

**CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE ENSINO BOMBEIRO MILITAR
CENTRO DE CIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO E SOCIOECONÔMICAS**

**CURSO DE COMANDO E ESTADO-MAIOR: ESPECIALIZAÇÃO EM
ADMINISTRAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA COM ÊNFASE NA ATIVIDADE
BOMBEIRO MILITAR**

HUGO KOERICH BURIN

**AS ATRIBUIÇÕES E OS PROCEDIMENTOS DO FISCAL DE CONTRATOS DA
ADMINISTRAÇÃO NA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA**

**FLORIANÓPOLIS
2019**

Hugo Koerich Burin

As atribuições e os procedimentos do fiscal de contratos da Administração na Polícia Militar de Santa Catarina

Monografia apresentada ao Curso de Comando e Estado-Maior e ao Curso de Especialização em Administração em Segurança Pública com ênfase na atividade Bombeiro Militar, do Centro de Ensino Bombeiro Militar (CBMSC) e do Centro de Ciências da Administração e Socioeconômicas (UDESC) como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Administração em Segurança Pública com Ênfase na Atividade Bombeiro Militar.

Orientador: Cel PM RR João Mário Martins

**Florianópolis
2019**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor com orientações da Biblioteca CBMSC

Burin, Hugo Koerich

As atribuições e os procedimentos do fiscal de contratos da Administração na Polícia Militar de Santa Catarina. / Hugo Koerich Burin. -- Florianópolis : CEBM, 2019.

68 p.

Monografia (Curso de Comando e Estado-Maior) – Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina, Centro de Ensino Bombeiro Militar, Curso de Comando e Estado-Maior, 2019.

Orientador: Cel PM RR João Mário Martins

1. Processo de Compras. 2. Polícia Militar de Santa Catarina. 3. Fiscalização Contratual. 4. Contratos da Administração. I. Martins, João Mário. II. Título.

HUGO KOERICH BURIN

**AS ATRIBUIÇÕES E OS PROCEDIMENTOS DO FISCAL DE CONTRATOS DA
ADMINISTRAÇÃO NA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA**

Monografia apresentada ao Curso de Comando e Estado-Maior e ao Curso de Especialização em Administração em Segurança Pública com ênfase na atividade Bombeiro Militar, do Centro de Ensino Bombeiro Militar (CBMSC) e do Centro de Ciências da Administração e Socioeconômicas (UDESC) como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Administração em Segurança Pública com Ênfase na Atividade de Bombeiro Militar.

Banca Examinadora:

Orientador:

Cel PM RR João Mário Martins, Prof. Msc.
PMSC

Membros:

Ten Cel PM Fabiano Comelli Gerent, Esp.
PMSC

Ten Cel BM Diogo Bahia Losso, Esp.
CBMSC

Florianópolis, 9 de dezembro de 2019.

Dedico este trabalho a toda a minha família e aos companheiros do CCEM, que percorreram esta caminhada junto comigo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, seja ele quem for.

Aos meus pais por possibilitarem minha existência.

À minha irmã, Camila, por estar sempre me apoiando e por ter me ajudado na revisão deste trabalho.

Ao meu orientador, Cel PM RR João Mário Martins, que me motivou a realizar a presente pesquisa, me apontando o caminho a seguir.

Ao Ten Cel PM Fabiano Comelli Gerent pela sua forma única, mais do que humana, de tratar as pessoas.

Aos policiais militares que trabalham na Diretoria de Apoio Logístico e Finanças - DALF/CEC, em especial à equipe da seção de contratos.

“Quem decide um caso sem ouvir a outra parte não pode ser considerado justo, ainda que decida com justiça.” (Sêneca)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as atribuições e os procedimentos que devem ser seguidos pelo fiscal de contratos da Administração no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina. Para obter um maior embasamento teórico, buscou-se identificar e analisar o processo legal realizado para a aquisição de bens, produtos e serviços na Administração Pública. Em outra fase do trabalho, conceituou-se o que são contratos, contratos da Administração e contratos administrativos. Posteriormente, analisou-se as principais características dos contratos administrativos, suas cláusulas obrigatórias, cláusulas exorbitantes e principais temas atinentes à execução e fiscalização contratual previstos na legislação correlata. Por fim, buscou-se dividir, didaticamente, os contratos em categorias, identificando as principais atribuições do fiscal de contratos da Administração para cada uma delas.

Palavras-chave: Processo de Compras. Polícia Militar de Santa Catarina. Fiscalização Contratual. Contratos da Administração.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.: artigo

Arts.: artigos

CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CEC/PMSC: Centro de Compras da Polícia Militar de Santa Catarina

DALF/PMSC: Diretoria de Apoio Logístico e Finanças da Polícia Militar de Santa Catarina

PMSC: Polícia Militar de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
2.1 BREVE HISTÓRICO DA LICITAÇÃO	14
2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO LICITATÓRIO	16
2.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO	18
2.4.1 Princípio da igualdade	18
2.4.2 Princípio da vinculação ao edital convocatório	20
2.4.3 Princípio do julgamento objetivo	20
2.4.4 Princípio da probidade administrativa	21
2.4.5 Princípio da competitividade	22
2.4.6 Princípio da economicidade	22
2.4.7 Princípios correlatos	23
2.5 PROCESSO LICITATÓRIO	24
2.5.1 Modalidades da licitação	25
2.5.1.1 Concorrência	25
2.5.1.2 Tomada de preços	26
2.5.1.3 Convite	27
2.5.1.4 Concurso	27
2.5.1.5 Leilão	28
2.5.1.6 Pregão	28
2.5.2. Tipos de licitação	29
2.6 CONTRATAÇÃO DIRETA: LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL	30
2.7 TERMO DE REFERÊNCIA	30
2.8 PROJETO BÁSICO E PROJETO EXECUTIVO	31
3 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO	34
3.1 CONCEITO DE CONTRATOS	33
3.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO	34
3.2.1 Contratos administrativos	35
3.2.1.1 Características dos contratos administrativos	36
3.2.1.1.1 Supremacia do interesse público	36

<i>3.2.1.1.2 Contrato de adesão</i>	37
<i>3.2.1.1.3 Natureza intuitu personae</i>	38
<i>3.2.1.1.4 Mutabilidade</i>	39
<i>3.2.1.1.5 Presença de cláusulas exorbitantes</i>	40
3.3 DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	40
3.4 RESCISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	42
3.4.1 Sanções administrativas	44
4 ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO	46
4.1 GESTÃO E FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL	46
4.2 FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL	47
4.2.1 Recebimento do objeto contratado	48
4.2.2 Principais atribuições do fiscal de contratos da Administração	51
4.2.2.1 Fiscalização de contratos de fornecimento de bens e produtos	51
4.2.2.2 Fiscalização de contratos de serviços continuados	52
4.2.2.1 Fiscalização de contratos de locação de imóveis	53
4.2.2.1 Fiscalização de contratos de obras e serviços de engenharia	55
4.3 PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELOS FISCAIS DE CONTRATOS NA PMSC.....	56
5 CONCLUSÃO	58
6 REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo o estudo das atribuições e dos procedimentos do fiscal de contratos da Administração no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina (PMSC). Para alcançá-lo, faz-se necessário, primeiramente, compreender o contexto que envolve tal tema.

A Administração Pública no Brasil – desde a Proclamação da República, em 1889, até os tempos atuais – vem sofrendo constante processo de evolução em sua forma de administrar recursos, pessoas e processos, passando por modelos de gestão com base no empirismo, no tecnicismo e mais recentemente com foco no resultado.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil e a consequente consolidação do Estado Democrático de Direito, princípios máximos da Administração Pública foram positivados em nosso ordenamento jurídico, impondo ao gestor público o dever de agir em conformidade a esses axiomas, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal.

No que concerne ao processo licitatório e à fiscalização contratual, essa realidade também se faz presente. Desse modo, além dos ditames constitucionais, todo administrador público deve respeitar prescrições infralegais repletas de meandros e interpretações dúbias, que trazem permanente desafio na condução dos processos de aquisição de bens e na fiscalização contratual.

Inserida neste contexto, a Polícia Militar de Santa Catarina, para bem executar sua missão constitucional de preservação da ordem pública, necessita adquirir uma série de bens, materiais e serviços, constantemente utilizados nas mais diversas atividades, sejam elas operacionais ou administrativas. Assim, a fiscalização dos contratos da Administração, momento posterior ao da licitação e ao da contratação, se torna um imperativo para a prestação de um serviço público eficiente. Não basta contratar bem e de forma mais vantajosa, também se faz necessário prezar pela adequada entrega de produtos e regular execução dos serviços contratados.

Diante desse abrangente cenário, chegou-se ao seguinte problema de pesquisa: **quais são as atribuições e os procedimentos que devem ser adotados pelo fiscal de contratos da Administração no âmbito da PMSC?** Como desdobramento elementar deste questionamento, teve-se por objetivo geral a identificação das atribuições e dos procedimentos a serem adotados pelo fiscal de contratos da Administração no âmbito da PMSC.

Quanto aos objetivos específicos, balizadores do presente estudo, pretendeu-se identificar os procedimentos legais para a aquisição de produtos e para a contratação de serviços no âmbito da PMSC, buscando os elementos principiológicos, constitucionais e infraconstitucionais que norteiam e compõem este processo; descrever os contratos administrativos e os contratos de Direito Privado, identificando na legislação e na doutrina os conceitos, as características e peculiaridades que os fundamentam, para em um segundo momento identificar quais são os principais tipos de contratos firmados e analisar as atribuições e os procedimentos do fiscal de contratos da Administração dessa corporação, identificando na legislação vigente, bem como em decretos, portarias e normas estaduais e institucionais, o que é exposto sobre o tema.

Na busca de cumprir os objetivos propostos e elucidar o problema de pesquisa, iniciou-se, no capítulo segundo, uma descrição dos princípios que norteiam a Administração Pública e as licitações, buscando-se identificar os procedimentos legais para a aquisição de produtos e para a contratação de serviços no âmbito da PMSC.

No terceiro capítulo, conceituaram-se os contratos da Administração e os contratos de Direito Privado, alcançando-se a compreensão da diferença entre contratos de Direito Privado e contratos da Administração. Posteriormente, foram apresentados os elementos essenciais dos contratos administrativos, quais sejam: cláusulas obrigatórias, cláusulas exorbitantes, motivos para rescisão contratual e sanções administrativas aplicáveis. Por fim, foram identificados os principais tipos de contratos vigentes na PMSC.

No quarto capítulo, com base em tudo o que foi levantado, realizou-se a análise das atribuições do fiscal de contratos da Administração no âmbito da PMSC, bem como os procedimentos que por ele devem ser adotados. Assim, se fez necessário conceituar fiscal de contratos, descrever sua atuação e os procedimentos administrativos que lhe competem, além de constatar sua responsabilidade e a eventual responsabilidade do contratado.

O tema aqui apresentado se reveste de grande relevância, uma vez que a fiscalização dos contratos da Administração repercute de forma acentuada na eficiência do serviço prestado pela corporação, que tem como público-alvo a sociedade catarinense.

Para a instituição, a relevância desta pesquisa advém da responsabilidade que a Administração Pública, sob a égide da Polícia Militar de Santa Catarina e de seus agentes, tem na fiscalização e na execução de seus contratos. Um fiscal de contrato bem preparado e conhecedor de sua missão, além de cumprir eficientemente com o papel que lhe foi designado, evitará dispêndios com processos administrativos punitivos e também possibilitará que empresas inadimplentes, caso não saneiem seus vícios, sejam devidamente processadas e

responsabilizadas pelos atos irregulares que praticaram.

Outro ponto a ser destacado é que a legislação e a doutrina acerca do tema são bastante amplas e controversas, criando, por vezes, insegurança aos policiais militares que atuam como fiscais contratuais. De certa forma, este trabalho auxiliará na solução de dúvidas envolvendo o tema, pois reunirá informações e conceitos que ajudarão este profissional a realizar sua função de forma mais consciente e segura.

Pode-se dizer que, indiretamente, a sociedade também se beneficiará com esta pesquisa, pois a fiscalização adequada dos contratos administrativos acarreta em recebimento de produtos e serviços (por parte da corporação) de qualidade e em conformidade com o que foi especificado no contrato. Tal condição promove a realização de um serviço mais eficiente nas atividades desenvolvidas pela PMSC, visto que o policial militar com materiais e equipamentos adequados, por certo, terá maior produtividade e efetividade em sua atuação.

A metodologia utilizada na presente pesquisa tem caráter bibliográfico¹ e documental; quanto ao seu objetivo, é exploratória²; do ponto de vista da análise dos dados e demonstração dos resultados, tem uma abordagem qualitativa³. A principal vantagem da pesquisa bibliográfica está no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente.

Por fim, a presente monografia se encerra com as considerações finais, momento em que são apresentados os pontos considerados relevantes e as sugestões para pesquisas futuras, já que não há, com esta pesquisa, a pretensão de se esgotar toda a problemática que envolve o tema.

¹Segundo Antonio Carlos Gil (2008, p. 44), “[...] a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”.

²A pesquisa exploratória, conforme Elisa Pereira Gonsalves (2005, p. 65), “[...] se caracteriza pelo desenvolvimento e esclarecimento de idéias, com objetivo de oferecer uma visão panorâmica, uma primeira aproximação a um determinado fenômeno que é pouco explorado”.

³ Considerada qualitativa porque não tem o foco de análise numérica, estando o pesquisador preocupado com o aprofundamento da compreensão daquilo que está sendo estudado (GOLDENBERG, 2002).

2 AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo, do mesmo modo que no seguinte, optou-se por apresentar os temas em uma ordem lógica, de acordo com a cronologia dos acontecimentos e da promulgação das leis.

Dessa feita, após um breve relato histórico sobre a prática da licitação, relatando seu surgimento no Brasil até a sua inserção na Constituição Federal de 1988, serão apresentados os princípios da Administração Pública, a previsão constitucional da licitação, o conceito de licitação, os princípios que a regem, as suas modalidades, os seus tipos e as possibilidades de contratação direta. Salienta-se, desde já, que o universo em que as licitações e os contratos públicos estão inseridos é vasto, complicado e cheio de armadilhas (diversas leis, decretos, jurisprudências, entendimentos doutrinários, etc.). Por isso, os temas abordados neste capítulo não serão esgotados, buscando-se o estritamente essencial no intuito de se construir uma base teórica suficiente para alcançar o assunto principal desta pesquisa.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA LICITAÇÃO

A compra de bens e produtos pelo organismo estatal é considerada uma prática longínqua. Possui indícios históricos que remontam à China Antiga e à Mesopotâmia do século XVIII a.C. – em alguns trechos do célebre Código de Hamurabi, por exemplo, mesmo que singelamente, há menções à compra pública por meio de licitação (FORTES JUNIOR, 2017).

Séculos depois, os romanos, como um dos mecanismos de administração do seu vasto império, positivaram no seu ordenamento jurídico a licitação pública como forma de aquisição de bens e celebração de contratos entre o Estado e particulares. Este processo já se revestia de elementos semelhantes aos que conhecemos atualmente, como os lances, a contratação e a necessidade de garantia (FORTES JUNIOR, 2017).

Já durante a Idade Média, as compras e vendas públicas por meio de licitação avançaram em diversos Estados e reinados da Europa. Relatos dão conta que os lances eram ofertados durante a queima de uma vela e, ao apagar dela, o particular com o menor lance vendia um bem, adquiria um produto ou firmava determinado contrato (FORTES JUNIOR, 2017).

Especificamente no Brasil, durante a ocupação espanhola, no Período Ibérico (final do

séc. XVI), já se observava nos escritos das Ordenações Filipinas⁴ alguma preocupação com a necessidade de se realizar obras com menores preços e de maior qualidade. Pode-se observar isso no trecho deste ordenamento que segue: “[...] em fazendo obra, primeiro andar em pregão, para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos”. (MOTTA, 2011).

Já a licitação pública propriamente dita teve recente inserção nos textos legais brasileiros e ocorreu no século XIX, com o Decreto nº 2.926/1862, que regulamentava os procedimentos para a arrematação dos serviços do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. De maneira geral, a partir desse momento, o regramento foi sofrendo mudanças: em 1922 com o Código da Contabilidade da União; em 1967 com o Decreto-lei nº 200/1967, que já possuía em sua estrutura a base da atual Lei nº 8.666/93; em 1968 com a Lei nº 5.456, que aumentou a abrangência do Decreto-lei nº 200/1967 para os estados e municípios, e permitiu que aqueles pudessem legislar supletivamente sobre licitação; em 1986 com o Decreto-lei nº 2.300, que significou um marco na legislação sobre o tema, tendo em vista conter princípios que são utilizados até hoje e prever competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação (FORTES JÚNIOR, 2017).

Logo, em 1988, a licitação ganhou *status* constitucional, devendo ser observado o devido processo licitatório como regra para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, processo este que segue os princípios da Administração Pública no Brasil, conforme será visto mais adiante.

2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para atingir o tema licitação, faz-se importante compreender que a Administração Pública é regida por princípios positivados na Constituição Federal, os quais obrigam que todo o ordenamento infraconstitucional siga seus preceitos axiomáticos. “Os princípios de uma ciência são proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência” (CRETELLA JÚNIOR, 1986 apud COSTA, 2006, p. 26).

Entendendo que tais princípios são as vigas mestras de uma democracia, relevante

⁴ Compilação Jurídica, também chamada de Código Filipino, que resultou da reforma do Código Manuelino, por Filipe II da Espanha (Filipe I de Portugal), durante o domínio castelhano (1580-1640). Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas. Acesso em: 25 out. 2019.

também se faz apresentar os cinco princípios⁵ da Administração Pública elencados no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). São eles:

Legalidade: este princípio, específico do Estado de Direito, é fundamental para o funcionamento do Direito Administrativo, já que submete o Estado à lei. Como consequência, a Administração Pública só pode fazer aquilo que nela está previsto, ficando adstrita a um comando legal. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, a quaisquer tendências de exacerbação personalista por parte dos governantes e é o antídoto do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como base a ideia de soberania popular (MELLO, 2014).

Impessoalidade: impede o administrador público de praticar qualquer ato administrativo conforme interesse próprio ou de terceiros. Com ele, se exprime a ideia de que a Administração deve tratar todos os administrados sem discriminações, sem favoritismo e sem perseguições (MELLO, 2014).

Moralidade: “conjunto de regras de conduta tirados da disciplina interior da Administração” (DI PIETRO, 2003, p. 78). A moralidade administrativa exige do administrador atuação ética, honesta, de boa-fé ou lealdade (NOHARA, 2014).

Publicidade: este princípio refere-se à divulgação dos atos administrativos para conhecimento do público, ressaltando as hipóteses de sigilo previsto em lei (MELLO, 2004). É pela publicidade que os cidadãos têm conhecimento das ações dos administradores no trato da coisa pública, garantindo-se, assim, a defesa de direitos quando estes são violados pelo Poder Público (NOHARA, 2014).

Eficiência⁶: este princípio exige “[...] que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional [...]” (MEIRELLES, 2007, p. 96).

2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO LICITATÓRIO

Historicamente, o processo licitatório remete a uma disputa entre particulares com a

⁵ A Constituição Federal de 1988 traz no *caput* do art. 37, expressamente, os princípios da Administração Pública. Todavia, existem os não expressos (implícitos), que remetem a outros princípios insertos em legislação ordinária federal. A lei que regula o processo administrativo na Administração Pública (Lei nº 9.784/1999) traz os seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; tais princípios também devem ser observados pelo administrador público na execução de qualquer ato administrativo. Cabe referenciar, embora seja tratado no quarto capítulo desta pesquisa, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que, segundo Mello (2015), é um princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade.

⁶ Inserido por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, seguindo passos de legislações estrangeiras (NOHARA, 2014).

finalidade de arrematar determinado bem ou serviço. Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 536), de forma precisa, define licitação como

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de *competição* a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

A Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 22, inciso XXVII⁷, traz as disposições gerais sobre o tema:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2000, p. 14) leciona que “a competência para editar normas gerais importa o poder de a União veicular regras mínimas, vinculantes para todas as órbitas federativas, inclusive as integrantes da Administração indireta e outras entidades sob o controle de Poder Público”.

A despeito da ampla e confusa discussão de renomados doutrinadores e de tribunais acerca do que vem a ser norma geral, adota-se como posição para esta pesquisa que a Lei nº 8.666/93⁸ (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) deve ser seguida pela Administração Pública Federal em todos os seus processos licitatórios (BRASIL, 1993). Já os entes estaduais, municipais e o Distrito Federal detêm maior liberdade para disciplinar o tema, desde que, obviamente, estejam alinhados à Constituição Federal e às normas atinentes à licitação e aos contratos administrativos (em todas as modalidades), positivadas na Lei nº 8.666/93. Um bom exemplo desta maior liberdade conferida aos estados é a Lei Estadual nº

⁷ Dispositivo alterado por meio da Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, em virtude da denominada “Reforma Administrativa”.

⁸ Art. 1º da Lei Federal nº 8.666/93: “Esta Lei estabelece **normas gerais** sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”; art. 118 da Lei Federal nº 8.666/93: “Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as Entidades da Administração indireta **deverão adaptar** suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei” (BRASIL, 1993, grifo nosso). Rigolin e Bottino (2009) interpretam que o art. 1º da Lei nº 8.666/93 contraria os artigos 25, 29 e 30 da Constituição Federal de 1988, pois retira a autonomia administrativa dos estados e dos municípios que a própria Carta Magna lhes concedeu. Aliás, a constitucionalidade deste artigo é uma das divergências doutrinárias mais discutidas.

15.608, de 16 de agosto de 2007, que estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do estado do Paraná.

Ainda sobre licitação, a Carta Magna, em seu artigo 37, inciso XXI, traz o seguinte:

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Neste dispositivo, resta evidenciada a obrigatoriedade de existir um processo licitatório, por parte da Administração, para compras, aquisição de obras e serviços, e realização de alienações. Portanto, a licitação se torna uma regra para todas essas finalidades. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2016, p. 37) ratifica esse entendimento da seguinte forma: “No seu inciso XXI, a constituição fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública, com amplitude definida no *caput*.” O texto constitucional ainda menciona, entre outros temas, a questão da igualdade de condições entre os concorrentes – dando clamor ao princípio da igualdade, e a necessidade de vinculação à proposta.

No próximo subcapítulo, estes e outros princípios, decorrentes da Lei nº 8.666/93 e do próprio ordenamento jurídico brasileiro, serão abordados.

2.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Promulgada em 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Esta lei, também conhecida como Lei Geral de Licitações (LGL), traz em seu art. 3º alguns princípios básicos que regem o processo licitatório e as contratações públicas, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e princípios que lhe são correlatos.

Tais princípios serão a seguir analisados, lembrando que os princípios da legalidade,

da impessoalidade, da moralidade e da publicidade já foram abordados, em contexto mais amplo, no subcapítulo anterior.

2.4.1 Princípio da igualdade

Também chamado de princípio da isonomia, é encontrado no art. 37, inciso XXI, da CFRB/88. Sobre esse princípio, Mello (2014, p. 546) entende que

implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.

Percebe-se que a igualdade/isonomia possui aqui uma conotação restrita, pois a Administração elenca critérios técnicos e econômicos no edital convocatório – sempre prezando pelo interesse público – para a contratação de determinado bem ou serviço. Assim, somente as empresas que atendam a essas condições poderão participar do certame, possuindo, a partir disso, igualdade para a competição.

No que se refere a esse assunto, Justen Filho (2000, p. 60) possui uma abordagem interessante e um tanto quanto paradoxal. Para ele,

[...] seria um equívoco supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. A Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo, deve escolher o contratante e a proposta. Isto acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciado para terceiros. A diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob este ângulo. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença. Esta fórmula acarreta inúmeras conseqüências.

Parece claro que quando o assunto é licitação, a igualdade/isonomia dialoga com a equidade⁹, visto que o administrador público, pretendendo o bem comum, inexoravelmente seleciona, dentro de critérios previamente estabelecidos e apontados na lei e no instrumento

⁹ Equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se critérios de justiça (SANDEL, 2009). No caso em comento, pode-se dizer que os critérios de justiça relacionam-se com os critérios técnicos e os critérios legais.

convocatório, os participantes do certame. Os artigos 47 e 49 da Lei nº 8.666/93 elucidam esse aspecto. Veja-se:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação. (BRASIL, 1993)

Nesse sentido, também é oportuno fazer menção ao tratamento privilegiado que é dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte¹⁰, consoante o previsto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991 (BRASIL, 1991), bem como à margem de preferência que pode ser estabelecida para os produtos manufaturados e os produtos nacionais que atendem às normas técnicas brasileiras, margem esta prevista no art. 3º, § 5º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Dentro dessa perspectiva, para o mundo das licitações e dos contratos administrativos, a máxima Aristotélica de tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade parece ser bastante pertinente (SANDEL, 2009).

2.4.2 Princípio da vinculação ao edital convocatório

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 41, é categórica ao estabelecer que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (BRASIL, 1993) A interpretação literal deste artigo é suficiente e eficaz para a compreensão do tema; poucas palavras, contudo, precisas. Provavelmente, por isso, Mello (2014) dedicou apenas três linhas para discorrer sobre o assunto. Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino (2009, p. 129), entretanto, foram mais abrangentes, conforme pode-se observar a seguir:

¹⁰ Art. 179 da CFRB/88: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” (BRASIL, 1988)

Este princípio, expresso na lei, traduz a afirmação de que a licitação é um procedimento vinculado, e não discricionário, pois, com efeito, nas licitações não pode a Comissão (ou servidor responsável, como nos convites) dar um só passo por seu livre arbítrio, por seu gosto ou preferência particular, criando regras não previstas no edital.

Apenas as regras previamente estabelecidas no edital, ou aquelas poucas no convite, podem ser aplicadas pela Administração, e apenas ela orientam, unitária e uniformemente, a todos os licitantes interessados.

Assim, este princípio assegura que todos os atos da Administração, quando da realização de um processo licitatório, não podem extrapolar o previsto em edital.

2.4.3 Princípio do julgamento objetivo

Desdobramento do princípio anterior, este princípio impossibilita que considerações subjetivas sejam adotadas para se definir qualquer contratação em um processo licitatório. Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2015, p. 96) esclarecem isso quando afirmam que

[...] o princípio do julgamento objetivo é o resultado da conjugação entre isonomia, impessoalidade e vinculação ao ato convocatório. Ele celebra o princípio da livre concorrência. Afinal, se os participantes — e respectivas propostas — devem ser equivalentes para a Administração e se o instrumento convocatório define de forma impessoal os diferenciais a serem aceitos para a eleição da melhor proposta, dúvida não há que o exame que o exame dos documentos apresentados precisa ser realizado de modo objetivo — isto é, sem a redução da escolha ao que é pessoal ao agente público.

Dessa forma, nas licitações, a escolha deve ter respaldo em avaliação objetiva e fundamentada em razões que correspondam ao interesse público (CALASANS JÚNIOR, 2015).

2.4.4 Princípio da probidade administrativa

Intimamente relacionado com o princípio da moralidade, este princípio aduz que o agente público deve realizar seus atos com honestidade, esquivando-se de favorecimentos pessoais. Hely Lopes Meirelles (2011) entende que o legislador, ao inserir a probidade administrativa como princípio específico da licitação (art. 3º da Lei nº 8.666/93), teve a intenção de advertir às autoridades que a promovem, pois a probidade administrativa é dever de todo o administrador público, inclusive prevista na Constituição Federal, art. 37, § 4º.

Rigolin e Bottino (2009, p. 123), por seu turno, consideram que moralidade e probidade administrativa possuem o mesmo significado, trazendo ponderações interessantes como estas que seguem:

Afrontar o princípio significa praticar ato que prejudique ou o erário ou a atuação final da Administração, por corrupção, em qualquer sentido, do agente.

Atos praticados que lesem a fazenda, o fisco, os cofres da entidade, quer em proveito pessoal do agente, quer não, são viciados por improbidade administrativa, bastando a existência de dolo para caracterizá-la [...].

[...]

De quantas possibilidades de improbidades possam existir, a legislação administrativa, entre qual figura a L. 8.666, preocupa-se fundamentalmente com a corrupção, o desvio de numerário, a negociata com o dinheiro público, o que o agente pratica quase sempre em proveito próprio, ou de pessoas correlatas.

Tamanha é a importância da observância do princípio da probidade administrativa, que sanções severas aos agentes ímprobos são previstas no próprio texto constitucional. Em seu art. 37, inciso XXII, § 4º, são citados a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, “[...] na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

2.4.5 Princípio da competitividade

Apesar de não estar expressamente previsto na Lei nº 8.666/93, portanto um princípio correlato, o princípio da competitividade talvez seja o que mais remeta ao processo licitatório. Com relação a isso, Luiz Claudio Azevedo Chaves argumenta que “se a licitação é um torneio entre pretendentes a um determinado contrato, mas esse torneio não gera disputa ou tem sua disputa diminuída, a finalidade do torneio se esvazia. Assim, o caráter competitivo é a própria essência da licitação” (CHAVES, 2016, p. 30).

Para Joel de Menezes Niebuhr (2015, p. 128), o inciso XXI, do art. 37 da Constituição, expressa o princípio da competitividade quando menciona que no processo de licitação a lei “[...] somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Por certo, seguindo esse ditame, evita-se a criação de barreiras desprovidas de propósito à participação no certame de interessados que possam satisfazer ao interesse público.

Já Toshio Mukay (apud JUSTEN FILHO, 2000) comenta, pertinentemente, que o princípio da competitividade, se levado às últimas consequências, faria com que uma licitação em que apenas um concorrente comparecesse ao certame (ou ainda que apenas um

concorrente fosse habilitado) tivesse fundamentalmente de ser invalidada, fato este que não ocorre. Essa construção remete à obrigação de se perceber a complementaridade dos princípios, uma vez que outros princípios, como o da probidade administrativa, por exemplo, eliminariam a chance desse único participante ter promovido algum ajuste ou acordo para auferir vantagem e prejudicar o caráter competitivo da licitação.

2.4.6 Princípio da economicidade

Trata-se de um princípio correlato que também não é mencionado expressamente na Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993). Contudo, a Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011), que institui o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), e a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988), o acolhem.

Ciente da máxima que a licitação termina com a escolha da proposta mais vantajosa¹¹, o administrador deve estar incumbido de honestidade ao cuidar da coisa pública, não despendendo, ao seu arbítrio, recursos desnecessários.

Por esse ângulo, para Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo (2013), a economicidade relaciona-se estreitamente com os princípios da moralidade e da eficiência. Por sua vez, Justen Filho (2000), entendendo essa aproximação, dedica em seu livro um subcapítulo específico, denominado de delimitação do princípio da economicidade, citando três fatores que modelam a sua incidência, quais sejam: a imprevisibilidade, a relevância de conteúdo não econômico e a formalidade jurídica. No primeiro caso, alude que a Administração, não tendo o conhecimento sobre o futuro, agirá para decidir uma compra mais vantajosa, de acordo com as informações do momento. Sendo assim, ilações sobre causas supervenientes e imprevisíveis não podem ser consideradas. No segundo caso, segundo ele, a Administração terá que observar que nem sempre questões de caráter econômico nortearão uma melhor decisão. Assim, por vezes, outros valores terão de ser observados. “Se a solução economicamente mais vantajosa puser em risco a integridade de vidas humanas, o Estado deverá optar por outra alternativa” (JUSTEN FILHO, 2000, p. 74). Por fim, no terceiro fator, a Administração encontra-se vinculada às formalidades jurídicas, não podendo decidir por aquisição mais econômica em situações que infrinjam atos formais. Como exemplo, o autor menciona o caso de contratações diretas que, ocasionalmente, podem ser mais vantajosas, mas

¹¹ A Lei nº 8.666/93 fala em proposta mais vantajosa, não em preço mais vantajoso (art. 3º, *caput*, c/c os arts. 42, § 5º, e 45, § 1º, I). A mesma premissa é reiterada no RDC, numa perspectiva ampliada. “A proposta é tudo aquilo que o interessado apresenta à Administração, inclusive o preço (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015, p. 98). Dessa forma, não se pode confundir proposta mais vantajosa com mais econômica.

não devem ser adotadas, salvo nas hipóteses previstas em lei.

2.4.7 Princípios correlatos

Existem outros princípios não expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 que norteiam as licitações. Dentre eles estão o princípio da livre concorrência (implícito no art. 3º); o princípio da padronização (expresso no art. 15, inciso I); o princípio da motivação; o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; o princípio da celeridade (consagrado com a Lei nº 10.520/2002, Lei do Pregão); o princípio da fiscalização e o princípio da participação popular (MOTTA, 2011).

A Lei nº 12.462/2011, que institui o já referido RDC também traz alguns princípios expressos em seu texto que devem ser observados para a realização de licitações e contratações públicas, quais sejam: eficiência e economicidade, já mencionados anteriormente; e desenvolvimento nacional sustentável, que é uma novidade em nosso ordenamento e está alinhado com tendências de gestões mundiais (BRASIL, 2011).

2.5 PROCESSO LICITATÓRIO

Entendendo licitação¹² pública como um processo (de acordo com a previsão constitucional), necessário se faz trazer algumas definições antes de prosseguir com as modalidades de licitação. Uma delas é construída por Chaves (2016, p. 7), que entende licitação como processo. De acordo com ele,

isso significa que ela se caracteriza como uma sucessão predefinida de atos e fatos administrativos, encadeados e ligados a uma finalidade última: alcançar a proposta mais vantajosa à Administração, mediante disputa isonômica e eficiente. Sua estrutura processual compreende diversas etapas.

Marçal Justen Filho (2012, p. 441), em entendimento similar, assevera que

a licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permite aos particulares interessados apresentar-se perante a Administração Pública, competindo entre si de forma isonômica. Cada fase da licitação se submete ao crivo de controle. Adotada determinada

¹² Pode-se compreender licitação como uma etapa do processo licitatório. Etapa em que ocorre a habilitação dos interessados, a disputa, a seleção do vencedor, a adjudicação e a homologação do resultado.

solução, a decisão está sujeita a controle (tanto administrativo quanto a órgãos externos). Também de modo inerente a todo procedimento aplica-se o princípio da preclusão, instituto desenvolvido no campo processual. A preclusão funciona como um impedimento ao retorno do procedimento a um estágio anterior. É vedado questionar nas fases subsequentes aquilo que foi objeto de decisão em fase anterior.

A doutrina, em geral, costuma dividir o processo licitatório em duas grandes fases: a interna e a externa. Nessa perspectiva, Jair Eduardo Santana et al. (2016, p. 16) traz um esquema interessante demonstrando este processo e suas fases, do qual se extrai o que segue:

Fase interna:

Identificação da demanda;
Verificação de adequação da demanda no mercado;
Verificação da demanda às tecnologias vigentes;
Verificação de admissibilidade orçamentária e de adequação ao planejamento;
Especificação do objeto e formalização do TERMO DE REFERÊNCIA;

Fase externa:

Licitação (ou publicação dos atos prévios à publicação direta);
Execução contratual;
Controle (verificação de resultados e cumprimento de metas).

Assim, a estrutura do processo licitatório terá variantes de acordo com a natureza do objeto que se busca contratar e de acordo com a extensão da disputa a ser travada entre os participantes (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015). Percebe-se, nesse sentido, que o legislador elegeu modalidades e critérios de julgamentos para cada fim a que se destina a licitação, aspectos estes que serão tratados a seguir.

2.5.1 Modalidades da licitação

Neste subcapítulo, identifica-se todas as modalidades de licitação previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Elas estão elencadas na Lei nº 8.666/93, mais especificamente em seu art. 22, a saber: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão (BRASIL, 1993); e a Lei 10.520/2002, que após o clamor por mais celeridade nos certames, trouxe a modalidade do pregão.

2.5.1.1 Concorrência

A Lei nº 8.666/93 prevê no inciso I do art. 22 a modalidade concorrência e a define no § 1º do mesmo artigo, conforme se pode observar abaixo:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

[...]

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (BRASIL, 1993).

Para Moreira e Guimarães (2015), esta modalidade representa o rito ordinário dos processos de licitação, sendo uma referência para as demais, como também a que tem o procedimento mais complexo e minucioso. Ela caracteriza-se por outorgar maior legitimidade aos interessados, envolver maiores valores e exigências técnicas. Por isso, exige habilitação dos participantes como condição para oferta de preços. No que diz respeito à sua publicidade, ela ocorre amplamente, com possibilidade de participação de quaisquer interessados, bastando que preencham as condições de habilitação. As possibilidades de sua aplicação nos termos da Lei nº 8.666/93, salvo exceções, são as seguintes:

[...] (i) para contratos de alto valor (art. 23, I, “c”, e II, c”, e, § 6º; (ii) para construção de parcela de obra, de serviço ou de compra cuja soma das parcelas atinja o valor previsto para esta modalidade (art. 23, §§ 2º e 5º); (iii) para a contratação de obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local, desde que possam ser realizadas em conjunto e concomitantemente (art. 23, § 5º); (iv) para o registro de preços (art. 15, § 3º, I); (v) para compra ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (arts. 17, I, e 23, § 3º) (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015, p. 126).

Já os valores¹³ referência para a sua realização são assim definidos: acima de 3,3 milhões, para obras e serviços de engenharia; acima de 1,43 milhão, para compras e serviços (BRASIL, 2018).

2.5.1.2 Tomada de preços

A modalidade de tomada de preços está definida no art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Como se pode ver, diferentemente da anterior, há a necessidade de o participante interessado se cadastrar na Administração Pública para se tornar habilitado, o que pode ocorrer em qualquer momento anterior ao lançamento do edital ou no máximo até o terceiro dia anterior ao recebimento da proposta:

¹³ Em conformidade com o Decreto Federal nº 9.412/2018, que atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (BRASIL, 1993).

Ademais, caso a empresa não seja cadastrada, ela poderá participar do certame se demonstrar que atende aos requisitos exigidos para o cadastramento, igualmente, até o terceiro dia útil da data do recebimento da proposta. Feito isso, receberá o Certificado de Registro Cadastral, tornando-se empresa cadastrada (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015).

Um autor que bem conceitua esta modalidade é Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p. 283). Segundo ele, tomada de preços

é a modalidade que circunscreve apenas interessados devidamente cadastrados, ou que atenderem a todas as condições editalícias até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, § 2º). Trata-se de procedimento menos complexo que a concorrência, mas depende basicamente de um cadastramento bem processado e atual (arts. 34 a 37). O cadastramento até o 3º dia anterior à data do recebimento das propostas obrigará a Comissão à agilidade no exame da documentação, para evitar possível participação de licitante “sob condição”.

Quanto aos limites de valores utilizados para a realização desta modalidade, utiliza-se até 3,3 milhões para obras e serviços de engenharia; e até 1,43 milhão para compras e serviços (BRASIL, 2018).

2.5.1.3 Convite

Definida no art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, de todas, é considerada a modalidade mais simples. Como se pode observar, sua principal característica é a de conceder à Administração a iniciativa de escolher (procurar e chamar) individualmente os interessados por meio de correspondência específica:

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, **escolhidos e convidados** em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (BRASIL, 1993, grifo do autor).

Todavia, os demais cadastrados, mesmo não convidados, poderão participar caso manifestem interesse até 24 horas antes da apresentação da proposta. Dentro dessa perspectiva, de acordo com Motta (2011, p. 284), “essa possibilidade da participação de um interessado, não formalmente convidado, é sem dúvida um reforço à universalidade da

participação”.

Os valores limites concernentes a esta modalidade são os seguintes: até 330 mil para obras e serviços de engenharia; até 176 mil para compras e serviços (BRASIL, 2018).

2.5.1.4 Concurso

Em termos gerais, é uma modalidade extraordinária que visa à eleição de um trabalho técnico, científico ou artístico. Está definido no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93, que estabelece ao vencedor do concurso, como recompensa pelo trabalho realizado, o pagamento de prêmio ou remuneração:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de **prêmios ou remuneração** aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (BRASIL, 1993, grifo do autor).

Importante salientar, neste caso em específico, que o art. 111¹⁴ da Lei nº 8.666/93 menciona que só se premiarão vencedores de concurso se houver a cessão dos direitos autorais para a Administração (RIGOLIN; BOTTINO, 2009).

2.5.1.5 Leilão

A última modalidade prevista na Lei nº 8.666/93 trata de venda de bens imóveis inservíveis e alienações de bens públicos. No § 5º do art. 22 ela é assim definida:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (BRASIL, 1993).

Já as regras para a sua realização seguem no art. 19:

¹⁴ Art. 111 da Lei nº 8.666/93: “a Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração” (BRASIL, 1993).

Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão (BRASIL, 1993).

2.5.1.6 Pregão

Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 10.520/2002, é destinado à aquisição de bens e serviços comuns (BRASIL, 2002). Uma de suas peculiaridades, em relação às demais modalidades de licitação, é a inversão das fases do processo, já que os lances e a consequente classificação dos participantes ocorrem antes da habilitação.

Essa inversão de etapas, o enxugamento de fases recursais e a necessidade de apenas uma pessoa (o pregoeiro) para decidir os atos fazem com que esta modalidade seja mais célere que as demais, um dos principais motives do pregão. Outrossim, a lei ainda prevê a possibilidade de realização desta modalidade por meio de recursos de tecnologia da informação, o conhecido pregão eletrônico. Não obstante, existem várias desvantagens a ela atribuídas, como a limitação de contratações para bens e serviços comuns; a menor transparência, decorrente da inversão das fases; e a sobrecarga de responsabilidades na pessoa do pregoeiro (PEREIRA, 2014).

Em âmbito federal é o Decreto nº 10.024/2019 que regulamenta esta modalidade (BRASIL, 2019). Tal diploma inova ao trazer a previsão de serviços comuns de engenharia e da dispensa eletrônica¹⁵.

2.5.2 Tipos de licitação

O critério de julgamento que define o vencedor do certame em uma licitação é chamado de tipo de licitação. Como se pode ver a seguir, definidos no art. 45 da Lei nº 8.666/93, são quatro os tipos de licitação possíveis:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fato-

¹⁵ “Ferramenta informatizada, integrante da plataforma do Siasg, disponibilizada pelo Ministério da Economia, para a realização dos processos de contratação direta de bens e serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia”, conforme art. 3º do Decreto Federal nº 10.024/2019, inciso X (BRASIL, 2019).

res exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (BRASIL, 1993).

Importante mencionar que os tipos de licitação não podem ser conjugados entre si e, também, não é possível a utilização de critérios diferentes dos previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/93 (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015).

De fato, o tipo menor preço é o mais utilizado, enquanto que o de melhor técnica ou o de técnica e preço é usado apenas para serviços predominantemente intelectuais, como elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, auditoria, supervisão, entre outros previstos no art. 46 da Lei nº 8.666/93 (CHAVES, 2016).

Em relação a este tipo, Moreira e Guimarães (2015, p. 158) fazem considerações importantes, principalmente no que diz respeito aos padrões mínimos de qualidade:

A aplicação do tipo menor preço não acarretará a exclusão de aferições voltadas aos aspectos técnicos do objeto. Não é correto afirmar que, porque o tipo é de menor preço, eliminam-se as exigências voltadas às configurações de padrões mínimos de qualidade. É perfeitamente possível – e até exigido – sob o tipo menor preço que o edital de licitação caracterize tecnicamente o objeto, prevendo qualidade e funcionalidades intrínsecas a conformar certo padrão qualitativo.

No quarto e último tipo de licitação, o de maior lance ou oferta, que ocorrem nos casos de alienação e concessão de direito real de uso, a Administração passa a ter o direito de recebimento, cabendo a obrigação de pagar ao contratado. Embora a lei não descreva, como faz nos outros três tipos, resta claro que a Administração busca o maior preço nos casos em que deseja vender seus imóveis. Todavia, caso exista previsão no edital de uma operação que conjugue fatores materiais e econômicos, poderá ocorrer que a Administração não julgue o maior valor oferecido em dinheiro como vencedor, mas sim a proposta mais vantajosa, que derivará da composição desses fatores (RIGOLIN; BOTTINO, 2009).

A Lei nº 12.462/2011 (RDC), por seu turno, traz cinco critérios de julgamento das propostas, quais sejam: menor preço ou maior desconto, combinação de técnica e preço;

melhor técnico ou conteúdo artístico; maior oferta de preço e maior retorno econômico (BRASIL, 2011).

2.6 CONTRATAÇÃO DIRETA: LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL

Existem situações em que a Administração Pública pode se eximir à regra de licitar. Estes casos estão previstos na Lei nº 8.666/93, mais especificamente nos artigos 17, 24 e 25, e definem em pormenores quando a Administração pode prescindir do processo licitatório (MENDES, 2011).

O artigo 17 (licitações dispensadas), por exemplo, trata das alienações que têm por peculiaridade a inversão do sujeito ativo, já que neste caso é a Administração que procura ceder parte de seu patrimônio, de seus bens ou serviços a um particular. Já o artigo 24 trata das licitações dispensáveis, por meio das quais a Administração busca adquirir um bem ou serviço, mas que por algum motivo, ali previsto, deixa de ser necessária a licitação. Por fim, o artigo 25 trata dos casos em que a licitação é inexigível, ou seja, quando não existe viabilidade de competição (MOREIRA; GUIMARÃES, 2015). Portanto, verifica-se que a própria Lei nº 8.666/93 traz um rol taxativo das situações em que o processo licitatório deixa de ser necessário.

2.7 TERMO DE REFERÊNCIA

Constatada a necessidade de aquisição de determinado bem ou serviço pela Administração Pública, imperioso se faz especificar o objeto pretendido. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 assevera o seguinte:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão

[...]

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

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

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de dispensa de licitação previstos no inciso IX do art. 24. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993).

Assim, cabe ao setor da Administração responsável realizar a caracterização do objeto adequadamente, a ser consignada em edital convocatório, conforme os ditames legais e sem possibilidade de previsão de marcas¹⁶.

Muito embora a Lei nº 8.666/93 não se refira ao Termo de Referência como o documento que contempla as especificações do bem a ser adquirido pela Administração, esta nomenclatura se tornou popular com o advento da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), já que os decretos que a regulam (Decreto nº 3.555/00 e nº 5.450/05) fazem menção ao Termo de Referência e o descrevem (SANTANA et al., 2016). Um dos teóricos que trata sobre o assunto é Santana et al. (2016, p. 27). De acordo com o autor, “Termo de Referência é o documento mediante o qual a Administração explicita o objeto, documentando de forma sistemática, detalhada e cabal o objeto da contratação que pretende realizar”. Segundo ele, a utilização deste termo não fica adstrita apenas à modalidade pregão, podendo ser empregado para instruir qualquer outra modalidade, exceto as relacionadas à obra ou aos serviços de engenharia, as quais terão seu documento próprio, como se verá a seguir (SANTANA et al., 2016).

2.8 PROJETO BÁSICO E PROJETO EXECUTIVO

O art. 6^o¹⁷, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, como se pode ver, traz a definição de projeto básico, bem como os elementos que o constituem:

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

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de

¹⁶O art. 7^o, § 5^o, da Lei nº 8.666/93 prevê uma exceção para esta regra: “As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: [...] § 5^o É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório” (BRASIL, 1993).

¹⁷ O art. 6^o da Lei nº 8.666/93 define os termos nela empregados.

- elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (BRASIL, 1993).

Ainda nesse aspecto, Santana (et al., 2015) assevera que enquanto o Termo de Referência pressupõe a realização de licitações para aquisição de bens e serviços, o projeto básico é uma condição para a realização das obras ou dos serviços de engenharia. Quer dizer, só poderá haver licitação quando este documento for aprovado pela autoridade competente, conforme previsão expressa no art. 6º, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Quanto ao projeto de execução, sua previsão está contida no art. 6º, inciso X, da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (BRASIL, 1993).

Diante do exposto, percebe-se que o projeto executivo diz respeito à execução da obra, sendo, portanto, um melhoramento do projeto básico.

3 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Superado o tema licitação, e constatando-se efusivamente que licitar é a regra para aquisição de bens, serviços e obras de engenharia na Administração Pública (salvo as exceções que a própria Lei nº 8.666/93 determina), direcionou-se a presente pesquisa para o estudo dos contratos da Administração.

Nessa perspectiva, este capítulo foi estruturado de maneira a se alcançar uma compreensão satisfatória do que são esses contratos e de quais são suas peculiaridades. Para tanto, se trouxe a lume o conceito de contrato; a diferenciação entre contratos da Administração e contratos administrativos; as características dos contratos administrativos e suas excepcionalidades; e, por fim, buscou-se identificar os principais contratos vigentes na PMSC

Com efeito, após a Administração adjudicar, homologar e publicar o resultado da licitação, declarando o vencedor e passando a realizar os atos de contratação previstos na Lei nº 8.666/93, o administrador público se vê diante de um novo momento: o da celebração, da execução e da fiscalização contratual.

3.1 CONCEITO DE CONTRATOS

Partindo de uma visão mais ampla, para posteriormente alcançar acepções mais pontuais, recorreu-se ao dicionário Michaelis¹⁸ no intuito de conceituar contrato:

Contrato; con-tra-to; adj.

1 Ato ou efeito de contratar. 2 JUR Acordo ou convenção entre duas ou mais pessoas, tendo em vista um fim qualquer (adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos), sob determinadas condições; contrata. 3 Documento em que se registra esse acordo ou convenção. 4 Acordo, ajuste, combinação. 5 DANÇA, MÚS O figurante que canta a voz mais grave na folia de reis. 6 Local onde se abre e retalha a baleia para se preparar o azeite. Adj V contracto.

Em se tratando de estudos sobre o assunto, Maria Helena Diniz (apud MIRANDA, 2008, p. 02), conceitua contrato como

o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de

¹⁸ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=contrato>. Acesso em: 10 nov. 2019.

adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Etimologicamente, o termo contrato remete ao vínculo jurídico das vontades com vistas a um objeto específico (MIRANDA, 2008). Com relação a isso, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) traz a teoria geral dos contratos e as orientações sobre o tema. Outros diplomas legais específicos também versam sobre contratos, como, por exemplo, a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e a Lei do Inquilinato – Lei nº 8.245/91 (BRASIL, 1991), entre outros.

Já Mello (2015, p. 632) discorre que os traços nucleares dos contratos “residem na consensualidade e na autoridade de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes”. Tal autor alude, ainda, que a doutrina aponta distinção entre contratos de Direito Privado e contratos administrativos.

Assim, as relações pactuadas entre particulares, apesar de possuírem núcleos comuns, seguem a legislação de Direito Privado, o que não ocorre com os contratos envolvendo a Administração Pública, que são regidos por normas de Direito Público, em geral, a Lei nº 8.666/93.

A seguir, buscou-se compreender o que são e quais são os contratos da Administração, visto que esta pesquisa recai eminentemente sobre a contratação envolvendo a Administração Pública.

3.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

As contratações realizadas pela Administração Pública, via de regra (salvo exceções já discutidas), são decorrentes de processo licitatório e previstas na Lei nº 8.666/93. Todavia, existem algumas situações (como as locações de imóveis, por exemplo) nas quais as contratações se condicionam, também, às regras de Direito Privado. À vista disso, há uma diferenciação conceitual entre os contratos administrativos e os contratos da Administração.

Os doutrinadores pátrios, majoritariamente, têm o entendimento¹⁹ de que a Administração Pública pode celebrar seus contratos, sejam eles predominantemente públicos ou não. Assim, o contrato da Administração seria o gênero para as seguintes espécies:

¹⁹ Para Irene Patrícia Nohara (2014), existem três correntes doutrinárias que versam sobre os contratos firmados pela Administração Pública e seu regime jurídico, sendo elas a que nega a existência de contrato administrativo (defendida por Oswald Aranha Bandeira de Mello); a que entende que todo contratado celebrado pela Administração Pública submete-se ao regime integralmente público (defendida por Roberto José Dromi); e a que admite a existência de contratos integralmente públicos e parcialmente públicos (adotada pela maioria dos doutrinadores e possuindo base legal no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

contratos privados da Administração e contratos administrativos (NOHARA, 2014). Nessa linha, desdobram-se as seguintes acepções:

1. **contratos privados da Administração**, como, por exemplo, o seguro, o financiamento, a locação em que o Poder Público seja locatário, que são regidos predominantemente, por normas de direito privado, conforme explícita redação do art. 62, § 3º, I, da Lei 8.666-93, contudo, parcialmente derogados, no que couber, por normas publicísticas, pois quando o Estado figura na relação são impostas exigências formais e materiais peculiares.
2. **contratos administrativos**, que obedecem integralmente ao regime jurídico de direito público, com incidência das normas exorbitantes ou derogatórias do direito comum em prol do interesse público, sendo as disposições de direito privado interpretadas apenas supletivamente às de direito público (NOHARA, 2014, p. 397, grifo do autor).

Anotadas as singularidades de cada espécie do gênero contrato da Administração, tratou-se a seguir de analisar a espécie contrato administrativo, termo mais celebrado entre os contratos da Administração.

3.2.1 Contratos administrativos

Mello (2015, p. 638) conceitua contrato administrativo da seguinte forma:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesses públicos, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Justen Filho (2012, p. 420), por sua vez, calha tracejar algumas considerações sobre os contratos administrativos:

Existe uma definição legal ampla, contida no art. 2º, parágrafo único da Lei 8.666/93, estabelecendo que se considera “contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos e 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”.

Prefere-se definir contrato administrativo, em sentido amplo, como *o acordo de vontades destinado a criar, modificar, extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.*

[...]

O contrato administrativo é um ato jurídico infralegal destinado a gerar direitos e obrigações previamente autorizados (ainda que de modo implícito) pelo direito [...]. O contrato administrativo não pode sobrepor à norma legal. A afirmativa de que “o contrato faz lei entre as partes” deve ser interpretada adequadamente. O contrato

vincula as partes, mas apenas dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito.

Para Di Pietro (2010, p. 251), os contratos administrativos seriam, em síntese, “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra [...], para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Assim, percebe-se a total vinculação legal dos contratos administrativos, devendo a Administração observar os critérios previstos em lei para a contratação com o particular, sempre prezando pelo interesse público.

Nos próximos subcapítulos serão expostas as principais características dos contratos administrativos.

3.2.1.1 Características dos contratos administrativos

Os contratos administrativos apresentam algumas características que os diferenciam do contrato de Direito Privado. Assim, além das características genéricas como a consensualidade, a formalidade, a onerosidade, a comutatividade; a celebração entre partes (*intuitu personae*); e a natureza de contrato de adesão, os contratos administrativos possuem as seguintes características específicas:

- participação do Poder Público ou da **Administração Pública** como parte contratante;
- finalidade de atendimento ao **interesse público**, que gera a mutabilidade do contrato;
- obediência ao procedimento prévio de **licitação**, à exceção dos casos de contratação direta permitida nas hipóteses legais;
- presença de **cláusulas exorbitantes**, baseada na supremacia do interesse público, veiculado pela administração (NOHARA, 2014, p. 402, grifo do autor).

Algumas dessas características, as que são mais relevantes para a presente pesquisa, serão tratadas nos tópicos a seguir.

3.2.1.1.1 Supremacia do interesse público

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio que rege a Administração Pública, sendo a própria condição de existência das sociedades. Em razão disso, não há necessidade deste princípio estar positivado na Constituição. “O princípio em causa é um pressuposto de convívio.” (MELLO, 2015, p. 99)

Por certo, dos princípios que norteiam o Direito Administrativo decorrentes da dualidade entre o interesse do particular e o interesse público, o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seriam os ditos fundamentais (DI PIETRO, 2013, p. 64).

Pode-se entender nesse sentido que as ideias (ressalvadas as proporções e finalidades) defendidas por Rousseau (1762),²⁰ em sua obra “O Contrato Social”, são o corolário da supremacia do interesse público. Sendo assim, o interesse coletivo sobrepõe-se ao interesse individual na busca do bem comum. Nos atos administrativos e nas contratações públicas, por óbvio, isso não poderia ser diferente: o Estado em posição de superioridade na ambição de satisfazer da melhor forma possível o interesse público.

Explicitando a superioridade do Estado nos contratos administrativos, a Lei nº 8.666/93 trouxe as chamadas cláusulas exorbitantes, que impõem uma posição de superioridade da Administração frente ao particular contratado (BRASIL, 1993). Essas cláusulas serão analisadas a seguir.

3.2.1.1.2 Cláusulas exorbitantes

Os contratos celebrados entre particulares e os contratos administrativos, embora similares em sua concepção, pressupõem causas, motivos e finalidades diversas. Essa condição, aliada à posição de superioridade da Administração Pública, representante legítimo da vontade do povo, traz prerrogativas à Administração quando da celebração dos contratos administrativos, os quais estão imbuídos, por força de lei, de cláusulas que exorbitam os direitos dos particulares contratados (MEDAUAR, 2009).

Meirelles (2010, p. 217), definindo cláusulas exorbitantes, concentra esta visão generalista da seguinte forma:

Cláusulas Exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na

²⁰ A argumentação expressa neste parágrafo remete ao capítulo 6 do Livro I, da obra “O Contrato Social”, de Jean-Jacques Rousseau (1712-1718). Nele, em linhas gerais, o autor disserta sobre o período em que o homem passou a viver em coletividade, abandonando o estado de vida natural. Denota também que, neste momento, precisou ceder parte de sua liberdade para a agregação em que vivia, recebendo em troca segurança e condições igualitárias. Há, então, segundo ele, o pacto social; a busca pelo bem comum. Nesse sentido conforme afirma o autor, “todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros” (ROUSSEAU, 1999, p. 21).

execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõem sempre aos interesses particulares,

O art. 58 da Lei nº 8.666/93, como se pode notar, elenca as prerrogativas contratuais da Administração, as chamadas cláusulas exorbitantes, conforme segue:

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.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (BRASIL, 1993).

Constata-se, portanto, que as cláusulas exorbitantes estão relacionadas à exigência de garantia, à alteração unilateral do contrato, à rescisão unilateral do contrato, à fiscalização dos contratos, à aplicação de penalidades previstas na própria lei, à anulação ou autotutela do contrato, à retomada do objeto e às restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*²¹ (DI PIETRO, 2010).

Assim, pode-se aferir que as cláusulas exorbitantes são mecanismos, positivados em lei, que traduzem a supremacia do interesse público sobre o interesse privado na busca do interesse comum, sobrepujando direitos do particular em benefício da coletividade em geral.

3.2.1.1.3 Natureza intuitu personae

Realizando-se a tradução para a Língua Portuguesa da expressão latina *intuitu*

²¹ Nos contratos bilaterais, quando uma das partes não cumpre uma previsão contratual, a parte inadimplente dá ensejo a outra a também não fazê-la. Trata-se de “uma a exceção dilatatória, que tem qualquer figurante de contrato bilateral, para se recusar a adimplir, se não lhe incumba prestar primeiro, até que simultaneamente preste o figurante contra quem se opõe” (ROMANO, 2018).

personae, obtém-se “em consideração à pessoa”²². Logo, uma das características dos contratos administrativos é a de possuir natureza pessoal. Adentrando ao universo jurídico, De Plácido e Silva (2016, p. 448) explica que

os direitos que se geram dos contratos ou obrigações *intuitu personae*, em princípio são incedíveis ou intransferíveis. Mas, assim, se entendem os que se geram ou nascem em consideração de pessoa e, que somente possam subsistir em consideração dela. Em tal caso, não podem ser cedidos ou transferidos em condições idênticas. Daí a razão de sua incedibilidade.

Nesse sentido, parece elementar a presença do caráter personalíssimo nos contratos administrativos, visto que o processo licitatório exige condições de habilitação e de garantia pessoais, não podendo a Administração retroceder no momento da contratação. Sendo assim, a avaliação realizada durante o certame permite à Administração verificar se o vencedor possui totais condições de adimplir com suas obrigações. Quer dizer, de certa forma, a natureza *intuitu personae* do contrato administrativo vem a avalizar o processo licitatório e o interesse público (MARQUES NETO, 2000).

Não obstante, existem casos excepcionais em que a subcontratação é aceita pela Administração. Mas é imperativo que essa condição esteja devidamente prevista no edital convocatório (JUSTEN FILHO, 2000). Sobre essa exceção, Di Pietro (2010, p. 267) comenta que

[...] não é por outra razão que a Lei 8.666/93, em seu artigo 78, VI, proíbe a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedado a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato.

Assim, a natureza *intuitu personae*, presente nos contratos administrativos, se traduz em condição essencial nas contratações envolvendo a Administração Pública, havendo exceções pontuais previstas na própria legislação.

3.2.1.1.4 Mutabilidade

No Direito Privado, de maneira geral, os contratos são regidos pelo princípio *pacta*

²² Tradução do autor.

sunt servanda, que estabelece que o acordo entre as partes deve ser mantido no decorrer da execução contratual (o que foi pactuado é lei entre as partes). Nos contratos administrativos, em específico, de maneira diversa, existe a possibilidade de alterações de cláusulas contratuais em situações específicas e supervenientes à contratação, sempre em busca do interesse público.

Quanto à mutabilidade dos contratos administrativos, que decorre das cláusulas exorbitantes, Mello (2010, p. 529) assevera que

o chamado “contrato administrativo” apresenta duas categorias de cláusulas contratuais. Existem aquelas que versam sobre o desempenho das atividades de prossecução do interesse público e são denominadas de “regulamentares” ou “de serviço”. Além delas, há as cláusulas que asseguram a remuneração do particular e que são ditas “econômicas”. As primeiras podem ser unilateralmente alteradas pela Administração Pública; as outras, não. A Lei 8.666/93 reconheceu, de modo expresse, a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras à mutação imposta unilateralmente pela Administração.

No entanto, as alterações unilaterais das quais a Administração têm prerrogativa não podem ocorrer ao puro deleite e arbítrio do administrador, pois, se assim fosse, não haveria necessidade de um processo licitatório em que as condições para a contratação estivessem meticulosamente expostas no ato convocatório. Assim, as alterações unilaterais dos contratos devem ocorrer somente em razão de fatos supervenientes à contratação, devem ser devidamente motivadas e devem respeitar os direitos econômicos²³ do contratado, conforme previsão legal (JUSTEN FILHO, 2000).

3.2.1.1.5 Contrato de adesão

Em relação a esta característica do contrato administrativo, Justen Filho (2000, p. 507) explica o seguinte:

O conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório (ou outro ato em que se funde o contrato). Como já firmado, vigora o princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório. Por isso as regras do art. 55 são dirigidas antes ao elaborador do ato convocatório do que ao redator do instrumento contratual. O instrumento contratual não pode inovar o ato convocatório no tocante a condições essenciais para a licitação.

²³ Art. 58 da Lei nº 8.666/93, § 1º: “As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Di Pietro (2010 apud GERENT, 2011, p. 24), por seu turno, alude que o “procedimento licitatório possui um instrumento diligenciador, em uma reduzida visão, que oferta um objeto aos interessados, fixando-lhes as condições necessárias para a efetivação da contratação, findando o aceite com a apresentação da proposta à Administração. Dessa forma, os contratos administrativos são delimitados por cláusulas descritas unilateralmente pela Administração.

Assim, diferentemente da maioria das contratações realizadas entre particulares, em que há uma discussão plurilateral para a fixação das avenças contratuais, os contratos administrativos ressalvam o interesse público e preveem suas condições em minuta contratual, devidamente anexada ao edital convocatório. Sendo assim, o particular aceita essas condições no momento em que participa da licitação, ao apresentar sua proposta nos termos ali estipulados e sem poder inovar sobre o assunto.

3.3 DURAÇÃO DOS CONTRATO ADMINISTRATIVOS

Os prazos de duração e vigência dos contratos administrativos variam de acordo com o tipo de objeto/serviço contratado. Salienta-se que não é mister desta pesquisa adentrar na polêmica conceituação doutrinária envolvendo validade, vigência, duração e eficácia dos contratos administrativos, mas sim compreender em linhas gerais como a legislação regula este assunto.

A Lei nº 8.666/93, quanto à duração dos contratos administrativos, dispõe o seguinte:

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

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

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III - (Vetado).

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

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses (BRASIL, 1993).

Como se pode ver, a regra geral é que a duração do contrato está adstrita à vigência dos créditos orçamentários²⁴, sendo vedada a contratação com prazo indeterminado. Entretanto, existem exceções que serão tratadas a seguir.

A primeira delas diz respeito aos projetos contemplados no Plano Plurianual. É o caso, por exemplo, das grandes obras (construções de pontes, rodovias, barragens, etc.) que, por vezes, precisam ter seus prazos de entrega dilatados pela Administração. Nessas situações, a execução contratual atravessa o exercício financeiro, assim, merecendo previsão diferenciada quanto à sua duração (NIEBUHR, 2011).

A segunda exceção está relacionada aos serviços a serem prestados de forma contínua. Tais serviços podem ser prorrogados (em iguais e sucessivos períodos) por até 60 (sessenta) meses, visando sempre à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração. Também há previsão para a sua prorrogação excepcional (após sessenta meses), o que deve ser devidamente autorizada por autoridade superior, nos moldes do § 4º, do art. 57 da Lei nº 8.666/93 (NOHARA, 2014). São exemplos destas contratações os serviços de limpeza, manutenção de frota, fornecimento de alimentação, entre outros.

O aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática são a terceira exceção. Esses serviços podem ser prorrogados por até 48 (quarenta e oito) meses, podendo alcançar a duração de 60 (sessenta) meses, se prorrogados excepcionalmente.

A quarta e última exceção está relacionada aos casos de comprometimento da segurança nacional, de material padronizado para as Forças Armadas (mediante parecer), de

²⁴ Crédito orçamentário é a autorização da lei de orçamento para a execução de programa, projeto ou atividade ou para o desembolso de quantia comprometida a objeto de despesa, vinculando a uma categoria econômica e, pois, a um programa. Esses créditos vigoram até o fim do exercício financeiro em que foram constituídos, consoante o disposto no § 2º do art. 167 da Constituição Federal [...] (GASPARINI apud NOHARA, 2014, p. 408).

bens e serviços (produzidos ou prestados no país, que envolvam alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer) e de produtos e processos inovadores, de acordo com a Lei nº 10.973/2004. Em todos estes casos, a duração dos contratos é de até 120 (cento e vinte) meses, em havendo interesse da Administração (NOHARA, 2014).

Por fim, cabe ressaltar que as disposições contidas no art. 57 da Lei nº 8.666/93 relativas à duração contratual são afastadas nos casos de contratações de locação, de seguro e de financiamento em que a Administração Pública figura como parte, visto que em tais situações há a incidência de normas de Direito Privado.

3.4 RESCISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em se tratando de rescisão contratual, Irene Patrícia Nohara (2014) expõe que ela é uma das maneiras de extinção do contrato administrativo, o qual também pode ter o seu exaurimento pelo cumprimento do objeto contratado; pelo término do prazo ajustado; e por impossibilidade material ou jurídica do cumprimento do avençado.

Em relação à rescisão, a Lei nº 8.666/93, traz o seguinte:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
III - judicial, nos termos da legislação (BRASIL, 1993).

Desta forma, a legislação pátria impõe três formas de rescisão contratual, quais sejam: por ato unilateral da Administração, amigável e judicial. Sobre cada uma dessas formas, Caroline Rodrigues da Silva²⁵ esclarece que

a rescisão administrativa é a que resulta de ato unilateral da Administração. Trata-se de cláusula exorbitante e necessária em razão do regime jurídico administrativo aplicável aos contratos administrativos, nos moldes do que prescreve o art. 58, II, da Lei 8.666/93, que os disciplina.

A rescisão amigável decorre de razões de conveniência da Administração com aquiescência do contratado e somente poderá ser aplicada se demonstrado não haver prejuízo ao interesse público (aplica-se o princípio da indisponibilidade do interesse público).

A rescisão judicial, por fim, decorre de decisão do Poder Judiciário, em face de ação proposta por aquele que tiver interesse e direito à rescisão.

²⁵ Disponível em: https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=129. Acesso em: 20 nov. 2019.

A rescisão do contrato administrativo vincula-se às hipóteses e meios tratados na legislação, exigindo-se, para sua formalização, a demonstração, em processo próprio, dos motivos fáticos e jurídicos que a ensejam, acompanhada da devida justificativa e motivação.

Já as hipóteses de rescisão contratual estão elencadas no art. 79 da Lei nº 8.666/93. Relevante mencionar que o parágrafo único deste artigo alude que “os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa” (BRASIL, 1993). Das hipóteses descritas, destaca-se que as previstas nos incisos I a XI e no inciso XVIII remetem ao inadimplemento imputável ao contratado; já as especificadas nos incisos XII a XVI remetem a condutas da Administração. A hipótese do inciso XVII remete a caso fortuito ou de força maior, portanto, não decorre de inadimplemento de nenhuma das partes (JUSTEN FILHO, 2010).

Mello (2015) menciona outra forma de extinção do contrato administrativo, não prevista em lei. Segundo o autor, ela ocorre quando a Administração verifica que a constituição da relação foi realizada de forma inválida. Assim, caso não caiba convalidação do ato, a invalidação deste deverá ser procedida mediante processo regular com ampla defesa, tal qual ocorre nos casos de rescisão unilateral.

Calha salientar que apesar de a maioria dos casos de rescisão contratual sobrevir de culpa do contratado, existem situações em que a Administração dá causa à rescisão, assim não podendo ela se abster de suas responsabilidades nesses casos.

3.4.1 Sanções administrativas

A Administração Pública possui a prerrogativa de aplicar sanções ao particular contratado em caso de inexecução total ou parcial do ajuste (comprovada sua culpa), bem como em outros casos previstos na Lei nº 8.666/93. Abaixo, segue o artigo 87, que elenca as sanções a serem empregadas:

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.

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).

Muito embora a Administração possua a prerrogativa de rescindir unilateralmente os contratos decorrentes das faltas elencadas nos incisos I, XII e XVII do art. 78 da Lei nº 8.666/93, existe a necessidade de instauração do devido processo administrativo para, ao seu término, impetrar esse feito. Tal medida se faz necessária para que as formalidades previstas na própria lei sejam cumpridas, para prezar pela observância dos princípios gerais que regem a Administração Pública e para oportunizar ao contratado o direito à ampla defesa, reconhecido pela Constituição Federal. Ao término do processo administrativo por inadimplência, observados os prazos e as formalidades legais, e sendo atribuída culpa à contratada, a Administração deverá punir a empresa inadimplente com as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 de acordo com a gravidade da falta, usando critérios definidos na própria lei e em normatizações institucionais²⁶ (portarias e decretos), sempre prezando pela proporcionalidade e pela razoabilidade (NIEHBUR, 2011).

²⁶ No estado de Santa Catarina, o Decreto Estadual nº 2.617/2009, dentre outras instruções relacionadas à licitação e aos contratos administrativos, traz orientações para a aplicação das sanções.

4 ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Após a compreensão das principais questões e peculiaridades relacionadas aos contratos da Administração, fez-se possível ingressar na temática de fiscalização contratual.

Primeiramente, entretanto, achou-se imprescindível apontar a diferença entre gestão e fiscalização contratual, para em um segundo momento identificar as atribuições do fiscal de contratos da Administração, buscando-se sua previsão legal, bem como os conceitos e as interpretações de doutrinadores e juristas sobre o tema. Para tanto, foi preciso fazer o regresso de conceitos já apontados nos capítulos anteriores, bem como referência a manuais, portarias, decretos e normas de instrução que regulam o assunto.

Por fim, dividiu-se os contratos em categorias, verificando-se atuações e procedimentos específicos relacionados a cada uma delas.

4.1 GESTÃO E FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

Antes de tratar sobre as atribuições inerentes ao fiscal de contratos da Administração, é de suma importância conhecer quem é este profissional, diferenciando-o do gestor de contratos.

Nesse sentido, segundo Léo da Silva Alves (2004), a gestão contratual está voltada para questões eminentemente administrativas, como incidentes relativos a pagamentos; situações de reequilíbrio econômico-financeiro e reajustes; questões envolvendo controle de prazos de prorrogação e questões documentais. Já a fiscalização dos contratos envolve aspectos pontuais e técnicos, e será exercida por um profissional designado, como preceitua a lei, o qual cuidará de cada contrato. Assim, enquanto na gestão tem-se uma visão macro, na fiscalização a visão é mais pontual.

Ainda quanto à distinção das funções de gestor e de fiscal, tem-se que

o fiscal deve auxiliar o gestor quanto à fiscalização do contrato. No entanto, ao contrário deste, não possui poder decisório. Assim, caso o fiscal identifique vícios ou irregularidades na execução contratual, deverá comunicar ao gestor. O gestor, por outro lado, desempenha atividades administrativas, que podem ser realizadas por um servidor, comissão ou setor. A sua função consiste em coordenar toda a execução do contrato, que engloba inclusive o monitoramento e a orientação do fiscal. É responsável, por exemplo, por analisar (e decidir) sobre os pedidos de aditamentos contratuais, abertura de processo sancionatório, entre outros (LIMA, 2016).

Destas conceituações, resta latente que a função de fiscal de contratos deve ser designada, preferencialmente, a alguém que tenha familiaridade com o objeto contratado. Por exemplo, em uma obra de engenharia, um engenheiro; em serviços de informática, um profissional de Tecnologia de Informação (TI) ou de área correlata; em serviços de limpeza, um administrador; e assim por diante.

Tratadas as conceituações e considerações iniciais sobre o tema, buscou-se então esclarecer sobre o regramento legal envolvendo o assunto. Nesse aspecto, a Lei nº 8.666/93 traz considerações sobre a fiscalização contratual em seu art. 67:

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 (BRASIL, 1993).

Vê-se, assim, que a nomeação de um fiscal por parte da Administração não é mera faculdade, mas sim uma imposição legal.

Ainda se tratando das diferenças, para Fábio Caetano Freitas de Lima (2016), a própria lei faz distinção entre as funções de gestor e fiscal contratual, pois alude que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada [...], portanto existem duas funções não explícitas, mas subentendidas: a de gestor (acompanhar) e a de fiscal (fiscalizar).

4.2 FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

Verificadas as diferenças entre gestor e fiscal de contratos, recorre-se à Lei nº 8.666/93 para examinar a previsão legal acerca das atribuições e responsabilidades do fiscal de contratos. Em seu art. 67, como se pode notar, elas estão devidamente previstas:

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).

Do exposto, constata-se que a Lei nº 8.666/93 não menciona em pormenores quais são as atribuições do fiscal de contratos, até porque isso seria um feito impossível, tendo em vista

a imensa quantidade de objetos contratuais e de tipos (modalidades) de contratos existentes. Percebe-se, entretanto, que é obrigação do fiscal de contratos registrar ocorrências relacionadas à execução contratual, bem como determinar o saneamento das irregularidades observadas na execução dos serviços e no objeto ao contratado. Dito isso, salienta-se que as decisões que ultrapassem sua esfera de atribuição deverão ser comunicadas a seus superiores.

Consoante o art. 69 da Lei nº 8.666/93, o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. Caso não haja o atendimento das determinações emanadas pelo fiscal do contrato, constitui-se motivo para a rescisão, conforme disposto no art. 78, inciso VII²⁷, da Lei nº 8.666/93 (NOHARA, 2014).

Nesse sentido, Niebuhr (2011, p. 762) traz considerações pertinentes acerca da atuação do fiscal de contratos e da complexidade de suas atribuições:

A atribuição de fiscal de contrato é, como o próprio nome revela, fiscalizar a sua execução, verificando se o contratado cumpre as suas obrigações à risca. Essa atividade, de fiscalização, é extremamente complexa, requerendo da pessoa designada para tanto experiência e amplos conhecimentos, em várias áreas de atuação.

Se o fiscal, na forma do prescrito no §1º do artigo 67 da Lei nº 8.666/93, percebe que o contratado está descumprindo suas obrigações, ele deve anotar suas irregularidades, todos os acontecimentos e determinar que execute a avença adequadamente. Em paralelo a isso, o fiscal deve manter informada a autoridade competente ou a que lhe seja superior, segundo a organização interna de cada órgão ou entidade, de todos os acontecimentos, diligenciando para que sejam tomadas e aplicadas as medidas cabíveis.

Cabe ressaltar que da mesma forma que a Administração nomeia um representante para o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato, o contratado, em conformidade com o art. 68 da Lei nº 8.666/93, deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato (NOHARA, 2014). Também é possível, de acordo com o art. 67, *caput*, da Lei nº 8.666/93, a contratação de um assistente para auxiliar o fiscal de contratos nos casos em que a especificidade técnica do objeto supere os limites de atuação e o conhecimento do fiscal contratual (JUSTEN FILHO, 2000).

²⁷ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...]VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores” (BRASIL, 1988)

4.2.1 Recebimento do objeto contratado

O recebimento dos objetos contratados pela Administração é um dos momentos mais importantes da execução contratual e requer bastante cuidado por parte do agente designado para tal, uma vez que na maioria dos casos a obrigação da contratada se encerra nesse momento. Quanto ao recebimento de produtos e serviços, a Lei nº 8.666/93 assim dispõe o seguinte:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

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

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

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

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

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

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

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

Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:

I - gêneros perecíveis e alimentação preparada;

II - serviços profissionais;

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

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

Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (BRASIL, 1993).

Percebe-se que o legislador tratou de maneira aprofundada a questão do recebimento do objeto contratado, diferenciando-a em recebimento de obras e serviços e em recebimento de compras ou locações de equipamentos. Esse tratamento meticuloso revela a importância

dada ao tema em relação à cautela que a Administração deve possuir no recebimento adequado dos bens contratados.

Com a leitura do art. 73, I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93, verifica-se que o legislador incube ao fiscal de contratos, nos casos de obras e serviços, o recebimento provisório do objeto, mediante termo circunstanciado; todavia, o recebimento definitivo deve ser procedido por servidor ou comissão²⁸ designada pela autoridade competente. No entanto, em algumas situações, o servidor incumbido da fiscalização contratual é a mesma pessoa responsável pelo recebimento definitivo do objeto, algo que é possível, de acordo com a legislação. Entretanto, Nessa situação em específico, o recebimento definitivo pelo fiscal de contratos, caso este não possua designação formal para tal, não deve ocorrer (NIEBUHR, 2011).

Como visto no art. 74 da Lei nº 8.666/93, existem possibilidades de se dispensar o recebimento provisório. Acerca do tema, Justen Filho (2000, p. 574) ensina o seguinte:

A lei alude que, no inc. I, a bens de consumo ou utilização imediata. É materialmente impossível promover exames posteriores, pois a demora acarretará o perecimento dos bens.

Também se exclui o recebimento provisório em casos de serviços profissionais. Esses serviços envolvem atuação respaldada pela credibilidade e autoridade de seu autor. Usualmente, sequer envolvem a transferência de coisas para o âmbito da Administração Pública. É inviável promover a experimentação ou exame do conteúdo da prestação exercida pelo profissional.

A terceira hipótese envolve obras e serviços de valor relativamente reduzido, em que testes e verificações seriam antieconômicos. Ressalva-se a hipótese em que os objetos exijam verificação acerca de funcionamento e produtividade.

O autor ainda assevera que a dispensa de recebimento provisório não isenta a Administração de verificar a procedência e a qualidade dos produtos, examinando adequadamente o objeto recebido e o rejeitando se preciso. Ademais, em todas as hipóteses elencadas neste inciso, o recebimento se dará mediante recibo.

Nos casos de compras ou de locações de equipamentos, há a previsão para o recebimento mediante termo circunstanciado. Os prazos para o recebimento devem ser observados no instrumento contratual, já que a lei não os prevê. Ainda, caso o equipamento tenha valor superior ao previsto no art. 15, § 8º, da Lei nº 8.666/93, deverá ser recebido por comissão designada para tal (BRASIL, 1993).

Algumas considerações acerca das responsabilidades das partes, no que concerne ao

²⁸ Cabe destacar que a Lei nº 8.666.93, em seu art. 15, § 8º, aduz que “o recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 desta lei, para a modalidade de convite, deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros” (BRASIL, 1993).

recebimento provisório, devem ser feitas. Nesse aspecto, Niebuhr (2011, p. 773) assevera que “a partir do recebimento provisório a Administração é responsável pela guarda e conservação do objeto do contrato, afastando qualquer responsabilidade do contratado”. Essa condição repercute na impossibilidade de se consumir ou utilizar o objeto no período compreendido entre o recebimento provisório e o recebimento definitivo.

Quanto à rejeição do objeto contratado, prevista no art. 76 da Lei nº 8.666/93, Justen Filho (2000, 575) comenta que

a Administração não pode receber, por liberalidade, objeto que não seja perfeito, pois não está investida de “liberalidade”. Por isso, há o dever de rejeitar, total ou parcialmente, a prestação defeituosa.

A aceitação de prestação defeituosa caracteriza falta grave do agente administrativo e poderá acarretar, inclusive, sua punição penal.

A prestação poderá ser rejeitada não apenas se estiver em desacordo com o contrato. Ainda que inexistente contradição com o contrato, caberá a rejeição se o conflito se impuser com padrões e normas técnico-científicas. Tais padrões são inerentes ao desempenho da prestação, sendo dispensável sua expressa alusão no contrato.

A Lei não estabelece prazo para a rejeição, o qual deverá ser fixado nos termos da interpretação defendida para o art. 73.

Assim, quando do recebimento definitivo do objeto contratado, há a expressa concordância por parte da Administração de que houve o adimplemento das obrigações pelo contratado. Dessa forma, o agente público designado para o recebimento do objeto contratado deve alisá-lo e prezar pela fiel observância do que foi especificado e aventado em contrato; em caso de falhas e defeitos, deve recusá-lo, sob pena de responsabilização.

4.2.2 Principais atribuições do fiscal de contratos da Administração

Tecidas considerações importantes sobre gestão e fiscalização contratual, atribuições do fiscal e recebimento dos objetos contratados, buscou-se então identificar as principais atribuições dos principais contratos celebrados na PMSC, quais sejam: contratos de recebimentos de bens e serviço²⁹, contratos de prestação de serviços continuados (terceirizados), contratos de locação de imóveis e contratos de obras e serviços de engenharia.

4.2.2.1 Fiscalização de contratos de fornecimento de bens e produtos

Neste tipo de contratação, o interesse público recai prioritariamente sobre a qualidade

²⁹ Esses contratos são denominados de contratos de execução instantânea ou de escopo (JUSTEN FILHO, 2010).

do bem a ser recebido pela Administração, que deve observar em minúcias se o objeto está de acordo com as especificações contidas no contrato.

Também é necessário prezar pelo recebimento dentro do prazo, verificando se as quantidades (valores unitários) estão em conformidade com o que foi pactuado. Do mesmo modo, as condições de armazenamento do produto e de instalação, quando exigidas no contrato, devem ser checadas. Em relação à garantia técnica do produto, é importante que o fiscal tenha conhecimento dos prazos de garantia e que acione, de imediato, a contratada para que esta efetue os devidos reparos nos casos em que o bem ou equipamento apresente falhas (FEUSP, 2019).

Justen Filho (2012, p. 511) comenta sobre a fiscalização quanto ao recebimento do objeto:

A prestação executada pelo particular deverá, obrigatoriamente, ser examinada e sujeita a exame para verificação de sua compatibilidade com o contrato e com as normas técnicas adequadas. Significa que a simples tradição da coisa não importa a aceitação da Administração, à qual incumbe adotar todas as cautelas necessárias para evitar recebimento de objetos defeituosos.

Assim, muito embora a legislação não determine que o recebimento do objeto contratado é uma atribuição do fiscal de contratos, em várias situações ele também será designado para este fim, portanto, lhe competindo realizar as tarefas citadas de forma eficiente.

4.2.2.2 Fiscalização de contratos de serviços continuados

Nos contratos de prestação de serviços executados de forma contínua, o interesse público e da Administração se perpetuam ao longo do tempo. Essa condição exige um esforço redobrado por parte do fiscal, visto que deverá manter contínua vigilância na execução das avenças contratuais, prezando pela fiscalização qualitativa e quantitativa dos serviços prestados (FEUSP, 2019).

Outro fator de extrema relevância a ser observado está relacionado ao cuidado que o fiscal de contratos tem de tomar para não criar vínculos (pessoais e de subordinação) com os servidores da empresa contratada. Esses vínculos são de caráter empregatício e não podem existir na relação entre o fiscal e o servidor contratado (FEUSP, 2019). Além disso, devem ser adotadas precauções relacionadas à fiscalização do recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários por parte do contratado, conforme previsto na Lei nº 8/666/93:

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

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

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#) (BRASIL, 1993).

Relevante citar que, em relação aos encargos trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) se manifestou de forma diversa ao previsto no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC – 16, em 24.11.2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8.666.93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização da atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado como o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada na omissão culposa do ente público, ante a constada inadimplência do contrato no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face de culpa *in vigilando* [...] (NOHARA, 2014, p. 419).

Logo, seguindo a orientação deste tribunal, compete à Administração o dever de fiscalizar os recolhimentos dos encargos trabalhistas e previdenciários da contratada, sob pena de responder subsidiariamente por aqueles e solidariamente por estes. Da mesma maneira, verificar na nota fiscal se houve o recolhimento desses encargos na hora do recebimento (aceite) do serviço seria uma boa maneira de fiscalizar a regularidade da empresa em relação a essa questão. Outra possibilidade seria a de se exigir certidão, emitida pelo órgão responsável, que comprove a regularidade da empresa.

4.2.2.3 Fiscalização de contratos de locação de imóveis

Os contratos de locação de imóveis celebrados entre a Administração e particulares têm origem, quase sempre, de uma dispensa de licitação³⁰. Contratos da Administração que são, na espécie de contratos privados da Administração, além de seguirem os ditames da Lei

³⁰ Art. 24, X, da Lei nº 8.666/93: “É dispensável a licitação: [...] X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia” (BRASIL, 1993).

nº 8.666/93, adotam normas de Direito Privado, Lei nº 8.245/91³¹.

Há duas possibilidades lógicas de a Administração Pública ser parte em uma contratação de locação de imóveis: na primeira, ela figura como locadora, disponibilizando um imóvel a um particular; e na segunda, um particular aluga um imóvel para Administração para o funcionamento de algum serviço necessário, portanto, esta atua como locatária (BORGES, 1995). Para a presente pesquisa, será abordado apenas o segundo caso, mais comum de acontecer.

Tendo em vista a incidência de normas de Direito Privado neste tipo de contratação, relevante se fez identificar os principais institutos de Direito Público (Lei nº 8.666/93) e de Direito Privado presentes nesses contratos. Iniciou-se por aquelas.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 62, § 3º, inciso I, versa sobre o tema:

[...]

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

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado (BRASIL, 1993).

Alice Gonzalez Borges (1995, p. 79) bem explica o acima exposto:

Quanto à enumeração das cláusulas essenciais do contrato, conforme o que dispõe o art. 55 da Lei, cabem algumas necessárias adaptações.

Se, como já referimos, o Estado, mesmo ao celebrar contratos que se dizem predominantemente regidos pelo direito privado, não pode despojar-se das sujeições e limitações que lhe são impostas pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, então são imperativas as cláusulas relativas aos incs. V (Indicação dos créditos orçamentários pelos quais correrá a despesa), XI (vinculação contratual ao edital ou convite da licitação. bem como aos termos da proposta vencedora). XII (menção expressa da legislação aplicável ao ajuste).

Relativamente às cláusulas pertinentes ao preço, condições de pagamento, critério, data-base e periodicidade do reajustamento e critérios de atualização monetária das obrigações, efetivamente são as mesmas necessárias e até imprescindíveis no contrato [...]

Na parte relativa à duração do contrato (inc. VI) e das garantias oferecidas pelo locatário (inc. VII), há de prevalecer a legislação civil aplicável às locações, já que tais dispositivos não foram expressamente destacados pelo art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93, e, evidentemente, não se adaptariam às peculiaridades do contrato de locação.

Quanto às prerrogativas estabelecidas no art. 58, em princípio não teriam lugar em um contrato regido pelo direito privado. Mas, como a Lei diz que elas serão obedecidas “no que couber”, e em homenagem àqueles que enxergam no multicitado dispositivo legal um deliberado propósito do legislador no sentido de publicizar o contrato de locação, procuremos descer à interpretação de cada um dos seus incisos: 79 Inc. I - modificação unilateral do ajustado, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

³¹ Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Parece-nos que, efetivamente, pode haver casos em que a Administração se veja na contingência de alterar o ajuste, unilateralmente, se efetivamente ocorrer uma relevante necessidade de interesse público. Pois, indubitavelmente, a Administração Pública não é um locatário comum, tem necessidades e peculiaridades que não poderiam estar previstas em legislação especial direcionada para outras realidades.

Percebe-se que as cláusulas exorbitantes, relacionadas à supremacia do interesse público sobre o interesse privado são mantidas neste tipo de contrato, inclusive tendo a Administração a prerrogativa de rescindir unilateralmente a avença em caso de interesse público devidamente fundamentado e motivado. As cláusulas essenciais previstas na Lei nº 8.666/93, excetuando as relacionadas à garantia e à duração do contrato (que não tem aplicabilidade para este tipo de contrato), também estão presentes. Em relação aos prazos de duração contratual, algumas considerações serão trazidas mais adiante.

Visto a abrangência da aplicação da Lei nº 8.666/93 nos contratos de locação com a Administração Pública, recorreu-se à Lei nº 8.245/91 para verificar seus principais pontos de incidência. O art. 23 desta lei traz as obrigações do locatário, que devem ser observadas pela Administração quando da locação de imóvel. Nesse sentido, Borges (1995, p. 82) comenta o seguinte:

[...] impõem-se, amplamente, à Administração, como locatária, os deveres e as responsabilidades por encargos, prescritos pelo art. 23, I a XII, e § 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.245/91: a possibilidade de interposição, contra a mesma, da ação revisional dos aluguéis pelo locador (art. 19): como, também, em geral, contra a mesma cabem as ações de despejo previstas na lei.

Em relação aos prazos de prorrogação destes tipos de contratos, Niebuhr (2015, p. 229) explica que

os contratos de locação firmados pela Administração Pública não se sujeitam às restrições temporais entabuladas no art. 57 da Lei nº 8.666.93 [...] Ocorre que, pela natureza do contrato de locação, a aplicação das regras do art. 57 da Lei 8.666.93 importaria sérios inconvenientes ao interesse público. Na verdade, além de inconveniência, há situações em que as referidas regras são mesmo incompatíveis com o interesse público.

O Tribunal de Contas da União (apud FERNANDES, 2016, p. 330) tem o seguinte entendimento:

- a) não se aplicam aos contratos de locação as limitações de prazo do art. 57 da Lei 8.666.93;
- b) embora a Lei de locação – que é aplicável ao caso, Lei nº 8.245.91 – permita a prorrogação por vigência indeterminada, o TCU recomenda que sejam as prorrogações objeto de aditivos contratuais específicos;

- c) para cada aditivo deverá ser estabelecido o prazo – e o TCU corretamente não fixou, nem poderia fazê-lo;
- d) esse prazo deve assegurar para a Administração a condição mais vantajosa.

Assim, diante da peculiaridade dos contratos de locação, os quais incidem em sua abrangência normas de Direito Público e Privado, parece bastante razoável que o gestor público designe, para o papel de fiscal deste contrato, servidor com conhecimento na área jurídica (preferencialmente Direito ou Administração). Esse fiscal deverá estar ciente das cláusulas contratuais presentes na avença, bem como possuir familiaridade com a Lei nº 8.245/91. Sua atenção deverá recair principalmente nas obrigações do locador e do locatário, previstas nesta lei; sobre os prazos de renovação, que devem ser comunicados com antecedência ao gestor contratual; e nas questões atinentes ao recebimento e entrega do imóvel.

4.2.2.4 Fiscalização de contratos de obras e serviços de engenharia

As obras e os serviços de engenharia, por sua complexidade e especificidade técnica, certamente requerem uma elevada capacitação técnico-profissional do agente público designado para a fiscalização contratual, o qual, na maioria das vezes, deverá ser um engenheiro.

O Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos da FEUSP³² (2019, p. 15), conforme se pode ver, traz as principais atribuições deste fiscal:

Nestes contratos dispõe-se de vários documentos para conhecer os detalhes do objeto: planilha de custos unitários, cronograma físico-financeiro, Memorial Descritivo, Projeto Executivo, plantas e o próprio contrato.

Com relação aos operários da obra, é necessária a verificação do cumprimento de seus direitos trabalhistas e previdenciários, e das normas de segurança no trabalho, pela Contratada.

Durante a execução do serviço ou obra, deve ser verificado ainda, o cumprimento das etapas e dos prazos pactuados e se os materiais empregados têm as especificações corretas. Deve ainda ser analisado o cumprimento das normas técnicas da ABNT.

Em caso de falhas, o ordenador de despesas deve ser comunicado, sendo que esta comunicação deve estar instruída de fotos, quando houver. A Contratada deve ser notificada para resolver os problemas, sob pena de aplicação das sanções cabíveis. O mesmo procedimento deve ser adotado se o problema for constatado após o término do contrato, porém, durante a vigência do prazo de garantia técnica.

Percebe-se que uma das peculiaridades deste tipo de contratação (além da fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas e previdenciários dos operários das obras) é a

³² Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo.

necessidade de fiscalização da observância, por parte da contratada, ao acatamento das normas de segurança do trabalho.

Inclusive, dada a complexidade e relevância dessa fiscalização, os estados e tribunais confeccionam manuais de fiscalização de obras e serviços de engenharia no intuito de orientar os agentes públicos nomeados para esse fim. Como bons exemplo destes manuais, estão: Recomendações Básicas para Contratação e Fiscalização de Obras e Serviços e Edificações Públicas (TCU, 2014); Manual Orientativo de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia CGE PB (CGE PB, 2014); Manual de Licitações e Contratos de Obras Públicas (SC, 2016).

Por fim, importante mencionar que é de bom alvitre e bastante apropriada a nomeação dos mesmos profissionais que confeccionaram o projeto básico e/ou o projeto executivo da obra para desempenharem a função de fiscalização de contrato de obras e serviços de engenharia, podendo a Administração recorrer à contratação de auxiliar, conforme previsto em lei, para subsidiar o fiscal contratual em questões que fogem sua capacidade técnica.

4.3 PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELOS FISCAIS DE CONTRATOS NA PMSC

Diante de tudo o que foi exposto até o momento, percebe-se que a principal atribuição do fiscal de contratos da Administração (por conseguinte da PMSC), independentemente do tipo de contrato fiscalizado, é o acompanhamento da execução contratual, observando se as ações e os serviços realizados pelo contratado estão de acordo com os termos pactuados.

Para tanto, é importante que o policial militar designado para este fim registre as alterações percebidas em assentamento próprio e comunique eventuais irregularidades ao preposto da contratada para os devidos saneamentos, em conformidade com o art. 67 da Lei nº 8.666/93. Caso isso não ocorra, o fiscal deverá comunicar a autoridade imediatamente superior (via cadeia de comando) para que esta adote as providências pertinentes.

Destaca-se que no desiderato de auxiliar o trabalho desses profissionais, foram elaborados, a partir de consulta de manuais³³ de fiscalização contratual, algumas peças essenciais que integram o caderno de registro do fiscal de contratos. Essas peças encontram-se como apêndice desta pesquisa, sendo elas: “Termo de Abertura e de Encerramento de Caderno de Fiscalização Contratual; Termo de Comunicação de Inadimplência Contratual e Caderno de Registro de Ocorrências.”

³³ As principais informações das peças do caderno de registro contratual foram extraídas do Manual Básico de Licitações e Contratos: principais aspectos da fase preparatória (2016) do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/licitacoes_contratos.pdf. Acesso em: 2 dez. 2019.

5 CONCLUSÃO

Denota-se que a complexidade dos processos e atos da Administração em relação às compras públicas, consubstanciados no modelo burocrático de gestão, cria barreiras e empecilhos para o administrador público na busca de uma prestação de serviço eficiente. Essa realidade dura e engessada, mas ainda necessária, enverniza a essência competitiva do processo licitatório, que tem por finalidade o bem comum, repercutindo de maneira significativa no momento da execução e da fiscalização contratual.

A presente pesquisa preocupou-se em buscar elementos legais e normativos, por meio de revisão bibliográfica em obras de renomados doutrinadores e juristas, para compreender a missão do fiscal de contratos da Administração na PMSC. Dessa forma, o trabalho foi estruturado de maneira lógica e sistêmica, tratando-se, nesta ordem, dos seguintes temas: aquisição de bens e serviços na Administração Pública, contratações públicas e, por último, as atribuições e os procedimentos do fiscal de contratos da Administração.

Após exposição dos métodos utilizados na pesquisa, buscou-se compreender o que é a licitação pública, apresentando-a em um breve histórico e trazendo suas origens no Brasil até o momento em que este instituto alcançou sua positivação na Constituição de 1988. Já no topo do ordenamento jurídico pátrio e estando a licitação inserida nas principais demandas do gestor público, buscou-se identificar os princípios que regem a Administração Pública positivados na Constituição Federal.

Dando continuidade à pesquisa, vislumbrou-se a licitação como um processo administrativo, portanto, devendo seguir os princípios da Administração Pública e os princípios gerais da licitação previstos na Lei nº 8.666/93. Pôde-se, também, compreender o processo licitatório contendo vários momentos abrangidos por duas grandes fases: a interna e a externa. Na primeira, a Administração identifica a necessidade de um objeto (bem ou serviço), verifica a adequação de demanda do objeto no mercado, constata a admissibilidade orçamentária e, posteriormente, especifica o objeto; já na segunda fase, há a publicação do edital, o certame licitatório (em alguma de suas modalidades e de seus tipos), a contratação e, por fim, a execução contratual.

Alcançando à contratação pública, momento posterior à homologação, à adjudicação e à publicação da licitação, constatou-se a diferença existente entre os contratos de Direito Privado e os contratos da Administração, gênero em que os contratos administrativos são sua espécie. Adiante, analisou-se as principais características desses contratos, as quais em sua grande maioria são de correntes da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Também constatou-se a total vinculação dos contratos administrativos à lei; os principais tipos de contratos e suas durações; os casos de rescisão contratual; as possíveis sanções impostas à contratada em caso de inadimplência contratual; e as questões atinentes à responsabilização civil e administrativa.

Construído todo esse arcabouço de informações, foi possível, no quinto capítulo desta pesquisa, alcançar a temática relacionada às atribuições e aos procedimentos do fiscal de contratos da Administração no âmbito da PMSC, objetivo geral do trabalho. Neste momento, expôs-se as principais diferenças entre gestor e fiscal de contratos e constatou-se que a Lei nº 8.666/93 traz expressamente, em sua redação, que o administrador público possui o dever de designar um representante da Administração para a fiscalização dos contratos, o qual, por sua vez, deve acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços contratados. Além disso, que esse profissional tem a obrigação de registrar as principais ocorrências em livro próprio, e, caso sobrevenham irregularidades, deverá comunicá-las à contratada, por intermédio do preposto, para que os vícios sejam sanados. Caso não logre êxito nesse fim, o fiscal tem por obrigação participar os fatos à autoridade superior.

Dada a vasta quantidade de objetos contratuais existentes, dividiu-se, didaticamente, os contratos firmados com a PMSC em quatro categorias, quais sejam: contratos de fornecimento de bens e produtos, contratos de serviços continuados, contratos de locações de imóveis e contratos de obras e serviços de engenharia. Feito isso, foi possível identificar as principais atribuições e os procedimentos a serem seguidos pelo fiscal de contratos em cada uma dessas situações, concluindo-se que, diante da ampla diversidade de contratos existentes, cabe ao administrador público designar o fiscal contratual de acordo com as especificidades técnicas de cada objeto, podendo, ainda, contratar um terceiro para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes para o desempenho de sua função.

Com todo o exposto, considera-se que o objetivo geral e os objetivos específicos desta pesquisa foram cumpridos, uma vez que foram identificados os procedimentos legais para a aquisição de produtos e contratação de serviços no âmbito da PMSC, buscando os elementos principiológicos, constitucionais e infraconstitucionais que norteiam e compõem este processo; foram descritos os contratos administrativos e os contratos de Direito Privado, identificando-se na legislação e na doutrina os conceitos, as características e peculiaridades que os fundamentam; foram identificados quais são os principais tipos de contratos firmados pela PMSC; e analisados os procedimentos e as atribuições do fiscal de contratos da Administração no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina, identificando na legislação vigente, bem como em decretos, portarias e manuais, o que é exposto sobre o tema.

Por fim, faz-se relevante mencionar que este estudo não teve a pretensão de esgotar o tema, mesmo porque ele é denso e cheio de desdobramentos. Como sugestão para pesquisas futuras, indica-se o aprofundamento das atribuições específicas do fiscal de contratos na PMSC, relacionadas a cada tipo de contrato presente na instituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. Gestão e fiscalização de contratos públicos. *Revista do TCU – Revista do Tribunal de Contas da União*. n. 102. out./dez. 2004.

BORGES, Alice Gonzalez. **A Administração Pública como locatária**. *Revista Direito Administrativo*. n. 201, p. 71-87. Jul. Set. Rio de Janeiro, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12462.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.** Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da licitação.** 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAVES, Luiz Claudio Azevedo. **Licitação pública:** compra e venda governamental. Para leigos. Rio de Janeiro: Altas Books, 2016.

COSTA, Alexandre Henriques da. **Manual do procedimento disciplinar:** teoria e prática. São Paulo: Suprema Cultura, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Direito administrativo. Licitações e contratos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v IV, 2013.

_____. **Direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 10. ed. rev, atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FORTES JUNIOR, Cléo Oliveira. **Breve história das licitações no Brasil.** In: Fortes Junior - Licitações. [s.l], 21 fev. 2017. Disponível em: <http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/>. Acesso em: 12 out. 2019.

Manual de gestão e fiscalização de contratos. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo - FEUSP, 2019. Disponível em: <http://www4.fe.usp.br/wp-content/uploads/feusp/manual-gestao-de-contratos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

GERENT, Fabiano Comelli. **Análise do processo administrativo por inadimplemento contratual da Polícia Militar de Santa Catarina.** 2011. 130 f. Monografia (Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da Polícia Militar de Santa Catarina com especialização *lato sensu* em Administração de Segurança Pública) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar:** como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GONSALVES, Elisa Pereira. **Iniciação à pesquisa científica.** 3. ed. Campinas: Alínea, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993.** 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. ver, ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIMA, Fábio Caetano Freitas de. **O papel do fiscal no âmbito do contrato administrativo**. Direito Administrativo. 18 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47812/o-papel-do-fiscal-no-ambito-do-contrato-administrativo>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 13. ed. rev e atual., 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Licitação e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos anotada**. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros: 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: comentários, doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARQUES NETO, Floriano P. Azevedo. Algumas notas sobre o caráter pessoal dos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 4, 2000.

MIRANDA, Maria Bernardete. Teoria Geral dos Contratos. **Revista virtual Direito Brasileiro**. v. 2, n. 2, 2018. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- PEREIRA, Bárbara Chaves. **Vantagens e desvantagens do pregão na Administração Pública**. 2014. 51 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública) - Instituto A Vez do Mestre, Rio de Janeiro, 2014.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROMANO, Rogério Tadeu. **A exceptio non adimpleti contractus**. nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68795/a-exceptio-non-adimpleti-contractus>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Princípios do direito político. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**. O impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atual. Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. **Princípios gerais e específicos da licitação**. Âmbito jurídico – o seu portal jurídico na internet, São Paulo, 1º mar. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/principios-gerais-e-especificos-da-licitacao/>. Acesso em: 25 out. 2019.

APÊNDICE A

ESTADO DE SANTA CATARINA
POLÍCIA MILITAR
1ª REGIÃO DE POLÍCIA MILITAR

LIVRO DE REGISTROS**TERMO DE ABERTURA**

Aos tantos dias do mês ____ de dois mil e ____, em conformidade com o disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/93, faço a abertura do presente livro, contendo ____ folhas, o qual se destinará a registrar irregularidades encontradas por ocasião do acompanhamento e da fiscalização do Contrato nº ____ (referente ao Proc. nº _____), que dispõe sobre _____ (descrever o objeto do contrato – prestação de serviço, fornecimento, obra), assim como as eventuais providências adotadas, os incidentes verificados e o resultado das medidas encontradas.

Eu, _____ (fiscal do contrato),
Matrícula nº _____, subscrevi.

Lei nº 8.666/93: “art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 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.”

APÊNDICE B

ESTADO DE SANTA CATARINA
POLÍCIA MILITAR
1ª REGIÃO DE POLÍCIA MILITAR

TERMO DE ENCERRAMENTO

Aos ____ dias do mês _____ de dois mil e ____, a fls.(indicar a folha em que se encerrará o livro), faço o encerramento do presente livro, que se destinou a registrar irregularidades encontradas por ocasião do acompanhamento e da fiscalização do Contrato nº _____(referente ao Proc. nº _____), que dispõe sobre

_____ (descrever o objeto do contrato – prestação de serviço, fornecimento, obra), assim como as providências adotadas, os incidentes verificados e as soluções dadas para as irregularidades, para os incidentes e demais eventos.

Deixo consignado que transferi os documentos que me foram apresentados no curso da fiscalização ao Sr. _____ e que, por questão de segurança, mantenho cópias em meu poder.

Eu, _____ (fiscal do contrato), Matrícula nº _____ subscrevi.

Lei nº 8.666/93: “art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 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.”

