

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a mostrar como ocorre a fiscalização dos contratos administrativos na Administração Pública Indireta, com enfoque naquelas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, que demanda por força constitucional, de regime de contratação e de fiscalização diferenciado frente ao processo mais burocrático da lei 8.666/93.

Ao longo deste trabalho, faremos uma análise das principais ferramentas normalmente utilizadas pela Administração no dia-a-dia.

Em alguns temas, faremos a confrontação com os estatutos de algumas entidades da Administração Indireta com a Lei 8.666/93, mostrando as nuances de cada uma.

O método aqui utilizado foi o de pesquisas nas legislações e nos livros que versam sobre o assunto, bem como a experiência na área de licitações e contratos administrativos.

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta, segundo o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67, a Administração Indireta compõe-se das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, vejamos na íntegra o artigo supracitado:

As sociedades de economia mista são instituídas pelo Poder Público, mediante autorização legal, sob a forma de sociedade anônima e com capitais públicos e privados, para a exploração de atividades de natureza econômica ou execução de serviços públicos. Serviço público, para o saudoso Hely Lopes Meirelles é entendido:

“no seu sentido genérico, abrangendo também a realização de obras (estradas, edifícios, casas populares etc.). Na verdade, as empresas estatais são instrumentos do Estado para a consecução de seus fins, seja para atendimento das necessidades mais imediatas da população (serviços públicos), seja por motivo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo (atividade econômica)” (MEIRELLES/2004/p. 436).

A criação de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de lei específica autorizativa, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição Federal. A lei específica autoriza o Poder Executivo a, por ato próprio (um decreto), proceder à instituição da entidade, tal Poder providenciará o registro dos estatutos da sociedade de economia mista no registro competente, uma vez que é esse registro que dará nascimento à pessoa jurídica, e não a edição da lei autorizativa.

A lei que autoriza a criação da sociedade de economia mista deve ser de iniciativa do Presidente da República, em face do disposto no art. 61, § 1º, II, letra "e", da Carta da República. Essa regra - reserva de iniciativa para o projeto de lei acerca da criação da entidade

vinculada ao Poder Executivo - é aplicável também aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, adequando-se a iniciativa privativa, conforme o caso, ao Governadore ao Prefeito.

E em se tratando de extinção da sociedade de economia mista, em respeito ao princípio da simetria das formas ou simetria jurídica, ela será feita pelo Poder Executivo, mas dependerá, também de lei autorizadora específica. A iniciativa dessa lei é, igualmente, privativa do Chefe do Poder Executivo.

A criação de subsidiárias pelas sociedades de economia mista, bem como sua participação em empresas privadas, depende de autorização legislativa (CF, art. 37, XX). No julgamento da ADIN 1.649-1 o STF firmou entendimento segundo o qual dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora.

Por outras palavras, o STF afastou a necessidade de autorização específica do Poder Legislativo para a instituição de cada uma das subsidiárias de uma mesma entidade, considerando suficiente a existência de um dispositivo genérico, na própria lei que autorizou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, prevendo a possibilidade de ela criar subsidiária.

As sociedades de economia mista são entidades de natureza híbrida. Formalmente, são pessoas jurídicas de direito privado. Entretanto, nenhuma dessas entidades atua integralmente sob regência do Direito Privado. As sociedades de economia mista têm seu regime jurídico determinado, essencialmente, pela natureza de seu objeto, de suas atividades.

As sociedades de economia mista que atuam na exploração de atividades econômicas propriamente ditas (de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços de natureza econômica) são entidades que, embora integrantes da Administração Pública em sentido formal, mais se aproximam das pessoas jurídicas privadas.

Somente se submetem a normas de Direito Público naquilo em que a Constituição expressamente determine, ou quando houver disposição legal específica, mesmo assim se a lei não contrariar normas e princípios constitucionais concernentes á atuação do Estado na economia.

As empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, embora sejam, também, pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a diversas normas e princípios do Direito Público, especialmente em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos.

2. DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Findo o procedimento licitatório, assina-se o contrato administrativo e inicia-se etapa de fiscalização contratual.

2.1 Conceitos introdutórios

Salvo nos casos de dispensa ou inexigibilidade, os contratos administrativos surgem de um procedimento licitatório, portanto entendemos por bem iniciar este trabalho mostrando os princípios das licitações, para melhor compreensão dos contratos administrativos ao longo do trabalho.

2.1.1 Princípio da Isonomia ou da Igualdade - Todos aqueles que desejarem contratar com o serviço público deverão ser tratados em pé de igualdade, é o que assegura a Constituição Federal em seu art. 37, XXI.

Todavia, o entendimento corrente da doutrina estende este dispositivo, deixando para trás o conceito de igualdade formal e partindo para a igualdade material, que seria tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, senão vejamos:

O princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigí-las. A priori, prestigiando o aspecto negativo, todos os que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com igualdade, ser tratados. Este é um enunciado que comporta exceções. Portanto, com decalque no aspecto positivo, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Isto quer permitir ao poder público estabelecer desigualdade jurídica, objetivando a igualdade de fato. Noutra ponta, o direito subjetivo a um tratamento desigual sofre acentuada ponderação, uma vez que igualdade não se decreta, pois nela influem uma série de condições que fogem da esfera judiciária, tais como a oportunidade, dinheiro, talento e urgência. Assim, o particular só pode exigir (judicialmente) o tratamento diferenciado em situação extrema, quando, (...) aquilo que falta compromete a dignidade do homem, aproximando-se aos Direitos Humanos e Fundamentais (NIEBHUHR, 2000, p.141).

2.1.2 Princípio da Economicidade - O princípio da economicidade é um dos grandes comandantes do que pretende o Regulamento Simplificado da Administração Pública, pois busca evitar as burocracias da lei 8.666/93, incompatíveis com a celeridade e economicidade requeridas pela sua natureza.

2.1.3 Princípio da Legalidade - O princípio da legalidade na Administração Pública deve ser entendido como a impossibilidade de se fazer algo não previsto nas leis pátrias.

Para o professor Bandeira de Mello:

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o que irrompeu, até as manifestações

caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).” (MELLO, 2008, p. 71)

2.1.4 O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório - O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece que a Administração e os licitantes são obrigados a observar as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Só será permitido fazer ou agir dentro dos limites previstos na carta-convite ou no edital.

Todavia, ao longo do procedimento licitatório, as Comissões de Licitação podem emendar e consertar o instrumento originário, evitando prejuízos de entendimento e diversos outros, isto ocorre através das cartas circulares.

2.1.5 O Princípio do Julgamento Objetivo - O princípio do julgamento objetivo ordena que, no julgamento das propostas, a Administração deve observar os critérios objetivos definidos no instrumento convocatório. Assim, não será permitida a utilização de fatores subjetivos ou de quaisquer critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em proveito da Administração Pública.

Não cabe, ainda, à comissão de licitação discricionariedade para escolher como vencedora proposta que desobedeça a ditame do instrumento convocatório, mesmo que mais vantajosa, devendo eliminar tais propostas, desclassificando-as.

Julgamento objetivo, nos dizeres significa que além dos critérios serem objetivos, eles devem estar previamente definidos no edital. Não sendo possível, por exemplo, querer a comissão de licitação, durante a realização do certame, escolher novos critérios para julgar as propostas apresentadas.

2.2 Reunião inicial – Kickoff meeting

A reunião inicial é importantíssima para o bom andamento do contrato, pois é nela que se costumam acertar os detalhes do contrato, isto é, nesta reunião, normalmente se debatem os temas específicos da obra ou serviço, pois as cláusulas contratuais possuem muitas cláusulas padrões, que às vezes não são aplicadas àquele caso concreto.

Para o preparo da reunião inicial de cada contrato, deverá ser procedida uma leitura criteriosa do instrumento contratual e seus anexos, atentando-se em especial para as obrigações da contratada e da Administração Pública e medição dos serviços.

Deve-se também ficar atento para as obrigações Administração Pública no que diz respeito a fornecimento de utilidades, materiais, projetos, etc. que possam afetar os serviços

da contratada, a fim de se poder responder adequadamente a pontos levantados por esta na reunião inicial.

Ainda na reunião de abertura, cabe à Administração Pública cobrar a apresentação das apólices de seguros da Contratada e recibos de pagamento de seguros nos prazos previstos na Cláusula respectiva do contrato administrativo.

Bem como lembrar à contratada que as apólices de seguro deverão ser renovadas consecutivamente durante a vigência do Contrato e poderão ser, a critério da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, exigidas a qualquer tempo para fins de comprovação.

Tem ainda a função de sustentabilidade, alinhando, como mostrado acima, os cuidados com o meio ambiente e com o conteúdo local mínimo, mencionando a necessidade de apresentação dos Certificados e Relatórios, integrantes da Documentação de Comprovação do Conteúdo Local, nos prazos previstos na respectiva cláusula contratual.

2.3 Relatório de Ocorrências

Os contratos Administrativos firmados pela Administração Pública são sinalagmáticos, pois existem obrigações recíprocas entre a contratante e a contratada, e tais obrigações geram interesses, e é evidente a oposição de tais interesses, pois enquanto a Administração Pública quer a obra ou o serviço, a contratada almeja a remuneração pela obra ou pelo serviço.

Desta forma, a Administração Pública e a Contratada têm que criar evidências do dia-a-dia da execução contratual, para que possam defender os seus interesses em eventuais litígios. Uma das principais ferramentas à disposição de ambas as partes é o Relatório Diário de Obra. Assim, para fins de acompanhamento das fases contratuais será mantido um Relatório de Ocorrências (RDO) ou, não havendo previsão em contrato, um outro documento equivalente, onde deverão ser lançados de forma expressa as reclamações, impugnações e outros registros quanto a fatos que sejam considerados relevantes pela Fiscalização da Administração Pública e/ou pela Contratada, com clara identificação dos signatários.

O Relatório de Ocorrências, além de fornecer dados para a aferição da execução do contrato, andamento dos serviços e de ser um registro valioso para a Fiscalização como embasamento para eventuais providências junto à Contratada (exemplo: subsídio para aplicação de futuras multas e análise de futuros pleitos), deve conter as informações da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), para as obras de engenharia, ou do Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), quando envolver serviços de arquitetura e urbanismo, e

representa um importante subsídio para decisões e eventuais julgamentos nas esferas administrativa e jurídica, em caso de eventuais demandas judiciais.

Importante notar que eventuais fatos ocorridos após o encerramento dos serviços (e dos registros no RDO) até a assinatura do Termo de Recebimento Definitivo (TRD) do contrato, que eventualmente mereçam registro, deverão ser objeto de correspondência entre as partes, não podendo mais ser utilizado o Relatório Diário de Ocorrência, como por exemplo a baixa da matrícula CEI, quando requerida.

2.4 Modalidades, tipos e limites de licitação

Para entender os temas que se seguem, é fundamental estudarmos alguns temas de licitação, que podem ser importantes, por exemplo, quando da definição de qual autoridade terá competência para assinar determinado aditivo.

São modalidades de licitação existentes na Administração Pública a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, é o que dispõe o item 3.1 do decreto 2.745/98. Tal ato normativo do Presidente da República conceitua cada modalidade nos subitens do item 3.1, conforme segue:

- CONCORRÊNCIA - é a modalidade de licitação em que será admitida a participação de qualquer interessado que reúna as condições exigidas no edital.
- TOMADA DE PREÇOS - é a modalidade de licitação entre pessoas, físicas ou jurídicas previamente cadastradas e classificadas na PETROBRÁS, no ramo pertinente ao objeto.
- CONVITE - é a modalidade de licitação entre pessoas físicas ou jurídicas, do ramo pertinente ao objeto, em número mínimo de três, inscritas ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS.
- CONCURSO - é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores.
- LEILÃO - é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para a alienação de bens do ativo permanente da PETROBRÁS, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação (Decreto nº 2.745/98, subitens 3.1.1 a 3.1.5).

Ao contrário do que ocorre na lei n. 8.666/1993, a escolha da modalidade da licitação não depende do enquadramento do valor do objeto em uma faixa de valores. Isto é importante para a Administração Pública, pois lhe dá condições melhores para selecionar empresas a partir de sua necessidade, sem se ater a burocracias inadequadas para um caso apenas porque ele possui alto valor, sem a complexidade que justificaria a escolha da modalidade concorrência, por exemplo, em vez do convite, que mais célere, por ser menos burocrático.

Na Administração Pública, para a escolha da modalidade devem-se levar em conta, dentre outros, os seguintes fatores:

- a) necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado;
- b) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos;
- c) satisfação dos prazos ou características especiais da contratação;
- d) garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos;
- e) velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida;
- f) peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo;
- g) busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento da eficiência;
- h) desempenho, qualidade e confiabilidade exigidos para os materiais e equipamentos;
- i) conhecimento do mercado fornecedor de materiais e equipamentos específicos da indústria de petróleo, permanentemente qualificados por mecanismos que verifiquem e certifiquem suas instalações, procedimentos e sistemas de qualidade, quando exigíveis (Decreto nº 2.745/98, item 3.3).

Sem dúvidas, a modalidade mais utilizada pela Administração Pública é o convite, merecendo maior detalhamento do seu conceito nesta obra: tal modalidade exige que sejam convidados no mínimo três participantes (assim, será válido o processo em que sejam convidadas três empresas mas somente duas oferecem proposta). A Administração Pública alimentará um cadastro com empresas de vários ramos, convidando-as a oferecerem proposta quando necessário para a Administração Pública adquirir bens ou serviços. Todavia, as empresas do ramo pertinente que se interessarem em participar da licitação poderão solicitar a sua inclusão no processo, para que concorra com as outras em igualdade.

Além da modalidade, deve ser escolhido o tipo de licitação, de acordo com a complexidade e especialização da obra, serviço ou fornecimento a ser contratado. Os tipos de licitação que devem ser utilizados pela Administração Pública são licitações de melhor preço, de técnica e preço e de melhor técnica. Tais tipos de licitação são conceituados no item 3.2 do citado decreto:

- DE MELHOR PREÇO - quando não haja fatores especiais de ordem técnica que devam ser ponderados e o critério de julgamento indicar que a melhor proposta será a que implicar o menor dispêndio para a PETROBRÁS, ou o maior pagamento, no caso de alienação, observada a ponderação dos fatores indicados no ato de convocação, conforme subitem 6.10;
- DE TÉCNICA E PREÇO - que será utilizada sempre que fatores especiais de ordem técnica, tais como segurança, operatividade e qualidade da obra, serviço ou fornecimento, devam guardar relação com os preços ofertados;
- DE MELHOR TÉCNICA - que será utilizada para contratação de obras, serviços ou fornecimentos em que a qualidade técnica seja preponderante sobre o preço (Decreto nº 2.745/98, item 3.2).

Ordena o decreto citado, em seu item 3.2.1 que o tipo de licitação deverá sempre ser indicado pela unidade interessada, constando do edital ou carta-convite, isto é, o tipo de licitação sempre constará do instrumento convocatório.

A respeito do tipo menor preço, o jurista Marçal Justen Filho prega que:

“Somente se admite a licitação menor preço quando inexistir peculiaridade ou especificidade técnica na configuração do objeto da licitação. A adoção de licitação de menor preço não é uma escolha livre da Administração. Há discricionariedade, dentro dos limites antes observados, na seleção do objeto a ser licitado. Mas a natureza do objeto e as exigências previstas pela Administração condicionam o procedimento licitatório e definem o tipo de licitação. Se houver questões técnicas envolvidas, a Administração não poderá realizar licitação de menor preço.

Isso não significa que a licitação de menor preço não admita exigências técnicas na configuração do objeto licitado. Ao contrário, essas exigências são indispensáveis como regra. O edital deve determinar os padrões de identidade das prestações a serem adimplidas pelo futuro contratante, para evitar que a contrapartida do menor preço sejam objetos imprestáveis.

Não se admite, porém, a transformação velada de uma licitação de menor preço em licitação de técnica e preço. Na licitação de menor preço, o exame das propostas se restringe exclusivamente ao exame do preço. Não é possível estabelecer requisitos técnicos especiais para a fase de julgamento das propostas. Muitas vezes o interesse na simplificação acaba produzindo desvios. O ato convocatório afirma que a licitação é de menor preço. Porém, as exigências para o julgamento escapam a esse tipo de licitatório.

Não há defeito em se examinar questões técnicas para definir o melhor preço. Assim, o exame de rendimento e a apuração das qualidades propostas, enquanto meio de definir o melhor preço, não desnaturam a licitação. Trata-se de apurar o menor preço real – aquele que acarretará o menor desembolso (custo) para a Administração. A licitação é desnaturada quando questões técnicas são eleitas, em si mesmas, como requisitos de classificação e de julgamento das propostas.” (JUSTEN FILHO/2000/p. 297).

E, por obediência ao princípio do julgamento objetivo a Administração Pública deverá deixar claro para os licitantes quais os requisitos de técnica a serem por eles atingidos, para que sejam considerados habilitados a concorrer no procedimento licitatório, é o que reza o item 3.2.2 do mencionado decreto:

Nos casos de utilização de licitação de Técnica e Preço e de Melhor Técnica, a unidade administrativa interessada indicará os requisitos de técnica a serem atendidos pelos licitantes na realização da obra ou serviço ou fornecimento do material ou equipamento (Decreto nº 2.745/98, item 3.2.2).

Para se evitar o fracionamento da licitação par fins de fraudes como a repartição de um objeto em três para que se enquadre um objeto que deveria ser licitado em três dispensas de licitação por valor, o item 3.4 do decreto citado ordena que “sempre que razões técnicas determinarem o fracionamento de obra ou serviço em duas ou mais partes, será escolhida a modalidade de licitação que regeria a **totalidade** da obra ou serviço” (grifo nosso).

E, para aumentar a celeridade, economicidade e segurança dos procedimentos licitatórios, exige-se que as “obras ou serviços correlatos e vinculados entre si serão agrupados e licitados sob a modalidade correspondente ao conjunto a ser contratado (Decreto nº 2.745/98, item 3.5)”.

Ainda por questão de segurança dos procedimentos licitatórios, permite o decreto que, nos casos de utilização de um procedimento menos burocrático, pode-se quando conveniente, utilizar-se um mais burocrático, que confere maior segurança:

Nos casos em que a licitação deva ser realizada sob a modalidade de convite, o titular da unidade administrativa responsável poderá, sempre que julgar conveniente, determinar a utilização da concorrência (Decreto nº 2.745/98, item 3.6).

2.5 Aditivos Contratuais

De regra, o prazo dos contratos administrativos não pode ultrapassar a vigência dos respectivos créditos orçamentários. Como os créditos orçamentários têm duração de um ano, os contratos administrativos, como regra geral, também deverão ter duração anual.

Os Contratos ou Cartas-Contrato regidos pelo Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Administração Pública, aprovado pelo Decreto 2.745/98, poderão ser alterados, mediante acordo entre as partes, com as devidas justificativas, principalmente nos seguintes casos, previstos no item 7.2 do Regulamento, alíneas “a” até “e”, além de outras possibilidades:

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

b) quando necessária a alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado, quanto aos acréscimos, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato. Em situações excepcionais, em que a revisão contratual quantitativa acima do limite previsto acima seja justificável, o Aditivo poderá ser legalmente formalizado, devendo ser consideradas, como situações excepcionais, aquelas cujas consequências de outras alternativas (como por exemplo, a contratação de outra empresa) possam causar prejuízos à Administração Pública. Ademais, os aditivos pretendidos que envolvam acréscimo de valor acima de 25% do valor inicial do contrato deverão ser submetidos ao exame prévio pelo Jurídico da Administração Pública.

c) quando conveniente a substituição de garantia de cumprimento das obrigações contratuais;

d) quando necessária a modificação do regime ou modo de realização do contrato, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; e quando seja comprovadamente necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, respeitado o valor do contrato.

Além disto, o rol para aditamentos não é *numerus clausus*, pois podem também ser invocados outros motivos para aditamento, desde que justificáveis, tendo em vista que o item 7.2 do Regulamento menciona "principalmente nos seguintes casos", bem como as possibilidades de aditamento previstas no próprio instrumento contratual.

Assim, diante das diversas modalidades possíveis de aditamentos contratuais, a Fiscalização do Contrato deverá adotar diferentes procedimentos. Podem os aditivos, de acordo com o procedimento a ser seguido, ser agrupados nas seguintes espécies: aditivos de prorrogação de prazos, ou de decréscimo de valor, ou de substituição de serviços ou fornecimentos sem acréscimo de valor; aditivos com acréscimo de valor; e aditivos com acréscimo de prazo e valor em contratações de serviços de natureza de execução continuada.

Passemos ao estudo de cada uma destas espécies e seu procedimento.

Com relação aos aditivos de prorrogação de prazos, ou de decréscimo de valor, ou de substituição de serviços ou fornecimentos sem acréscimo de valor, quando existir cláusula permissiva de prorrogação, no contrato, a celebração do Aditivo caberá à autoridade que celebrou o contrato original, não sendo necessária outra autorização.

Inexistindo cláusula permissiva de prorrogação, esta ficará adstrita à prévia consulta ao Jurídico da Administração Pública e à autorização de quem autorizou originalmente a contratação.

Para a celebração de aditivos para prorrogação do prazo de vigência são exigidos os seguintes requisitos mínimos:

- a) a celebração anteriormente ao encerramento do prazo original do contrato;
- b) a necessidade de prosseguimento da contratação;
- c) a existência ou previsão de recursos orçamentários; e
- d) quando se tratar de projeto de investimento, a aprovação prévia do Desempenho Empresarial, no caso de aditivo cuja autorização seja da competência da Diretoria Executiva-D.E.

Não é justificável a prorrogação de prazo com objetivo de se atingir o valor total do contrato. Para que haja possibilidade de prorrogação contratual, é indispensável uma justificativa da necessidade da prorrogação e não a existência de saldo.

Nos casos de decréscimos de serviços ou fornecimentos e substituições de serviços ou fornecimentos, sem que haja alteração do valor total contratual, a celebração do Aditivo caberá à autoridade que celebrou o contrato original, não sendo necessária outra autorização.

Já com relação aos aditivos com acréscimo de valor, estes têm como referência o percentual total aditado (incluindo o Aditivo pretendido e eventual Instrumento Particular de Transação Extrajudicial – IPTEJ assinado na vigência do contrato, (exceto quando de natureza indenizatória) em relação ao valor original do Contrato (ou Carta-Contrato).

Quando o acréscimo for superior a 25% valor contratual original será necessário o exame prévio do Jurídico da Administração Pública, para saber se tal aditamento não violaria a norma proibitiva de acréscimo além deste percentual.

Tal proibição não é absoluta, pois o TCU, na decisão 215 de 1999, decidiu:

“a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam adimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêmintangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aoslimites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93,em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58,I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade deesses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas eexcepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado àAdministração ultrapassar os limites aludidos no item anterior,observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e daproporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratanteprivado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintespressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superioresaos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões deinteresse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novoprocedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível decapacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldadesnão previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratadoem outro de natureza e propósito diversos;V - ser necessárias à completa execução do objeto original docontrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dosbenefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamentocontratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a",supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisãocontratual, seguida de nova licitação e contratação) importamsacrifício insuportável ao interesse público primário (interessecoletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas aesse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência” (TCU, DECISÃO 215/1999).

Assim, faz-se necessário obedecer a um desses requisitos para que seja justificado o aditamento contratual que superar os 25% do valor original do contrato, devendo ainda as negociações referentes aos aditivos ficar registradas, em ata ou correspondências, especialmente a descrição detalhada dos serviços e materiais excluídos ou adicionados, possibilitando, no caso de futuras auditorias, a verificação dos valores finais negociados.

Finalmente, tratamos dos aditivos com acréscimo de prazo e valor em contratações de serviços de natureza de execução continuada, ou seja, que se repetem periódica ou sistematicamente. Nestes casos, e desde que o contrato contenha cláusula permissiva de prorrogação de prazo, a autorização para tal prorrogação permanecerá com a autoridade que celebrou (assinou) o contrato original, ainda que haja aumento do valor do contrato em decorrência da prorrogação, pois a finalidade do aditivo será estender o prazo em razão da necessidade de dar continuidade à prestação do serviço.

Constatada a necessidade de prorrogação do prazo com consequente aumento de valor, a unidade deve solicitar à Contratada, antes do início da negociação do aditivo, o detalhamento do valor dos encargos sociais informado no DFP do contrato, bem como a rotatividade inicialmente prevista e a rotatividade real do contrato, com vistas a subsidiar uma possível negociação de redução, no aditivo, dos valores relativos ao aviso prévio, uma vez que estes ocorrem uma única vez ao longo da execução do contrato.

Quando houver consumo variável na prestação dos serviços, a prorrogação de prazo pode ensejar o aporte total do valor do contrato, ainda que tenha havido anteriores prorrogações sem aporte de verba, ou seja, não é necessário que o aporte de verba no aditivo guarde proporcionalidade com o período da prorrogação, podendo ser aportado até 100% do valor original do Contrato.

Contudo, competirá ao gestor justificar a necessidade da prorrogação do prazo, das quantidades de serviço estimadas para o período a ser prorrogado e o consequente aporte de verba no aditivo contratual correspondente.

Entretanto, em casos de necessidade de acréscimo de serviços (aumento de escopo), a celebração do aditivo deverá respeitar a regra do limite de 25%, que incidirá sobre o valor atualizado do Contrato, caso este já tenha sido prorrogado por igual período com o consequente aumento do saldo. Observe-se que para os serviços de natureza continuada, a expressão “valor atualizado do contrato” deve ser entendida como o valor original acrescido do valor correspondente à prorrogação. Ressalte-se que o aditivo de acréscimo de serviço deve decorrer de fato superveniente à contratação, sobre o qual não se podia ter conhecimento à época da contratação e para sua celebração deve ser considerado o limite de 25% previsto no item 7.2, alínea “b” do Regulamento.

Na hipótese de contrato que possua cláusula permissiva de prorrogação, em que seja necessária sua extensão por igual prazo e valor, porém o mesmo já tenha sido aditado em função da necessidade de acréscimo de serviços, será preciso verificar se o serviço acrescido foi necessário somente dentro do prazo original (antes da sua prorrogação), ou se será incorporado de forma permanente. Devemos então considerar: se o acréscimo dos serviços deu-se de forma pontual (para abranger/cobrir determinado evento), no momento da prorrogação do contrato por igual período, o saldo será elevado considerando apenas o valor original do contrato; todavia se considerarmos que o acréscimo dos serviços realizado no período original do contrato será necessário após sua prorrogação, o saldo deverá ser elevado computando também este acréscimo de serviços, ou seja, o valor atualizado do Contrato.

Na hipótese de contrato que possua cláusula permissiva de prorrogação, em que seja necessária sua extensão por igual prazo e valor, porém o mesmo já tenha sido aditado em função da necessidade de acréscimo de serviços, será preciso verificar se o serviço acrescido foi necessário somente dentro do prazo original (antes da sua prorrogação), ou se será incorporado de forma permanente. Devemos então considerar: se o acréscimo dos serviços deu-se de forma pontual (para abranger/cobrir determinado evento), no momento da prorrogação do contrato por igual período, o saldo será elevado considerando apenas o valor original do contrato; todavia se considerarmos que o acréscimo dos serviços realizado no período original do contrato será necessário após sua prorrogação, o saldo deverá ser elevado computando também este acréscimo de serviços, ou seja, o valor atualizado do Contrato.

2.6 Subcontratação, cessão de créditos e cessão de direitos e obrigações contratuais

Os contratos administrativos possuem a característica da personalidade (*intuitupersonae*), tal característica dos contratos administrativos decorre da tese de que o particular contratado é o que melhor comprovou as condições de contratar com a Administração, devendo, portanto, ser o responsável pela execução do contrato.

Dessa forma, os contratos administrativos são pessoais, celebrados *intuitu personae*, ou seja, exige-se que o objeto seja executado pelo próprio contratado, não se admitindo, de regra, a subcontratação (o contratado não pode, livremente, repassar a terceiros a execução do contrato).

Exceção a esta regra, todavia, ocorre quando preenchidos os seguintes requisitos cumulativamente: previsão no edital; previsão no contrato; e dentro do limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Deve-se atentar para o fato de que a subcontratação será sempre parcial, vedada a subcontratação total de obra, serviço ou fornecimento por parte da Contratada. Ressalte-se que a Administração deve estabelecer os limites das partes do objeto do contrato cuja execução poderá ser subcontratada. Ademais, a subcontratação não isenta o particular contratado das suas responsabilidades legais e contratuais, conforme dispõe o art. 72 da Lei 8.666/1993:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Comecemos falando sobre a subcontratação, também conhecida como subempreitada. Interessante iniciar com a ponderação do professor Marques Neto sobre o tema:

“Não há a possibilidade de uma empresa executar, por si e pelos seus empregados, todas as etapas do processo produtivo demandadas para execução de um complexo objeto contratual.

(...)

Ou seja, todo contrato administrativo envolve, em maior ou menor grau, alguma subcontratação. Quanto mais complexo e diversificado o seu objeto, mais imprescindível se torna a contratação de terceiros.” (MARQUES NETO/2007/p. 122).

A subcontratação é o ato pelo qual a contratada confia a outra pessoa, física ou jurídica, a execução de parte dos serviços objeto de um instrumento contratual por ela firmado com a Administração Pública, mantendo a contratada originária, em quaisquer circunstâncias e integralmente, todas as responsabilidades assumidas no Contrato.

A contratada manterá uma relação jurídica direta com a subcontratada, contudo esta última não passará a ter uma relação jurídica direta com a Administração Pública. A contratada originária obriga-se a dar pleno conhecimento de todas as cláusulas do Contrato e seus anexos à subcontratada. Numa subcontratação, não poderá haver pagamento direto da Administração Pública à subcontratada, com faturamento direto desta, sob pena de vir a ser caracterizada uma elisão fiscal e burla ao princípio licitatório, já que na subcontratação a relação jurídica direta da empresa subcontratada é com a contratada e nunca com a Administração Pública. Para ocorrer a subcontratação deverá haver a sua previsão expressa no respectivo Contrato e a Administração Pública deverá concordar previamente, após solicitação da contratada, por escrito.

Já a Cessão de Crédito é o ato pelo qual a contratada (cedente) transfere para um terceiro (cessionário) um crédito seu junto à Petrobras. Neste caso negocia-se apenas um valor em dinheiro, o crédito. Os Relatórios de Medição (relatório de medição) continuarão sendo emitidos pela Petrobras em nome da contratada e as faturas continuarão a ser por ela emitidas contra a Petrobras. Não é admissível o faturamento direto pelo cessionário, visto que ele está sendo autorizado tão somente a receber o crédito, por conta e ordem da contratada. Quando a cessão do crédito se referir a parte do valor de uma medição, deve-se fazer dois relatórios de medição, sendo um deles no valor do crédito cedido. Para ocorrer uma Cessão de Créditos deverá haver a sua previsão expressa no respectivo Contrato e a Petrobras deverá concordar previamente, após solicitação da contratada, por escrito.

Finalmente, a Cessão de Direitos é o ato pelo qual a contratada (cedente) transfere para um terceiro (cessionário) a execução de parte ou todo o objeto do Contrato. Numa Cessão de Direitos transferem-se ao cessionário não só os direitos, como também as

obrigações do cedente. Se a cessão se referir a todas as obrigações e direitos, estaremos diante da cessão total do Contrato; se referir apenas a parte deles, estaremos diante de uma Cessão Parcial. Entretanto, mesmo na ocorrência de uma Cessão Total do Contrato, a contratada originária (cedente) continuará responsável solidária perante a Petrobras. Ocorrendo uma Cessão de Direitos, os Relatórios de Medição passam a ser obrigatoriamente emitidos em separado, para o cedente e para o cessionário, emitindo cada um a sua respectiva fatura contra a Petrobras. Para ocorrer uma Cessão de Direitos deverá haver a sua previsão expressa no respectivo Contrato e a Petrobras deverá concordar previamente, após solicitação da contratada, por escrito.

Pode-se efetuar Cessão de Direitos referente a execução de serviços e/ou fornecimento de bens e/ou materiais. Existem regras para subcontratação e/ou cessão no instrumento convocatório da licitação, vejamos.

Para a subcontratação de serviços altamente especializados com poucos detentores do “knowhow”, deve-se exigir os mesmos requisitos para habilitação, qualificação e capacitação solicitados para a contratada no instrumento convocatório, complementado pelas Diretrizes Contratuais de Qualidade, Segurança, Meio Ambiente e Saúde, podendo em casos especiais ser fornecida uma listagem de detentores de “knowhow” que seriam aceitos. Ex.: soldagem automática para dutos, END (ensaios não destrutivos) com equipamento automático. Entretanto ressaltar no instrumento convocatório que se indicada outra empresa a aceitação ficará a critério da Petrobras, previamente ao recebimento das propostas.

Para serviços especializados que não apresentem grande grau de complexidade, mas para os quais existem empresas tradicionais no mercado, deve-se exigir os mesmos requisitos para habilitação, qualificação e capacitação solicitados para a contratada no instrumento convocatório, complementado pelas Diretrizes Contratuais de Qualidade, Segurança, Meio Ambiente e Saúde.

Para os serviços não especializados e rotineiros, cuja prestação não fica posteriormente integrada aos serviços objeto do Contrato, como, por exemplo, vigilância, transporte, e alimentação numa obra, deve-se exigir a submissão prévia da empresa à Fiscalização, com um histórico de suas atuações anteriores e informações quanto a pessoal/instalação/equipamentos que serão mobilizados para atendimento ao Contrato.

Já para os casos de Cessão de Crédito, já deve ser contemplada no instrumento convocatório, como cláusula da minuta de Contrato, onde consta como cláusula essencial. Entretanto, durante a fase de gerência do Contrato, seu uso não deve ser estimulado.

E com relação à Cessão de Direitos e Obrigações, essa possibilidade também já deve contemplada no instrumento convocatório, em cláusula específica (essencial) que consta da minuta de Contrato.

Uma Cessão de Direitos pode se referir tanto ao fornecimento de bens (equipamentos) como à execução de serviços.

A Cessão de Direitos e Obrigações do fornecimento de bens (equipamentos) ocorre quando existe possibilidade de, por exemplo, uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica efetuar o aproveitamento dos créditos de ICMS, conforme benefício concedido pela legislação vigente deve-se prever no contrato duas planilhas distintas, sendo uma para serviços e outra para os bens a serem fornecidos onde há possibilidade de aproveitamento dos mencionados créditos de ICMS, observando-se que:

“Em relação à planilha de bens, a Contratada (ou uma das consorciadas quando se tratar de Consórcio) deverá emitir as respectivas Notas Fiscais de venda à Sociedade de Economia Mista, possibilitando o aproveitamento dos créditos de ICMS por ela. Alternativamente, desde que prevista a hipótese de cessão de direitos no contrato, poderá haver cessão direitos de itens dessa planilha, pela Contratada a outra empresa (cessionária) não vinculada anteriormente ao contrato, desde que esta possa também emitir Nota Fiscal de venda à Sociedade de Economia Mista, que é a condição legal para o aproveitamento dos referidos créditos de ICMS. E em relação à planilha de serviços, a Contratada deverá emitir Nota Fiscal de serviços para a Sociedade de Economia Mista. Havendo cessão de direitos de itens desta planilha, a empresa cessionária passa então a emitir as Notas Fiscais, para a Sociedade de Economia Mista, referentes aos serviços a ela cedidos. Ou seja, todo contrato administrativo envolve, em maior ou menor grau, alguma subcontratação. Quanto mais complexo e diversificado o seu objeto, mais imprescindível se torna a contratação de terceiros.” (MUKAI/2000/p. 425).

E em se tratando de Cessão de Direitos e Obrigações referente a execução de serviços, já na elaboração do contrato deve-se definir, em planilha específica, separada da planilha de bens, todos os serviços a serem executados, discriminando em itens específicos aqueles passíveis de serem objeto de cessão. Poderão ser passíveis de cessão parcial os serviços considerados como acessórios ao serviço principal, tais como pintura, jateamento, isolamento térmico, entre outros.

A seguir veremos as regras para subcontratação e/ou cessão na fase de gerência do contrato.

Em se tratando de subcontratação, quando o instrumento convocatório contemplar relação de serviços passíveis de subcontratação, somente esses poderão ser subcontratados. Quando não houver relação de serviços, porém o Contrato previr subcontratação, o Gerente deverá analisar a conveniência da aceitação do pedido da contratada, quanto ao tipo de serviço e quanto à empresa subcontratada proposta.

Deve-se fazer uso das mesmas exigências constantes do instrumento convocatório, ou seja, exigir os mesmos requisitos para habilitação, qualificação e capacitação solicitados para a contratada, complementado pelas Diretrizes Contratuais de SMS.

Deve-se, ainda, analisar com bastante cuidado as proposições da contratada para subcontratação de empresas que tenham participado da licitação (principalmente recebido convites), de modo que a subcontratação não caracterize de fato um “consórcio”, ou que tenha sido criada na licitação uma falsa competitividade.

Já com relação à Cessão de Direitos e Obrigações referentes a serviços, quando o instrumento convocatório contemplar relação de serviços passíveis de Cessão de Direitos, somente esses poderão ser cedidos. E quando não houver relação, porém o Contrato previr Cessão de Direitos e Obrigações, o Gerente deverá analisar a conveniência da aceitação do pedido da contratada, quanto ao tipo de serviço e quanto à cessionária proposta.

Deve-se observar as variações de custos e incidências fiscais decorrentes das alterações do faturamento em função da Cessão, solicitando as respectivas reduções de preços.

Para cessão a cada empresa será necessário fazer o respectivo Aditivo Contratual, e, novamente, a analisar com bastante cuidado as proposições da contratada para cessão de direitos a empresas que tenham participado da licitação (principalmente recebido Convites), de modo a se verificar que a cessão não caracteriza de fato um “consórcio”, ou que tenha sido criada na licitação uma falsa competitividade. (FRANÇA. 2010).

3 . CONCLUSÃO

Assim concluímos que cabe a administração fiscalizar a execução de contratos administrativos, trabalho esse que deve se dar por meio de um representante, designado especificamente para realizar o acompanhamento do contrato, o qual poderá ser um membro dos quadros do funcionalismo público ou ainda um terceiro, sendo a Administração responsável por verificar a regularidade da execução contratual em acordo com os ditames editalícios e legais.

O fiel cumprimento dos termos contratuais vai depender da regularidade do processo de licitações, desde seu nascedouro até a fase de apresentação dos projetos básicos, habilitação e qualificação.

O erro na fiscalização poderá ensejar responsabilização do Estado, o qual via demanda regressiva poderá haver ressarcimento ante o fiscal, caso este tenha operado com culpa ou dolo. A essa responsabilidade do fiscal/gestor/ordenador de despesa afasta-se pela ausência de preparo dos mesmos pela Administração, sendo a autoridade superior omissa responsabilizada pelo dano decorrente. O trabalho em condições precárias, a falta de informação acerca de detalhes do contrato devem ser sanadas, a fim de ajudar na fiel execução do mister a que o fiscal de contrato foi impelido.

Assim, observamos que o fiscal do contrato é responsável pela má fiscalização do contrato na medida de sua capacidade, cuja capacitação é responsabilidade imediata da Administração. Sem instrução, o mesmo não pode ser responsabilizado. Para arcar com o prejuízo também, deve ter agido com dolo ou culpa. Nessa hipótese haverá de buscar a promoção de sua defesa por meio de causídico particular, em razão de não caber à advocacia pública a defesa do fiscal nesses casos.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas - Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. **Lei do Petróleo**. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

BRASIL. Instruções de contratação da Administração Pública. sítio eletrônico internet – Administração Pública.com.br

BRASIL. TCU. Decisão 215/1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. 453p.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 6ª edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010;

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 11ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Dialética, São Paulo, 7ª ed., 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos**. Boletim de Licitações e Contratos – BLC. Ano XX, nº 2, Fev-2007, São Paulo: NDJ, 2007, pág.: 122.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MUKAI, Toshio (coord.). **Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos**. 1ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000;

RAMOS, Chiara. Processo sancionatório contratual no âmbito da Administração Federal. Sugestões para uniformização do procedimento. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4065, 18 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29249>>. Acesso em: 03 de junho 2018.