

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

VERONICA LAGASSI

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcus Firmino Santiago ; Veronica Lagassi – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-243-9

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ordem social. 3. Regulação. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

O ano de 2020 segue trazendo obstáculos e desafios. Ninguém ficou à margem da pandemia que assola o globo e afeta diretamente os espaços social, político, econômico ou jurídico. Porém, para alguns, as dificuldades têm sido maiores. A pandemia é desigual.

Esta realidade não passou despercebida pelos pesquisadores que se reuniram no Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação, no dia 05 de dezembro, no âmbito do II Encontro Virtual do Conpedi. Cada um em sua casa, todos juntos em um diálogo rico e construtivo, permeado por reflexões extremamente relevantes e que ajudam a compreender o mundo de hoje e pensar o de amanhã.

Como de hábito nos encontros do Conpedi, praticamente todas as Regiões brasileiras se viram representadas, em um amálgama plural e, ao mesmo tempo, uníssono na preocupação em construir um pensamento jurídico socialmente orientado.

Os artigos apresentados podem ser agrupados em dois eixos de discussão que, em conjunto, permitiram um debate abrangente sobre diferentes e relevantes temas relacionados ao Direito e Economia.

Um primeiro teve por foco debates sobre o papel do Estado e análises acerca de suas deficiências enquanto garantidor dos direitos fundamentais e dos interesses coletivos, quadro que se evidencia enfaticamente diante da crise sócio econômica trazida pela pandemia.

Neste conjunto, foram apresentados estudos sobre:

a) A natureza do modelo neoliberal de Estado e a preponderância de um mercado que depende profundamente da ação estatal para garantir suas liberdades e reforçar sua capacidade de dominação sobre os espaços produtivos, em especial as relações de trabalho (Regulação do trabalho, neoliberalismo e pandemia);

b) A força das empresas e a fragilidade dos Estados no contexto da expansão globalizante, com destaque para a busca por vantagens competitivas em detrimento da proteção às pessoas, a limitar a abrangência dos sistemas regulatórios nacionais (Crise do estado-nação: impactos fiscais frente à globalização econômica);

c) O desafio de construir uma ação integrada e cooperativa entre os países para enfrentar a pandemia do Covid-19, o que não ocorreu, mostrando a fragilidade de Estados e organismos internacionais (A demagogia nas questões de enfrentamento do covid-19 em âmbito internacional e o paradoxo da ineficácia de políticas públicas);

d) O papel da OMS como reguladora global de políticas de saúde pública, suas condutas e deficiências, com destaque para a fragilidade dos parâmetros jurídicos adotados pela OMS para coordenar as ações dos países, face à não vinculatividade de suas medidas (A covid-19 no contexto da saúde global: uma análise sobre a efetividade da Organização Mundial da Saúde e de suas normas);

e) A tibieza do sistema protetivo, em especial o marco civil da internet, diante da disseminação das fake news, fenômeno que tem feito com que a primazia tradicionalmente conferida à liberdade de expressão passe a ser sopesada (Bases principiológica e conceitual sobre o fenômeno da desinformação e da “fake news”: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade na sociedade da informação);

f) A natureza jusfundamental da privacidade e os desafios trazidos pela revolução tecnológica, com sua enorme disseminação na circulação de dados pessoais, dados que viram uma espécie de capital para as empresas (A proteção de dados pessoais: função social e atendimento da finalidade da ordem econômica);

g) A digitalização das relações sociais, fenômeno que promove uma aproximação crescente entre pessoas e máquinas, pela via da presença cada vez mais constante da inteligência artificial, e que traz a questão: quais os limites para a possibilidade de apreensão da vontade humana? (Inteligência artificial e repercussão em direitos fundamentais: relações com integração, autonomia e digitalização da sociedade);

h) A ausência de um sistema normativo internacional de controle sobre as práticas das empresas transnacionais e os freios que estão previstos na Constituição brasileira e que funcionam como garantia de respeito à função social que a atividade econômica deve ter (Empresa e sua função social à luz da Constituição Federal);

i) A importância de as decisões jurídicas e econômicas serem embasadas em análises abrangentes, que consigam considerar os vários riscos em jogo e a necessidade de as decisões serem tomadas de forma transparente e isonômica (Coronavírus e premissas das decisões judiciais: risco, provisoriedade e falta de um cenário macro);

j) A busca por equilibrar o direito à educação com a proteção à saúde, de forma adequada às necessidades de estudantes com deficiência, dificuldades que se conectam primordialmente à capacidade de docentes e discentes lidarem com estes alunos, sendo esta a maior barreira à aplicação das normas já existentes voltadas a assegurar a inclusão (A sala de aula invertida e a inclusão das pessoas com deficiência no ensino jurídico em tempos de pandemia);

k) O conceito e as origens do patrimonialismo, tradição arraigada no Estado brasileiro, e sobre as normas jurídicas voltadas a coibi-lo (As raízes do patrimonialismo no Brasil e suas consequências no estado contemporâneo).

O segundo eito temático contemplou estudos mais focados em aspectos regulatórios, mas que nem por isso deixaram de ressaltar a preocupação com as necessidades sociais e os impactos que as decisões estatais produzem sobre a vida das pessoas.

Aqui se encontram artigos que tratam:

a) Das alterações regulatórias trazidas para o sistema financeiro diante das necessidades sociais criadas pela pandemia, como o acesso ao auxílio emergencial, e a expansão da bancarização (A pandemia como fator de incentivo à digitalização do sistema financeiro nacional);

b) Das variáveis em discussão nas PECs que objetivam promover a reforma do sistema tributário e seus potenciais impactos sobre o segmento dos produtores e consumidores de leite (Breves comentários sobre os impactos da reforma tributária no segmento dos lácteos);

c) Da nova regulamentação aplicada aos alimentos de origem animal, com ênfase para as repercussões sobre o setor lácteo, com destaque para a crítica à ausência de debates antecedentes à edição do decreto (Comentários ao Decreto nº 10.478/2020);

d) Da relação entre setor de distribuição de energia elétrica e de comunicações, em uma análise dos marcos regulatórios aplicáveis ao compartilhamento de infraestrutura pelos dois setores (O fenômeno do compartilhamento dos postes à luz de ferramentas da análise econômica do direito);

e) Da contabilidade gerencial como ferramenta necessária a todos os envolvidos com a gestão empresarial, de modo a permitir um melhor planejamento tributário (O princípio da não-cumulatividade como ferramenta do controller);

f) Do sistema nacional de vigilância sanitária, abrangendo as diversas etapas que envolvem o processo de aprovação de novos medicamentos e da sua disponibilização aos consumidores, enfatizando a importância do controle regulatório como proteção ao ser humano (Política regulatória das boas práticas de fabricação como mecanismo de garantia de qualidade e segurança dos medicamentos no Brasil);

g) Da natureza extrafiscal do ICMS e seu uso como instrumento para incentivar ou desestimular o consumo a fim de defender a modulação da sua alíquota como mecanismo de política pública para assegurar melhor acesso a produtos essenciais e combater a desigualdade (Princípio da seletividade no ICMS com aplicação ao gás liquefeito de petróleo: uma análise da importância para a redução das desigualdades sociais).

Em seu conjunto, os artigos que compõem esta coletânea abarcam inúmeras questões essenciais ao estudo do Direito e Economia e permitem aos leitores ter acesso a reflexões densas sobre problemas extremamente atuais e relevantes. Aproveitem a leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof.^a Dr.^a Verônica Lagassi

Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANALISE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NAS EMPRESAS PUBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA SOB A INCIDÊNCIA DA LEI 8.666/93.

ANALYSIS OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN PUBLIC COMPANIES AND MIXED ECONOMY COMPANIES UNDER THE INCIDENCE OF LAW 8.666 / 93.

**José Guerra de Andrade Lima Neto
Fellipe Matheus Guimarães Mota
Michele Del Pino**

Resumo

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.

Palavras-chave: Lei 8.666/93, Contratos administrativos, Direito financeiro, direito administrativo, Gestão pública

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to show how the inspection of administrative contracts in Indirect Public Administration occurs, with focus those Public Companies and Mixed Economy Societies that exploit economic activity, which demands constitutional strength, a regime contracting and differentiated inspection in the face of the most complex process. the bureaucratic nature of Law 8.666 / 93. Throughout this work, we will make an analysis of the main tools normally used by the Administration on a daily basis. On some issues, we will confront the statutes some entities of Indirect Administration with Law 8.666 / 93, showing the nuances of each one.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law 8.666 / 93, Administrative contracts, Financial law, administrative law, Public management

1. INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos na Administração Pública Indireta, especificamente as que tratam de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, demanda, por força constitucional, de regime de contratação e de fiscalização diferenciado frente ao processo mais burocrático da lei 8.666/93.

A natureza e formalidade presente nos contratos são objetos específicos das modalidades de formas de elaboração e desenvolvimento do processo contratual, sendo estas pré-determinadas e especificadas em lei, haja visto o princípio da legalidade que vincula os atos dos administradores públicos.

A limitação das alterações contratuais, assim como as formas de multas e extinção contratual tem seus limites previstos por lei, havendo ainda de se observar a fiscalização dos mesmos como forma de inibir a ocorrência de infrações derradeira de corrupção.

Assim, temos nos contratos a forma de realização e efetivação das obrigações estatais por meio de terceiros, contudo, como contratos de natureza pública, os mesmos encontram-se sujeitos a fiscalizações, inclusive os vinculados a administração pública indireta.

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

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. 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

5. ADITIVOS CONTRATUAIS

De regra, o prazo dos contratos administrativos não pode ultrapassar a vigência dos respectivos créditos orçamentários. Como os créditos orçamentários tem 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 de forma diversa, criando precedência a dito entendimento.

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.

6. SUBCONTRATAÇÃO, CESSÃO DE CRÉDITOS E CESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Os contratos administrativos possuem a característica da pessoalidade (*intuitu personae*), 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). Destaquemos que tal responsabilidade ocorre da derivação de uma hermenêutica principiológica. Paulo J. A. Prazeres e Karla L. A. Prazeres definem que: “Os princípios possuem uma demasiada importância técnica e filosófica no âmbito jurídico, podendo ser definidos como verdade básica da ciência jurídica, funcionando como pilares fundamentais da construção de todo estudo doutrinário e de todo ordenamento jurídico positivo. A interpretação adequada a realidade, política, social, econômica e jurídica da época servem de fundamento ao direito positivo, orientam na busca de sentido e alcance das normas.”

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.

Começamos 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.

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 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.

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 prever 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.

7. MEDIÇÃO DOS SERVIÇOS

O acompanhamento dos serviços deverá ser permanente e as medições procedidas mensalmente, ou por ocasião da ocorrência do evento, nos casos em que a medição se dê por mensalmente ou por eventos, conforme previsto no instrumento contratual.

A medição deverá obedecer rigorosamente às condições, preços e critérios previstos no instrumento contratual e seus anexos.

Não são passíveis de medições percentuais as partes de serviços insuscetíveis de execução parcelada, nem os materiais ainda não aplicados, salvo quando expressamente previsto no instrumento contratual.

Os serviços impugnados não poderão ser considerados na medição até sua correção total. Nenhum serviço adicional poderá ser incluído nos pedido de medição sem que haja previsão no instrumento contratual, tanto no valor estimado como na Planilha de Preços. Aqueles que porventura se façam necessários deverão ser formalizados por Aditivo e ter seus preços sempre referidos à mesma data-base do contrato original.

Na elaboração da Memória de Cálculo da Medição cada Relatório de Medição deverá ter sua correspondente “Memória de Cálculo”, englobando todas as folhas de serviço nele consideradas, contendo, por exemplo, cálculos de volumes (concreto, terraplanagem, etc.), cálculos de áreas (formas, levantamentos topográficos, etc), croquis com trechos de tubulações medidos (por exemplo, em alterações de projeto), indicação dos desenhos onde constam assinalados os elementos que foram medidos, data de elaboração, assinatura e identificação do elaborador.

Com base na “memória de cálculo”, deverá ser preparado um resumo dos itens ou quantidades a medir, visando alimentar o respectivo sistema de acompanhamento e emissão do correspondente Relatório de medição.

As memórias de cálculo apresentadas pela Contratada, quando prevista em contrato tal sistemática, devem ser minuciosamente verificadas pela Fiscalização, que deverá após o seu “de acordo” ou, em caso de não concordância, ordenar o refazimento pela Contratada para posterior reanálise e aprovação, arquivando-as junto à copia do relatório de medição correspondente ao dossiê do contrato, devidamente identificada, assinada e datada.

Inexistindo no contrato previsão de apresentação de memória de cálculo da medição pela contratada, esta deverá obrigatoriamente ser efetuada pela Fiscalização da Administração Pública, desde o levantamento dos itens a medir no período de medição considerado, até o fechamento das quantidades ou valores a serem alimentados no sistema de acompanhamento.

O Fiscal, quando da verificação da memória de cálculo apresentada pela contratada, ou da elaboração de cada medição, quando for o caso, deve:

Consultar a documentação contratual, a saber: Cláusula Contratual de Preços e Valor e/ou Forma de Pagamento, verificando: periodicidade da medição (mensal; quinzenal; a cada evento concluído; eventos concluídos no mês, etc.); percentuais ou etapas de pagamento; condições para reembolso de passagens ou de compras de materiais (mensal; quinzenal; quando da ocorrência de despesa, etc.); Planilhas de Preços, verificando quais itens de serviços foram executados no período de medição considerado, e atentando para as eventuais observações que constem no final da Planilha; Anexo Critérios de Medição; Aditivos contratuais que eventualmente

tenham alterado condições para medições, preços ou prazos. (ALTOUNIAN/2014/p. 124).

Já com relação ao reajustamento de preços, os fatores de reajustamento relativos a serviços serão calculados para o mês da medição, utilizando o reajuste previsto no contrato e cadastrado no sistema de acompanhamento, podendo haver mais de uma fórmula. O valor do reajustamento é calculado somando-se o reajustamento ao valor da medição de serviços a preços básicos, ficando essas parcelas, reajustamento e medição a preços básicos, discriminadas no relatório de medição.

O reajustamento dos serviços incluído em um relatório de medição pode ser provisório. Isso ocorre quando ainda não foram divulgados, quando da emissão do relatório de medição, os índices de preços do mês a considerar no cálculo, de acordo com a fórmula de reajustamento contratual. Neste caso, haverá necessidade de posterior emissão de um Relatório de Complemento quando da divulgação dos índices para que seja feito o cálculo do reajustamento definitivo e o pagamento da diferença de reajustamento à Contratada.

Não deverá ser adotado fator de reajustamento provisório contemplando índices já divulgados para o mês da medição, juntamente com outros ainda não divulgados. Nesta situação deverá ser adotado o fator provisório do mês e, posteriormente, emitir relatório complementar considerando o fator definitivo calculado com todos os componentes referidos ao mês da medição.

Note-se que cada relatório de medição emitido que contemple reajustamento calculado com índice provisório deverá ter o correspondente relatório complementar (calculado com índice definitivo) com a complementação do reajustamento já incluído no relatório de medição.

Cabendo ao Fiscal do instrumento contratual acionar a emissão relatório complementar logo após a divulgação de todos os índices da fórmula de reajustamento, referentes ao mês da medição.

8. ENCERRAMENTO CONTRATUAL

Passemos à análise das seguintes formas de encerramento contratuais: natural, que ocorre com a entrega do produto, rescisão e distrato.

O encerramento natural do contrato ocorre ou com a entrega do produto final para o qual a empresa contratada fora contratada ou pelo atingimento do prazo final.

Quando da entrega do produto final, deverá ser providenciado o Termo de Recebimento Definitivo (TRD), cujo objetivo é formalizar a entrega do objeto contratual. Trata-se de documento formal, assinado pelas duas partes, que atesta que o objeto contratual foi executado.

Do ponto de vista da Administração, a mais importante função do TRD é materializar a quitação que a Contratada dá dos pagamentos realizados, em razão do contrato, não sendo devidos à Contratada quaisquer valores adicionais. Ao assiná-lo, a Contratada dá ampla, rasa, plena e geral quitação no que concerne a quaisquer créditos e valores oriundos do instrumento contratual, dando segurança jurídica quanto ao cumprimento das obrigações contratuais.

Outra importante função do Termo de Recebimento Definitivo (TRD) é que a data de sua assinatura fixa o início dos prazos previstos no Art. 618 do Código Civil Brasileiro, que diz:

“Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.”

Concluído o objeto contratual e desde que todas as obrigações contratuais estejam atendidas, especialmente quanto a comprovação do adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, deverá ser considerado como concluído o objeto contratual por meio da emissão do TRD, onde constarão: natureza da contratação; data de início; data de conclusão; valor de multas acaso aplicadas, bem como discriminação de multas aplicadas e relevadas; declaração quanto à observação ou não das especificações em sua plenitude; declaração formal pela contratada, confirmando que, no prazo de garantia oferecido e aceito pela Administração Pública, se obriga a corrigir, a sua custa, os defeitos ou imperfeições verificadas; ampla, rasa, plena e geral quitação da contratada no que concerne a quaisquer créditos e valores oriundos do instrumento contratual; indicação de retenções realizadas pela Administração Pública; outras circunstâncias consideradas relevantes.

Após a emissão definitiva do Termo de Recebimento Definitivo, não mais poderão ser processados quaisquer tipos de pagamentos vinculados ao Contrato, inclusive os referentes a Instrumentos Particulares de Transação Extrajudicial, com todos os transtornos daí decorrentes.

Caberá ao gestor formalmente designado assinar o Termo de Recebimento Definitivo pela Administração Pública. Pela contratada, assinará o TRD o signatário do instrumento contratual ou quem designado formalmente para tal.

Em casos especiais o Gerente do Contrato poderá providenciar a constituição de Comissão para o recebimento do objeto contratual.

Em contratos que eventualmente contenham a cláusula de “Retenções Contratuais” prevendo a retenção, pela Administração Pública, de um percentual sobre cada fatura e sua devolução à contratada no término dos serviços, somente após a liberação e devolução dessas retenções e a eliminação de todas as pendências contratuais, será possível emitir-se o Termo de Recebimento Definitivo (TRD) do contrato para impressão e encaminhamento à Contratada para assinatura.

Quando a contratada deixar de assinar o Termo de recebimento definitivo, a orientação é que seja notificada por escrito, por meio de envio de carta com AR – Aviso de Recebimento, para que assine o TRD.

Caso a contratada não seja localizada, deve o gestor envidar esforços, visando a sua localização, podendo ainda ser realizada uma notificação extrajudicial, a fim de se obter a certificação do oficial do cartório de que a empresa não foi encontrada no endereço da diligência.

Não se obtendo êxito na assinatura do TRD pela contratada, esta poderá ingressar no Judiciário com alguma demanda cabível, objetivando haver do Poder Público o que entende lhe seja devido, pelo prazo de 05 (cinco) anos (art. 206 § 5º, inciso I do Código Civil), contados, em regra, a partir do término do prazo para pagamento pela Administração, referente à última medição. Decorrido esse prazo ocorre a prescrição do direito da contratada de entrar em juízo, salvo se interrompido esse prazo prescricional, na forma da lei, por parte do interessado (a contratada).

Assim, não sendo firmado o TRD pela contratada, somente após o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados na forma acima mencionada, sem interrupção da prescrição, estará afastado o risco para a Administração de ter uma sentença judicial condenatória. Portanto, é muito importante que o gestor do contrato adote medidas que objetivem assegurar a assinatura do TRD pela empresa contratada, ao final do contrato, eis que, como já mencionado, o TRD é o documento que materializa a quitação dada à Administração, excluindo o direito de crédito da contratada em face da Administração.

Deve-se atentar que se o instrumento contratual contiver a cláusula, abaixo reproduzida, integrante dos padrões de contratos utilizados pela Administração, somente após

a assinatura do TRD poderá haver o fornecimento à contratada da consolidação das avaliações dos serviços, mediante a inclusão em atestado de execução de serviços: “No final dos serviços, e após a assinatura do Termo de Recebimento Definitivo, os resultados das avaliações de desempenho serão comunicados e consolidados através de atestado de execução de serviço, quando solicitado.”

Pode ocorrer, também, de não ser o caso de recebimento definitivo, mas parcial, o que ocorre com o Termo de Recebimento Parcial (TRP), onde deverão estar discriminadas a parte recebida e a parte pendente, nas seguintes situações:

a) TRP para recebimento provisório, emitido quando os serviços objeto da contratação não tiverem sido concluídos integralmente, restando a execução de uma parte bem definida dos serviços contratados, ou por existirem pendências fora do controle da contratada.

b) TRP para recebimento parcial, emitido na hipótese de os serviços objeto do Contrato estarem divididos em etapas distintas, sendo possível à Administração entrar em posse progressiva das partes concluídas, sem pendências. Pode ser emitido este TRP quando houver, por exemplo, a necessidade de contagem de prazo para garantia de determinada etapa.

Deve o Fiscal do Contrato, quando de sua elaboração atuar discriminando a parte recebida e a pendente.

Já a rescisão contratual ocorre quando comprovado o inadimplemento das condições contratuais, de acordo com as hipóteses constantes da cláusula contratual de rescisão. As hipóteses mais recorrentes de caracterização da rescisão são: Atraso significativo no cronograma da obra, sem apresentação de plano de recuperação; Desmobilização injustificada de mão de obra e equipamentos; Cometimento reiterado de faltas anotadas no Relatório de Ocorrências (RDO); Paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento sem justa causa e prévia comunicação à Administração; Decretação da falência da CONTRATADA, ou instauração da insolvência civil quando esta for pessoa física, dentre outras relatadas na Cláusula de Rescisão.

Imediatamente após a identificação de riscos de rescisão, nos contratos com exigência de garantias nas modalidades seguro garantia ou carta de fiança bancária, a Gerência do Contrato deve informar a existência de tais riscos (expectativa de sinistro, no jargão do Mercado de Seguros) para a Seguradora, com objetivo de evitar a negativa de pagamento dos valores devidos à Administração.

O aviso da expectativa de Sinistro é uma obrigação da Administração conforme consta nas cláusulas Gerais das Apólices de Seguros na Modalidade Seguro Garantia.

A rescisão contratual não se confunde com o distrato, uma vez que este pressupõe o acordo entre as partes e a rescisão pressupõe a existência de culpa ao menos de uma das Partes.

Compete à autoridade que celebrou o Contrato decidir sobre a rescisão do contrato por inadimplência das condições de sua execução.

Uma vez decidida pela rescisão, a autoridade signatária do contrato emitirá à contratada uma Notificação de Rescisão Contratual.

A notificação deverá ser entregue ao representante legal da contratada, mediante recibo, ou extrajudicialmente, via Cartório de Títulos e Documentos.

Junto à notificação da rescisão, é recomendável seja entregue a notificação da multa compensatória pelo descumprimento total ou parcial do objeto contratual.

Se houver cessão fiduciária de direitos creditórios, a instituição financeira credora deve ser imediatamente notificada e eventuais pagamentos devidos deverão ser depositados na conta vinculada à cessão fiduciária, salvo autorização expressa do banco credor ou decisão judicial em sentido contrário.

O Gerente Geral da área onde ocorreu o fato gerador da rescisão deve nomear por Comissão, e em tal documento de nomeação devem constar os fatos que poderão ensejar a aplicação de sanção.

Falemos agora do distrato; dispõe o art. 472 do CC que "o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato", o que significa que a resilição bilateral nada mais é que um novo contrato cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao do contrato primitivo. Assim, o fato de que o distrato pressupõe um contrato anterior não lhe desfigura a natureza contratual, cuja característica principal é a convergência de vontades, razão pela qual não parece razoável a contraposição dos referidos negócios jurídicos no sentido de que somente disposições contratuais seriam passíveis de anulação por abusividade.

Aliás, como qualquer outro contrato, o distrato fica sujeito às normas gerais que regulam a liberdade contratual. Todos os mecanismos que visam assegurar a integridade da manifestação de vontade das partes e o equilíbrio econômico contratual hão de aplicar-se sobre o distrato. Especialmente, nas relações de consumo, o distrato sofre um profundo controle judicial, podendo, inclusive, as suas cláusulas serem revistas ou invalidadas quando consideradas abusivas.

Cristiano Chaves corrobora esse entendimento: Certamente serão infensos ao controle judicial os motivos que conduziram as partes à resilição bilateral. Contudo, como em qualquer outro contrato, eventualmente um instrumento de distrato poderá ser eivado de

vícios que afetem a vontade das partes ou evidenciem uma quebra do equilíbrio negocial. Estas interferências negativas são passíveis de revisão em juízo, sobretudo no campo das relações consumeristas, território propício à inserção de cláusulas abusivas.

O distrato não deve importar em prejuízos para a Administração, devendo-se apurar os valores devidos até então para fins de quitação das obrigações assumidas contratualmente. O distrato somente acarretará o pagamento dos serviços/fornecimentos realizados ou de outras obrigações previstas em contrato, não sendo cabível a formalização deste instrumento quando, por exemplo, o acordo incluir o ressarcimento de algum prejuízo da Contratada.

Assim, sempre que for utilizado o instrumento de distrato, o gestor deverá verificar a ausência de culpa por parte da contratada, pois a presença desta caracteriza hipótese de rescisão contratual.

Na hipótese de a Contratada não concordar com a realização do Distrato, mas houver interesse da Administração em extinguir o Contrato e, dada a ausência de inadimplemento da Contratada, é possível à Administração, após notificação da Contratada, extinguir o contrato, tendo em vista que não se pode obrigar uma das partes a permanecer vinculada a um contrato que não mais atende a suas necessidades. Neste caso, deverá ser verificado se a Contratada realizou gastos para o cumprimento do objeto contratual, haja vista que poderá ser pleiteado o pagamento de indenização por perdas e danos referente aos valores dispendidos.

No caso de distrato para encerramento antecipado do contrato, sem existência de concessões mútuas, a autorização para a sua celebração deverá ser dada por quem deteve a competência para autorizar a celebração do contrato que se pretende encerrar em condições diversas daquelas consentidas.

No caso de ter sido celebrado aditivo, com alteração do nível hierárquico da autoridade competente (que autorizou o contrato originalmente), caberá a esta nova autoridade autorizar a celebração do distrato.

Quando for o caso de distrato juntamente com transação de determinados termos do contrato recomenda-se a inclusão de uma cláusula de distrato dentro do instrumento jurídico de Transação Extrajudicial, após avaliação específica da unidade.

Em tal hipótese, deve-se observar a regra de competência mais restritiva para aprovação do referido documento.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 editais 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, as faltas 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**. 18. ed.. São Paulo: Atlas, 2005.

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

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

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Dialética, São Paulo, 7. 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**. 29. 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**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000;

PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares dos; PRAZERES, Karla Luzia Alvares dos. **Análise principiológica do contraditório na norma constitucional positiva como garantia processual no estado de direito.** Revista da OAB Olinda, v. 2 n. 1 (2019): <http://www.revistadaoabolinda.org/>. Acesso em 24/04/2020.