



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos - Avaliação Crítica

Gilmara Rodrigues do Nascimento

Rio de Janeiro

2016

GILMARA RODRIGUES DO NASCIMENTO

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos – Avaliação Crítica

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professora Orientadora: Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro

2016

GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – AVALIAÇÃO CRÍTICA

Gilmara Rodrigues do Nascimento

Graduada pela Faculdade de Direito
Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo: A Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos, no que diz respeito à avaliação crítica do tema, têm por objetivo demonstrar que a falta de logística administrativa, de ações conjugadas entre organismos e agentes, de planejamento operacional e fiscalização eficiente dos atos e atividades da Administração, dentre outras possibilidades constituem-se em má gestão da coisa pública, e coloca em xeque o Estado Democrático de Direitos.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Gestão e Fiscalização.

Sumário: Introdução. 1. Contratos Administrativos. 1.1 Regime Jurídico Diferenciado dos Contratos Administrativos 1.2 Características dos Contratos Administrativos. 1.3 Duração dos Contratos Administrativos. 2. Os Tipos de Controles Exercidos nos Contratos Administrativos. 3. Gestão e Fiscalização dos Contratos Administrativos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo abordar o tema Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos, avaliação crítica, com o propósito de demonstrar que a falta de logística administrativa, de ações integradas e sistematizadas entre organismos e agentes, de planejamento e gestão de fluxos, resulta na ausência de controle de atos e atividades da Administração, consubstancia-se em má gestão, e coloca em xeque o Estado Democrático de Direitos.

O tema necessita de maior profundidade, conhecimento, para saber quais as razões, causas, que desencadeia o fenômeno da má gestão com a coisa pública, em que pese à existência de mecanismo de Controle e Fiscalização da Administração Pública, o mesmo, não coíbe ou intimida o mau gestor, e sob a mesma perspectiva, cabe salientar a importância da conduta ética do agente público com a coisa pública, tal assertiva é de fácil verificação diante os escândalos veiculados por toda a mídia a respeito de processos licitatórios e termos de

contratos administrativos, tais como: obras públicas superfaturadas e inacabadas; compras de bens inadequados e com sobrepreços.

Cabe ressaltar que o controle é atividade de Estado, é um dever- poder, implementado desde a República, com a instituição do Estado de Direitos, e a tripartição de funções do Estado, com a idéia de Montesquieu, de freios e contrapesos, daí a idéia de controle, e neste sentido o art. 2º da CRFB/1988, define o funcionamento dos três Poderes (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), de forma independente e harmônica entre si, tal divisão é didática, porque o Estado é uno e indivisível, e o controle exercido sob Administração, deve se dá de forma integrada e sistematizada, na forma do art. 74 da CRFB/1988.

No primeiro capítulo trataremos de contratos administrativos, de forma breve, explicaremos como se constitui um contrato administrativo, o seu fundamento legal, quais as legislações pertinente, quem possui competência para legislar, definimos o que são contratos da Administração, e suas espécies, o fundamento do princípio da supremacia do interesse público na relação contratual, o direito civil, como regra de fundo, sendo aplicado de forma subsidiária aos contratos administrativos. No subtítulo 1.1 trataremos do regime jurídico diferenciado aplicado aos contratos administrativos, decorrente do Princípio da Supremacia do Interesse Público, representado por cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/1993), como alteração unilateral, rescisão unilateral, ocupação temporária, e a observância obrigatória do equilíbrio econômico financeiro, a fiscalização de contratos (art. 67 da Lei 8.666/1993), e aplicação de penalidades em conformidade com a proporcionalidade. O subtítulo 1.2, cuida das características dos contratos administrativos, trata-se das cláusulas necessárias aplicadas a todo o contrato da Administração (art. 55 da Lei 8.666/1993), e por fim, o subtítulo 1.3, aborda a duração dos contratos administrativos, em especial as exceções do art. 57 e incisos da Lei 8.666/1993.

No segundo capítulo falaremos dos tipos de controles exercidos nos contratos administrativos. Há tentativa de conceituar a terminologia controle bem como a sua noção, quando incidente a Administração Pública. Pontuamos que o direito como um todo é a medida de aferição de atos e atividades da Administração, assim como a sistematização de ações e condutas pela Administração, é um dever constitucional para alcançar o seu fim, de forma integrada, independente e harmônica entre si. O direito interno adota duas espécies de controle, o controle interno (art. 74 da CRFB/1988), aquele exercido dentro da própria Administração que proferiu o ato, e o controle externo (art. 2º da CRFB/1988), é o exercido por Poderes ou entidades estranhas à estrutura da Administração.

E, finalmente, no terceiro capítulo, definimos gestão e fiscalização de contratos administrativos, base legal, distinção dos institutos de gestão e fiscalização, o gestor do contrato, atribuições do fiscal do contrato, e a importância de adoção de medidas de boas práticas administrativas.

Denota-se, que o tema não foi enfrentado de forma suficiente pela comunidade acadêmica, haja vista a existência de referências bibliográficas notórias, ainda assim insuficiente, precisamos ampliar/expandir o espaço de discussão, através do acesso a informação, com abordagens palatáveis e de fácil compreensão, para que não fique restrita a discussões acadêmicas, e ou interessados afins, diante a importância e a complexidade do tema, afinal a sociedade é o destinatário final dos ajustes firmados entre particulares e Administração, assim, o presente ensaio não tem a pretensão de solucionar o problema, diante a complexidade que possui, mas fazer reflexões acerca deste mal que assola a sociedade, e que coloca o Estado em vulnerabilidade.

CAPÍTULO 1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Primeiramente, cabe ressaltar que toda e qualquer contratação decorrente da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) bem como os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados,

Distrito Federal e Municípios, observam necessariamente, de forma prévia, ressalvadas as hipóteses previstas em Lei, o procedimento administrativo licitatório.

Trata-se em regra de procedimento prévio a qualquer contratação em que o Estado pactue com o particular, a Lei 8.666/1993, regulamentada pelo art. 37, inciso XXI da CRFB/1988, institui normas gerais, e de alcance nacional para licitações e contratos da Administração Pública. Tal assertiva decorre da CRFB/88, especificamente do art. 22, inciso XXVII, que define a competência para legislar sobre o tema à União Federal, cabendo aos Estados e Municípios as edições de normas suplementares, em obediência ao regramento geral, e não dispondo o ente federativo de norma suplementar, será aplicada integralmente a todos os contratos administrativos a Lei Geral, *in casu* a Lei 8.666/1993, vejamos:

Art. 22. Compete privativamente a União legislar sobre: (...)

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

Além das modalidades de licitações previstas na Lei 8.666/93 (convite, tomada de preços, concorrência, concurso e leilão), a Lei 10.520/2002 trouxe uma modalidade de licitação adicional, o denominado Pregão, que é a modalidade de licitação adotada para a aquisição de bens e serviços comuns, conforme parágrafo único do artigo 1º da Lei 10.520/2002, Lei do Pregão.

Insta consignar que além do regramento geral, a Lei 8.666/1993, existe inúmeras Leis específicas de regramento geral, que tratam de modalidades contratuais diversas, tais como: a Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos (Lei 8.987/1995), a Lei de Licitações e Contratos de Parcerias Públicas Privadas (Lei 11.079/2004), Normas Gerais de Contratação de Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005), etc.

Nesse contexto, cabe aqui fazermos alguns apontamentos no que se refere a contratos da Administração, o termo “contrato da Administração” representa o gênero que comporta todo e qualquer ajuste bilateral pactuado pela Administração Pública¹, do qual demanda duas

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5.ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

espécies: contratos administrativos e contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos.

No que se refere a contratos semipúblicos, trata-se de avenças em que a Administração Pública e os particulares estão em situação de relativa igualdade, regidos predominantemente pelo direito privado, em que pese à possibilidade de se utilizar, no que couber das cláusulas exorbitantes, nos contratos privados (art.62, §3º, I da Lei 8.666/1993), desde que com o consentimento do particular e com previsão expressa no instrumento de contrato, sendo alvo de crítica doutrinária, haja vista que tal possibilidade desnaturaria a espécie de contrato sob o regime privado, o qual observa a horizontalidade na relação jurídica, particular e Administração Pública.

Nota-se, mesmo em uma relação jurídica privada, a Administração Pública tem o Poder-Dever de assegurar o interesse público, observando os Princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos insculpidos no art. 37, caput da CRFB/1988, e em razão do poder-dever, também se faz necessário observar algumas normas de direito público, como o procedimento licitatório para garantir a isonomia nas contratações, assim como as cláusulas necessárias em todos os contratos da Administração (art. 55 da Lei 8.666/1993).

Por sua vez, o contrato administrativo, que é o objeto sob análise do presente trabalho, observa regime jurídico de direito público, ou seja, regime diferenciado da relação contratual privada, em atenção ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, significa que os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão isoladamente².

Cabe informar que os contratos administrativos têm por base o direito privado, sendo-lhe aplicado de forma subsidiária, pois é na teoria geral dos contratos, que os contratos administrativos vão buscar seus elementos essenciais, agregando princípios e valores que demandam em prerrogativas de Estado (art. 54 da Lei 8.666/1993).

² CARVALHO, Matheus, *Manual de direito administrativo*. 2.ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodium, 2015.

1.1 REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Denota-se, que as relações contratuais entre o particular e a Administração Pública nos contratos administrativos têm por finalidade a persecução do interesse público, e em razão desta, se utiliza de prerrogativas e limitações de Estado, *in casu*, das cláusulas exorbitantes, com previsão no art. 58 da lei 8.666/1993, aqui não há horizontalidade na relação jurídica, e sim um desequilíbrio contratual, demandando uma verticalidade na relação jurídica, trata-se de avenças regidas pelo direito público, nota-se, uma característica singular na relação contratual, nos contratos administrativos, qual seja, o tratamento desigual, vertical, de forma unilateral, pela Administração Pública.

No que tange ao Regime Jurídico de Direito Público, do qual a Administração Pública se utiliza de prerrogativa de Estado, expresso no art. 58 da lei 8.666/1993, apresenta sujeições ao particular, ou seja, ao contratado, independentemente de previsão editalícia ou contratual, tais como: alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral do contrato, fiscalização da execução do contrato, ocupação temporária dos bens, aplicação de penalidades, apesar da garantia não constar de forma expressa no art. 58 da lei 8.666/1993, e a doutrina se omite, há o entendimento por algumas bancas examinadoras em que a garantia (art.55, VI da lei 8.666/1993 – cláusulas necessárias) inclui-se dentre as cláusulas exorbitantes³.

As cláusulas exorbitantes, por definição do termo “exorbitante”, que excede os justos limites, demasiado, não poderia ser angariado pelo direito privado, haja vista que ensejaria a nulidade contratual, pois não poderia em uma relação contratual um sobrepôr ao direito do outro.

A possibilidade de alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública independe do consentimento do particular, conforme acima explicitado, em atenção ao interesse da coletividade, desde que feitos nos limites previamente estipulados em Lei, e que a alteração não prejudique ao particular (contratado), sendo-lhe mantido o equilíbrio econômico financeiro, assim como mantido o objeto do contrato, do qual, não cabe, em

³ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2.ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodium, 2015.

hipótese alguma, a sua alteração, pois do contrario, tratar-se-ia de burla ao processo licitatório.

Desta forma, a alteração unilateral do contrato administrativo, decorre da necessidade da Administração Pública em uma melhor adequação técnica aos seus objetivos, seja qualitativa (art.65, inciso I da lei 8.666/93) ou quantitativa (art. 65, inciso II da lei 8.666/93), em prol do interesse público. No que se refere à alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição, possui natureza quantitativa, o qual o particular fica obrigado a suportar as modificações até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor original do contrato para acréscimos e supressões, esta é a regra, salvo exceção, para contratos celebrados para reforma de equipamentos ou edifícios, especificamente para os acréscimos, pode chegar ao limite de 50% (cinquenta por cento) do valor original do contrato (art. 65, §1º da lei 8.666/1993).

Cabe aqui apresentar uma ponderação no que se refere à alteração unilateral para o projeto originário, atualmente o entendimento majoritário é que a alteração do projeto originário não pode ensejar aumento de custo superior a 25% do valor originário do contrato, ressalvada a exceção para reforma, e neste sentido o TCU, na decisão nº 215/1999, proferida na consulta nº 930.039/1998⁴, vejamos:

“Por isso alinhamo-nos à tese de que as alterações unilaterais qualitativas estão sujeitas aos mesmos limites escolhidos pelo legislador para as alterações unilaterais quantitativas, previstos no art.65,§1º, da Lei 8.666/93, não obstante a falta de referência a eles no art.65, I, a” [...].

Ressalta-se que independentemente do motivo que enseja a alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração, esta alteração encontra uma barreira, trata-se do equilíbrio econômico financeiro do contratado, esta é uma garantia do particular, qual seja, a manutenção pelo ente estatal da margem de lucro previamente pactuada, sendo vedada a sua inobservância pela Administração Pública.

A rescisão unilateral também é prerrogativa da Administração Pública nos contratos administrativos, tal prerrogativa tem por finalidade por fim a avença, independentemente de consentimento do contratado e sem depender de decisão judicial, seja por inadimplemento do particular ou por interesse público, sempre, devidamente justificado, neste ultimo caso, a

⁴ Ibidem

rescisão por interesse pública, fica a Administração com o dever de indenizar ao particular se houver dano, assim como, indenizar os investimentos não amortizados em razão da extinção antecipada do acordo.

Insta informar que não cabe a rescisão de forma unilateral por vontade do particular, mesmo que a Administração atue com culpa (art. 78 da lei 8.666/93), nesse caso, a rescisão poderá ocorrer por acordo na via administrativa ou por decisão judicial.

O art. 67, da Lei 8.666/93, dispõe que a execução do contrato deverá ser “acompanhado e fiscalizado pela Administração Pública”, trata-se em verdade de poder-dever da Administração Pública, haja vista que o Estado poderá responder por omissão, por eventuais danos causados pelo contratado, inclusive no que toca ao inadimplemento das obrigações trabalhistas. No que tange ao tema, a ADC n° 16/2010, o STF⁵ declarou constitucional o art. 71, §1° da lei 8.666/93, o qual exclui a responsabilidade subsidiária da Administração Pública referente aos débitos trabalhistas da contratada, caso a Administração se abstenha do poder-dever de fiscalizar, nesta hipótese, surgem à responsabilização da Administração por omissão, no mesmo sentido súmula 331 TST.

A ocupação temporária de bens é cláusula exorbitante, decorre do princípio da continuidade do serviço, trata-se de uma garantia para as situações em que a Administração Pública tenha que manter a prestação dos serviços prestados pelo particular contratado, sendo ocupada de forma temporária para garantir à prestação de serviços essenciais. Pode ser objeto da ocupação temporária os bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados a prestação do serviço objeto do contrato. Tal possibilidade, de ocupação temporária, demanda de duas hipóteses: apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado (particular), e da rescisão do contrato administrativo. Importante frisar, que a ocupação temporária deve ser precedida de processo administrativo, sendo assegurado ao particular contratante o direito ao contraditório e a ampla defesa, garantido também ao particular contratante, o direito à indenização, por eventuais prejuízos causados em atenção à ocupação.

E por fim, a aplicação de penalidades pela Administração Pública, também decorrentes da prerrogativa de Estado, conforme dispõe o art. 58, inciso IV da lei 8.666/93, em decorrência de descumprimento do acordo, mesmo que parcial.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n° 16/2010. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em : 11 de fev. 2016.

As penalidades dispostas no artigo supracitado são de quatro tipos: advertência, multa, suspensão de contratar com o poder público e declaração de inidoneidade, vejam cada uma delas:

I. A advertência é sempre por escrito, tem por finalidade sancionar infrações mais leves praticadas pelo contratado;

II. Multa, não se trata de ressarcimento por prejuízo, a multa tem natureza de penalidade pecuniária, e deve ter previsão no bojo do contrato, assim como as demais penalidades, a sua aplicabilidade depende de regular procedimento administrativo, ou seja, com contraditório e ampla defesa do contratado, sendo a multa de valor superior da garantia prestada, além da perda desta, o contratado responderá pela respectiva diferença, seja por descontos de eventuais pagamentos devidos pela Administração ou cobrados judicialmente, a multa pode ser aplicada isoladamente ou cumulativamente com outras penalidades;

III. Suspensão de contratar com o poder público e participar de procedimentos licitatórios, no máximo por dois (02) anos, neste caso, fica o particular contratado impossibilitado de contratar com o ente federativo que aplicou a penalidade;

IV. A Declaração de inidoneidade trata-se de penalidade mais gravosa, fica o particular contratado, impedido de contratar com toda a Administração Pública, não se limita ao ente que aplicou a penalidade, também não pode ultrapassar o período de dois (02) anos, importante ressaltar que o particular contratado para voltar a ser idôneo, deverá reabilitar-se perante o ente que aplicou a penalidade, desde que decorra o ressarcimento ao erário pelos prejuízos causados.

Importante salientar que para a aplicação de qualquer das hipóteses de penalidades supramencionadas, previstas na lei 8.666/1993, observará o princípio da proporcionalidade, bem como, será precedida de processo administrativo, em que se garanta ao particular a ser sancionado o contraditório e a ampla defesa.

Em que pese, aos contratos administrativos, o desequilíbrio na avença, em detrimento do particular contratado, em nome da coletividade, depreende-se que há a preocupação constitucional em garantir ao contratado a manutenção da margem de lucro inicialmente pactuada, conforme dispõe o art. 37, XXI da CRFB/1988:

XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante

processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivadas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifo Nosso).

O Professor Marçal Justen Filho⁶ adota como definição a “equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato” [...].

Ainda sob a perspectiva do Professor Marçal Filho, no que tange a contrato administrativo, entende o autor que a produção dos efeitos do respectivo contrato demanda de obrigações recíprocas, em situação de correspondência, o que denota a fundamentação do equilíbrio econômico financeiro no contrato administrativo, sendo os encargos a contrapartida para as retribuições, da qual resulta a base para a equação.

O Professor Rafael Oliveira⁷ entende que equação econômica se dá no momento da apresentação da proposta, e não da assinatura, devendo ser observada em toda a execução contratual, ressalta ainda que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser invocado por qualquer das partes, seja pela Administração, ou pelo particular.

“O art. 55, inciso III da Lei 8.666/93, define que é cláusula necessária do contrato administrativo a regulamentação do preço e das formas de pagamento⁸” [...].

O reajustamento de preços, em face do aumento ordinário e regular do custo dos insumos necessários ao cumprimento da execução, a recomposição ou a revisão decorrentes de uma situação excepcional, face ao real aumento dos insumos, trata-se em verdade de situações excepcionais que desequilibram a relação contratual, sendo designadas pela doutrina de teoria da imprevisão, decorre da denominada *cláusula rebus sic stantibus*, sendo necessária a sua recomposição. A teoria da imprevisão é gênero, da qual demanda algumas das

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal . *Curso de direito administrativo*. 12 .ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – p. 526-537.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5.ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

⁸CARVALHO, Matheus, *Manual de direito administrativo*. 2.ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodium, 2015.

hipóteses: caso fortuito ou força maior; interferências imprevistas ou sujeições imprevistas; Fato da administração e Fato do Príncipe.

No direito brasileiro não há diferenciações, uma vez que a ocorrência dos diferentes eventos/fenômenos gera efeitos idênticos para o respectivo equilíbrio econômico-financeiro, conforme art. 65, inciso II, alínea d, da lei 8.666/93⁹.

1.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme demonstrado acima, o que define um contrato administrativo é o Regime Jurídico de Direito Público, o qual tem por escopo, a busca incessante do interesse da coletividade, trata-se de característica comum a todos os contratos administrativos.

Insta acrescer que existem outras características presentes nas avenças celebradas pela Administração Pública, sob o regime de direito público, tais como: a Comutatividade (não há riscos para as partes, direitos e deveres previamente estabelecidos); Consensual (o simples consenso das partes já formaliza o contrato, se dá na abertura dos envelopes); de Adesão (não se admite rediscussão das cláusulas contratuais); Oneroso (em regra não há contratos gratuitos firmados com a Administração Pública, devendo o particular (contratado) ser remunerado); Sinalagmático (obrigações recíprocas das partes); Personalíssimo (os contratos administrativos devem ser celebrados com o vencedor do procedimento licitatório, *intuitu personae*, sendo a subcontratação limitada às hipóteses da Lei 8.666/93, art. 72); Formal (os contratos administrativos possuem forma definida em Lei, sendo indispensável à sua regularidade, conforme dispõe o art. 55 da Lei 8.666/1993, trata-se das cláusulas necessárias, comum a todos os contratos administrativo e da Administração).

Os contratos administrativos como regra geral devem ser escritos, respeitados os requisitos em Lei para a formalização do contrato (art. 55 da Lei 8.666/1993), através do Termo de Contrato ou Instrumento de Contrato (art. 62, caput da Lei 8.666/1993), e para a validade do contrato deve conter o objeto, o preço e as condições de pagamento, previsão de reajustamento de preços, atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e do efetivo pagamento, o regime de execução ou a forma de fornecimento, constar ainda os prazos de início de etapas de execução e conclusão, previsão orçamentária, em conformidade com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.

⁹JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – p. 526-537.

Ainda acerca do tema, existem outros instrumentos de formalização de contrato, como: carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, por se tratar de avenças celebradas de valor baixo, a Lei autoriza a dispensa do termo de contrato (art. 62, §2º da Lei 8.666/1993).

Cabe informar que a regra de formalização dos contratos administrativos observa exceção, a contratação de forma verbal, conforme se depreende do art.60, Parágrafo Único da Lei 8.666/1993, que trata da possibilidade da Administração Pública contratar com particulares de forma verbal, desde que seja de pequenas compras e de pronto pagamento, aquelas entendida não superior a 5% (cinco por cento) estabelecido no art.23, inciso II, alínea “a” da Lei 8.666/1993.

No que toca a possibilidade de subcontratação pelo o licitante vencedor, o que ofereceu a proposta mais vantajosa à Administração Pública, há divergência doutrinaria, em razão do caráter personalíssimo da avença, e dessa forma, o objeto do contrato, só poderia ser entregue ao licitante vencedor. Assim, decorrendo à entrega do objeto do contrato em sua integralidade ao subcontratado, tratar-se-ia de fraude à licitação.

E nesse sentido a Lei 8.666/1993, especificamente em seu artigo 72 possibilita a subcontratação parcial, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, desde que previamente ajustado, ou seja, com previsão no Edital/Lei, e no contrato administrativo, sendo vedada a subcontratação em sua integralidade.

1.3 DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A duração dos contratos administrativos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, o contrato administrativo deverá respeitar o prazo máximo de (01) um ano, período da Lei Orçamentária, e as exceções dispostas no art. 57, incisos I à V da Lei 8.666/1993 trata de contratos administrativos previstos na Lei do Plano Plurianual, com duração de (04) quatro anos; serviços de caráter continuados, podendo ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, tendo a duração máxima de (60) sessenta meses, podendo se estender por mais (12) doze meses comprovada a necessidade; os contratos de aluguel de equipamentos e programas de informática poderão ter a duração de (48) quarenta e oito meses; e alguns contratos, podem ter duração de até (120) cento e vinte meses, trata-se de licitação dispensável, os contratos estipulados no art. 24, incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI da Lei 8.666/1993, incluída pela Lei 12.349/2010.

Os contratos administrativos de concessão de serviços públicos, os quais as empresas concessionárias não são remuneradas pela Administração, e sim pelo o usuário do serviço, não precisam de previsão na Lei Orçamentária, pois não geram despesas para Administração Pública.

Assim, os contratos administrativos, de concessão de serviços públicos, podem celebrar avenças por período superior à (10) dez anos ou mais, isso não significa dizer que não possuem prazo, ou o prazo é indeterminado (vedado – art.57, §3º da Lei 8.666/1993), ressalta-se que todo contrato administrativo, obrigatoriamente observará um prazo determinado de duração.

A prorrogação dos contratos administrativos decorre de ato excepcional, onde o gestor público observará a conveniência e oportunidade, bem como o interesse público, devidamente justificada e mediante autorização da autoridade superior, sendo requisito imprescindível que a solicitação seja feita dentro do prazo de validade, ou seja, instrumento de contrato em vigência, e cumulativamente, de previsão no edital, no contrato administrativo, e autorização do Poder Público, (§2º e 4º do art. 57 da Lei 8.666/1993).

Ademais, no que toca a extinção dos contratos administrativos, salvo aquelas já explicitadas decorrentes de prerrogativas de Estado (unilateral), a extinção contratual pode decorrer de forma natural, com a conclusão da execução do objeto ou advento do termo de contrato, chamado de extinção natural dos contratos administrativos; também por anulação, em situações de irregularidades na celebração do contrato ou no processo licitatório por vício de ilegalidade, comprovado a boa-fé do particular, o mesmo será remunerado pelos serviços prestados (art. 59 da Lei 8.666/1993); por rescisão judicial (por provocação do particular, quando a Administração Pública, inadimplente por prazo superior à de noventa dias, na forma do art.78, inciso XV da Lei 8.666/1993), cabe também ao particular suspender a execução, sem a necessidade de autorização prévia judicial; rescisão bilateral (destrato) é aquela realizada por ambas as partes de forma amigável observam o interesse público, e, para que decorra depende de prévia autorização escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 78, XIII e XVI da Lei 8.666/1993), e por fim a rescisão De Pleno Direito decorre de situações alheias as vontades das partes, casos excepcionais, os quais não cabem o equilíbrio econômico do contrato administrativo.

Verifica-se, diante a necessidade da Administração Pública em contratar com particulares, pessoas físicas ou jurídicas, para a consecução de seus interesses, seja da própria

Administração ou de seus administrados, em observância ao interesse público (coletivo), primazia fundamental, através do instrumento de contrato administrativo para realizar obras, de contratar serviços, de efetuar compras, de promover alienações de bens móveis ou imóveis, de empreender concessões, de realizar permissões ou locações de bens com terceiros, faz-se necessário o controle, a gestão e a fiscalização destes instrumentos. E no que concerne ao controle, à gestão e fiscalização dos contratos administrativos pela Administração Pública, *in casu*, é um poder-dever, haja vista tratar-se de dinheiro público e obrigatoriamente precisa ser bem utilizado.

CAPÍTULO 2. OS TIPOS DE CONTROLES EXERCIDOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com a Professora Odete Medauar¹⁰, no que toca a noção de controle, bem como, o conceito incidente à Administração Pública, a qual se utiliza o direito comparado para melhor elucidar o tema, sob a perspectiva do direito interno, entende que o núcleo contido na terminologia controle expressa o sentido de “verificação da conformidade de uma atuação a determinados cânones”, aponta ainda a existência de outros elementos identificadores como diferenciação de órgãos e vontades, sob o prisma da medida e o juízo.

E ainda sob esta premissa, a Autora apresenta dois sentidos da palavra controle quando incidente à Administração Pública, o primeiro, em sentido restrito ou técnico-jurídico, conceitua Controle da Administração Pública da seguinte forma: “é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”. Já o segundo sentido, de acepção ampla, inclui o controle social, aquele em que o cidadão representa contra irregularidades, podendo desencadear atividades do órgão de controle, conceitua da seguinte forma: “o controle significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada pelo controlador medida que afete de ponto de vista jurídico a decisão ou o agente.” A Autora adota acepção ampla, mas faz uma ponderação, não cabe atribuir acepção amplíssima de controle a qualquer manifestação ou atuação da Administração Pública, pois assim a descaracterizaria, bem como ressalta a importância da medida para a eficácia do controle, ainda que não aplicado por qualquer razão.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Pelo que se pode depreender das proposições apresentadas, conclui-se que para a existência de controle na Administração Pública se faz necessário a existência de parâmetros, neste caso, Leis, em atenção ao Princípio da Legalidade, não significa dizer que a Administração fique adstrita a comandos legais editados pelo parlamento, mas em conjugação a preceitos, princípios constitucionais, ao direito como um todo, assim, o administrador e administrados, este último, como aliado do controle oficial, por meio de acesso a informações (art.5º, inciso XXXIII da CRFB/1988), terá maior amplitude, transparência, legitimidade em sua atuação, e na mesma proporção, o controle de atos e atividades da Administração.

Neste contexto, o professor Carlos Ari Sundfeld¹¹, reconhece a importância que a Constituição Federal de 1988 atribui à lei formal como mecanismo de submissão da Administração Pública ao direito, e que as competências administrativas e normativas da Administração têm de encontrar nas Leis suas bases e limites.

No que concerne aos contratos administrativos, até porque os contratos administrativos nada mais são que complexões de atos da Administração, decorrentes de parâmetros legais, para a consecução do interesse coletivo, em referência a controle, depreendem-se a existência de dois momentos de controle, o primeiro, é o controle exercido pela própria Administração Pública, denominado controle interno, e o segundo, é o controle exercido pelos demais Poderes (Legislativo e Judiciário), *in casu* controle externo.

O controle interno é uma obrigação constitucional com base no art.74 da Magna Carta, é aplicado a todos os Poderes de forma integrada e sistematizada, sendo independente e harmônica entre si, é definido como ato da Administração em rever seus próprios atos, seja de ofício ou por provocação, também denominado de autotutela, onde a Administração pode revogar atos inconvenientes ou inoportunos, e deve anular atos ilegais.¹²

E neste sentido, através da Instrução Normativa Conjunta nº 1¹³, a Controladoria Geral da União (CGU) e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), órgãos integrante do Poder Executivo Federal, determinam aos seus órgãos e entidades, a adoção de

¹¹ SUNDFEL-D, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2 ed. rev., e ampl. – São Paulo: sbdp/ Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2014.

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5.ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

¹³Brasil. Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/05/cgueplanejamentoinstruemorgaosfederaisobregovernancagestaoderiscos>> Acesso em: 05 jun. 2016.

uma série de medidas para a sistematização de práticas relacionadas à gestão de riscos, controles internos e governança. Acresce ainda, que o dirigente máximo de cada órgão ou entidade passa a ser o principal responsável pelo estabelecimento da estratégia de organização e da estrutura de gerenciamento de riscos. Dentro deste cenário, também será papel do dirigente máximo estabelecer, de forma continuada, o monitoramento e o aperfeiçoamento dos controles internos da gestão.

A Professora Odete Medauar¹⁴ utiliza a expressão “controles internos” para designar os vários tipos de fiscalização existente no interior da própria Administração Pública, seja através de critério relativo ao aspecto da atuação controlada, como o de legalidade, não estrito senso, controle de gestão, decorrente do princípio da eficácia e eficiência, controle estratégico, baseado na verificação de resultados, controle ético, observa a conduta do agente com Administração e seus administrados, por meio do código de conduta, controle contábil-financeiro, incide sobre os aspectos contábeis e financeiros dos atos e atividades da Administração, ou pelo critério do órgão ou agente controlador, como o autocontrole exercido pelo próprio agente responsável pelo ato ou atividade sobre a sua atuação, controle hierárquico, inerente ao dia a dia da atividade administrativa, enfim, há uma variedade de controles internos desenvolvidos, sistematizados pela Administração para alcançar o seu fim.

É de fácil percepção a importância do sistema de controle interno nos contratos administrativos, haja vista, ser este o momento de planejamento e gestão de fluxos¹⁵, significa dizer que a boa logística permite ao administrador prever, obter, e prover, nada mais é que planejar, licitar e contratar, daí a importância da boa logística administrativa do controle interno.

Já o controle externo, é aquele efetuado por Poderes ou entidades estranhas à estrutura interna da Administração, *in casu* Poder Legislativo, através do Congresso Nacional, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71 da CRFB/1988), e o Poder Judiciário, este controle é desencadeado por provocação, se atêm aos termos do pedido, realizado por juízes dotados de independência, é um controle exercido *a posteriori*, pode ser repressivo ou

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁵ SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. *Fiscalização de contratos*. 2013. 82 f. Atualizado e adaptado pela Coordenação Geral de Projetos de Capacitação - ENAP /DDG, Brasília, 2013. Cadernos ENAP n. 36. Disponível em: < www.enap.gov.br>. Acesso em: 07 de fev. 2016.

corretivo, em atenção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/1988).¹⁶

Há ainda outras espécies de controle, como o exercido pelo Ministério Público, órgão com autonomia funcional e administrativa, localizado topograficamente na Magna Carta, no Capítulo das Funções Essenciais à Justiça, seus membros observam as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio, todas estas garantias constitucionais para assegurar o seu efetivo exercício, sua incidência no controle da Administração, e por consequência nos contratos administrativos, se dá através das funções extrajudiciais (art. 127 caput, e 129, incisos II, III, IV e IX da CRFB/1988).

A Professora Odete Medauar apresenta crítica à terminologia empregada no art. 127, caput da CRFB/1988, “O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, (...)”, uma vez que pode levar a ideia de vinculação à função jurisdicional, pontua que a terminologia se apresenta como reducionista, e que melhor teria sido a expressão “essencial à realização da justiça na sociedade”.¹⁷

A Constituição de 1988 privilegia o direito fundamental de acesso à informação dos atos da Administração Pública por seus cidadãos, e para garantir o acesso às informações, criada a Lei 12. 527/2011 que regulamenta o acesso a informações do inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal. Com o advento da Lei de acesso a informação, a norma infraconstitucional estabelece regras, prazos e procedimentos, além de prevê a criação em todos os órgãos e entidades do poder público de Serviço de Informações ao Cidadão. A Lei também estabelece que órgãos e entidades públicas devam divulgar informações de interesse coletivo, salvo aquelas cuja confidencialidade esteja prevista no texto legal, a sua disponibilização se dará por todos os meios disponíveis e obrigatoriamente em sítios da internet. Note-se que a acessibilidade das informações aos cidadãos é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, haja vista, que em tese, o cidadão munido de informação adequada, torna-se mais participativo da gestão pública, e por consequência atua como fiscalizador da governança.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷ Ibidem

Assim, o Controle Social, é controle incidente na atividade da Administração Pública, com previsão em diversos dispositivos constitucionais e infralegal, como o art. 74, §2º da Magna Carta, que atribui legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas; o art. 113, §1º da Lei 8.666/1993, no mesmo sentido; o art. 39 também da Lei de Geral de Licitações e Contratos, quando prevê a obrigatoriedade de audiência pública; o art. 10, inciso VI da Lei de Parcerias Público Privada, arrola entre as condicionantes do processo licitatório, consulta pública.

Cabe acrescentar, que apesar dos esforços do Estado em assegurar o acesso às informações de seus atos aos cidadãos, ainda assim, carece de melhorias, sendo necessária a superação de paradigmas ainda arraigados na Administração Pública, principalmente no que diz respeito à efetiva disponibilização da informação.

Já o controle exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme estabelece o artigo 71 da CRFB/1988, “[...] será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...],” para prevenir, orientar, avaliar, e recomendar melhorias (art. 71 a 74 e 161, inciso II c/c Parágrafo Único da CRFB/1988).

O art. 70, caput da Magna Carta, indica as matérias sobre as quais incide o controle do Tribunal de Contas da União, seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniárias, sendo modalidades ou tipos de controle contábil, financeira, orçamentária, operacional, e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Segundo a Professora Odete Medauar a expressão “auxílio” no art.71 da CRFB/1988, tem gerado confusão, pois expressa a ideia de vinculação, subordinação do Tribunal de Contas da União ao Poder Legislativo, o que não é verdade. A terminologia empregada faz referência à função do órgão, e não a sua natureza, trata-se de instituição independente estatal, desvinculada da estrutura de qualquer dos três Poderes, pontua ainda que o Tribunal de Contas goza das mesmas garantias constitucionais de independência do Poder Judiciário (art.73,§3º da CRFB/1988), assim não cabe considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Poder Legislativo.

Além das atribuições previstas na Constituição, várias outras têm sido conferidas ao Tribunal de Contas por meio de leis específicas. Destacam-se entre elas, as atribuições conferidas ao Tribunal pela Lei de Responsabilidade Fiscal, pela Lei de Licitações e Contratos e, anualmente, pela Lei de Diretrizes.

O Congresso Nacional edita, ainda, decretos legislativos com demandas específicas de fiscalização pelo Tribunal de Contas, especialmente de obras custeadas com recursos públicos federais. Na hipótese de contrato, cabe ao Congresso Nacional a sustação do ato, que solicitará ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, nenhuma providência adotar, o Tribunal decidirá a respeito¹⁸.

No tocante ao controle exercido pelo o Tribunal de Contas nos contratos administrativos, em referencia à possibilidade de sustação de contratos administrativos pela respectiva Corte de Contas, por se tratar de prerrogativa do Congresso Nacional (art. 71, inciso X, §§1º e 2º da CRFB/1988), o Professor Rafael Oliveira¹⁹ aborda a controvérsia, e traz dois posicionamentos acerca do tema; a primeira posição entende que o Tribunal de Contas não pode sustar contratos administrativos, por se tratar de prerrogativa do Congresso Nacional, mas apenas rejeitar as contas por irregularidade, posicionamento defendido por Luís Roberto Barroso, Marcos Juruena Vilela Souto, e o segundo posicionamento, entende que a Corte de Contas pode sustar contratos administrativos e neste sentido o professor Jesse Torres Pereira Júnior, Egon Bockman Moreira, Mariana Montebello Willeman, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes. O autor filia-se a possibilidade do Tribunal de Contas sustar os efeitos dos contratos administrativos, quando verificada irregularidades, na hipótese de omissão, de acordo com o prazo determinado no dispositivo constitucional, que prevê o prazo de 90 (noventa) dias, quando da ausência de manifestação do Congresso Nacional e do Poder Executivo, este último observa o rito do art. art. 71, inciso X, §§1º e 2º da CRFB/1988 e art. 45, §§2º e 3º da Lei 8.443/1992.

Ainda sob a perspectiva do Autor, com base art. 113 da Lei 8.666/1993, que dispõe que os contratos da Administração, inclusive o procedimento prévio, Licitação, submetem-se ao controle dos Tribunais de Contas, e o § 2º do mesmo dispositivo, determina que os

¹⁸ Disponível em:< www.tcu.gov.br>. Acesso em: 05 de agosto 2016.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5.ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, “cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”. E neste sentido, o STF²⁰ decidiu que não cabe estabelecer o dever genérico de envio de todas as minutas de editais de licitação, e de contratos a Corte de Contas, tendo em vista o princípio da separação de poderes, e neste caso, o envio deve ser solicitado pelo Tribunal de Contas em cada caso concreto.

A independência dos Poderes consagrados pela Constituição Federal Brasileira tem idéia de unidade, uma vez que o Poder Estatal é uno, indivisível, e soberano, neste sentido, sendo lhes garantido a autonomia e independência entre os Poderes, dentro de uma visão harmônica, assim o controle surge pelo poder-dever atribuído ao Estado de verificar a correção e legalidade de atuação exercida por seus próprios órgãos, de forma integrada e sistêmica.

CAPÍTULO 3. GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A gestão e fiscalização de contratos administrativos é um poder-dever, da Administração Pública, como já analisada no capítulo anterior, possui fundamento no art. 58, inciso III e art. 67 da Lei 8.666/1993, visto que objetiva assegurar se o objeto contratado seja recebido ou executado a contento, e as obrigações decorrentes, sejam realizadas no tempo e modo devidos, e que as cláusulas contratuais sejam rigorosamente observadas²¹, cuida-se, por exemplo, do reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle dos prazos de vencimentos, de prorrogação, etc. É um serviço administrativo propriamente dito.

E neste sentido, o Tribunal de Contas da União²² manifesta-se, vejamos:

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.^a Turma, RE 547.063/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, Dje-236 12.12.2008, p.638 (Informativo de Jurisprudência do STF n. 523). Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

²¹ SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. *Fiscalização de contratos*. 2013. 82 f. Atualizado e adaptado pela Coordenação Geral de Projetos de Capacitação - ENAP /DDG, Brasília, 2013. Cadernos ENAP n. 36. Disponível em: <www.enap.gov.br>. Acesso em: 07 de fev. 2016.

²² Disponível em:< www.tcu.gov.br>. Acesso em: 05 de agosto 2016.

O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, que anotara, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados.

O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. Os “serviços apresentados como executados eram não apenas invariavelmente de custo superior ao efetivamente executado, como seus quantitativos estavam superdimensionados, conforme medições efetuadas pela equipe em uma amostra de um quilometro de um trecho particularmente crítico da estrada” (Acórdão 1.448/2006 - Plenário, relatório).

O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subseqüentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciara aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas. E, nesses termos, manifesta-se toda a doutrina e jurisprudência. Acórdão 767/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator).

Segundo Lucimar Rizzo²³ a boa gestão em logística é de fundamental importância para que os procedimentos de contratação sejam efetivados de forma correta, caso contrário, as contratações serão tumultuadas porque a tendência é atuar “apagando incêndios”.

Ressalta ainda que o planejamento seja premissa básica para a Administração. E a logística nada mais é que o planejamento e a gestão de fluxos, o que permite ao administrador prever, obter e prover, ou seja, planejar, licitar e contratar. Embora o planejamento, a licitação e a execução do contrato sejam fases independentes, é importante planejar adequadamente a instrução do processo de licitação, de forma a contemplar a satisfação das necessidades demandadas pela Administração Pública.

Assim, o planejamento é o princípio fundamental da Administração, conforme pode ser verificado no art. 6º, inciso I, do Decreto-lei 200/67, e, portanto, dever jurídico dos administradores públicos, bem como o seu controle em sentido lato, demanda fiscalização desde nascimento do ato jurídico, ou seja, ato administrativo produzido por alguém investido de *múnus público*, não sendo somente a execução de ordens ou atuação material, mas um dever para atingir uma finalidade pública, observando os elementos de consistência, de forma parametrizada e de maneira transparente, o controle é princípio constitucional (art.74 da

²³ SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. *Fiscalização de contratos*. 2013. 82 f. Atualizado e adaptado pela Coordenação Geral de Projetos de Capacitação - ENAP/DDG, Brasília, 2013. Cadernos ENAP n. 36. Disponível em: < www.enap.gov.br>. Acesso em: 07 de fev. 2016.

CRFB/1988) e também infraconstitucional, com previsão no art. 6º, inciso V, do Decreto-lei 200/67, e a sua parametrização têm fundamento no artigo 13 no mesmo diploma infraconstitucional, no âmbito da Administração Federal.

Cabe enfatizar que a gestão e a fiscalização de contratos administrativos são institutos diferentes, não podendo confundi-los. A gestão é o gerenciamento de todos os contratos; A fiscalização é pontual, sendo exercido necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, e em conformidade com a tecnicidade exigida para efetiva fiscalização do contrato, como exige a Lei (art. 67, da Lei 8.666/1993)²⁴.

Interpretando os diplomas legais existentes, em especial, o artigo 37 da Constituição Federal, o inciso III do artigo 58 c/c o artigo 67, ambos da Lei nº 8.666/93, e, ainda, a Instrução Normativa da SLTI nº 02/2008, que dispõe de regras para a contratação de serviços continuados ou não, infere-se que o “representante da administração” deverá ter vínculo com a Administração Pública devendo, portanto, ser servidor estável, comissionado ou empregado público. É possível, também, de acordo com o entendimento do Ministério do Planejamento, a designação de servidores temporários (contratados pela Lei nº 8.745/93). Já a indicação de terceirizados para o exercício do cargo de fiscal de contrato não é permitida (Acórdão TCU 100/2013-Plenário).²⁵

O art. 67 da Lei 8.666/1993 faculta contratar terceiros para auxiliar na fiscalização do contrato, este fica adstrito à especificidade do tema e na impossibilidade de ser suprida por agente da Administração, também não pode adotar medida de correção em eventual problema contratual, por se tratar de atribuição do fiscal do contrato, assim como o fiscal não pode delegar função de sua competência ao terceiro contratado. Cabe registrar que a contratação de terceiros deverá ser, obrigatoriamente precedida de licitação. A Lei também exige a indicação por parte da contratada de preposto para atuar durante a execução do contrato (art. 68 da Lei 8.666/1993). Ressaltasse que a contratação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de aplicação de recurso público, e neste sentido o administrador público deve dedicar especial atenção ao acompanhamento e à fiscalização de sua execução.

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem

Denota-se que as dimensões de eficiência, eficácia e efetividade, implica verificar se estão sendo produzidos os resultados esperados, a um custo razoável, se as metas e objetivos estão sendo alcançados e se os usuários estão satisfeitos com os serviços que lhes são prestados, assim, para o alcance destas dimensões a Administração deve formular suas próprias normas, conforme o art. 18 da CRFB/1988 e art. 115 da Lei 8.666/1993.²⁶

Depreende-se que a gestão e fiscalização de contratos administrativos nada mais são do que uma decorrência comum, ordinária de logística adotada pela Administração, e em conjugação com os parâmetros legais procedimentais, e a norma norteadora de aplicação, *in casu*, Lei Geral de licitações e Contratos. E, a exemplo de boas práticas administrativas na gestão pública podemos citar a Instrução Normativa Conjunta nº 1²⁷, a mesma apresenta medidas conjugadas de ações de recursos humanos, e de responsabilização personalíssima do gestor gerenciador e executor das medidas no âmbito do Poder Executivo Federal.

E neste contexto, dentre as orientações conceituadas na Instrução Normativa Conjunta Nº 1, o principio accountability, sintetiza a idéia, vejamos:

[...] I - accountability: conjunto de procedimentos adotados pelas organizações públicas e pelos indivíduos que as integram que evidenciam sua responsabilidade por decisões tomadas e ações implementadas, incluindo a salvaguarda de recursos públicos, a imparcialidade e o desempenho das organizações; [...].

CONCLUSÃO

Resta cristalina que o Estado para a consecução de seus interesses, entenda-se, a coletividade, precisa pactuar com particulares para prestação dos mais variados serviços afins, e neste sentido, o contrato administrativo é o instrumento hábil para concretizar essas ações, que por sua vez, nada mais são que conjugações de atos administrativos em observância ao direito *lato sensu*, sendo de suma importância o controle, a fiscalização e o gerenciamento de seus atos, pois envolvem transação econômica de bens pertencentes ao domínio público.

²⁶ Ibidem

²⁷ Brasil. Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/05/cgueplanejamentoinstruemorgaosfederaisobregovernancaegestaoderiscos>> Acesso em: 05 jun. 2016.

Assim, de tudo do que foi demonstrado, denota-se que a Administração possui instrumentalidade para a efetiva e eficiente gestão e fiscalização de seus atos e atividades, de forma a alcançar a sua premissa básica, qual seja o interesse da coletividade, ressaltasse com cautela este último, pois exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensione, não se trata de abstrações para produzir resultados positivos, por óbvio não seja o suficiente ainda, mas entenda-se, trata-se, de processo ainda em construção.

Depreende-se ainda, que a participação do cidadão, através do controle social, possui impacto negativo pela falta de seu exercício, pois carece de amadurecimento social, político e econômico, desta forma, a sua representatividade nos controles, se apresenta ínfima, mesmo com a existência de mecanismos de controle assegurados pela Constituição Federal de 1988, e com previsão em diversos diplomas infraconstitucional, e os esforços da Administração ainda carece de melhorias. Cabe acrescer, este processo também consta em construção, haja vista a superação de paradigmas em questões pontuais na Administração, a exemplo, o caso da contratação da cantora Maria Bethânia, pelo antigo Ministério da Cultura, que previa a contratação da cantora para a produção de um blog, de publicação diária, para declamação de poemas pela cantora, através de vídeos curtos, com duração de dois minutos aproximadamente. A artista receberia 44% do valor orçado, tendo como fundo a captação de patrocínios com base na Lei 8.313/1991, que por sua vez prevê dedução fiscal dos valores cedidos a título de patrocínio cultural por pessoas físicas ou jurídicas, assim, a cantora perceberia de forma indireta quase R\$ 1,35 milhão de reais dos cofres públicos para declamação de poemas, com duração aproximada de 2 minutos cada, e isto resultou em críticas amplamente difundidas em redes sociais e mídias impressas, que de forma indireta impeliu em desistência da contratação.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 5.ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 2.ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodium, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal . Curso de direito administrativo. 12 .ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2 ed. rev., e ampl. – São Paulo: sbdp/ Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2014.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 fev.2016.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.150, de 21 de novembro de 1962. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4150.htm> Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.232, de 29 de abril de 2010. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Lei n. 12.440, de 07 de julho de 2011. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112440.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Decreto n. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Decreto n. 3.931, de 19 de setembro 2001. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm> Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm> Acesso em:
10 fev.2016.

BRASIL. Decreto n. 6.204, de 05 de setembro de 2007. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm> Acesso
em:10 fev. 2016.

BRASIL. Decreto n. 2.271, de 07 de julho 1997. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em: 10 fev.2016.

BRASIL. Decreto n. 7.203, de 04 de junho 2010. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm>Acesso em:
10 fev.2016.

BRASIL. Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm> Acesso em
10 fev.2016.

Instrução Normativa SLTI/MPOG n° 1, de 19/01/2010 e atos normativos editados pelos
órgãos de proteção ao meio ambiente.

Instrução Normativa IN-SLTI/MPOG n° 02/2008, e suas alterações.

Instrução Normativa/SLTI n° 04 de 12 de novembro de 2010 - Processo de contratação de
soluções de tecnologia da informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração
dos Recursos e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal.

Resolução Administrativa N° 1470, de 24 de agosto de 2011 - TST - Institui a Certidão
Negativa de Débitos Trabalhistas (Lei n° 12.440, de 07.07.2011).