



TAÍS WERNER MAIA BANDEIRA

**A RESPONSABILIDADE DO GESTOR DE CONTRATO
ADMINISTRATIVO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO PELA NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÃO À
CONTRATADA INADIMPLENTE**

Brasília – DF

2014

TAÍS WERNER MAIA BANDEIRA

**A RESPONSABILIDADE DO GESTOR DE CONTRATO
ADMINISTRATIVO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO PELA NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÃO À
CONTRATADA INADIMPLENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Brasília – DF

2014

TAÍS WERNER MAIA BANDEIRA

**A RESPONSABILIDADE DO GESTOR DE CONTRATO
ADMINISTRATIVO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO PELA NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÃO À
CONTRATADA INADIMPLENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção
_____.

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho primeiramente à Deus, por me proporcionar as forças necessárias para não desistir.

Aos meus pais, por não medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao Diego, pelo carinho, pela paciência, pelo apoio e pelo companheirismo.

“Instruamos a juventude, esclareçamos sua inteligência, mas, antes de tudo, falemos ao seu coração, ensinemo-lhes a despojar-se das suas imperfeições. Lembremo-nos de que a sabedoria por excelência consiste em nos tornarmos melhores.” (Léon Denis)

RESUMO

BANDEIRA, Taís Werner Maia. *A responsabilidade do gestor de contrato administrativo perante o Tribunal de Contas da União pela não aplicação de sanção à contratada inadimplente*. 2014. 60 fls. Monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Administrativo – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília – DF, 2014.

O presente estudo visa precipuamente analisar a responsabilidade do gestor de contratos perante o Tribunal de Contas da União, por deixar de tomar as medidas cabíveis para aplicação de sanção administrativa ao particular contratado, em razão de inadimplemento contratual. Desta maneira, a pesquisa apresenta o instituto da licitação pública, como um meio para atingir a finalidade pública, os princípios básicos dos contratos administrativos, conceito de contrato administrativo e suas características. Passa para o estudo do gestor de contratos, apresentando a distinção entre fiscal e gestor de contratos. Mais além, o estudo se aprofunda na responsabilidade do gestor de contratos e a aplicação de sanção administrativa ao contratado inadimplente. Posteriormente, é apresentada a competência do Tribunal de Contas da União para realizar o controle administrativo dos contratos administrativos, e a responsabilização do gestor de contratos em razão de não aplicar sanção às contratadas que descumpriram qualquer das cláusulas contratuais avençadas. Com o intuito de corroborar com a pesquisa, foram apresentadas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União responsabilizando o gestor de contratos por sua inércia em não aplicar sanção administrativa nas contratadas inadimplentes.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; Contratos Administrativos; Gestor de Contratos; Inadimplemento Contratual; Sanção Administrativa; Controle; Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	12
1.1 Licitação Pública	12
1.2 Princípios dos Contratos Administrativos.....	15
1.3 Conceito de Contrato Administrativo.....	22
1.4 Características dos Contratos Administrativos	25
2 GESTOR DE CONTRATOS.....	30
2.1 Acompanhamento da Execução dos Contratos Administrativos	30
2.2 Distinção entre Gestor e Fiscal dos Contratos Administrativos	34
2.3 Poder-dever de Agir do Gestor de Contratos.....	36
2.4 Responsabilidade do Gestor de Contratos Administrativos.....	39
2.5 Aplicação de Sanção Administrativa.....	41
3 CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	45
3.1 Conceito de Controle	45
3.2 Competência do Tribunal de Contas da União	46
3.3 Responsabilidade do Gestor de Contratos em não Aplicar Sanção	48
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa abordará a responsabilidade do administrador público, investido da função de gestor de contratos, perante o Tribunal de Contas da União, por deixar de tomar as medidas cabíveis para aplicação da sanção administrativa à contratada, em razão de inadimplemento contratual.

Neste viés, será realizado estudo com base na doutrina, na legislação pertinente e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tribunal de Contas da União.

A Administração Pública para adquirir bens, realizar obras, prestação de serviços e para o fornecimento de bens, necessita celebrar contratos com os particulares, visando o interesse público.

Nesse contexto, é sabido que o administrador público deve se sujeitar às normas legais, ou seja, tem o dever de fazer estritamente o que a lei determina, tendo em vista o princípio da legalidade consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No entanto, o gestor público, por inércia, deixa de cumprir o que estabelecem as normas legais, podendo ser responsabilizado pelas consequências de seus atos.

Sendo assim, a pesquisa apresenta-se com uma contextualização doutrinária e legal do instituto da licitação pública, que em regra é o procedimento administrativo para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, e um meio para a Administração atingir a finalidade pública.

Passa ainda, pelos princípios básicos dos contratos administrativos, que estão expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, sendo o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, da publicidade, proibição administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo e, ainda ressalta a importância do princípio da supremacia do interesse público.

Avança para o conceito de contrato administrativo, apresentando a

distinção doutrinária dos contratos privados e dos contratos administrativos e, finalizando o capítulo com as características dos contratos administrativos, peculiaridade esta, devido a supremacia do interesse público sobre o particular, caracterizado pelas cláusulas exorbitantes.

O segundo capítulo da pesquisa, trata do gestor de contrato, iniciando-se no dever que a Administração Pública tem em controlar, acompanhar e fiscalizar os contratos administrativos, apresentando a função do representante da Administração designado para a fiscalização e a distinção entre as nomenclaturas de gestor e fiscal do contrato.

Mais além, encontra-se o estudo da responsabilidade do gestor de contratos e a aplicação da sanção administrativa à parte inadimplente, devendo esta, portanto, responder pelo seu descumprimento, sujeitando-se a sofrer as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93.

No terceiro capítulo é apresentado o conceito de controle exercido sobre os atos da Administração Pública, os tipos de controle e a competência do Tribunal de Contas da União para exercer o controle externo da Administração Pública.

Nesta análise será estudada a competência do Tribunal de Contas da União para realizar o controle administrativo das licitações e dos contratos administrativos, e a responsabilidade do gestor em não aplicar sanção às contratadas que descumprirem qualquer das cláusulas contratuais avençadas. Assim, são apresentadas jurisprudências corroborando com a explanação doutrinária e legal.

Com o presente trabalho buscar-se-á demonstrar a responsabilidade dos administradores públicos que exercem função de gestor de contrato, em não aplicar a devida sanção administrativa às empresas contratadas pela Administração Pública que se encontram em inadimplemento contratual, contudo, sem ter a pretensão de exaurir o tema.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inicialmente, torna-se importante destacar as considerações gerais referentes às contratações realizadas por meio da Administração Pública.

1.1 Licitação Pública

Como é cediço, em um Estado Democrático de Direito, para a Administração Pública adquirir bens e serviços, deverão ser observados procedimentos dentro dos limites especificados em lei.

José dos Santos Carvalho Filho esclarece quanto às contratações realizadas pela Administração Pública:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.¹

E continua ensinando:

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.²

A licitação tem sede constitucional, com previsão no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti esclarecem a norma inscrita no dispositivo constitucional:

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233.

² *idem*.

O comando da ação descerra-lhe o caráter sistêmico universal em três pontos: 1, a contratação de bens, serviços, obras e alienações decorre de procedimento licitatório, como regra, admitida a contratação sem licitação como excepcionalidade e desde que sob expressa previsão legal e observância do princípio da igualdade. 2, o respeito a cláusulas gerais (obrigação de pagamento; preservação do equilíbrio da satisfação de requisitos de qualificação técnica e econômica tão só necessários ao cumprimento das obrigações contratuais); 3, sujeitam-se à exigência todos os órgãos e entidades da Administração Pública brasileira.³

Insta observar, a finalidade da licitação, a qual está disposta no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *in verbis*:

Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Hely Lopes Meirelles ao tratar sobre o tema conceitua licitação e ensina que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem como pressuposto a competição. Por isso visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente.⁴

Marçal Justen Filho acrescenta que *“existe um dever de a Administração adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos de sua titularidade. Portanto e como regra, a licitação visa a obter a solução contratual economicamente mais vantajosa para a Administração.”*⁵

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 32.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 28.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 61.

E, para uma melhor compreensão, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o instituto jurídico da licitação, qual seja:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.⁶

Marçal Justen Filho comenta a relevância do art. 3º da Lei 8.666/93 e se refere ao citado dispositivo como o “espírito normativo” das licitações, estando inserido “os valores fundamentais consagrados a propósito das licitações”. E complementa:

A licitação é um procedimento administrativo orientado ao atingimento de certos fins. O art. 3º enumera os fins buscados pela licitação e indica os princípios jurídicos mais relevantes a que a licitação se subordina. Pode-se afirmar que o art. 3º veicula normas aplicáveis a toda e qualquer licitação.⁷

E afirma ainda, que a licitação “não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades”, e que “o mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica”.⁸

José dos Santos Carvalho Filho para conceituar a licitação, faz uma análise objetiva do instituto, considerando a natureza jurídica e o objetivo da licitação.

Fincados em tais elementos, podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.⁹

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 534.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. op cit., p. 58.

⁸ Ibidem, p. 58/59.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234.

Corroborando no entendimento do instituto da licitação, Celso Antônio Bandeira de Mello, disserta:

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹⁰

Outra nota esclarecedora, posta Celso Antônio Bandeira de Mello, a saber:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira.¹¹

Nesse passo, o procedimento licitatório visa obter a proposta mais vantajosa e buscar o interesse público, tendo como objetivo celebrar o contrato administrativo com a empresa vencedora.

1.2 Princípios dos Contratos Administrativos

Tendo esclarecido o instituto da licitação no item anterior, bem salienta José dos Santos Carvalho Filho, ao aduzir que a licitação é instituída por fundamentos próprios, sendo norteadas por princípios expressos e não expressos em lei. Os princípios básicos expressos no art. 3º da Lei 8.666/93, são os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.¹²

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello, que a “explicitação concreta do princípio da legalidade encontra-se no art. 4º da Lei 8.666/93. E acrescenta que

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 534.

¹¹ Ibidem, pp. 534/535.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 241

“em rigor, podem alegar tal direito não apenas todos quantos participem da licitação, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.”¹³

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Em sucinta e esclarecedora observação conferida por José dos Santos Carvalho Filho quanto ao princípio da legalidade no campo das licitações, assim disserta:

O princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.¹⁴

Como bem esclarece Lucas Rocha Furtado, “o princípio da impessoalidade é o próprio fundamento para a existência do procedimento licitatório”. Continua Furtado esclarecendo que o princípio da impessoalidade deve ser examinado sob o aspecto do “dever de isonomia por parte da Administração Pública em face dos particulares” e, afirma que o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988 deixa expressa a obrigatoriedade da observação do princípio da isonomia nos processos licitatórios:

Art. 37. [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹⁵ (grifo nosso)

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 541

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 242.

¹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35/36.

Nas palavras singulares de Celso Antônio Bandeira de Mello, expõe seu entendimento quanto ao princípio da impessoalidade nas licitações:

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.¹⁶

E continua Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional.¹⁷

No mesmo sentido, ensina José dos Santos Carvalho Filho, que o “princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica”, e continua esclarecendo que:

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.¹⁸

Os princípios da moralidade e da probidade, conforme entendimento do Marçal Justen Filho, devem ser interpretados no sentido de que “em nenhuma hipótese a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico”.¹⁹

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 541/542.

¹⁷ Ibidem, p. 542.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 242.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 75/76.

Afirma ainda, Marçal Justen Filho, que “a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.”²⁰

Para José dos Santos Carvalho Filho, os princípios da moralidade e da impessoalidade “guardam íntima relação entre si”. Disserta que o princípio da moralidade “exige que o administrador se pautar por conceitos éticos”.²¹

Nas observações de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da moralidade está “reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa”, e assim o conceitua:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.²²

Hely Lopes Meirelles conclui que a probidade administrativa é uma “advertência às autoridades” que promovem e julgam os procedimentos licitatórios, por ser um princípio específico da licitação e por estar contida na Constituição Federal de 1988, mas precisamente no art. 37, §4º.²³

José dos Santos Carvalho Filho discorre que o princípio da probidade administrativa exige honestidade, bem como para os licitantes como para a Administração, sempre com o objetivo de atingir o interesse administrativo.²⁴

E assevera que “se, ao contrário, a improbidade frustra o objetivo da licitação, o responsável pela distorção deve sofrer a aplicação das sanções civis, penais e administrativas cabíveis”.²⁵

²⁰ Ibidem, p. 76.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 242.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 547.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 272.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 243/244.

Na orientação de Lucas Rocha Furtado, “o princípio da publicidade é próprio do Estado de Direito”, e continua:

A Administração deve manter plena transparência de seus atos. A divulgação do que ocorre no âmbito da Administração é condição indispensável à realização de outro princípio, o da moralidade. Ademais, a eficácia dos atos administrativos fica condicionada a que a eles se dê publicidade.²⁶

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho o princípio da publicidade:

Informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei nº 8.666/93”.²⁷

José dos Santos Carvalho Filho salienta que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é de extrema importância e, discorre que “por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração”, e com isso evita “qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa”.²⁸

A Lei nº 8.666/93 define critérios objetivos, sempre quando possível, para evitar a subjetividade do administrador público, conforme aduz Lucas Rocha Furtado, e assim, o autor apresenta o conceito de julgamento objetivo, que significa

²⁵ Ibidem, p. 244.

²⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 547.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 244.

“que, além de os critérios serem objetivos, que eles devem estar previamente definidos no edital”.²⁹

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho trata do princípio do julgamento objetivo:

O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. Nesse sentido, é incontrastável o art. 45 do Estatuto.

Quis o legislador, na instituição do princípio, descartar subjetivismos e personalismos. E isso não apenas no julgamento final, mas também em todas as fases onde exista espécie de julgamento, de escolha, de modo que os atos da Administração jamais possam ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento.³⁰

Mais ainda, Hely Lopes Meirelles, apresenta o real significado do princípio do julgamento objetivo:

Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério pré-fixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45).³¹

Vale ainda salientar, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sem a pretensão de esgotar o assunto, haja vista Celso Antônio Bandeira de Mello tratar como um verdadeiro axioma do moderno Direito Público, pois “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. E prossegue afirmando que é um pressuposto “de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.³²

²⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 244.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 272.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 547.

Lucas Rocha Furtado auxilia na compreensão do conceito de interesse público e disserta:

A primeira abordagem acerca do interesse público deve resultar na compreensão de que não se trata de um conceito metajurídico. Cabe ao direito positivo definir o que é o interesse público, as potestades conferidas com vista à sua realização e os legitimados ao seu exercício.³³

Para Marçal Justen Filho, a supremacia do interesse público é correlacionado com a indisponibilidade do interesse público, e assim esclarece:

A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia.³⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a supremacia do interesse público também é chamado de princípio da finalidade pública e, está relacionado com o princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo assim, argumenta:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.³⁵

Mais além, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz referência ao princípio do interesse público e ensina que o princípio em comento está disposto expressamente no art. 2º da Lei nº 9.784/99, e ainda assevera que “fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa”.³⁶

³³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 84.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 84/85.

Por derradeiro, acrescenta Joel de Menezes Niebuhr:

Com efeito, os privilégios concedidos à Administração Pública não servem para minimizar os direitos e interesses individuais, principalmente aqueles constitucionalmente qualificados. Servem, isto sim, para criar instrumentos para a plena satisfação do interesse público, o que, mesmo indiretamente, leva à satisfação e preservação dos interesses individuais. A Administração Pública não está autorizada a arrogar-se medidas arbitrárias, instalando regime autoritário sob a alegação de zelar pelo interesse público. Conquanto o interesse público não se confunda com o interesse privado, ambos não estão em perspectivas necessariamente opostas, um não exclui o outro. Mas acontece, em determinadas e excepcionais situações, em que a satisfação do interesse público encontra óbice no interesse privado, que aquele prevaleça sobre este, sem, no entanto, aniquilá-lo.³⁷

Assim, fica evidenciada a superioridade do interesse público sobre o privado, mesmo quando o interesse público encontrar impecilho no interesse privado, deve prevalecer o interesse público, contudo devendo ser sopesado os interesses para que o interesse privado não seja aniquilado.

1.3 Conceito de Contrato Administrativo

José dos Santos Carvalho Filho traz a noção de Contratos da Administração, e esclarece que:

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos pólos da relação contratual.³⁸

Marçal Justen Filho descreve a definição de contrato administrativo em sentido amplo:

Prefere-se definir contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.³⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello distingue os contratos de Direito

³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 706.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 244.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 426.

Privado da Administração e os contratos administrativos, e argumenta:

Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressaltados os aspectos suprarreferidos –, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.⁴⁰

Para sedimentar a ideia, José dos Santos Carvalho Filho esclarece quanto à categoria dos contratos privados da Administração:

É evidente que, quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu *ius gestionis*, com o que sua situação jurídica muito se aproxima da do particular.⁴¹

E acrescenta a advertência de Caio Tácito:

Seja como for, o importante é reconhecer a existência de contratos dessa natureza firmados pelo Estado, “tendo-se apenas de considerar a capacidade do contratante em função das correspondentes normas administrativas, tal como ocorrerá em geral com as pessoas jurídicas”.⁴²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta divergências doutrinárias quanto ao conceito de contratos administrativos, colocando-se como adepta da terceira corrente:

1. a que nega a existência de contrato administrativo;
2. a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos;
3. a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.⁴³

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho dispõe que “a expressão

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 627.

⁴¹ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975. p. 292 *apud*. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 172.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 172.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 257.

contrato administrativo indica um gênero, que comporta espécies”, e que o estudo deste instituto apresenta dificuldades, haja a vista a pluralidade de figuras abrangidas, e complementa:

Em termos muito amplos, contrato administrativo é um acordo de vontades, apto a gerar direitos e obrigações, de que participa um sujeito integrante da Administração Pública. Essa acepção ampla compreende inclusive acordos entre pessoas estatais [...]. Em acepção restrita, o contrato administrativo é um acordo de vontades, em que a Administração Pública é parte, diferenciado em vista de um regime jurídico peculiar.⁴⁴

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, para poder distinguir o contrato administrativo, é necessário que este seja firmado pela Administração Pública e atender a um dos três requisitos, quais sejam:

- a) receber tal qualificação por lei;
- b) ter por objeto a própria execução de um serviço público;
- c) conter cláusulas “exorbitantes”.⁴⁵

Hely Lopes Meirelles traz o conceito de contrato administrativo que é “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.⁴⁶

Continua Meirelles:

O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. É consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencional; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste.⁴⁷

Apropriadamente, José dos Santos Carvalho Filho discorre quanto à

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 425.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 629.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 211.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 211.

espécie contrato administrativo:

Sendo contratos típicos da Administração, sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando *supletivamente* as normas de direito privado, como está expresso na lei. Em última análise, é o *regime jurídico* que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

Nesse ponto, é de toda a conveniência observar que nem o aspecto *subjetivo* nem o *objetivo* servem como elemento diferencial. Significa que só o fato de ser o Estado sujeito da relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto ao objeto: é que não só os contratos fatalmente, um objetivo que traduza interesse público. Assim, tais elementos têm que ser sempre conjugados com o regime jurídico, este sim o elemento marcante e diferencial dos contratos administrativos.⁴⁸

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu parágrafo único, do art. 2º, conceitua contrato administrativo, *in verbis*:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. **Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.** (grifo nosso)

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho, descreve de forma simples o conceito de contrato administrativo, sendo o “ajuste firmado entre a Administração Pública e em particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.⁴⁹

1.4 Características dos Contratos Administrativos

Preliminarmente, Celso Antônio Bandeira de Mello traz à baila as características do contrato administrativo, contudo, o próprio autor ressalta que estão longe de demonstrar a inteireza de seu perfil.

Em decorrência dos poderes que lhe assistem, a Administração fica autorizada – respeitado o objeto do contrato – a determinar modificações

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173.

⁴⁹ idem.

nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato *sponte propria* se o interesse público o demandar.⁵⁰

Assevera Hely Lopes Meirelles que o contrato administrativo possui certas peculiaridades, tendo em vista a participação da Administração Pública com “supremacia de poder”, sendo essas peculiaridades caracterizadas pela constituição das cláusulas exorbitantes.⁵¹

De modo sintético, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua as cláusulas exorbitantes:

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.⁵²

Em outras palavras, Joel de Menezes Niebuhr ressalta a finalidade das cláusulas exorbitantes:

Nesse sentido, o primeiro passo é conceber as chamadas cláusulas exorbitantes como realmente prerrogativas protetoras do interesse público. Todas as prerrogativas exercidas pela Administração em relação contratual visam a proteger o interesse público, evitar que ele seja sacrificado. Deve haver vinculação direta entre prerrogativa e proteção ao interesse público. Isso significa que tais prerrogativas não autorizam arbitrariedades e desmandos, elas não devem ser manejadas aleatoriamente, deixando a perder os direitos dos contratados.⁵³

Nesse viés, Celso Antônio Bandeira de Mello complementa:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de “exorbitantes”, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta, às prerrogativas da

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 634.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 178.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 273.

⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 711.

Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodá-la com jaça, por pequena que seja.⁵⁴

E por fim, José dos Santos Carvalho Filho apresenta a lição de Caio Tácito, “o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante”.⁵⁵

E partindo deste intento, José dos Santos Carvalho Filho complementa:

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto).⁵⁶

Joel de Menezes Niebuhr relaciona de forma didática as prerrogativas enumeradas na Lei nº 8.666/93, da seguinte forma:

As referidas prerrogativas são enumeradas nos incisos do art. 58 da Lei nº 8.666/93, quais sejam, a Administração pode alterar unilateralmente os contratos administrativos (inciso I); ela também pode rescindi-los unilateralmente (inciso II); é dado a ela o poder de fiscalizar amplamente a sua execução (inciso III); cabe a ela aplicar sanções administrativas sobre o contratado faltoso (inciso IV); e, nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativo de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo (inciso V).⁵⁷

Entretanto, Hely Lopes Meirelles ilustra que as cláusulas exorbitantes podem ser de diversas formas, conforme abaixo se segue:

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 635.

⁵⁵ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975. p. 292 *apud*. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191.

⁵⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 709/710.

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder de promover desapropriação e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratado para a cabal execução do contrato. Todavia, as principais são as que se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração.

Merece, ainda, referência a possibilidade de se aplicarem aos contratos administrativos a teoria do fato do príncipe e a teoria da imprevisão.⁵⁸

E, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta as peculiaridades do contrato administrativo, e refere-se a possibilidade de instabilizar o vínculo contratual com o particular, da seguinte forma:

- a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;
- b) extinguindo unilateralmente o vínculo.⁵⁹

Desta feita, Joel de Menezes Niebuhr expõe com clareza a importância da licitação e do contrato administrativo para a consecução do interesse público.

A impressão é que aos agentes administrativos parece que a assinatura do contrato exaure suas atividades, como se não fosse necessário mais nada, como se o interesse público fosse cumprido com a assinatura dele. Essa percepção é equivocada, sobretudo porque apreende o processo de licitação pública e de contrato administrativo isoladamente, sem atentar que um e outro não passam de meios para a consecução do interesse público, finalidade maior que norteia todas as atividades administrativas.

É fundamental que se perceba a licitação pública como meio para escolher a melhor proposta, o que é pressuposto para a celebração de contrato administrativo. Outrossim, o contrato administrativo também não passa de um meio para o fim comum com a construção de uma obra, a prestação de um serviço, a aquisição ou alienação de bens ou outra utilidade de interesse reclamado pela coletividade.⁶⁰

E, complementa:

Destarte, tanto a licitação pública quanto o contrato administrativo não são procedimentos vazios e abstratos. Tudo que a eles se refere está estritamente relacionado à concreta satisfação do interesse público. Eles são meios que visam ao atendimento concreto e efetivo do interesse público,

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 178.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 627.

⁶⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 801.

que é a verdadeira e última finalidade do aparato administrativo estatal.⁶¹

Após essas considerações, versaremos, no tópico a seguir, acerca dos gestores de contratos.

⁶¹ *idem.*

2 GESTOR DE CONTRATOS

2.1 Acompanhamento da Execução dos Contratos Administrativos

Hely Lopes Meirelles orienta que a Administração deve controlar o contrato administrativo, fiscalizando a execução deste para assegurar o adimplemento do contratado, e assim pontua:

O controle do contrato administrativo fica sempre a cargo da Administração, ainda que as partes silenciem a respeito na redação de suas cláusulas. É um dos poderes inerentes à Administração, e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública. Nele se compreende a faculdade de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato, para assegurar a fiel observância de suas cláusulas e a perfeita realização de seu objeto, notadamente nos aspectos técnicos da obra ou do serviço, no cronograma dos trabalhos e na qualidade dos materiais (tudo isso se contém na prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, constante do art. 58, III, da Lei nº 8.666, de 1993). Desse poder administrativo resulta a possibilidade de alteração unilateral do contrato, para sua melhor adequação ao interesse público, mas não poderá modificar o projeto sem concordância do seu autor.⁶²

O poder que a Administração possui em fiscalizar o contrato, Maria Sílvia Zanella Di Pietro define como prerrogativa do poder público, da seguinte forma:

Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no artigo 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.⁶³

E aproveita para explicar de forma simplória a função do representante da Administração designado para fiscalizar o contrato administrativo:

A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores.⁶⁴

Importante frisar a distinção entre o contrato administrativo e o

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 186.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 277.

⁶⁴ idem.

realizado no âmbito do Direito Privado, no tocante a fiscalização de sua execução, como muito bem expõe Lucas Rocha Furtado:

Em relação aos contratos celebrados entre particulares, como regra, incumbe às partes verificar se a outra cumpriu o resultado esperado, se o objeto contratual foi de fato cumprido. Interessa aos contratos do direito privado basicamente a obtenção do resultado esperado. No âmbito dos contratos administrativos, ao contrário, a Administração terá não apenas o direito, mas igualmente o dever de acompanhar a perfeita execução do contrato. Fala-se, assim, em poder-dever da Administração de promover a devida fiscalização da execução do contrato.⁶⁵

No mesmo sentido, Joel de Menezes Niebuhr assevera quanto à importância da fiscalização dos contratos administrativos, ao alertar que “a fiscalização dos contratos administrativos não é um poder, uma prerrogativa ou uma faculdade; é, acima de tudo, insista-se, um dever, uma obrigação inescusável”.

E Lucas Rocha Furtado complementa com maestria:

Em decorrência da supremacia do interesse público, não pode a Administração assumir posição passiva e aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais. Não pode a Administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido. Durante a própria execução do contrato; deverá ser verificado se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato. Essa forma de agir preventiva apenas benefícios traz para a Administração.⁶⁶

Igualmente, nos dizeres de Joel de Menezes Niebuhr, pontuando a fiscalização com efeitos preventivos:

Sobretudo, o trabalho de acompanhamento e de fiscalização produz efeitos preventivos, evitando que a desídia do contratado provoque prejuízos irreversíveis ou de difícil ou onerosa reparação para ele próprio, para a Administração ou para terceiros. A fiscalização eficiente antevê defeitos e, por consequência, eventuais prejuízos, minorando transtornos e inconvenientes como rescisões contratuais, aplicação de penalidades mais severas, ações judiciais, etc. Trata-se de medida essencial para a consecução dos interesses públicos no que tange ao gerenciamento de contratos administrativos.⁶⁷

⁶⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 439.

⁶⁶ idem.

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 802.

Odete Medauar acrescenta que a fiscalização e o acompanhamento da execução dos contratos por parte da Administração não obsta ocorrências danosas à Administração ou a terceiros.⁶⁸

Hely Lopes Meirelles apresenta o conceito de execução do contrato administrativo.

Executar o contrato é cumprir suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração. A execução refere-se não só à realização do objeto do contrato como, também, à perfeição técnica dos trabalhos, aos prazos contratuais, às condições de pagamento e a tudo o mais que for estabelecido no ajuste ou constar das normas legais como encargo de qualquer das partes.

Executar o contrato é, pois, cumpri-lo no seu objeto, nos seus prazos e nas suas condições.⁶⁹

Sendo assim, fiscalizar a execução do contrato “abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, serviço ou do fornecimento”⁷⁰, segundo os dizeres de Hely Lopes Meirelles.

E complementa afirmando que a finalidade da fiscalização da execução do contrato pela Administração é assegurar a perfeita execução do contrato, conforme previsto no projeto, pautando-se pelas cláusulas contratuais e pelas normas regulamentares do serviço.⁷¹

E no momento em que a Administração fiscaliza a execução do contrato, o representante da Administração Pública, devidamente designado, tem o direito-dever de orientar a correta execução do contrato, se limitando à imposição das normas administrativas relacionadas à execução do objeto contratado, conforme disserta Hely Lopes Meirelles.⁷²

Corroborando, ainda mais, Hely Lopes Meirelles expõe que cabe à

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 250.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 224.

⁷⁰ Ibidem, p. 228.

⁷¹ idem.

⁷² Ibidem, pp. 228/229.

Administração a intervenção da execução do contrato na ocorrência de inadimplementos pela contratada.

No poder de controle do contrato cabe a intervenção da Administração em sua execução quando, por incúria da empresa ou pela ocorrência de eventos estranhos ao contratado, sobrevêm o retardamento ou a paralisação da obra ou do serviço, com prejuízos manifestos para a programação administrativa ou para os usuários da atividade ou do empreendimento contratado. Em tais casos é lícito à Administração intervir na obra ou no serviço, assumindo provisória ou definitivamente sua execução, com utilização dos materiais, pessoal e equipamento da empresa, a serem posteriormente indenizados. A intervenção justifica-se como medida de emergência, para assegurar a continuidade do serviço até que se restabeleça a normalidade nos trabalhos ou se rescinda o contrato, verificada a incapacidade do contratado para sua correta execução.⁷³

Oportuno mencionar o disposto no art. 76 da Lei nº 8.666/93, que reforça o dever que a Administração tem em fiscalizar e acompanhar a execução do contrato para que seja fielmente executado, in verbis:

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

Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr, o art. 76 da Lei nº 8.666/93, corrobora com o entendimento do art. 67 da supracitada lei, ressaltando que é uma obrigação inescusável a Administração acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, “porque ela não pode aceitar nem receber objeto se ele estiver em desacordo com as obrigações avençadas”.⁷⁴

O caput do art. 67 da Lei nº 8.666/93 determina que a Administração deverá designar um representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, conforme abaixo se segue:

Art. 67 A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 187.

⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 802.

representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Desta forma, a Lei nº 8.666/93 determina que a Administração Pública acompanhe e fiscalize a execução do contrato, e ainda, deve designar um representante para anotar os registros da execução, devendo este informar ao seu superior hierárquico, para que sejam tomadas as medidas cabíveis que ultrapassem sua competência.

2.2 Distinção entre Gestor e Fiscal dos Contratos Administrativos

O representante da Administração é chamado pela doutrina de fiscal do contrato, executor do contrato ou gestor do contrato. Segundo Joel de Menezes Niebuhr, há distinção na nomenclatura deste representante, produzindo efeitos práticos, e em suas palavras esclarece:

A denominação gestor do contrato é equivocada, muito embora talvez seja mais pomposa e talvez alguém se sinta mais prestigiado com ela. Ocorre que ela deturpa a verdadeira função do representante da Administração, pressupondo que ele tenha poderes que rigorosamente a lei não lhe atribuiu. [...]

O representante da Administração não exerce poder de gerência sobre os contratos. Quem exerce tais poderes é a autoridade competente, o representante legal da entidade administrativa, ou quem dele recebeu delegação. A autoridade competente é quem deve promover, se for o caso, aditivos, revisões, prorrogações, aplicar sanções, etc. Portanto, quem gerencia o contrato realmente é a autoridade competente. O representante da Administração acompanha e fiscaliza o contrato, apresentando-se como interlocutor entre o contratado e a Administração, devendo, se for o caso, comunicar ocorrências pertinentes à gestão – tais como necessidade de aditivos, revisões, prorrogações, aplicações de sanções, etc. – à autoridade competente ou a quem lhe seja superior, para que ela, então tome as medidas cabíveis.⁷⁵

Lucas Rocha Furtado, corrobora na distinção entre gestor do contrato e fiscal do contrato, e afirma que as duas funções não devem ser confundidas, pois o fiscal deve verificar a correta execução do contrato, enquanto o gestor é aquele que deve tratar com o contratado, exigir o cumprimento das obrigações previstas no objeto contratual e realizar modificações contratuais.⁷⁶

⁷⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 803.

⁷⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 440.

E complementa, asseverando que “é recomendável, todavia, que as funções de fiscalização e de gestão de contratos sejam executadas por pessoas distintas de modo a realizar o princípio da segregação das funções”.⁷⁷

Mais além, Joel de Menezes Niebuhr faz referência ao fiscal do contratador não ter o poder de gerência sobre os contratos, e afirma que o correto é chamá-lo de fiscal do contrato, sendo equivocada a terminologia gestor de contratos. Sendo assim, expõe:

Quem exerce tais poderes é a autoridade competente, o representante legal da entidade administrativa, ou quem dele recebeu delegação. A autoridade competente é quem deve promover, se for o caso, aditivos, revisões, prorrogações, aplicar sanções, etc. Portanto, quem gerencia o contrato realmente é a autoridade competente. O representante da Administração acompanha e fiscaliza o contrato, apresentando-se como interlocutor entre o contratado e a Administração, devendo, se for o caso, comunicar ocorrências pertinentes à gestão – tais como necessidade de aditivos, revisões, prorrogações, aplicações de sanções, etc – à autoridade competente ou a que lhe seja superior, para que ela, então, tome as medidas cabíveis.⁷⁸

Nessa compreensão, a figura do gestor do contrato, segundo Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, surge no §2º do art. 67 da Lei nº 8.666/93, como autoridade superior do fiscal do contrato. Nas suas palavras esclarece:

Trata-se da autoridade superior a que o fiscal remeterá as decisões e providências que ultrapassarem a fiscalização da fiel execução do avençado, vale dizer, qualquer solicitação do executor cujo atendimento implicaria alteração do contrato; além de outras medidas, que somente pode ordenar o gestor que tenha a visão sistêmica dos contratos em curso, em determinado segmento de serviços ou obras, em face dos recursos, inclusive financeiros, disponíveis e das prioridades da Administração.⁷⁹

Os referidos autores apresentam ainda dispositivos legais que divergem do entendimento exposto anteriormente, confundindo as atribuições de fiscal e gestor do contrato, e ressaltam que a superposição das atribuições de fiscal

⁷⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 441.

⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 803.

⁷⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativo de Licitação e Contratação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2012. p. 266.

e gestor é equivocada e, em verdade, inconfundível, tendo como exemplo da divergência, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, em seu inciso XVIII do Anexo I, bem como o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, em seu art. 6º, *in verbis*:

Fiscal ou Gestor do Contrato é o representante da Administração, especialmente designado, na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97, para exercer o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual, devendo informar a Administração sobre eventuais vícios, irregularidades ou baixa qualidade dos serviços prestados pela contratada, propor as soluções e as sanções que entender cabíveis para regularização das faltas e defeitos observados, conforme o disposto nesta Instrução Normativa.

Art. 6º. A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.⁸⁰

Prosseguindo no estudo sobre o gestor do contrato, Gabriela Verona Pércio, faz a distinção entre o gestor e o fiscal do contrato, da seguinte forma:

Ao gestor delega-se o acompanhamento formal nos aspectos administrativos, procedimentais e contábeis. E ao fiscal, detentor de conhecimentos técnicos na área do objeto, o acompanhamento e fiscalização da execução *in loco*.⁸¹

E complementa com a definição da palavra “gestão”, que é “o ato de gerir, que significa administrar, dirigir, governar, orientar”.⁸²

2.3 Poder-dever de Agir do Gestor de Contratos

Por derradeiro, José dos Santos Carvalho Filho, recorda que “o poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes do Estado”, sendo delegada a cada cargo a execução de determinadas funções, devendo estas, serem exercidas nos limites da lei, pois são voltadas para o benefício da coletividade. E sintetiza afirmando que o “uso do poder, portanto, é a

⁸⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativo de Licitação e Contratação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2012. p. 266.

⁸¹ PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 81.

⁸² *idem*.

utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere”.⁸³

Em complemento, Hely Lopes Meirelles expõe os poderes e deveres do administrador público, sendo assim, observa-se adiante.

Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque, estando sujeito ao ordenamento jurídico geral às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce.⁸⁴

Mais ainda, Hely Lopes Meirelles registra que “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”.⁸⁵

Contudo, para uma melhor compreensão, José dos Santos Carvalho Filho observa que os poderes administrativos são irrenunciáveis e devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares, sendo que:

Desse modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes.⁸⁶

O poder-dever de exercício das competências e atribuições do administrador público é reforçado na lição de Marçal Justen Filho, sendo conferido que “o servidor é legitimado a defender suas competências e atribuições, adotando todas as providências necessárias a tanto”.⁸⁷

Sob esta visão do poder-dever do administrador público, José dos Santos Carvalho Filho assevera quanto à ilegalidade da inércia do administrador, em suas palavras expõe:

⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 104.

⁸⁵ Ibidem, p. 106.

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op cit. p. 44.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 915.

Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegalidade de que se reveste a inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta comissiva, a omissão (conduta omissiva) haverá de configurar-se como ilegal.⁸⁸

Outra contribuição sobre a temática, encontra-se na lição de Marçal Justen Filho, assim expõe:

(...) não bastam os esforços e a boa vontade do sujeito. É imperioso que tais esforços se traduzam na efetiva obtenção de resultados satisfatórios. Não se aplica nas funções administrativas o modelo da atuação do *bonus pater familia*. O exercente da função administrativa está obrigado a cumprir não apenas os padrões médios de diligência. Tem o dever de atender às exigências mais rigorosas, com a observância da mais elevada especialização. Somente se legitima a não obtenção do melhor resultado quando estiver rigorosamente fora da previsibilidade do agente estatal. Para usar palavras claras, ainda que pouco técnicas: a tolíce configura infração aos deveres do agente administrativo quando provoca lesão a interesse alheio.⁸⁹

De forma lapidar, Hely Lopes Meirelles disserta sobre os poderes e deveres do administrador público, ou seja, os que gerem bens e interesses da coletividade.

Esses gestores da coisa pública, investidos de competência decisória, passam a ser autoridades, com poderes e deveres específicos do cargo ou da função e, conseqüentemente, com responsabilidades próprias de suas atribuições (...). Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque, estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce.⁹⁰

Sendo assim, percebe-se que tanto o gestor quanto o fiscal do contrato não podem ficar inertes quando se depararem com situações de descumprimento contratual pela empresa contratada, tendo em vista a Administração Pública ter o dever de obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, conforme aduz Jessé Torres Pereira Junior e Marinês

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 909.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 104.

Restelatto Dotti, e acrescenta:

A atuação do gestor de contratos, assim como a de qualquer agente público, deve pautar-se sempre e sempre pela juridicidade (conformação aos princípios e normas da Constituição e das leis, almejando a satisfação do interesse público, o que vai além da legalidade estrita, englobando a legitimidade, a economicidade e a eficiência) do ato que deva praticar por força de suas atribuições. Se dúvida sobrevier, é de seu dever diligenciar, coletando informações expressas, técnicas e/ou jurídicas. Remanescendo a dúvida, deve o gestor do contrato justificar a recusa em autorizar o ato, apresentando os pressupostos de fato e de direito que a sustentem, resguardando-se, assim, de eventuais ações de responsabilidade.⁹¹

Desta forma, o gestor de contratos tem o dever de buscar o interesse público, atuando dentro dos limites da sua função, em total obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e economicidade.

2.4 Responsabilidade do Gestor de Contratos Administrativos

Nessa direção, Gabriela Verona Pércio resume em claras palavras os deveres e responsabilidades advindos da gestão do contrato.

Ao servidor responsável pela gestão ou fiscalização de um Contrato Administrativo, incumbe a observância dos deveres inerentes ao exercício de função pública, observando os princípios da honestidade, probidade, lealdade e boa-fé, perseguindo o fim e a finalidade públicos.⁹²

Acrescenta a autora, de forma sintética, as atribuições compatíveis com a atuação do gestor de contratos, como o recebimento da garantia contratual pela contratada; a análise dos relatórios e solicitações apresentadas pelo fiscal do contrato; a solicitação de parecer jurídico ou técnico; liberação dos pagamentos de acordo com o relatório dos fiscais; a instauração de procedimento administrativo de aplicação de penalidade, observando sempre o regular processo administrativo, oportunizando o contraditório e a ampla defesa; instrução do processo referente a modificações contratuais, revisões, repactuações, reajustes e prorrogação do prazo de vigência.⁹³

⁹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativo de Licitação e Contratação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2012. p. 267.

⁹² PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 82.

⁹³ Ibidem, p. 116/119.

Vale salientar ainda, a lição de Joel de Menezes Niebuhr que disserta quanto ao desvio de função dos agentes administrativos, e assim segue a reprodução:

Os agentes administrativos devem atuar na exata medida de suas competências legais, o que é pressuposto inarredável do princípio da legalidade. Afora o reconhecimento do desvio de função e a obrigação da Administração de indenizar a diferença entre os valores da remuneração do cargo ocupado pelo agente administrativo e do cargo efetivamente exercido, correspondente às funções desviadas, os atos praticados em desvio de função contém vício de competência, que compromete a sua validade jurídica. Ou seja, além de tudo, os atos praticados em desvio de função são suscetíveis de anulação.⁹⁴

Nesse sentido de conduta indevidamente praticada pelo gestor público, a Lei nº 8.666/93, prevê entre os seus artigos 89 a 98 os crimes e penas na execução dos contratos administrativos, e assim José dos Santos Carvalho Filho detalha:

Entre os arts. 89 a 98, o Estatuto contempla vários delitos, a maior parte deles voltados ao sistema de licitações; em menor número, indica os delitos mais ligados aos contratos administrativos. São crimes desse último grupo: celebrar contrato com empresa ou profissional inidôneo (art. 97), obter vantagem indevida em contratos (art. 92 e parágrafo único) e patrocinar interesse privado mediante a celebração de contrato, que vem a ser invalidado no Poder Judiciário (art. 91).⁹⁵

Por conseguinte, Gabriela Verona Pércio apresenta as legislações que dispõe quanto a responsabilidade dos administradores públicos decorrentes da execução dos contratos administrativos, quais sejam:

Nesse contexto, sujeitam-se às consequências decorrentes da aplicação da Lei nº 8.429/92 (da Improbidade Administrativa), da Lei nº 8.666/93, arts. 89 a 108 (crimes licitatórios), da Lei Complementar nº 101/00 (de Responsabilidade Fiscal), da Lei nº 10.028/00 (dos Crimes de Responsabilidade Fiscal), da Lei nº 9.504/97 (Lei Eleitoral) e, por fim, do respectivo Estatuto dos Servidores Públicos, conforme o caso.⁹⁶

Em complemento, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, afirmam que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito

⁹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 807.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 221.

⁹⁶ PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 82.

da Administração Pública federal, prevê em seus arts. 2º e 53, o dever do administrador público observar o princípio da legalidade e anular seus próprios atos, caso afrontem a legalidade.⁹⁷

2.5 Aplicação de Sanção Administrativa

Como já ressaltado, as partes que celebram o contrato tem o dever de cumprir todas as cláusulas da avença, na forma, no tempo e no lugar dispostos no contrato, advindo as consequências previstas na Lei nº 8.666/93, no ato convocatório e no contrato, segundo Marçal Justen Filho e, acrescenta:

O inadimplemento contratual se configura segundo as regras comuns, o que significa a insuficiência de um evento material desconforme com uma norma. O inadimplemento somente se configura quando a conduta exterior incompatível com a norma refletir um elemento subjetivo reprovável.⁹⁸

No intuito de melhor caracterizar a ideia, Hely Lopes Meirelles apresenta a seguinte conceituação de inexecução contratual.

Inexecução ou inadimplência do contrato é o descumprimento de suas cláusulas, no todo ou em parte. Pode ocorrer por ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado. Qualquer dessas situações pode ensejar responsabilidades para o inadimplente e até mesmo propiciar a rescisão do contrato, como previsto na lei (arts. 77 a 80).⁹⁹

Para melhor compreensão, recorre-se a didática lição de José dos Santos Carvalho Filho, qual seja:

Sucedem que inúmeras vezes uma das partes, ou ambas, não executam fielmente o contrato, desrespeitando as normas a que se obrigaram. Havendo conduta diversa da que prevê o contrato, dá-se a sua inexecução. É preciso, porém, saber qual a causa da inexecução, ou até onde deve a parte inadimplente responder por seu descumprimento.¹⁰⁰

Em correspondência, Hely Lopes Meirelles disserta que há casos, em

⁹⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativo de Licitação e Contratação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2012. p. 267/268.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 541.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 234.

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 205.

que a inexecução contratual não resulta de culpa da contratada, que apesar do inadimplemento, seja total ou parcial, “exoneram o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou pelo total descumprimento do ajuste”, sejam eles, a força maior, o caso fortuito, o fato do príncipe, o fato da Administração ou interferências imprevistas.¹⁰¹

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado, assevera que o regime jurídico dos contratos administrativos confere ao Administrador Público a prerrogativa de aplicar sanções administrativas à contratada inadimplente, conforme previsto no art. 58, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a supremacia da Administração.¹⁰²

Sob esta visão, a aplicação da sanção administrativa tem o escopo de desestimular a prática de condutas que contrariem as cláusulas avençadas nos contratos administrativos, ou seja, que não estejam de acordo com as especificações para a devida execução do contrato, tendo como consequência situações indesejáveis e prejudiciais, conforme é o ensinamento de Gabriela Verona Pércio.¹⁰³

Desta feita, Celso Antônio Bandeira de Mello complementa aduzindo que além das penalidades previstas para o agente público, conforme apresentado anteriormente, a Lei nº 8.666/93, dispõe de sanções pela prática de descumprimento contratual pelos contratados, ou seja, “o contratado que injustificadamente atrasar-se na execução de contrato assujeita-se a ser multado pela Administração, na forma e termos previstos no instrumento convocatório ou no contrato (art. 86)”, e complementa:

Demais disso, a teor do art. 87, a inexecução total ou parcial do contrato o expõe, garantida sempre a prévia defesa, a sofrer as sanções administrativas de (a) advertência; (b) multa, nos termos do instrumento convocatório; (c) suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e (d) declaração de inidoneidade para contratar ou licitar enquanto perdurarem os motivos que a determinaram ou até sua reabilitação, que será concedida sempre que ressarcir a Administração pelos prejuízos que lhe haja causado

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 219.

¹⁰² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 441.

¹⁰³ PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 95.

e tenham transcorrido dois anos da aplicação da sanção.¹⁰⁴

Salienta ainda, Marçal Justen Filho, que além das quatro espécies de sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, não podemos olvidar a rescisão unilateral como modalidade de sanção administrativa, prevista no art. 77 da Lei de Licitações e Contratos.¹⁰⁵

Oportuna a observação de Hely Lopes Meirelles, quanto ao descumprimento contratual da contratada e a aplicação de sanções pela Administração Pública, conforme se segue:

Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de auto-executoriedade dos atos administrativos aos contratos públicos, como privilégio da Administração. Com base nesse princípio, a Administração, quando contrata, fica sempre com a reserva implícita de aplicar as penalidades contratuais, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratado.¹⁰⁶

Sendo assim, configurado o descumprimento do contrato, o administrador público deve aplicar a sanção, e com maestria, Hely Lopes Meirelles apresenta outra contribuição sobre a temática, assim exposta:

O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de quem os detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. [...] O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.¹⁰⁷

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 653.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 549.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 187.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 105.

Oportuna a observação de Gabriela Verona Pércio, quanto ao dever-poder da Administração Pública em aplicar as sanções administrativas ao contratado, conforme se segue:

Trata-se de um dever-poder da Administração Pública, pois não há meramente uma faculdade de aplicar a sanção, existindo, sim, um dever de agir motivado pela defesa do interesse público – desestimular novas práticas reprováveis em sede de Licitações e contratos – e pelo princípio da isonomia – atribuir tratamento igualitário a todos os que se encontrarem em idêntica condição.

Portanto, constatada indene de dúvidas a ocorrência da infração, a sanção administrativa correspondente se imporá, não havendo margem para discricionariedades, ou seja, descabendo qualquer ponderação sobre conveniência e oportunidade do sancionamento.¹⁰⁸

De forma correta, Joel de Menezes Niebuhr destaca a necessidade da Administração Pública em aplicar a sanção administrativa quando observado descumprimento contratual por parte do contratado, para não induzir à impunidade.

É muito frequente que a Administração seja prejudicada em razão do comportamento de licitantes e contratados que agem em relação a ela com flagrante má-fé, buscando ampliar os seus benefícios privados em detrimento do interesse público. Ocorre que, em muitos casos, a Administração não toma as providências devidas para coibir tais comportamentos, não instaurando os devidos processos administrativos. Essa postura da Administração produz efeitos nefastos, haja vista que propaga sentimento de impunidade, que acaba por incentivar novos atentados ao interesse público.¹⁰⁹

Assim, quando ocorrem irregularidades nos contratos celebrados pela Administração Pública e não são devidamente apurados com processos administrativos, e penalizadas as empresas contratadas inadimplentes, a Administração Pública sofre grandes prejuízos, e ainda propaga o sentimento de impunidade.

¹⁰⁸ PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 95.

¹⁰⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 1030.

3 CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Impende destacar que a Administração Pública deve atuar observando seus princípios basilares, dentro da legalidade, conforme a finalidade e o interesse coletivo de cada ato, como bem ressalta Hely Lopes Meirelles.¹¹⁰

Por sua vez, os administradores públicos acabam por relegar os princípios básicos da Administração Pública, desviando a finalidade, ultrapassando suas competências, assim, e tendo em vista o Estado de Direito, e para a defesa da própria Administração e dos seus administrados, fica estabelecido na organização da Administração Pública o controle da sua atuação, segundo Hely Lopes Meirelles.¹¹¹

3.1 Conceito de Controle

Em busca de um conceito doutrinário, Hely Lopes Meirelles continua corroborando, e aduz que “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.¹¹²

Ademais, “a moldura constitucional dada ao Estado brasileiro guarda como princípio fundamental a separação dos Poderes, assentado na forma tripartite consagrada por Montesquieu”, conforme ressalta Benjamin Zymler.¹¹³

Partindo deste intento, complementa Benjamin Zymler ao tratar do controle exercido sobre as prestações da Administração Pública.

O molde constitucional adotado pelo Estado brasileiro afigura-se como terreno fértil ao desenvolvimento de mecanismos de controle do Estado, situado não apenas no âmbito do próprio aparelho estatal, como também no corpo social que o integra, como veremos adiante. Tudo isso dentro de uma visão republicana do Estado brasileiro, cuja Constituição elege a prestação de contas dos agentes públicos, que cuidam da *res publica*, como princípio sensível, ou seja, princípio cuja violação enseja a intervenção federal ou

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 644.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 644/645.

¹¹² *Ibidem*, p. 645.

¹¹³ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 163.

estadual (arts. 34, VII, “d”, e 35, II).¹¹⁴

Sendo assim, a Administração Pública está sujeita à controles internos e externos, desta feita, Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma singular, conceitua da seguinte forma, sendo que “interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo, e externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração”.¹¹⁵

Neste viés, cumpre esclarecer Hely Lopes Meirelles, que o controle externo tem a finalidade de provar a probidade dos atos da Administração Pública. E neste compasso traz a seguinte doutrina:

O controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas.¹¹⁶

Em suma, para a Administração Pública não desviar de sua finalidade, está sujeita tanto ao controle interno quanto ao controle externo, este exercido pelo Tribunal de Contas da União.

3.2 Competência do Tribunal de Contas da União

Cumpre ressaltar a competência do Tribunal de Contas, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Dispõe o art. 70 da Constituição que ao Congresso Nacional compete realizar controle externo da Administração direta e indireta, exercendo fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, para o que contará com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71).¹¹⁷

E complementa Hely Lopes Meirelles, aduzindo que o Tribunal de

¹¹⁴ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 953.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 685.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 959.

Contas é um órgão independente, contudo auxiliar do Legislativo e colaborador do Executivo.¹¹⁸

Outro ponto que também merece melhor apreciação é a observação apresentada com maestria por Hely Lopes Meirelles, quanto ao controle administrativo das licitações e dos contratos administrativos disposto na Lei nº 8.666/93.

“O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente” (art. 113), e, em seguida, legitima os licitantes, contratado e qualquer pessoa física ou jurídica, para representar à Corte de Contas sobre irregularidades no procedimento licitatório e no instrumento contratual (art. 113, §1). Essas disposições legais certamente contribuirão para a regularidade da licitação e do contrato, pois a denúncia de vícios ao Tribunal de Contas propiciará seu exame, e, deparando ilegalidade, naturalmente determinará ao órgão licitador que a corrija ou invalide a licitação e o contrato dela decorrente. É medida de alta moralidade pública, assemelhada à ação popular, no âmbito administrativo.¹¹⁹

Nesta análise, Adilson Abreu Dallari complementa o estudo da competência do Tribunal de Contas em verificar a legalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública, sendo assim, o autor disserta:

Dentro desse amplo universo de atribuições, compete ao Tribunal de Contas verificar a legalidade de contratos celebrados pela Administração Pública com particulares, podendo o Tribunal declarar a nulidade do ajuste, adotar medidas necessárias para sustar sua execução e, inclusive, **aplicar sanções aos responsáveis.**¹²⁰ (grifo nosso)

Mais além, Benjamin Zymler destaca a importância de se verificar se restou configurada a violação de alguma norma quando se depara com a existência de irregularidades pelos agentes públicos.

Naturalmente, há de se perquirir se restou configurada violação a normas legais e regulamentares ou a cláusulas de termos de convênio ou de outros instrumentos do gênero. A norma violada deve ser sempre identificada e explicitamente mencionada. Deve-se dizer, ainda, que a ilicitude pode resultar não somente de ato comissivo, mas também de omissão (falta de

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 685.

¹¹⁹ Ibidem, p. 240.

¹²⁰ ALVIM, Arruda (coord). **Licitação e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 17.

ação) do gestor.

[...]

Nessa primeira etapa de investigação, o julgador é chamado a avaliar a compatibilidade de determinado ato com as normas jurídicas que o regulam. Observa-se, a esse respeito, que o TCU avalia tanto os aspectos de ilegalidade, como os de antieconomicidade dos atos praticados pelos gestores públicos. Vale ressaltar, entretanto, que há uma tendência de considerar a economicidade uma vertente da ilegalidade e de punir a falta de eficiência de um dado gestor apenas quando tal falha configurar violação a preceito normativo.

Ao examinar atos praticados no exercício de competência discricionária, impõe-se ao aplicador do direito verificar se a opção do administrador foi satisfatória. Isso porque, segundo a moderna doutrina constitucional e administrativa, o princípio constitucional da razoabilidade ou proporcionalidade, o qual, para uns, resulta do conceito de Estado de Direito e, para outros, do comando contido no inciso LIV do art. 5 da Constituição Federal (devido processo legal), impõe ao aplicador do direito ponderar a adequação da medida implementada pelo gestor às condições de contorno preexistentes.¹²¹

Desta forma, constata-se a competência do Tribunal de Contas da União para aplicar sanções aos responsáveis na ocorrência de alguma irregularidade nos contratos administrativos.

3.3 Responsabilidade do Gestor de Contratos em não Aplicar Sanção

No que tange à inércia do gestor público perante a ocorrência de ilegalidade verificada pelo Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler expõe:

A jurisprudência do TCU tem apontado no sentido de não ser cabível a apenação quando se estiver diante de culpa leve. É possível, portanto, que se verifique a ocorrência de ilegalidade, que tenha sido ela cometida por agente que tem sua conduta examinada, que se tenha aferido culpa desse agente, mas que seja ela reduzida e, por isso, isente a apenação do responsável.¹²²

Por conseguinte, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti registram que o gestor de contratos administrativos devem prestar contas ao Tribunal de Contas da União, conforme previsão do art. 71, caput da Constituição Federal de 1988, tendo em vista assumir obrigações de natureza pecuniária. E assim complementa:

Assim, gestores de contratos serão chamados a responder perante o controle externo exercido pelo TCU em decorrência da aplicação dos

¹²¹ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 208/209.

¹²² Ibidem, p. 210.

dispositivos constitucionais acima reproduzidos – que se reproduzem nas Constituições estaduais – e, também, por força da aplicação dos seguintes dispositivos da Lei nº 8.443, de 16.7.92 (Lei Orgânica do TCU).¹²³

No que atine à penalidade aplicável pelo Tribunal de Contas da União, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti afirmam que é a multa, “sem prejuízo da inabilitação do responsável, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública”.¹²⁴

No intuito de uma melhor compreensão quanto a penalidade aplicada, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, ensinam que a responsabilidade perante o controle externo do Tribunal de Contas da União é subjetiva, comprovando-se sempre que o gestor público agir com culpa ou dolo, e assim registra:

O fato de o ônus de provar a correta aplicação de recursos ou a regularidade do ato praticado recair sobre o agente público (art. 113 da Lei nº 8.666/93) não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e se torne objetiva (independente de culpa ou dolo).

No exame do elemento subjetivo (culpa ou dolo) da conduta do responsável, o controle externo apura a presença dos seguintes elementos: (a) ação comissiva ou omissiva do gestor; (b) existência de prejuízo ao erário ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual, mesmo que não decorra prejuízo ao erário; (c) nexos de causalidade entre a ação ou a omissão e o resultado danoso verificado; e (d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

A par desses requisitos, leva-se em conta o nível médio de conhecimento que se poderia exigir do gestor do contrato e as condições concretas que circundam a realidade vivenciada (razoabilidade da conduta).¹²⁵

Nessa compreensão, o Tribunal de Contas da União julga as contratações irregulares da Administração Pública com multa, como podemos observar no julgamento do Acórdão nº 3943/213, Processo nº 029.786/2008-7, tendo como Relator o Ministro Raimundo Carreiro, que identificou irregularidades na construção de sistema de abastecimento de água na Aldeia Kumarumã, no Município de Oiapoque/AP, no valor total de R\$ 853.961,24.

¹²³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativo de Licitação e Contratação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2012. p. 263.

¹²⁴ Ibidem, p. 264.

¹²⁵ Ibidem, p. 264/265.

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NA ALDEIA KUMARUMÃ. MULTA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. DIMINUIÇÃO DE MULTA .

No caso em comento, o recorrente teve suas razões de justificativa rejeitadas e foi apenado com multa individual no valor de R\$ 5.000,00, recorrendo, assim, do Acórdão nº 5.466/2011-TCU-2º Câmara. Em razão das irregularidades apontadas, o gestor público foi responsabilizado pelos seguintes fatos, conforme expõe o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

- (1) assinatura de termo aditivo após a vigência do contrato;
- (2) sem fundamentação e sendo que o contrato, com prazo inicial de 180 dias, teve mais de 435 dias de execução em razão de sucessivos aditamentos;
- (3) **falta de providências para a instauração de procedimento administrativo quanto aos atrasos da empresa Comerc;**
- (4) inexecução da garantia oferecida pela mesma empresa;
- (5) **não ter sido instaurado processo administrativo, nem aplicada qualquer sanção à empresa Comerc, e**
- (6) também porque não foram apuradas internamente outras irregularidades, como medições por serviços não executados ou a não restituição de valores pagos indevidamente. (grifo nosso)

No exercício das atribuições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, relata que o recorrente não demonstrou a adoção de medidas efetivas para instaurar procedimento administrativo, com o intuito de aplicar sanção à contratada, tendo em vista as irregularidades na execução da obra e os atrasos verificados, e ainda ressalta o MP/TCU, que o gestor não executou a garantia fornecida pela contratada. E neste viés, conclui:

Na verdade, não houve ação concreta alguma no sentido de aplicar as sanções contratuais e legais à empresa ou mesmo de apurar internamente outros ilícitos, como medições por serviços não executados ou a não restituição de valores pagos indevidamente.

Insta observar a transcrição da análise feita pela Secretaria Executiva do Estado do Amapá - SECEX/AP, no relatório do MP/TCU, e ressalta sua relevância:

Sobre a questão, permanece, pois, válida a pertinente análise da Secex/AP transcrita no relatório do acórdão recorrido (peça 6, p. 50):
"Em relação à falta de providências para instauração de procedimento administrativo e posterior sanção da empresa COMERC pelo atraso e

inexecução de serviços contratados, as justificativas apresentadas não elidem a responsabilidade do gestor.

O gestor foi diversas vezes alertado para a necessidade de aplicar as sanções cabíveis à contratada. No Parecer nº 68/PGF/PF/FUNASA/AP/2007/wfs (fl. 524, An. 1, vol. 2), o Procurador Federal afirma no parágrafo de nº 19: "requeiro que seja aplicada à empresa COMERC as penalidades previstas no edital, no contrato e na Lei nº 8.666/93 com suas modificações posteriores, pelo não cumprimento do contrato e atraso na entrega da obra".

No mesmo sentido o Parecer nº 052/PGF/PF/FUNASA/PA/2008/aca (fl. 547, An. 1, vol. 2), da lavra da Procuradora Federal Ana Cristina Cabral de Abreu, aduz: "(...) deve-se instaurar processo administrativo com vistas a aplicar sanções à contratada inadimplente e, se condizente com o interesse público, rescindir o mencionado contrato (...)".

Mais ainda, considera o MP/TCU, que o gestor não tomou as medidas cabíveis, na situação fática apresentada, para cumprir as recomendações, tendo em vista não ter nenhum processo administrativo instaurado e diversas irregularidades não foram apuradas, sancionadas ou sanadas. E complementa afirmando que o gestor deve aplicar tempestivamente as sanções legais à empresa contratada e, a mera intenção de aplicar a sanção não suprime o inadimplemento da contratada:

Diante dos constantes atrasos e das graves irregularidades na execução da obra, cabia ao responsável aplicar tempestivamente as sanções legais e contratuais à Comerc. A mera intenção de fazê-lo não elide o ilícito. O que se verificou, no caso, foi a sua patente omissão em impor àquela empresa as penalidades pelo inadimplemento de suas obrigações contratuais. Deve, assim, o ex-gestor responder por sua desídia, pois lhe era exigida conduta diversa.

De fato, ao gestor probo compete agir proativamente, respaldado no amplo aparato estatal e no ordenamento jurídico vigente, que lhe dão suporte para o pleno exercício da função executiva e que existem para lhe propiciar a pronta tomada de decisões sobre quaisquer assuntos e a todo tempo.

Nessa toada o MP/TCU recorreu a ponderação do nobre Ministro Augusto Sherman, na proposta de deliberação do Acórdão nº 680/2009 – Plenário, e conclui que “ao gestor público, portanto, cabe agir”. E assim segue:

"cabe precipuamente ao gestor, com base em pareceres de órgãos jurídicos e técnicos competentes no âmbito de sua estrutura administrativa, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda às suas necessidades, às leis e aos princípios constitucionais, para então decidir sobre sua forma de ação".

E ainda, o MP/TCU colaciona as palavras do Ministro Benjamin Zymler no voto revisor do Acórdão nº 949/2010 – Plenário, “sobreleva notar que ao gestor público não é dado o direito de se omitir, pois ele detém o poder-dever de agir”.

Sendo assim, o MP/TCU entendeu que os ilícitos na execução do contrato administrativo ostentaram gravidade e justificam a imposição de multa ao gestor público recorrente, no valor fixado no acórdão recorrido.

O voto do Ministro Relator Raimundo Carreiro, foi para manter a posição da multa em relação à ausência de medidas tempestivas pelo não adimplemento da execução do contrato, conforme bem expõe o MP/TCU em sua argumentação, e registra da seguinte maneira:

17. Em relação ao não cumprimento satisfatório do contrato, que ensejaria a tomada de medidas como a instauração de procedimento administrativo para apurar as irregularidades, execução das garantias oferecidas pela empresa e imposição das penalidades pelo inadimplemento das obrigações contratuais, tardou o gestor a agir para apurar, sancionar e sanear os problemas identificados ao longo da execução do contrato. Embora tenha o responsável tomado as medidas para que se iniciasse a aplicação das penalidades previstas no edital pelo não cumprimento do contrato e atraso na entrega da obra (peça 29, p. 14), esse fato ocorreu de forma intempestiva, já transcorrido longo tempo do início das obras, o que não redime o gestor do fato de não ter ele agido antes para defender diligentemente a boa gestão contratual.

18. Portanto, quanto à verificação da ausência de medidas tempestivas adotadas pelo gestor em relação ao não cumprimento satisfatório do contrato, quando deveriam ter sido elas adotadas em salvaguarda do interesse público, considero que o MP/TCU está correto em concluir que tais ilícitos são graves e justificam a manutenção da imposição da multa.

Desta forma, os Ministros do Tribunal de Contas da União acordam, conforme as razões expostas pelo Relator, da seguinte forma:

9.1. reformar o Acórdão nº 5466/2011-TCU-2ª Câmara, para alterar a redação do item 9.5.1., que passa a ser a seguinte:

"9.5. com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, aplicar multa individual aos responsáveis abaixo arrolados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da Lei 8.443/1992, e 214, inciso III, alínea "a" do Regimento Interno do TCU, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor: (...)"

Neste diapasão, é salutar analisarmos o Mandado de Segurança nº 12.927/DF, no qual o STJ não admite discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

I – Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistem

aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II – Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. (STJ. MS nº 12.927/DF - 2007/0148856-8, 3ª Seção. Rel. Min. Felix Fischer. Julg. 12.12.2007)

Impende destacar também, o Acórdão nº 2.558/2006, do Tribunal de Contas da União, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, no qual resta definido que não há discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos por parte do gestor, e assim expõe:

O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, observado o devido processo legal. (TCU. Acórdão nº 2.558/2006, 2ª Câmara. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 12.09.2006)

Conforme demonstrado, não há discricionariedade para o gestor de contrato instaurar procedimento administrativo para aplicar sanção na contratada inadimplente, sendo assim, verificada a ilegalidade na execução do contrato, deve o gestor de contrato instaurar procedimento administrativo de aplicação de penalidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, cabe registrar, que o objetivo da presente pesquisa é demonstrar que os administradores públicos investidos na função de gestores de contratos serão responsabilizados diante de sua desídia, caso não tomem as medidas cabíveis quando o particular contratado não cumprir com o que foi pactuado, sem todavia, exaurir o tema proposto.

Nesse sentido, afirma-se que o administrador público deve atuar adstrito ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, devendo obedecer as normas e os princípios basilares do Direito Administrativo, para assim, atingir a finalidade da Administração Pública, que é o interesse coletivo.

Dentro desse contexto, para a Administração Pública celebrar contratos de bens e serviços com os particulares, tanto a Administração Pública quanto o particular devem se sujeitar aos princípios, regras e legislação vigentes, bem como as normas previstas no procedimento licitatório e nas cláusulas avençadas no contrato administrativo, sendo assim, são criados deveres jurídicos que não poderão ser violados.

Ressalta-se, de todo modo, que o administrador público, investido na função de gestor do contrato, deve assegurar-se de que o contrato está sendo cumprido fielmente pelo particular contratado, sem qualquer desvio, sendo seu dever diligenciar a execução do contrato.

Como consequência do descumprimento contratual do particular contratado, deve o gestor do contrato cumprir o mandamento legal de aplicação da sanção administrativa, tendo em conta o inadimplemento contratual. Vale elucidar, que o administrador público é mero representante encarregado da defesa dos interesses da coletividade e pela correta utilização dos recursos a ela destinados, sendo vedado a sua inércia diante de irregularidades, não podendo confundir o interesse público com o interesse do administrador público ou até mesmo alegar o seu desconhecimento.

Resta claro, que o gestor público que descumprir os princípios e normas atinentes aos contratos administrativos e não resguardar os interesses à ele

confiados será responsabilizado pela sua desídia ou ineficiência, por não tomar as medidas cabíveis para defender o interesse público, ocasionando desta forma, prejuízo ao erário.

Desta maneira, comprovado culpa ou dolo por parte do gestor do contrato que não instaurou, tempestivamente, procedimento administrativo para aplicação de sanção à contratada inadimplente, restará a ele, ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas da União, que tem a atribuição de defender o regime democrático de direito e a competência de exercer o controle e a fiscalização dos atos dos administradores públicos, para que seja alcançada a finalidade pública.

Frisa-se que o gestor de contratos que for responsabilizado por não aplicar sanção administrativa em contratada inadimplente, será apenado pelo Tribunal de Contas da União, com multa individual, devendo ser comprovado o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, no prazo estipulado na decisão que o responsabilizou, sem prejuízo de sua inabilitação.

Contudo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem o entendimento que o gestor de contratos que não verificou a ocorrência de ilegalidades na execução do contrato e não instaurou procedimento administrativo para aplicação de penalidade à contratada, por razão de descuido ou culpa leve, sopesada a razoabilidade em sua conduta, pode deixar de ser apenado, ficando fora da órbita punitiva.

Isto posto, cabe ao gestor de contratos exercer as atribuições dentro do limite de sua competência, primando pela legalidade, probidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, com comportamento escorreito, honesto e sempre em busca de alcançar o fim público.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALVIM, Arruda (coord.). **Licitação e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, Fernanda Alves. **Eficiência na Gestão dos Contratos Administrativos**. JAM Jurídica: licitação e contratos, v. 4, n.17, 2010.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 mai 2014.

_____. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993a. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm >. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.927/DF. Relator p/o Acórdão: Ministro Felix Fischer. Julgado em: 12 dez 2007. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22Terceira+Secao%22%29.org.&processo=12927&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 6 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3943/2013. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Julgado em: 09 jul. 2013. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115358&texto=50524f43253341323937383632303038372a&sort=DTRILEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=2&totalDocumentos=8> >. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2558/2006. Relator: Ministro Walter Alencar Rodrigues. julgado em: 12 set. 2006. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-59817&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341323535382b4f522b4e554d52454c4143414f253341323535382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030362b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303036253239&sort=DTRILEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO->

LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 13 jun. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993.

COSTA, Cláudia Guerra Oliveira da. **A legalidade e a eficiência nas contratações pela administração sob a ótica do Tribunal de Contas da União: prevenção ou punição**. Revista do Tribunal de Contas da União, v. 43, n. 120, p.jan./abr.2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella, et all. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: (casos e polêmicas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Renato Geraldo. (Coord.) **Lei de Licitações e Contrato Anotada – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93**. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia na licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. **A Causa do Contrato Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica Razoável**. 2. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratos**. São Paulo: NDJ, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.