

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Edith Maria Barbosa Ramos, Maria Tereza Fonseca Dias, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-294-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Curitiba-PR, entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioestatais e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 19 (dezenove) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: sistemas de controle da Administração Pública; terceirização na Administração Pública; transparência, parcerias e princípios do Direito Administrativo.

No tocante aos diversos sistemas de controle da administração pública, 9 (nove) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) ao controle administrativo - tais como a invalidação do ato administrativo e sua modulação temporal (de Clarissa Sampaio Silva e Ivson Antônio de Souza Meireles); os recursos administrativos disciplinares militares e a admissibilidade do seu efeito suspensivo (Jordan Espíndola dos Santos); controle interno das prestações de contas das OSCs (Maria Tereza Fonseca Dias e Luísa Pires Monteiro de Castro); controle interno para o enfrentamento do combate a corrupção (Anna Carolina de Oliveira Azevedo e Rômulo Magalhães Fernandes); 2) ao controle externo realizado pelas Cortes de Contas. A atuação do TCU foi apresentada como parâmetro utilizado na fiscalização e controle dos contratos administrativos (William Paiva Marques Júnior). E o

trabalho que trata do anunciado cancelamento da Súmula 347 do TCU tratou dos atuais questionamentos do STF acerca do exercício da competência daquela Corte de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, pois extrapola os parâmetros adotados pela Constituição vigente (Allan Alexandre Mendes Gonçalves, João Rezende Almeida Oliveira); 3) aos controles extraorgânicos – tais como o controle social da atividade regulatória da ANVISA na reforma administrativa gerencial (Marcela Pinto Ribeiro e Paulo Roberto Lassi de Oliveira) e o controle da administração pública por meio da resolução extrajudicial dos conflitos em face da Administração Pública gerencial (Lara Caxico Martins e Marlene Kempfer). 4) a relação entre os instrumentos de controle, como na discussão proposta por Victor Roberto Corrêa de Souza e Taís Loureiro Santos ao tratarem, no trabalho sobre “Autoridades independentes e poder hierárquico”, das dificuldades existentes nas relações entre as autoridades administrativas e judiciais brasileiras, identificando como funciona o sistema brasileiro de controle judicial da Administração Pública, sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático da terceirização no âmbito da Administração Pública, foram apresentados os trabalhos de Fernanda Maria Afonso Carneiro, Vinícius Alves Scherch, e Alana Fagundes Valério, todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças, limites e vedações a sua utilização, seja pela própria administração, seja por intermédio de parceiras, como as organizações sociais. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se deste instrumento de gestão em que atividades acessórias (também denominadas atividades-meio) são repassadas a outras empresas ou entidades privadas sem fins lucrativos através de contratos e ajustes cujo objetivo seja a prestação de serviços especializados. Dessa forma, o Estado passa a se dedicar às atividades principais (atividades- fim), desobrigando-se da execução direta das atividades secundárias. Os trabalhos demonstram, por outro lado, a precarização das relações de trabalho causadas pela terceirização, colocando em cheque os limites para a utilização do instrumento. Por ser tema utilizado frequentemente pela Administração Pública, o tema merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo princípios do Direito Administrativo, com um conjunto de 7 (sete) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) o

princípio da transparência administrativa referenciado com pressuposto da governança (Marcos Feitosa Lima e Marília Mendonça Morais Sant Anna) e como instrumento de fiscalização dos gastos públicos (Fernanda Dayane dos Santos Queiroz e Edith Maria Barbosa Ramos); 2) o princípio da eficiência seja aplicado aos processo de compras governamentais, a partir da teoria do pragmatismo (Gilmar Brunizio e Cassio Rodrigues Barreiros), seja na discussão da autonomia administrativa da Defensoria Pública da União, como condição para a eficiência do serviço de prestação de acesso à justiça (Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart) ou, ainda, no melhor aproveitamento dos recursos públicos disponíveis, com a utilização adequada de convênios, consórcios administrativos e contratos de gestão (Flávia Ramos Maia Costa) e nas parcerias público-privada (Maria Marconiete Fernandes Pereira); e, por fim, 3) o princípio da isonomia na extinção do vínculo do servidor público celetista com a administração pública direta em face da aposentadoria espontânea e a garantia da estabilidade. Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG / FUMEC

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

**A VISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO PARÂMETRO DE
FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
**THE VISION OF THE COURT OF AUDITORS OF UNION AS BENCHMARK OF
INSPECTION AND CONTROL OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

William Paiva Marques Júnior

Resumo

A jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União (TCU) é primordial na interpretação dos contratos administrativos. Nesse sentido, investigam-se os influxos das decisões da Corte de Contas em sede de fiscalização e controle dos contratos administrativos. Nessa perspectiva avulta em importância a figura do fiscal dos contratos, principal responsável na garantia da escorreita prestação dos serviços pactuados e pela preservação dos interesses da Administração Pública.

Palavras-chave: Tribunal de contas da união, Fiscalização, Contratos administrativos

Abstract/Resumen/Résumé

The administrative jurisprudence of the Court of Auditors of Union (TCU) is paramount in the interpretation of administrative contracts. In this sense, we investigate whether the influxes of the decisions of the Court of Auditors in office of supervision and control of administrative contracts. In this perspective looms in importance the figure of fiscal of contracts, primarily responsible in ensuring slimmer provision of agreed services and the preservation of the interests of the public administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Court of auditors of union, Inspection, Administrative contracts

1. INTRODUÇÃO

Investigam-se os contornos da função de fiscal de contratos administrativos, principalmente quanto aos limites e possibilidades estabelecidos pela Lei nº8.666/93.

O processo de acompanhamento e de fiscalização contratual no âmbito da Administração Pública reveste-se de caráter fundamental para o cumprimento satisfatório das cláusulas contratuais, desempenhando o papel de mecanismo eficaz de gestão e de racionalização das ações de controle sobre a execução dos gastos públicos.

A função de fiscal de contratos administrativos é extremamente complexa e envolve diversas variáveis, tais como: a complexidade do objeto licitado, a definição clara, correta e precisa do objeto, a elaboração do projeto básico, a disponibilidade de pessoal capacitado tecnicamente na Administração Pública para apoiar a elaboração do ato convocatório e a condução do certame, a publicidade dada ao edital, dentre vários outros.

No contexto do modelo de gestão contratual ora em vigor, o fiscal desempenha seu poder-dever de modo a induzir o contratado a executar de modo mais zeloso os deveres a ele impostos. Ante a complexidade de alguns objetos, não é possível exercer plena e corretamente o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual sem conhecimento os adequados conhecimentos técnicos suficientes, sob pena de gerar sérios prejuízos aos interesses administrativos.

Investiga-se a orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito da atuação dos gestores públicos em sede de fiscalização dos contratos firmados pela Administração Pública. A problemática central apresentada terá como objetivo a análise da atuação do fiscal e gestor de contratos, que deve estar atrelada à necessidade de se verificar a ideal execução do contrato, garantindo que os recursos públicos nele empregados estão sendo executados do modo mais eficaz, empregando-se os materiais na qualidade e quantidade indicados na proposta e que todas as obrigações legais estão sendo corretamente adimplidas. O modelo de fiscalização contratual projetado pela Lei nº.: 8666/93 deve estar em conformidade com a orientação técnica do TCU, uma vez que, além de um contrato bem elaborado e adaptado às necessidades administrativas e aos interesses do contratado. Faz-se necessária uma gestão atenta e competente das atividades contratuais, visando a tornar efetivas as condições nele entabuladas.

2. BREVES NOTAS EM TORNO DOS CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CARACTERÍSTICAS E CLÁUSULAS EXORBITANTES

Em sua gênese, observa-se que o contrato administrativo aparece como uma posposta diferenciada da atuação estatal que se desenvolveu de formas diferentes nos modelos francês e germânico.

Neste contexto ressalta León Duguit (2007, p. 91) ¹ que no sistema imperialista, para explicar a natureza obrigatória dos contratos estatais, foram elaboradas muitas teorias. A teoria individualista explicou muito bem este item obrigatório, afirmando que a soberania é sempre limitada pelos direitos naturais do indivíduo que o Estado não poderia prosseguir, mas por meio de contrato, quando atuam na esfera dos direitos individuais reservados, resultando assim vinculado ao contrato, porque se o violasse, faria um ataque aos direitos naturais individuais.

O contrato administrativo pode ser definido como a relação jurídica entabulada entre o particular e o ente público, tendo por características tratar-se de ato bilateral, sinalagmático, com regência supletiva pelos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, conforme disposto no Art. 54 da Lei nº 8666/93. Ao agir dessa forma, a vertente publicista ultrapassa a seara administrativa (ato administrativo), ingressando no ambiente normalmente trafegado pelos particulares.

No direito comparado, observa-se o disposto no Art. 1º-, nº.: 6 do Código dos Contratos Público de Portugal (CCP), DL n.º 18, de 29 de Janeiro de 2008 : “ Sem prejuízo do disposto em lei especial, reveste a natureza de contrato administrativo o acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos...”, o Decreto-lei referenciado, trata-se do primeiro diploma com um duplo objeto no ordenamento jurídico português, assumindo-se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do Direito Administrativo e, em especial, no domínio da atividade contratual da Administração. Para além do objetivo de alinhamento com as mais recentes diretivas comunitárias europeias, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até o presente momento em Portugal.

Em torno da delimitação conceitual, comentam José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira (2006, pág. 23) que, quanto a ser um acordo de

¹ Tradução livre: “En el sistema imperialista, para explicar el carácter obligatorio de los contratos del Estado se han construido teorías y más teorías. La teoría individualista explicaba bastante bien este carácter obligatorio, diciendo que la soberanía está siempre limitada por los derechos naturales del individuo, que el Estado no puede proceder más que por vía de contrato, cuando actúa en la esfera de los derechos individuales reservados, resultando así obligado por el contrato, porque si le violase, realizaría un atentado contra los derechos naturales individuales.”

vontades, não se suscitam quaisquer dúvidas, na medida em que o contrato administrativo é, antes de tudo, um contrato no qual se fundem, neste caso específico, duas declarações de natureza jurídica diversa: a de Administração, baseada numa norma atributiva de uma competência de autoridade; e a do particular, emitida no exercício de sua autonomia privada.

Conforme preleciona Marcello Caetano (2003, pág. 183): o contrato administrativo é aquele celebrado entre uma pessoa jurídica de direito público e outra pessoa, com o objeto de associar esta por certo período e mediante retribuição ao desempenho regular de alguma atribuição de interesse público que deva prevalecer na disciplina contratual.

Para Juarez Freitas (2009, págs. 264 e 265) em sentido amplo, convém entender os contratos públicos ou administrativos como aqueles que se aperfeiçoam pela presença da Administração Pública num dos polos da avença formal e plurilateral, dotada de aptidão para promovê-los, alterá-los e extingui-los (desde que com clara e congruente motivação de interesse público), tecendo, na maioria das vezes, acordos de vontades relativamente autônomos e sempre sob a regência dominante dos princípios fundamentais publicistas. Com objetos públicos (obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões, entre outros) e sujeitos a controle aprofundado no tocante à juridicidade, têm de observar-quando houver dispêndio- a previsão orçamentária e a responsabilidade fiscal e, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade (devidamente justificadas), devem ser precedidos de idôneo procedimento licitatório, endereçado à escolha, com imparcialidade (impessoalidade), da proposta mais vantajosa e consentânea com o bem de todos. Esses ajustes assumem, pois, feição preponderantemente publicista, no plano fundamental dos princípios, inclusive quando se afiguram, à primeira vista, ajustes de direito privado.

Na visão de Benjamin Zymler (2010, pág. 115) como é cediço, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento do interesse público, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, por meio da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. E esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, o que se dará por meio da preservação da relação inicial encargo/remuneração. Isso porque, se, de um lado, a Administração tem o poder de modificar o projeto e as condições de execução do contrato para adequá-lo às exigências supervenientes do interesse público, de outro, o contratado tem o direito de ver mantida a equação financeira originalmente estabelecida

no ajuste diante de situações específicas que passam a onerar o cumprimento do contrato. Portanto, em vista de todas as razões apresentadas, considera-se que a repactuação de preços, sendo um direito conferido por lei ao contratado, deve ter sua vigência reconhecida imediatamente desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado. Oportuno ressaltar a necessidade de a Administração contratante comparar as planilhas de custos e formação de preços, fornecidas pelo contratado no momento da apresentação da proposta e do requerimento de repactuação, com vistas a verificar se ocorreu ou não a efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos do pactuado originalmente. Além disso, a Administração, por intermédio da negociação bilateral, deve envidar esforços no sentido de, sem prejudicar a adequada relação econômico-financeira do contrato, reduzir custos para a atividade administrativa, certificando-se de que os preços- caso aprovada a repactuação- encontram-se de acordo com os valores de mercado de modo a verificar se a contratação continua vantajosa para a Administração.

No diagnóstico de Jessé Torres Pereira Júnior (2015, páginas 87 e 88) os desequilíbrios da gestão estatal — prioridades indefinidas ou mal definidas, decisões açodadas, desconsideração dos riscos inerentes à atividade, comprometimentos de recursos para finalidades pouco ou nada estruturadas, ensejando desvios e malversações —, lesivos àquela consecução dos planos orçados, são o autorretrato da sociedade brasileira, que, ao encaminhar cidadãos a cargos e funções públicos, deles não exige preparo para bem planejar antes de decidir, nem para identificar as causas antes de contentar-se em atacar os efeitos. Produzem respostas paliativas e inconsistentes, esmaecidas no curto ou médio prazo, tornando crônicos os problemas e insuficientes ou desbaratados os meios orçamentários disponíveis ou mobilizáveis. Essa postura descompromissada não poderia deixar de repercutir na atividade contratual do Estado — o contrato é o meio jurídico de obter no mercado os bens e serviços necessários à efetivação de todos os segmentos de políticas públicas — e concentrar o foco da função de seu controle, que se vê na contingência de mais reprimir do que prevenir, mais responsabilizar do que estimular, desnaturando o que poderia ser o fluxo de um processo permanente de educação para o exercício pleno e saudável da cidadania. Assim o demonstra a jurisprudência formada no Tribunal de Contas da União, pródiga em admoestar agentes públicos sobre comezinhos deveres da gestão e a puni-los por desvios que se repetem, como se inúteis fossem orientações tantas vezes reiteradas,

desde a promulgação da Constituição de 1988, sobre os males da falta de planejamento ou do planejamento meramente formal, nas múltiplas áreas de atuação dos entes públicos.

O contrato administrativo é instrumento que plasma as vontades retratadas nas relações interpessoais, conferindo a segurança jurídica desejada pelos sujeitos que as comutam. Nesse contexto, surgem os interesses da Administração Pública retratados nas cláusulas exorbitantes e na ausência de igualdades nas obrigações conferidas às partes, limitando a autonomia privada, revelando a natureza jurídica *sui generis* dos contratos administrativos.

No tocante às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, em que pese cada país adote, através da sua normatização, certas cláusulas para o instituto do contrato administrativo, o que se observa através de um estudo de Direito Comparado, é que algumas destas repetem-se constantemente em diversos ordenamentos jurídicos.

Conforme aduz Juarez Freitas (2.009, págs. 265 e 266) o eventual dualismo e o predomínio aparente da regência privatista apenas ocorrem, com efeito, no patamar do regramento infraconstitucional, nunca sob a ótica superior dos princípios constitucionais. Sob esse prisma, os contratos da Administração Pública trazem sempre, implícita ou explicitamente, cláusulas que transcendem o mero privatismo, sem que descendam das famigeradas “razões de Estado”. Tais cláusulas, apesar de longa tradição terminológica, só com temperamentos podem ser tidas como “exorbitantes”. Bem compreendias, criticamente, estão conectadas às normas “protetivas” do sistema publicista, isto é, são atribuições do sistema, e não promanam propriamente dos contratos, uma vez que sobrevêm independentemente deles. Uma boa prova do fenômeno reside no poder-dever de extinção dos pactos por razões eminentemente de ordem pública (exemplo emblemático: decretação de caducidade de concessão de serviços públicos por sonegação fiscal do contratado, com a condenação transitada em julgado).

Podem-se ser elencadas, como principais cláusulas exorbitantes: (1) o poder de interpretação das cláusulas do contrato, (2) o poder de fiscalização, (3) o poder de direção, (4) o poder de sanção, (5) o poder de rescisão unilateral, (6) poder de ocupação provisória de bens e serviços.

O poder de interpretação das cláusulas contratuais garante à Administração Pública a prerrogativa de, por ato unilateral, afirmar o que de fato encontra-se pactuado no texto contratual. Segundo entende-se no contexto da contemporaneidade, esta

prerrogativa não é encarada como uma verdadeira vantagem da Administração devido à necessidade de sua positivação que, muitas das vezes não se encontram realizadas pelo legislador – como ocorre no Brasil – ou, quando admitida, pela confusão que faz com as demais prerrogativas contratuais como, por exemplo, o poder de modificação unilateral.

Conforme preleciona León Duguit (2007, p. 86)² a natureza obrigatória dos contratos com o Estado não é discutível, e essa afirmação constante e unânime do vínculo imposto ao Estado, mostra mais uma vez a eliminação do conceito de poder.

A segunda prerrogativa exorbitante recorrente é o poder de fiscalização da Administração Pública. Esta teria o direito de fiscalizar o cumprimento do contrato com o intuito de garantir a devida prestação de forma que se evite prejuízo aos princípios da persecução do interesse público e da eficiência. A exorbitância dessa cláusula é justificada a partir da prerrogativa de supremacia do interesse público sobre o privado, exercido pela Administração, ao fiscalizar a outra parte.

A ausência de efetiva determinação do conceito de “interesse público” e seus influxos na relação entre a Administração Pública e os cidadãos, trazem dificuldades para os administrados ante as incertezas que comprometem o Estado de Direito, na medida em que o cidadão não compreende a ausência de parâmetros objetivos na motivação³ de atos administrativos que repercutem em seus direitos fundamentais.

Neste sentido assevera António Francisco de Sousa (1994, pág. 20) que o interesse público tem sido considerado como um conceito estritamente político (diretiva político-administrativa), como um conceito discricionário por excelência, como um conceito que em certos casos poderá atribuir um conceito discricionário, como um conceito que atribui uma “margem de apreciação” e, finalmente, como não passando de um mero conceito que, como qualquer outro, não atribui ao seu intérprete e aplicador qualquer poder discricionário ou margem de apreciação, mas, antes, um poder estritamente vinculado.

A terceira forma de exorbitância é o poder de direção contratual. Segundo se entende, não cabe à Administração Pública apenas a fiscalização da obrigação cumprida pelo particular. Além disso, segundo a doutrina majoritária, deverá também ser

² Tradução livre: “El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado, demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder.”

³ Sobre a função instrumental da motivação para os atos administrativos, conferir: MARQUES JÚNIOR, William Paiva ; MORAES, Germana de Oliveira, 2011, p. 149-180.

garantido à Administração o poder de emitir ordens e direcionar a forma que deverão ser cumpridas as obrigações assumidas pelos particulares contratados. Essa prerrogativa legitima-se na obrigação do Estado, como guardião do interesse público, em selecionar a forma de execução da obrigação mais compatível à realização dos direitos fundamentais dos administrados.

Outra cláusula exorbitante comumente consagrada é o poder de sanção garantido à Administração Pública. Segundo entende-se, essa prerrogativa é garantida à Administração como forma de evitar (caráter preventivo) ou punir (caráter punitivo) as faltas cometidas pela particular na execução do contrato. Embora se possa cogitar que tais sanções também podem estar presentes nos contratos comuns através, por exemplo de cláusulas penais, entende-se que as sanções administrativas se caracterizam por sua forma peculiar de penalização e aplicação. Situação peculiar é tratada no inciso V do artigo 58 da Lei No.: 8.666/93 que garante a prerrogativa de ocupação provisória de bens e serviços. Deve-se mencionar que a aplicação de sanções pelas autoridades administrativas é ato vinculado, não se submetendo ao alvedrio do administrador quanto à conveniência ou oportunidade de sua imposição, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa do agente sancionador.

No rol das cláusulas exorbitantes, inclui-se, ainda, a garantia disposta à Administração Pública de modificação unilateral das cláusulas constantes em contrato administrativo. O interesse público é mutável e pode restar alterado durante a execução contratual. Por isso, deve ser garantida à Administração a prerrogativa de modificar o objeto do contrato no decurso de sua execução, de modo a garantir a melhor concretização de direitos fundamentais, objetivo-fim do Estado.

Para Marcello Caetano (2003, pág. 185) o interesse que a Administração possui de realizar o interesse público ficou ligado ao interesse do particular contraente; e quando, por imperativo das necessidades coletivas, tenha de alterar-se o pactuado de forma a aumentar os encargos do particular, há que remunerá-lo ou indenizá-lo equitativamente, isto é, que atender ao interesse privado.

Por fim, encontra-se como prerrogativa especial conferida à Administração Pública a possibilidade de rescisão unilateral do contrato. No plano ideal, a motivação da atuação do Estado deve sempre estar pautada na persecução do interesse público e na garantia de atendimentos dos direitos fundamentais dos cidadãos. Contudo, pode acontecer, igualmente como no caso da modificação unilateral do contrato, que a prestação contratual não seja mais interessante ou mesmo prioridade para aquele

momento ante as mutações imanentes ao interesse público. Por isso, deve ser garantida à Administração a prerrogativa de por fim de forma unilateral ao contrato. Cabe destacar, ainda, que, embora haja possibilidade de a Administração fazer uso de prerrogativas especiais, deve ser garantido ao particular o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica. Em outras palavras, mesmo que sejam garantidos ao Estado poderes especiais frente ao particular para enquadrar o contrato à persecução do interesse público e à garantia de direitos fundamentais, deve também ser garantido a esse último o direito de compensação por eventuais modificações contratuais de forma que não prejudique o fim que motivou a celebração do contrato com a Administração: o lucro. Instituto bastante similar a este que se encontra presente no Direito Privado é a chamada Teoria da Imprevisão, com a adoção da cláusula *rebus sic stantibus*. Segundo esta, mesmo nos contratos comuns, alguns eventos imprevisíveis e externos à vontade das partes poderão impactar a contratação e desequilibrar a posição das partes de tal forma que pode tornar necessária uma revisão do objeto da obrigação.

3. FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A interpretação da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8666/93) revela que o Administrador Público deve organizar e implantar em órgãos públicos um sistema de gestão de contratos, compreendendo o gerenciamento, o acompanhamento e a fiscalização da execução até o recebimento do objeto. A gestão tripartite de contratos compreende: (1) o gerenciamento dos contratos; (2) a fiscalização da execução dos contratos; (3) o recebimento dos objetos contratados.

A figura do fiscal de contratos administrativos tem fundamento legal nos arts. 67 e 70 da Lei No.: 8.666/93⁴.

Ao comentar o art. 67 da Lei No.: 8.666/93, Marçal Justen Filho (2008, pág. 748) preleciona que o regime de Direito Administrativo atribui à Administração Pública o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art.58, inciso III da Lei No.: 8.666/93). A Administração deve designar um representante para acompanhar a atividade do contratado. É ato vinculado e não meramente discricionário:

⁴ 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 anotar 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. (...) Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade do outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos. A regra deve ser aplicada estritamente nos casos em que a sequência da execução da prestação provoca o efeito de ocultar eventuais defeitos da atuação do particular. Esses defeitos não são irrelevantes e provocarão efeitos em momento posterior. No entanto, o simples exame visual ou a mera experimentação são insuficientes para detectá-los. Em tais hipóteses, a Administração deverá designar um representante para verificar o desenvolvimento da atividade do contratado. Isso se passa especialmente com obras de engenharia.

Para Hely Lopes Meirelles (2006, pág. 228) a fiscalização do contrato administrativo constitui-se em uma das fases do acompanhamento da execução do contrato, que, por sua vez, compreende a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais. Por fiscalização da execução do contrato, vaticina:

Fiscalização: a *fiscalização da execução do contrato* abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga e experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacione com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares do serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existente. Nos grandes empreendimentos, é conveniente o estabelecimento da rede PERT-COM, que possibilita a verificação do desenvolvimento da execução do projeto em todas as suas fases.

Todas as ocorrências do contrato deverão ser devidamente controladas pelo fiscal do mesmo, sob pena de sua responsabilidade solidária dos danos advindos de sua conduta.

Neste jaez, preleciona o Tribunal de Contas da União (TCU)⁵ que o fiscal do contrato, ao atuar com desídia e omissão (imprudência e negligência) no exercício de

⁵ “34. Essas alegações não merecem acolhida. A uma, porque o responsável adotou os mesmos procedimentos utilizados em outros exercícios, os quais já haviam sido condenados pelo TCDF, consoante registro efetuado neste Voto e no Relatório que o antecedeu. Essa constatação depõe contra o executor técnico, que persistiu em uma prática já refutada pela Corte de Contas Distrital. A duas, porque a conduta deste responsável foi de encontro ao disposto nas Normas de Execução Financeira e Orçamentária do DF, segundo as quais ele devia ter supervisionado, fiscalizado e acompanhado a execução, o que não foi feito. A três, porque o atesto apostado pelo executor técnico nos documentos apresentados pelo IFPD foi um elemento essencial para a realização dos pagamentos irregulares. 35. Sopesado o fato de que o responsável atuou com imprudência e negligência, entendendo que suas contas devem ser julgadas irregulares. Ressalto que, se ele tivesse atuado com a diligência que se espera de um servidor público, o dano causado pela inexecução do Contrato CFP nº 7/1999 teria sido consideravelmente minorado ou, até mesmo, evitado. Assim sendo, entendo que deve ser imputada ao Sr.

seus misteres, caso houvesse agido com a diligência que se espera de um servidor público, o dano causado pela inexecução contratual teria sido consideravelmente minorado ou, até mesmo, evitado. Assim sendo, entendeu-se que deve ser imputada ao agente público a responsabilidade solidária pelo débito.

A orientação firmada no TCU⁶ é no sentido da responsabilidade solidária daquele que designa o fiscal do contrato e não lhe dá os meios necessários para o exercício das suas atribuições.

A importância da atuação do fiscal de contratos, também é revelada pelo: (1) art. 58, inciso III da Lei No.: 8.666/93⁷, segundo o mesmo o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de fiscalizar-lhes a execução e (2) art. 78, inciso VII da Lei No.:

Luís Cláudio Lisboa de Almeida responsabilidade solidária pelo débito relativo às três últimas parcelas do contrato em tela”. (TCU, Acórdão No.: 1.467-32-07-P, Sessão: 01/08/2007, Relator: Min. Benjamin Zymler).

⁶ “Acompanhando o voto do relator, decidiu o Plenário negar provimento a recurso de reconsideração interposto contra o [Acórdão n.º 1.026/2008-Plenário](#), por meio do qual foi o recorrente condenado solidariamente em débito. O recorrente (ex-Secretário de Trabalho, Emprego e Renda do Distrito Federal ? Seter/DF) trouxe, entre outros argumentos, os seguintes: a) não lhe teria sido imputada prática de nenhum ato de má gestão; b) a responsabilização teria decorrido de infrações de normas legais cometidas por subordinados; c) não era responsável pelo pagamento de faturas, pela fiscalização ou pela não comprovação da execução dos contratos. De acordo com o relator, ao ser signatário do Convênio MTE/Sefor/Codefat n.º 005/99, o ex-Secretário comprometeu-se a zelar pela aplicação dos recursos repassados, não só em razão dos dispositivos legais pertinentes, mas também em decorrência das atribuições de seu próprio cargo. O gestor tinha o dever de avaliar a viabilidade do programa, tomar medidas para corrigir eventuais incorreções, adotar as devidas precauções para evitar desvios de recursos, fiscalizar as execuções contratuais e liberar os pagamentos após confirmar a execução dos serviços. Entretanto, nada disso ocorreu.?. O programa envolvia ?treinamento de 148.000 alunos por meio de cinquenta contratações, envolvendo recursos atualizados da ordem de R\$ 47.000.000,00 (quarenta e sete milhões). Tratava-se, pois, de empreendimento de enormes proporções, que deveria ter sido colocado como centro das atenções dos dirigentes da Secretaria. Não era atividade meramente assessoria da pasta, mas, sim, sua atividade principal, da qual o seu titular detinha pleno conhecimento e condições de levar a efeito as contratações e as fiscalizações?. Para o relator, as ?falhas detectadas no processo de seleção e contratação das entidades, bem como as irregularidades verificadas na execução dos contratos, apontam para quadro de descalabro administrativo, o qual decorreu, em grande parte, da conduta omissiva do então titular da Seter, que não forneceu a seus subordinados os meios materiais e o treinamento necessário ao fiel desempenho das atribuições daqueles servidores?. Asseverou o relator que ?Não se está a afirmar que o responsável devesse praticar todos os atos de acompanhamento, mas, sim, adotar providências para que isso ocorresse. Infelizmente, isso não ocorreu de forma minimamente aceitável?. Dos doze servidores designados como executores técnicos, apenas quatro teriam sido responsáveis por 68% do valor total de recursos. Verificou-se, assim, ?mais um ato questionável do responsável, caracterizado pela imprudência/negligência, pois era possível antever que esses servidores não teriam condições de acompanhar a execução de todos esses contratos, o maior dos quais visava treinar 48.000 alunos, que comporiam 1.920 turmas de 25 alunos cada?. Diante de tais fatos, o relator considerou plenamente demonstrado que o ex-titular da Seter/DF agiu com ?grave e deliberada negligência e imprudência, tendo, sua conduta, contribuído, de forma decisiva, para a ocorrência do dano sofrido pelos cofres públicos?. Precedentes citados: Acórdãos n.os 476/2008, 606/2009, 678/2009, 737/2009, 913/2009, 1.278/2009, 2.580/2009 e 2.673/2009, todos do Plenário. [Acórdão n.º 319/2010-Plenário](#), TC-003.196/2001-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.03.2010.”

⁷ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) III - fiscalizar-lhes a execução;”

8.666/93⁸, consoante o qual o não-atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Para Marçal Justen Filho (2008, pág. 681) o poder-dever da Administração Pública em fiscalizar as condutas desenvolvidas pelos particulares na execução dos contratos administrativos não se coaduna com uma conduta passiva, inerte, caso o particular não atue a contento, a Administração deverá atentar-se de imediato, adotando com presteza as providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais:

A Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O dever de promover os direitos fundamentais não se coaduna com uma atuação passiva da Administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais.

A fiscalização realizada de forma irregular pela Administração Pública, a torna responsável solidariamente perante terceiros, de acordo com a regra insculpida no art. 70 da Lei No.: 8.666/93. Marçal Justen Filho (2008, pág. 750) comenta essa regra:

A atividade de fiscalização desenvolvida pela Administração Pública não transfere a ela a responsabilidade pelos danos provocados pela conduta do particular. Não há, em princípio, relação de causalidade entre a fiscalização estatal e o dano sofrido por terceiro. No entanto, o defeito na fiscalização pode tornar a Administração solidariamente responsável perante terceiros. Quando o contrato disciplinar a fiscalização em termos que a atividade particular dependa da prévia aprovação da autoridade administrativa, poderá localizar-se relação de causalidade entre a concretização do dano e a ação estatal.

Portanto, a desídia do fiscal em atuar nos contratos que estejam sob sua supervisão, não prejudica apenas a sua conduta funcional, mas, também a própria Administração Pública e outros agentes públicos que, apesar de não envolvidos diretamente em sua inércia, acabam por sofrer as consequências danosas advindas da mesma.

Ao tratar da responsabilidade civil da Administração Pública por atos de seus servidores, Sérgio Cavalieri Filho (2008, pág. 236) preleciona:

Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.

⁸ 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;”

Para Juarez Freitas (2009, pág. 64) o direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos de discricionariedade, a omissão, isto é, o não-exercício devido das competências discricionárias. De fato, o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão). Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais.

A jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União⁹ também entende que há a obrigatoriedade da Administração Pública em designar fiscal para os contratos administrativos. A falta de tal designação, constitui-se em falha que ostenta gravidade, porque, além de afronta à legislação pertinente, evidencia incúria no trato com recursos públicos, eis que expõe a Administração a riscos desnecessários com a

⁹ ”5º COMANDO AÉREO REGIONAL - V COMAR. [...] EXECUÇÃO DE CONTRATOS SEM A DEVIDA FISCALIZAÇÃO [...]. [RELATÓRIO] No tocante à execução de contratos, com valores significativos, sem a designação de representante da Administração para o seu acompanhamento e a sua fiscalização, da mesma forma não há como acatar os argumentos aduzidos, os quais se restringem a noticiar a adoção de medidas saneadoras. A falha ostenta gravidade, eis que, além de afronta à legislação pertinente, evidencia incúria no trato com recursos públicos, eis que expõe a Administração a riscos desnecessários com a eventual má-execução dos contratos. Somente por meio do acompanhamento e da fiscalização da execução do contrato, tem a Administração oportunidade de verificar tempestivamente o cumprimento, por parte do contratado, das obrigações acordadas e impor a adoção de medidas corretivas no tempo oportuno, caso sejam identificadas falhas na implementação do ajuste. Trata-se de dever da Administração, ao qual não pode se furtar de exercer. [...] No escólio de Marçal Justen Filho (op. cit., p.563): “O regime de direito administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade do outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar o interesse público. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos. Na mesma linha, Lucas Rocha Furtado assevera (op. cit., p. 298): “Ao se examinar a fiscalização da execução do contrato, deve ser enfatizada outra distinção existente entre os contratos administrativos e os contratos celebrados no âmbito do direito privado. Neste último, como regra, incumbe às partes verificar se a outra cumpriu o resultado esperado, se o objeto contratual foi de fato cumprido. Interessa aos contratos de direito privado basicamente a obtenção do resultado esperado. No âmbito dos contratos administrativos, ao contrário, a Administração terá não apenas o direito, mas igualmente o dever de acompanhar a perfeita execução do contrato. Fala-se, assim, em poder-dever da Administração de promover a devida fiscalização da execução do contrato. Em decorrência da supremacia do interesse público, não pode a Administração assumir posição passiva e aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais. Não pode a Administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido. Durante a própria execução do contrato deverá ser verificado se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato. Essa forma de agir preventiva apenas benefícios traz para a Administração. 9.3.1. observe o disposto no art. 67 da Lei n.º 8.666/1993, que determina que 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.” (TCU, Acórdão No.: 0540-10/08-P- Sessão: 02/04/2008, Relator: Min. Guilherme Palmeira).

eventual má-execução dos contratos. Somente por meio do acompanhamento e da fiscalização da execução do contrato, tem a Administração oportunidade de verificar tempestivamente o cumprimento, por parte do contratado, das obrigações acordadas e impor a adoção de medidas corretivas no tempo oportuno, caso sejam identificadas falhas na implementação do ajuste. Trata-se de dever da Administração, ao qual não pode se furtar de exercer.

A responsabilidade civil dos agentes públicos é regulada pelo art. 37, §6º- da Constituição Federal de 1.988¹⁰ e é subjetiva (depende da comprovação de dolo ou de culpa), ao passo que a Administração Pública responderá objetiva (independentemente da comprovação de dolo ou culpa, desde que haja a conduta, o dano e o nexo de causalidade), daí a necessidade de cuidado na atuação como fiscal de contratos.

4. A VISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

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

De acordo com Daniel de Andrade Oliveira Barral (2016, págs. 61 e 62) a doutrina sustenta haver dois importantes núcleos de atuação na atividade de fiscalização de contratos, quais sejam, a gestão e a fiscalização propriamente dita. Contudo, esta diferenciação não está adequadamente refletida na legislação de regência. Com efeito, a Lei nº 8.666, de 1993 trata do tema no art. 67, sem definir, claramente, as atribuições do gestor e fiscal do contrato. A falta de legislação específica quanto ao tema deixa ao alvedrio da Administração a escolha da terminologia e da divisão ou não de atribuições daqueles responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos, uma vez que, tanto na forma do já aludido art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993, quanto no disposto no art. 6º do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997 17, somente há necessidade de indicação de um representante para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. Entretanto,

¹⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

em que pese não decorra de obrigação legal, a cisão, em agentes distintos das atividades de fiscalização e de supervisão do contrato em agentes distintos é encarada pelo Tribunal de Contas da União como uma boa prática administrativa, favorecendo o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa.

O exercício satisfatório da atividade de fiscalização pressupõe o acompanhamento dos resultados alcançados em relação à execução das obrigações contratuais, a exemplo da verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada conforme demandado pela Administração Pública, bem como da verificação do atendimento das qualidades dos produtos ou serviços, a manutenção da condição de regularidade trabalhista, previdenciária, tributária, dentre várias outras condições.

À luz dos precedentes do Tribunal de Contas da União¹¹ a ausência da cautela e do zelo profissional requeridos de agentes administrativos, quando estão atuando na defesa dos interesses do erário, caso tenha contribuído significativamente para a ocorrência do prejuízo, deverá ser ressarcido ainda que seja reconhecida a boa-fé do responsável. Afinal, a preservação do erário jamais poderia ficar a mercê do conhecimento sobre a intenção (*animus*) do agente causador do dano, de modo que a culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar a reparação do dano. Assim sendo, entende o referido órgão de fiscalização que deve ser imputada responsabilidade solidária aos agentes faltosos.

¹¹ “31. [...] Aduzo ter ficado patente que o responsável atuou com imprudência e negligência, existindo um nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano sofrido pelo erário. Afinal, ele participou da aprovação de projetos inadequados, cuja execução foi cometida a uma entidade contratada com dispensa de licitação indevida, tendo sido esse último ato ratificado pelo responsável. Posteriormente, designou como executor técnico um servidor que não dispunha de tempo suficiente para bem desempenhar suas funções e não disponibilizou os recursos materiais e humanos necessários ao exercício eficaz das atribuições cometidas a esse servidor. Ressalto que o executor técnico desempenhava um papel de vital importância para o sucesso do PEQ, pois respondia pela fiscalização das atividades de treinamento. Assim sendo, se ele tivesse executado adequadamente suas atribuições, os pagamentos indevidos poderiam ter sido evitados ou, na pior das hipóteses, minimizados. 32. Não menos relevantes foram seus atos praticados de forma negligente, pois se o responsável tivesse dado cumprimento às decisões do TCDF, as falhas ocorridas na gestão anterior não teriam se repetido e o prejuízo ao erário teria sido evitado. Quanto à omissão diante dos indícios de irregularidades e às autorizações para que pagamentos fossem efetuados sem a devida comprovação da execução dos respectivos objetos, parece evidente que essas irregularidades contribuíram significativamente para a ocorrência do dano ao erário ora em exame. 33. Diante do acima exposto, forçoso é concluir que a ausência da cautela e do zelo profissional requeridos de agentes administrativos, quando estão atuando na defesa dos interesses do erário, contribuiu significativamente para a ocorrência do prejuízo apurado nestes autos, o qual deverá ser ressarcido ainda que seja reconhecida a boa-fé do responsável. Afinal, a preservação do erário jamais poderia ficar a mercê do conhecimento sobre a intenção (*animus*) do agente causador do dano, de modo que a culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar a reparação do dano. Assim sendo, entendendo que lhe deve ser imputada responsabilidade solidária pelos prejuízos decorrentes da inexecução parcial dos Contratos”. (Acórdão No.: 0468-12/07-P, Sessão: 28/03/2007, Relator: Min. Benjamin Zymler).

Na visão do TCU (AC-1375-20/15-P, Relator: Min. Bruno Dantas, sessão: 03/06/2015) é vedado o exercício, por uma mesma pessoa, das atribuições de pregoeiro e de fiscal do contrato celebrado, por atentar contra o princípio da segregação das funções.

Conforme a orientação jurisprudencial firmada no âmbito do TCU (AC-2059-31/16-P, Relator: Min. Bruno Dantas, sessão: 10/08/2016), a alegação de que “quando da assinatura do contrato, toda documentação acostada foi devidamente analisada e se encontrava em conformidade as exigências contidas no edital” vai de encontro à lógica da fiscalização do contrato que se dá na fase da sua execução.

Ainda neste sentido, não é admissível que empregado pertencente aos quadros de uma empresa ou a ela subordinado a qualquer título exerça, concomitantemente, o papel de fiscal da obra a ela adjudicada mediante licitação.

A análise da importância do fiscal dos contratos revela que ele é o principal responsável por garantir a correta prestação dos serviços e pela preservação do erário.

Consoante orientação do TCU (AC-3136-52/11-P, Relator: Min. Augusto Nardes, sessão: 30/11/2011) os registros de fiscal de obra pública não podem ser tomados como prova única de fiscalização contratual inadequada, sem outras evidências de baixa qualidade na prestação de serviços.

Para o TCU (AC-2373-25/08-2, Relator: Min. Aroldo Cedraz, sessão: 22/07/2008) o fiscal de contrato não exerce as suas atribuições por delegação de competência dada pelo gestor, elas são exercidas por força do próprio cargo que ocupa ou em razão de contrato firmado para essa finalidade. Na hipótese de haver fiscal devidamente capacitado, a responsabilização do gestor municipal ou do secretário de obras somente é possível quando ficar demonstrado que tomaram ciência de irregularidades e não adotaram providências com o objetivo de corrigi-las ou por culpa 'in vigilando' ou 'in eligendo' devidamente comprovada.

De acordo com o TCU no Acórdão n.º: 9240/2016 - 2ª Câmara¹², a fiscalização de contratos regidos pela Lei n.º: 8.666/1993 é prerrogativa legal (art. 58,

¹² 1.13. com arrimo no art. 4º, da Portaria Segecex 13/2011, dar ciência ao Distrito Sanitário Especial Indígena do Tocantins (DSEITO) de que a fiscalização de contratos regidos pela Lei 8.666/1993 é prerrogativa legal (art. 58, inciso III, e art. 67, da Lei 8.666/1993), relevante e indispensável à boa gestão dos órgãos e entidades públicas, valoriza o gasto público e contribui para a eficiência e efetividades de ações governamentais, e que a negligência de fiscais de contrato designados pela Administração atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ser evitados, assim não exime o gestor que designa pessoa inapta a exercer tal encargo ou não supervisiona aquele que procede de maneira omissa ou improba (acórdão 3641/208-Segunda Câmara, acórdão 2913/2012-Plenário). (TCU, Acórdão n.º: 9240/2016 - 2ª Câmara, Relatora: Min. Ana Arraes, sessão: 23/08/2016).

inciso III, e art. 67, da Lei 8.666/1993), relevante e indispensável à boa gestão dos órgãos e entidades públicas.

O gerenciamento de contratos é um serviço administrativo que compreende a gestão geral dos contratos e que poderá ser exercido por um setor ou por um servidor público e que trata das questões gerais relativas aos contratos, tais como: o controle dos prazos de vencimento ou de renovação dos contratos, questões ligadas ao reequilíbrio econômico-financeiro, à documentação, aos pagamentos e outras de amplitude geral.

O Administrador Público, com o objetivo de se resguardar de eventual responsabilização nas esferas civis, criminais e administrativas, no que diz respeito aos contratos, deverá adotar algumas condutas profiláticas:

(1) criar comissão permanente de licitações, atendendo à regra da segregação de funções, propiciando a especialização, ou comissões especiais de licitação para casos que requeiram conhecimentos específicos;

(2) implantar um serviço de gestão de contratos. A implantação de um serviço específico de gestão de contratos, com estrutura física definida e de um sistema de controle, preferencialmente informatizado, permite a profissionalização e forma especialistas na área, resguardando a responsabilidade do administrador;

(3) designar um fiscal específico para cada contrato. O fiscal deverá ser um servidor da Administração, preferencialmente ocupante de cargo efetivo, designado pelo Ordenador de Despesa através de portaria ou termo próprio, com conhecimento do contratado e do servidor, ou ainda com previsão no próprio contrato administrativo;

(4) nomear um servidor público ou comissão para receber o objeto da cada contrato, com o objetivo de se assegurar que o objeto que está sendo recebido corresponda exatamente ao objeto que foi contratado;

(5) designar comissão permanente de sindicância e de processo disciplinar, com o objetivo de apurar fatos e responsabilidades de forma segura. A sindicância é instrumento para investigar irregularidades sejam elas praticadas por servidores ou por empregados de empresas contratadas. No caso de sindicância envolvendo procedimentos de contratados, o objetivo é reunir provas de responsabilidade da contratada, para lastrear providências tais como rescisão contratual ou reparação de danos. O processo disciplinar visa apurar eventuais falhas e punir servidor ou empregado público;

(6) Adotar providências no sentido de que os servidores responsáveis pela fiscalização de contratos ou pelo recebimento dos objetos contratados detenham

conhecimentos técnicos suficientes para o pleno desenvolvimento de suas atividades funcionais. Conforme manifestado pelo TCU no Acórdão nº 2.293/2007-Plenário: “9.2.10. exerça adequadamente a fiscalização e acompanhamento dos contratos que celebrar (art. 67 da Lei 8.666/93) e designe fiscais com competência técnica compatível com as peculiaridades do contrato” .;

(7) providenciar junto à área de recursos humanos em treinamento para preparar os empregados da empresa contratada para trabalhar na Administração Pública e dar-lhes conhecimento dos hábitos e posturas nos recintos oficiais;

(8) orientar os servidores e empregados públicos sobre como deverão se relacionar com as empresas contratadas que exercem serviços terceirizados. Não lhes compete dar ordens, instruções ou repreendê-los. Não podem a eles atribuir tarefas particulares porque eles não são seus empregados, tampouco adotar condutas condescendentes com as falhas praticadas pelas empresas contratadas, uma vez que o interesse público é impessoal e indisponível. Eventuais observações ou queixas devem ser levadas ao fiscal do contrato ao qual cabe adotar as providências que forem necessárias.

(9) Promoção da capacitação e do treinamento dos fiscais de contrato, com o escopo de propiciar-lhe o preparo técnico específico relativo ao objeto contratual, conforme disposto no Acórdão nº 478/2006-Plenário do TCU: “9.1.5. providencie o adequado treinamento dos fiscais para o regular exercício do acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos.”

No tocante ao fiscal de contrato e ao preposto do contratado deve-se mencionar que a Lei No.: 8666/93 impõe a obrigação de as duas partes, contratante e contratado, terem um representante. O contratado designa um preposto, que deverá ser a pessoa de contato, a quem a administração irá se reportar sempre que necessário. A Administração designará um fiscal que será a referência nos contatos do contratado e será o responsável pela verificação da regularidade na fase de execução.

Apreende-se que o fiscal do contrato é um instrumento de controle da administração pública e deve estar apto tecnicamente a rejeitar no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato, conforme normatizado pelo Art. 76 da Lei No.: 8666/93: “Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.”

O ordenador de despesa deve resguardar-se com respeito à indicação do fiscal que precisa ter um perfil adequado ao ofício. O fiscal do contrato precisa estar preparado para a tarefa porque envolve alto nível de responsabilidade e comprometimento. É necessário que o fiscal, ao ser nomeado, tenha conhecimento de suas responsabilidades e de como deve, efetivamente, desempenhar a missão institucional e dos riscos envolvidos. A contratada deve nomear um preposto que será aceito ou não pela Administração. Ele será o elo de contato do fiscal com a empresa contratada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da orientação firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), reconhece-se a necessidade de valorização da importância da figura do fiscal de contratos, sensível ao interesse público, implicando em uma ruptura com as históricas relações de irresponsabilidade nos contratos administrativos, hodiernamente marcados por intensa necessidade de aperfeiçoamento da função fiscalizatória.

Vive-se um momento de redesenho necessário da governança administrativa uma vez que as instituições públicas encontram-se sob os influxos da atividade desenvolvida pelo TCU, revelando um elevado grau de responsabilização do fiscal dos contratos firmados pela Administração Pública. Nesse cenário de transformação abre-se espaço para a ampliação do papel desenvolvido pelo gestor na imposição de sanções.

Tendo em vista que a atividade fiscalizatória pressupõe o acompanhamento das obrigações contratuais, para que a função seja exercida de modo efetivo e seu objetivo seja resguardado, no plano prospectivo recomenda-se que a formalização da designação do fiscal deveria ocorrer ainda na fase de preparo do certame licitatório, de modo que a experiência angariada pelo fiscal em contratações anteriores fosse aproveitada na nova contratação, através da melhoria da redação do contrato e do edital, na correção da estimativa do objeto, nas rotinas de execução, ou seja, em todos os pontos que podem ser melhorados a partir das lições aprendidas pela observação da execução, empreendida pelo fiscal do contrato, sob os influxos da atividade desenvolvida pelo TCU.

Considerando-se que o fiscal do contrato é o representante da Administração no acompanhamento da execução do contrato, ele se transforma no agente mais capacitado para orientar a elaboração das rotinas a serem implementadas na

próxima contratação, de modo que constitui uma boa prática administrativa a definição de rotina que insira esses servidores na fase de planejamento da contratação.

Consoante a orientação firmada pelo TCU, a busca pelo alargamento da função de contratos, reverbera no plano da boa governança administrativa, o que faz aumentar a responsabilidade de todas os envolvidos na contratação com o escopo de promover e valorizar o sistema eficaz de gestão de contratos, fazendo-se necessária a construção de mecanismos efetivos para a superação de profundas dificuldades que historicamente marcam a fiscalização de contratos públicos.

À luz da orientação firmada no âmbito do TCU, observa-se que o fiscal de contratos deve reunir o conhecimento técnico relacionado ao objeto do contrato fiscalizado, para o fim de realizar ou propor ao gestor as intervenções necessárias à sua fiel execução.

Dentre outras, a função do fiscal de contratos consiste na anotação de fatos relevantes ocorridos durante a execução, bem como de fatos externos que venham a prejudicá-la, ou sobre a presença ou a ausência de culpa por parte do contratado por eventuais falhas técnicas na execução, dentre outros incidentes, reverberando na atuação do gestor de contratos, ao fornecer importantes subsídios no momento de decidir sobre eventuais alterações contratuais e ainda na apuração da responsabilização civil e administrativa das partes envolvidas.

À vista da orientação sedimentada no plano do TCU, percebe-se a importância de a Administração contar com planejamento prévio, definidor de diretrizes, rotinas e procedimentos que orientem a atuação fiscal à luz dos termos do contrato e de seus anexos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. **Gestão e fiscalização de contratos administrativos**. Brasília: Enap (Fundação Escola Nacional de Administração Pública), 2016.

CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª- edição. São Paulo: Atlas, 2.008.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 1ª- edição. Coimbra: Almedina, 2006.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Traducción: Adolfo Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada. Granada: Editorial Comares, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.009.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª-edição. São Paulo: Dialética, 2008.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva ; MORAES, Germana de Oliveira . O Aspecto Instrumental do Princípio da Motivação Administrativa. In: Maria Teresinha Pereira e Silva; Maurício Zanotelli. (Org.). **Direito e administração pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. 01ed.Curitiba: Juruá, 2011, v. 01, p. 149-180.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, António Francisco de Sousa. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

TORRES JÚNIOR, Jessé Pereira. Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 81-115, set./dez. 2015.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 2ª- edição. 1ª- reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2010.