafos); a previsão para a abertura de defesa prévia (art. 87 § 2º); os procedimentos relacionados à fase recursal com os prazos correlatos (art. 109 e parágrafos); e a previsão expressa quanto à necessidade de instauração de procedimento administrativo específico (art. 78, parágrafo único).

Diante das orientações, conclui-se que deverão ser aplicadas às sanções as regras previstas na Leis nº 8.666/1993, e nº 10.520/2002, e, de forma subsidiária, as

previsões de caráter geral poderão ser extraídas da Lei n 9.784/1999, desde que não sejam incompatíveis com àqueles diplomas.

3.4.2 Cumulatividade de sanções

A Lei 8.666/93, em seu art. 87, § 2º, estabeleceu que “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”.

Verifica-se que a lei prevê a possibilidade de cumulatividade da aplicação de multa (compensatória) com as demais sanções administrativas. Entretanto, não existe a possibilidade de cumular as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública:

(...) A cumulação das duas sanções infringe a razoabilidade, especialmente porque ou as duas figuras apresentam idêntica eficácia ou a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão de licitar. Em qualquer dos dois casos, não teria cabimento aplicar ambas as sanções em face de um mesmo sujeito em virtude de uma mesma e única conduta (JUSTEN, 2018, p. 1362).

3.4.3 Desconsideração da pessoa jurídica

Foi abordado anteriormente o princípio da pessoalidade da sanção administrativa que veda a imposição ou transmissão da medida sancionadora a terceiros que não participaram da conduta ilícita. O que significa que a sanção deve ser imposta tão-somente a quem realizou a infração administrativa, não podendo passar da pessoa do agente.

Entretanto, como bem esclarece Justen Filho (2018, p. 1369), “a difusão dos mecanismos de personificação societária deu oportunidade à prática fraudes e abusos. Daí o surgimento, a partir da metade do século XX, de doutrinas propondo o afastamento dos efeitos da personalidade jurídica societária em situações concretas e específicas”.

Diante disso, surge a questão da desconsideração da pessoa jurídica no contexto da aplicação de sanções administrativas, podendo, portanto, a penalidade

ser estendida à pessoa do sócio ou a outras empresas que poderiam estar associadas à empresa penalizada.

Todavia, tal interpretação deve ser realizada de maneira prudente. Segundo Justen Filho, a desconsideração da pessoa jurídica é admissível nos casos de fraude ou abuso de direito e não se pode imputar a sanção a sócios ou a outras pessoas sem que seja comprovado o envolvimento de tais pessoas na conduta reprovável da empresa (JUSTEN FILHO, 2018).

3.4.4 Retenção e glosa de pagamento

Necessário, inicialmente, traçar as diferenças conceituais dos termos "retenção" e "glosa". "A doutrina e a jurisprudência abordam o tema, mas não é fácil encontrar uma distinção precisa ou categórica quanto à origem, conceitos ou eventuais tentativas de classificação e diferenciação dessas expressões (SIMÕES; MALTAROLLO, 2008, p.1). Segundo os autores a retenção é o "aprovisionamento de recursos para finalidades prescritas em lei e, como tal, é periódica, constante, ordinária, afetando recursos de modo parcial, via de regra expressa em percentuais". A glosa, por sua vez,

É o provisionamento de recursos com a finalidade de proteger a Administração na relação contratual, podendo abranger situações específicas prescritas em cláusulas contratuais, abarcar ilegalidades ou ainda irregularidades que constituam afronta ao arcabouço jurídico-normativo, desde a Constituição Federal até o extremo mais inferior da ramificação legal (decretos, portarias, instruções normativas e o próprio contrato enquanto regra legal). A glosa tem caráter esporádico, momentâneo, extraordinário e normalmente afeta os recursos de modo parcial, mas podendo, excepcionalmente, alcançá-los integralmente (SIMÕES; MALTAROLLO, 2008, p.5).

O Tribunal de Contas da União já abordou sobre o tema:

O termo glosar, segundo o Dicionário Aurélio, é equivalente a censurar, criticar, suprimir ou anular, dentre outras acepções. Trata-se de juízo de reprovabilidade que alguém tem em relação a algo. No serviço público o instituto da glosa é mais freqüentemente associado ao exercício da função controle, ou seja, é dever de quem tem prerrogativas de fiscalizar ou auditar censurar as ações incompatíveis ou irregulares. Nem sempre a glosa possui repercussão financeira.

Quando a glosa tem efeito financeiro, dois podem ser os reflexos: a um, perda em definitivo de uma dada importância; a dois, retenção ou suspensão na transferência de valores até que a pessoa ou a entidade afetada pela glosa restitua uma importância ou faça algo.

No caso do SUS, se a glosa decorre de um recebimento indevido, como no caso de pagamento de procedimentos não realizados, a medida tem por fim restituir os cofres públicos, logo a glosa deve ser processada como uma perda em definitivo.

Por outro lado, se a glosa resulta de um pagamento irregular ou ilegítimo, gasto realizado com recursos da União, como neste caso concreto, a glosa

pode ter um caráter definitivo se for empregada como meio de compensação, ou de retenção/suspensão se a entidade afetada comprovar que depositou no fundo municipal importância equivalente ao montante da glosa, pois assim estaria restituindo o valor ilegitimamente gasto. (Acórdão nº 3.114/2010 – Segunda Câmara)

De acordo com a doutrina e jurisprudência é vedada a retenção do pagamento à contratada quando constatado que esta não mantém os requisitos de habilitação exigidos no instrumento convocatório da licitação ou quando da contratação direta.

A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se no art. 195, § 3º da CF e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei n. 8.666/1993. No entanto, o ato administrativo, no Estado democrático de direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF, arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina. Não constando do rol do art. 87 da Lei n. 8.666/1993, não pode ser aplicada a retenção do pagamento pelos serviços prestados. O descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza, ao mesmo tempo, suspender o pagamento das faturas e exigir a prestação dos serviços pela empresa contratada. Precedentes citados: REsp 633.432-MG, DJ 20/6/2005; AgRg no REsp 1.048.984-DF, DJe 10/9/2009; RMS 24.953-CE, DJe 17/3/2008. (STJ - AgRg no REsp 1.313.659-RR, Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23/10/2012).

Na mesma linha, é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Nos contratos de execução continuada ou parcelada, o inadimplemento das obrigações fiscais da contratada, incluindo a seguridade social, enseja, além das penalidades legais, a rescisão do contrato e a execução das garantias para ressarcimento de valores e indenizações devidos à Administração, sendo vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração (Acórdão nº 2.079/2014 do Plenário)

Como visto anteriormente, a lei de licitação prevê no artigo 55, quais são as cláusulas necessárias nos contratos administrativos, entre elas a do inc. XIII que dispõe: “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.”

Verifica-se, portanto, que a ausência de manutenção das condições de habilitação corresponde a um descumprimento da cláusula contratual e enseja a adoção das providências por parte da Administração Pública para que o contratado promova a regularização. Caso este não seja regularizada a rescisão contratual se

revela como medida adequada, vez que entende-se que a retenção do pagamento é uma prática sem amparo legal.

Diferente é o posicionamento quando se trata da possibilidade de retenção de pagamento em contratos de terceirização. De acordo com o Acórdão nº 964/2012, o Plenário do TCU entendeu que, em princípio, a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais não enseja a retenção do pagamento. Contudo, isso não impede a Administração reter pagamentos quando verificada a inadimplência da contratada na quitação das obrigações trabalhistas dos empregados alocados na execução do contrato em regime de dedicação exclusiva.

A Instrução Normativa n 05/2017 dispõe que, no caso de rescisão dos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o fiscal administrativo deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Prevê, ainda, que até a comprovação pela contratada do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada. Não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

Sobre o instituto da glosa, o artigo 87 da Lei nº. 8.666/1993 prevê que, na hipótese de multa aplicada ao particular em valores que superem a garantia de execução de contrato inicialmente prestada, será glosada dos pagamentos devidos ao contratado a respectiva diferença: “§ 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”.

3.4.5 Amplitude dos efeitos das sanções

Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a

Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV).

Segundo Carvalho Filho existem três correntes de pensamento:

Para grande parte dos especialistas, o efeito é restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação; (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto. Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à Administração – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração

Pública opera e atua concretamente –, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à Administração Pública – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, *data vênia*, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura (CARVALHO FILHO, 2015, p. 231)

Diante do exposto, verifica-se que há posições completamente diferentes com relação ao tema. Acerca da sanção de suspensão temporária, há decisões que defendem a ampliação do alcance dos efeitos da referida sanção. Nesse sentido, quem defende tal posicionamento explica que se o agente apresentou comportamento incompatível que o levou à suspensão temporária em determinado órgão, ele não deveria participar de licitações com outros órgãos.

Este é o entendimento externado pela Advocacia Geral da União:

SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. ART. 87, III, DA LEI N.º 8.666/93. EFEITOS SUBJETIVOS AMPLOS. A suspensão temporária de licitar e contratar prevista no art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93 possui alcance subjetivo amplo, impedindo as empresas punidas de licitar e

contratar com toda a Administração Pública brasileira, e não somente com o órgão sancionador.” (CGU, Parecer n.º 087/2011/DECOR/CGU/AGU, 2011)

O Supremo Tribunal de Justiça já dispôs que a sanção de suspensão temporária não se restringe ao âmbito estatal, mas a todos os órgãos públicos, federais e dos demais estados.

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III. - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. - Recurso especial não conhecido”. (STJ, RESP nº 151.567/RJ, Rel. Francisco Peçanha Martins, julgado em 25.02.2003.)

É notório aqui que o STJ estendeu os efeitos da sanção de suspensão temporária além da própria sanção de impedimento de licitar e contratar disposta na Lei nº. 10.520/02, caracterizando outra posição divergente da jurisprudência acerca do tema.

O Tribunal de Contas da União tem entendimento divergente, a jurisprudência predominante do TCU dispõe que os efeitos da sanção de suspensão temporária estão adstritos ao órgão sancionador, conforme dispõe o seguintes acórdãos:

9.2.1. abstenha-se de incluir em seus editais a vedação à participação, nas licitações promovidas pelo órgão, de empresas que tenham sido apenadas com a suspensão temporária do direito de licitar, à exceção dos casos em que a suspensão tenha sido imposta pelo próprio (...);”. (Acórdão nº 1.727/2006 - 1ª Câmara)

A vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta”. (Acórdão n.º 2218/2011-1ª Câmara)

As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram (Acórdão nº 3439/2012-Plenário)

Com relação à sanção de declaração de inidoneidade, o termo “Administração

Pública” na definição legal da sanção estabelece que a empresa declarada inidônea estará impedida de licitar e contratar com toda a Administração Pública. A Lei nº 8.666/93 assim define:

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

(...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (BRASIL, 1993)

O Tribunal de Contas da União exarou o seguinte entendimento acerca da amplitude dos efeitos da sanção de inidoneidade:

4.10.5. Já a penalidade do inciso IV do art. 87, segundo jurisprudência do TCU, impede o fornecedor de participar de licitações e de ser contratado por toda a Administração Pública, englobando, nos termos do inciso XI do art. 6º da mesma lei, a ‘administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas’. (Acórdão nº 2.218/2011, 1ª Câmara)

Quanto a amplitude dos efeitos do “impedimento de licitar”, diferentemente do que ocorre nas sanções de “suspensão” e “declaração de inidoneidade” previstas na Lei nº 8.666/93, dispensa debates exaustivos, o dispositivo legal já foi claro ao estabelecer que o licitante “ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito federal ou Município”. Pois, a conjunção “ou” indica separação, alternância, sendo possível, assim, concluir que a penalidade “impedimento de licitar e contratar” terá efeito tão somente no ente federativo que a aplicou.

Neste sentido colaciona-se o posicionamento do TCU no Acórdão nº 2.081/2014 - Plenário:

(...) A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal).” (Acórdão 2.081/2014/Plenário/TCU)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade das aquisições de bens e serviços na Administração Pública pode impactar positiva ou negativamente no seu desempenho e na concretização da política pública sob o seu encargo. Qualidade é essa que se define pela maneira como acontece o processo de execução das contratações públicas. Estas, por sua vez, em atendimento aos princípios constitucionais, ocorrem por meio de processo licitatório, regidos pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, que, quando concluído, produz um contrato administrativo.

O contrato administrativo garante, aos entes públicos, autonomia para fiscalizar sua execução e aplicar penalidades aos contratados que descumprirem o contrato. O fundamento dessas prerrogativas é a preservação do interesse público, considerando que os gastos públicos devem atender ao interesse da coletividade, o acompanhamento proativo e preventivo deve ser feito pela fiscalização como forma de evitar qualquer desvio da finalidade pública das contratações e, havendo descumprimento das cláusulas avençadas deve ser devidamente apurado e aplicada as devidas penalidades.

Foi possível verificar que a função da fiscalização no âmbito da Administração Pública tem por objetivo garantir o cumprimento do objeto contratado, em conformidade com as cláusulas avençadas e o atendimento ao princípio economicidade.

Por sua vez, a instauração do processo de aplicação de sanção, estabelecido na Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02, é ato vinculado diante da verificação de descumprimentos e irregularidades e, durante a condução do processo, os atos devem ser pautados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, deve-se punir na exata medida do descumprimento verificado. Além disso, o contraditório e a ampla defesa devem ser respeitados sob o risco de nulidade do processo sancionador.

Todavia, as atividades atinentes às contratações públicas apresentam certas especificidades, que fazem com que a fiscalização dos contratos administrativos e aplicação de sanções não sejam tarefas fáceis. Entretanto, tendo em vista que tais atividades se fundamentam na garantia da execução contratual e no controle dos gastos públicos, sem se desviar dos preceitos legais conferidos pela legislação que

rege a matéria, é indispensável orientar a atividade contratual da Administração Pública para a execução de contratos eficientes, bem como dispor de meios e recursos capazes de promover o devido acompanhamento desses ajustes

O processo de controle dos contratos administrativos deve ser considerado como instrumento fundamental no âmbito da execução dos contratos administrativos, visto que são recursos públicos que estão envolvidos nas contratações, sendo assim, os desvios que vão de encontro ao interesse público devem ser coibidos e punidos.

Tendo em vista o exposto, verifica-se que todos os agentes envolvidos nos trâmites das execuções contratuais, sejam gestores e fiscais de contrato, devem compreender a relevância das suas responsabilidades no acompanhamento e fiscalização das obrigações contratuais e, quando verificado qualquer descumprimento devem ser apurados com o rigor necessário.

Mister destacar que cabe a Administração Pública, diante de seu poder-dever, a efetividade no acompanhamento e fiscalização dos contratos e adoção das medidas necessárias para coibir a prática de inexecuções contratuais. Por fim, deve-se destacar que o estudo acerca dos processos de fiscalização e aplicação sanções administrativas devem ser aprofundadas constantemente, diante da necessidade de reforçar a importância desses instrumentos como forma de preservar o interesse público.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Gestão e fiscalização de contratos públicos**. Revista TCU Brasília. ano 35, n. 102. 60-69OUT / DEZ 2004

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 24^a ed., 2007.

BLAZZI, M. R. **Instituições públicas de ensino superior: estudo de casos de aperfeiçoamento de processos administrativos**. 2007. 177f. Dissertação (Mestrado em Engenharia) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo São Paulo, 2007).

BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. **Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos**. Caderno ENAP, 2016.

BRASIL, Caderno de Logística – **Sanções Administrativas. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão** – MPOG. Brasília, DF, 22 set. 2014. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>> Acesso em: 14 de janeiro de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 8.666**, 21 de junho de 1993, disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 de dezembro de 2018.

_____. **Lei 10.520** de 17 de Julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.
Lei nº. 9.784/99.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. **Instrução Normativa nº 05**, de 26 de maio de 2017. **Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional..** Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em 19 de dezembro de 2018.

_____. Parecer n.º 087/2011/DECOR/CGU/AGU. Dispõe sobre os efeitos da sanção de Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93). 11 nov. 2011. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9664342>> Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União.. **Acórdão 100/2000**. Plenário. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 31 de maio de 2000. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 1412/2004**. Segunda Câmara. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 12 de agosto de 2004. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 2.296/2014**. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 634/2006**. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 28 de março de 2006. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 859/2006**. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 2.512/2009**. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 28 de outubro de 2009. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 9.240/2016**. Segunda Câmara. Relator: ANA ARRAES. Brasília, 16 de agosto de 2016. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 2.296/2015**. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 16 de setembro de 2015. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 839/2011**. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 06 de abril de 2011. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

_____._____. **Acórdão 319/2010**. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 03 de março de 2010. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

_____._____. **Acórdão 5.902/2016**. Primeira Câmara. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 13 de setembro de 2016. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____._____. **Acórdão 1.174/2016**. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

_____. _____. **Acórdão 877/2010**. Segunda Câmara. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 09 de março de 2010. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____. _____. **Acórdão 1.453/2009**. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 01 de julho de 2009. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

_____. _____. **Acórdão nº 2.218/2011**. 1ª Câmara. Relator: Min. José Múcio. Brasília, 19 de abril de 2011. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

_____. _____. **Acórdão nº 1.727/2006**. 1ª Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 17 de junho de 2008. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

_____. _____. **Acórdão nº 3.439/2012**. Plenário. Relator: Min. Min. Valmir Campelo. Brasília, 10 de dezembro de 2012. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

_____. _____. **Acórdão nº 1.639/2019**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Brasília, 22 de julho de 2009. Disponível em

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

_____. _____. **Licitações e Contratos: Orientações básicas**. 34 ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

COSTA, André Lucirton. **Sistemas de compras públicas e privadas no Brasil**. Revista de Administração, São Paulo v. 35, p. 119-128, outubro/dezembro 2000.

COSTA, Antônio França da. **Aspectos gerais sobre o fiscal de contratos públicos**. Revista TCU Brasília. ano 45, n. 127. 58-71 MAIO / AGO 2013

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo : Atlas, 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ESPINOZA, Liliam Marcy de Andrade et al. **Gestão do Conhecimento para fiscais de contratos na Administração Pública**. 2016

FURTADO, Lucas Rocha. **Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela administração pública**. Revista TCU, Brasília, V. 31, nº 86. Out/dez 2000.

_____. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. - Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIGANTE, Thadeu da Costa. **Compras Governamentais: Estudo de caso sobre contratações centralizadas de serviços comuns pela Marinha do Brasil**. orientador: Lincoln Wolf de Almeida Neves. – 2014. 160 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Engenharia Industrial.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registros de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____.; COSTA, Karina Amorim Sampaio (Col.). **Manual de gestão de contratos do STJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26-27

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei Federal 10.520/2002 e os Decretos Federais 3.555/2000 e 5.450/2005. São Paulo: Dialética, 2005.

_____, Marçal. **Comentários à lei de licitação e contratos administrativos**. 17. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei Federal 10.520/2002 e os Decretos Federais 3.555/2000 e 5.450/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINHO, Rita de Cassia Pinto et al.. Fiscalização de contratos de serviços terceirizados: desafios para a universidade pública. Gest. Prod. São Carlos, v. 25, nº 3. 444-457, 2018

MARQUES, Floriano de Azevedo Neto; BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. Manual de gestão e fiscalização de contratos. **Revista Tribunal de Contas do Distrito Federal**, 36: 025-046-2010 Distrito Federal, ENAP, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

MOTA, ALINE FONSECA. **Estudo dos fatores relacionados ao desempenho da fiscalização de contratos administrativos no IFNMG –campus montes claros**. Orientadora: Doraliza Auxiliadora Abranches Monteiro – 2017. 101 F. Dissertação (mestrado) Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração.

OLIVEIRA, José Carlos de . **Sanções administrativas e crimes licitatórios**. Curso de aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública. MODULO IV • SEMANA 2 Universidade Estadual de São Paulo. Disponível em

<https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/47969/1/a1_m04_s02_l18.pdf>
Acesso em 14.01.2019

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16.ed. São Paulo: Método, 2008.

PUCETTI, Renata Fiori. **Infrações e sanções administrativas aplicáveis a particulares em licitações e contratos**. Orientador: Marcio Camarossano – 2010. 180 F. Dissertação (mestrado) Pontifícia Universidade de São Paulo, 2010.

QUIRINO, S. das G.. **Gestão de pessoas nas prefeituras de médio porte da zona da mata de Minas Gerais: a perspectiva de agentes políticos**. 89 f. 2009. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG, 2009.

RIBEIRO, Fernanda Rodrigues Gomes. A fiscalização dos contratos gerando eficiência na gestão. Brasília, 2013. 16f. – Artigo (Especialização) Instituto Brasileiro de Direito Público.

REIS, Paulo Ricardo da Costa. Desempenho nos contratos de compras públicas: evidências empíricas das mudanças institucionais no Brasil, orientador: Prof. Dr. Sandro Cabral. 136 f. Tese (doutorado) Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração, Salvador 2016

SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. **Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos. Módulo 3 Fiscalização de Contrato**. Caderno ENAP, 2014.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **O problema é a Lei nº 8.666/93?**, 2010. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/o-problema-e-a-lei-n%C2%BA-8-66693/>> Acesso em 20 de janeiro de 2019.

SCHWELLA, E. **Inovação no governo e no setor público: desafios e implicações para a liderança**. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 3, p.259-276, jul/set. 2005.

SILVA, Magno Antônio da. **Óbices do processo de acompanhamento e de fiscalização contratual na Administração Pública: uma análise da liquidação da despesa sob a perspectiva econômica da assimetria da informação**. *Revista TCU Brasília*. ano 42, n. 120. 68-83 jan / abril 2011.

SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida ; MALTAROLLO Adriano de Sousa. **Glosa, retenção e suspensão em contratos administrativos** Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP Belo Horizonte, ano 7, n. 73, jan. 2008. Disponível em <https://jacoby.pro.br/novo/uploads/licita_es_e_contratos/bp/pagamento/artigo_de_luiz_felipe_bezerra_almeida_sim_es_e_adriano_de_sousa_maltarollo/glosa_reten_o_e_suspens_o_em_contratos_administrativos.pdf> . Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

VELOSO, Alexandre Cardoso. **Multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União a gestor de recursos públicos falecido ou que venha a falecer depois da aplicação da punição (Considerações sobre o princípio da pessoalidade, previsto no art.5º, inciso XLV, da Constituição Federal)**. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, n.108, p. 19-26, 2007.

VIANA, João José. **Administração de materiais: um enfoque prático**. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, André Luís. **Gestão de contratos administrativos** R. de Contratos Públicos – RCP | Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 9-32, mar./ago. 2014. Disponível: <https://www.researchgate.net/publication/275407529_Gestao_de_contratos_administrativos>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.