



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

CONTROLE DE EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As atenções da imprensa e da sociedade em geral estão sempre voltadas para as irregularidades e ilegalidades ocorridas nos processos licitatórios e nos de contratação direta de obras, serviços e fornecimentos.

Certames dirigidos, propostas superfaturadas, contratações diretas feitas sem o amparo legal, em situações nas quais a competitividade certamente reduziria, em muito, os valores das contratações.

Escândalos e mais escândalos já não mais surpreendem os administrados. Entristecem-nos, porém, causando indignação o fato de verem os escassos recursos públicos, tão necessários para o enfrentamento de questões sociais e de investimentos outros, de suma relevância para o País, migrarem para os “bolsos” dos amigos do poder, talvez para uma partilha posterior entre esses “amigos”.

Se as licitações e as contratações diretas merecem toda a atenção dos órgãos de controle, internos à própria Administração ou integrantes dos outros poderes, como os Tribunais de Contas e o próprio Judiciário, também merece a atenção a execução de contratos celebrados pela Administração.

O controle da execução desses contratos se impõe cada vez mais, como forma de obtenção de melhores serviços, melhores obras, melhores bens. Com justos preços.

Pontuar os momentos da efetivação desse controle; as formas e meios para sua efetivação e os parâmetros a serem utilizados para tal fim vêm a ser o cerne desta fala.

CONTROLE PRÉVIO À LICITAÇÃO – A QUESTÃO DA ECONOMICIDADE DA OPÇÃO E DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO

Muitas das opções de contratação pelo Poder Público não observam o princípio constitucional da economicidade e, por essa razão, revestem-se de ilegalidade.

Exemplos dos mais flagrantes, e que servem para pontuar a questão das opções antieconômicas da Administração, vem a ser a locação de bens, equipamentos e imóveis por largos períodos e com valores que, somados, seriam suficientes para que os bens locados fossem adquiridos e passassem a integrar o patrimônio público.

Não há muito tempo, escândalo denominado de “mamata digital” ocupou páginas de revista nacional de grande circulação, e, frente ao aluguel de equipamentos de informática, veio o Ministério Público Federal a obstar a realização de negócio que se entendeu tratar de uma transação antieconômica.

Opções desarrazoadas, porque antieconômicas, pela locação, ao invés da aquisição, são ilegítimas e ilegais e, como tais, devem ser vistas pelos órgãos de controle.

Muitas vezes vêm essas locações a contribuir para o enriquecimento de particulares, principalmente quando, tratando-se de imóveis, amplas reformas são realizadas, com grande valorização do bem locado. O enquadramento da situação no art. 10 da Lei nº 8.429/92 tipifica a conduta do agente público responsável como improbidade administrativa.

Os processos com vistas à locação de equipamentos de informática, de veículos e mesmo de imóveis devem, obrigatoriamente, ser instruídos com planilhas, assinadas por técnicos integrantes da Administração Pública, demonstrando que a opção pela locação se reveste de economicidade.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS Continuação

No enfrentamento da questão deve ser considerado, ainda, que a assistência técnica na aquisição de certos bens vem a cobrir um período de manutenção do equipamento, manutenção esta que, na maioria dos casos, vem a ser o argumento para realização da locação.

O dever jurídico da “boa administração” e o princípio da economicidade vêm a afastar, inúmeras vezes, a escolha pela locação.

Ainda, não raras são as vezes nas quais os próprios servidores públicos e administrados assistem a aquisição desnecessária de bens para substituir outros que ainda se encontram em bom estado, ou em boas condições de funcionamento. Substituição de mobiliário, de equipamentos de informática, de veículos, todos em condições satisfatórias de utilização, somente pelo gosto de promover essa substituição, ou, ainda, pelo vezo de que, se há saldo na rubrica orçamentária pertinente, “deve-se gastar para que a verba não volte”, o que, por uma ou outra razão, importa em condutas desarrazoadas do agente público, que se ilegitimam frente às inúmeras carências de serviços a serem prestados pelo Poder Público, para os quais falta a verba necessária.

O CONTROLE CONCOMITANTE À EXECUÇÃO – O DEVER DE ACOMPANHAMENTO, *PARI PASSU* DA EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES AJUSTADAS.

A fiscalização da execução do objeto contratado se constitui um poder/dever da Administração Pública. Não pode o Poder Público deixar de exercer esse dever, previsto na lei como uma prerrogativa.

A relevância do tema fez com que ele merecesse uma seção destacada na Lei Federal de Licitações e Contratações Públicas – Lei nº 8.666/93, Seção IV – e assim também foi tratado na Lei Baiana de Licitações – Lei nº 9.433/05, Seção VII.

A importância do acompanhamento da execução do objeto do contrato é indiscutível, mormente porque, quando do seu recebimento, provisório ou definitivo, por servidor ou comissão responsável, alguns vícios da execução já não mais podem ser detectados.

A manutenção de um preposto da Administração no local da obra ou serviço é uma obrigação imposta na lei (art. 68 da Lei nº 8.666/93 e art. 156 da Lei nº 9.433/05).

Na execução de obras públicas a presença do representante da Administração tem o escopo de evitar a utilização de materiais não condizentes com o projeto, de qualidade e durabilidade inferiores; a execução fora das especificações exigidas no projeto e na licitação, enfim, essa fiscalização busca assegurar a qualidade das obras públicas, uma vez que no momento do seu recebimento muitos vícios podem já se encontrar encobertos.

Estradas que “dissolvem” com a chegada das chuvas são exemplos chocantes da não realização desse acompanhamento por “fiscais” do Poder Público contratante, omissão que importa em descumprimento de dever funcional e que pode ter enquadramento no art. 9º, inc. VI, da Lei nº 8.429/92, denominada de Lei de Improbidade Administrativa.

Tratando-se de serviços, principalmente aqueles que implicam terceirização de atividades de vigilância, limpeza, conservação, copeiragem, e que foram licitados com indicação do número de empregados a serem disponibilizados, o acompanhamento diário pela Administração vem a detectar, inclusive, se a contratada está a cumprir com o número de agentes com qual se comprometeu perante a Administração, na sua proposta.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Os valores ofertados nessas licitações, que chegam a limites perto da inexecutabilidade das propostas, levam a crer que confiam os empresários na falta de acompanhamento diário dos serviços, por representantes da Administração, e na possibilidade de alocarem número mais reduzido de empregados na execução dos serviços do que aquele apontado em suas ofertas.

Somente a confiança na ausência de fiscalização vem a justificar que seus preços, muitas vezes, somente cubram os salários da categoria e os encargos legais sobre eles incidentes.

Na fiscalização com vistas a evitar manobras dessa natureza, caberia à Administração Pública efetuar o cruzamento da relação de empregados, apresentada pela contratada, com o número de seus CPFs, e com a relação de empregados vinculados a outros contratos também celebrados com a Administração Pública. Provavelmente constataria que os ganhos da empresa provêm, exatamente, da alocação de nomes coincidentes em dois ou mais contratos.

Cabe, ainda, a efetiva fiscalização e controle quanto ao recolhimento dos encargos sociais e previdenciários e do cumprimento, pela contratada, das obrigações trabalhistas com aqueles empregados vinculados ao contrato celebrado. Como responsável solidário – *culpa in vigilando* – pelos encargos previdenciários, e com responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, na forma do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho – Enunciado nº 331 do TST, contrário ao disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 – a não fiscalização por parte do servidor responsável vem a acarretar débitos previdenciários e passivos trabalhistas que inviabilizam ou oneram a Administração Pública.

No que diz respeito à fiscalização dos contratos de fornecimento, é a exata qualidade do objeto que foi licitado que deve ser aferida pelo responsável pelo recebimento dos bens.

Também a quantidade adquirida pela Administração; a observância das especificações técnicas contidas no edital; o prazo de validade de produtos (medicamentos, alimentos ou outros bens sujeitos a prazo) todos esses itens devem ser rigorosamente verificados pelo servidor ou comissão responsável.

A importância do tema, referente ao acompanhamento da execução dos contratos e ao recebimento do seu objeto, está diretamente ligada à questão da qualidade das obras públicas e da boa prestação de serviços públicos.

É patente a necessidade de essa fiscalização ser feita por agentes ocupantes de cargos efetivos, aprovados em concurso público, treinados especificamente para tal mister e com a segurança decorrente da estabilidade no cargo.

Há que ser imputada responsabilidade administrativa, na forma da lei; responsabilidade civil e mesmo responsabilidade penal aos agentes públicos que, encarregados da fiscalização da execução dos contratos, deixem de adotar as medidas necessárias para proteger a Administração Pública de obras de má qualidade, da má prestação de serviços e da aquisição de bens incompatíveis, em qualidade, aos que efetivamente foram pagos pelos cofres públicos.

O CONTROLE DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS

A prerrogativa da Administração Pública, de alteração unilateral dos contratos administrativos, na forma e nos limites previstos em lei, merece especial atenção e controle, mormente porque muitas vezes desvios são praticados por agentes públicos na celebração de contratos, visando a alterações quantitativas ou qualitativas do seu objeto.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Não são raras as situações nas quais o aditamento, sob o argumento de acréscimo quantitativo do objeto, vem a importar em um “presente” para o empresário ou em o restabelecimento de um quantitativo que, propositalmente, houvera sido suprimido com vistas à realização de modalidade licitatória de menor amplitude.

É imperioso que na realização do controle das contratações sejam verificadas as razões, declinadas no processo administrativo, para o acréscimo quantitativo do objeto do ajuste, se, em verdade, fundamentam-se elas em fatos posteriores à contratação, ou se nada veio a ocorrer posteriormente que justifique tal acréscimo (art. 65, inc. I, alínea “b”, da Lei nº 8.666/93).

No que diz respeito às alterações chamadas “qualitativas”, previstas no art. 65, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, controvertem os autores quanto a sua submissão ao limite de 25% mais ou para menos do valor inicial atualizado do contrato.

No nosso entender não se sujeitam a tais limites, mas devem sofrer outra forma de controle, para que se legitimem.

A necessidade de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos, há que ser tecnicamente demonstrada no processo de aditamento, de forma a não deixar dúvidas de que melhor atende ao interesse público essa alteração do contrato, do que a sua rescisão, seguida de nova licitação e contratação. Não deve acarretar encargos superiores aos que decorreriam de uma rescisão fulcrada em interesse público – com indenização dos prejuízos sofridos pelo contratado – incluindo o custo da desmobilização do atual e a mobilização do novo contratado.

A necessidade de alteração também há que decorrer de fatos supervenientes, que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião de contratação inicial, e não pode ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro, de natureza diversa.

Presentes esses requisitos, também entende a Egrégia Corte de Contas da União ser possível e legítima a alteração qualitativa do objeto do contrato, que venha a extrapolar o limite de 25% do seu valor inicial atualizado (Decisão Plenária nº 778/2000).

São os pareceres técnicos dos autos que devem ser detidamente analisados, como meio e forma de controle da legalidade e legitimidade dessa alteração.

DO CONTROLE NA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

Não se discute, no Brasil, a aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos, para preservar o equilíbrio contratual.

Aliás, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos tem sede constitucional, especificamente na expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, contida no art. 37, inc. XXI, da Lei Maior.

Esse princípio busca proteger a Administração de propostas que embutem “acréscimos” com vistas a proteger o ganho empresarial em situações imprevisíveis, amparadas, de sua forma geral, pela teoria da imprevisão.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Em ocorrendo situações denominadas pela doutrina de “fato do príncipe”, situações de força maior, caso fortuito, agravações imprevistas ou fatos causados pela própria Administração contratante que venham a romper a equação econômica estabelecida no momento da celebração do contrato, faz o contratado jus à recomposição dessa equação.

O pleito de revisão do contrato, em casos que tais, deve ser seriamente analisado pela Administração, tanto em relação à comprovação de sua ocorrência real quanto no que diz respeito ao cálculo dos valores necessários para essa recomposição.

Momentos da ocorrência de “fatos extraordinários” vêm a ser, muitas vezes, ocasiões para os contratados obterem maiores ganhos, em razão de descuidos da Administração na fiscalização das planilhas por estes apresentadas. Excessos pluviométricos, encontro de terrenos rochosos ou de lençóis freáticos, algumas vezes são situações que amparam o aumento de lucro de contratados, que vêm, nessas oportunidades, a possibilidade de auferirem ganhos extras, apresentando planilhas maquiadas.

Há que ser verificado, em cada caso, se tem o contratado culpa nesse desequilíbrio; se existe vínculo de causalidade entre o evento danoso apontado e a elevação dos custos do contrato.

Pareceres técnicos das áreas de engenharia, arquitetura, topografia e da área financeira e contábil da Administração devem respaldar o deferimento do pleito de recomposição do contrato, para manter o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Em algumas situações o controle do contrato administrativo passa por detectar a necessidade de rever, para menos, o preço do ajuste em favor da Administração, em razão de queda dos insumos nele utilizados ou porque outras circunstâncias ocorreram que baratearam ou trouxeram maiores ganhos para o contratado.

O silêncio da Lei Federal de Licitações e contratos derredor do assunto não impediu que a doutrina construísse posições nesse sentido, sempre à luz da previsão constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Tribunal de Contas da União, acatando representação formulada pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça, (Decisão nº 1.460/2002 - Plenário) veio a determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que apurasse junto às concessionárias o valor das receitas alternativas ou acessórias porventura auferidas, para considerar essas receitas no cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, dando ensejo à revisão contratual para favorecer a modicidade das tarifas de pedágio.

Revisão em favor do Poder Público ou da sociedade civil pode decorrer do controle do contrato administrativo, por agentes da Administração encarregados de tal mister.

CONTROLE DA EXECUÇÃO DIRETA, SEM TREPASSE PARA TERCEIROS, NAS SITUAÇÕES NAS QUAIS A PESSOA DO CONTRATADO FOI A RAZÃO E JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Os arts. 24, inc. XIII e 25, inc. II, da Lei nº 8.666/93, que têm seus correspondentes nas leis estaduais que disciplinam licitações e contratações públicas, amparam a contratação direta de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente de pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ética – profissional e não tenha fins lucrativos, e a contratação de serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

É exatamente em razão da qualificação especial e específica do contratado que a Lei possibilita a contratação direta, sendo então essa qualificação a motivação da não ocorrência do certame licitatório.

Nessas situações, o repasse da execução do objeto contratual para terceiros significaria um desvio, uma burla ao princípio da generalidade de licitação e uma afronta ao princípio da moralidade, porque o contratado teria servido, então, para mascarar uma contratação do terceiro, sem o amparo legal.

A fiscalização pelo Poder Público quanto à execução dos serviços diretamente pela pessoa contratada viria a obstar esse trespasse da execução de objeto para o terceiro, afastando das contratações públicas entidades que se prestam a tal conduta.

CONTROLE DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES POR PARTE DO CONTRATADO – APLICAÇÃO DE PENALIDADES COMO PODER/DEVER

Cabe ao agente público vinculado ao contrato, encarregado de sua fiscalização e do seu recebimento, provisório ou definitivo, verificar se as obrigações ajustadas estão sendo fielmente cumpridas.

Nas situações de descumprimento pelo contratado impõe-se a aplicação de penalidades, se não lograr esse comprovar, após o regular processo administrativo, a inexistência de culpa na ocorrência do fato.

Trata-se de um poder/dever da Administração, que não pode vir a dele declinar, em face ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Cabendo a aplicação de multa de mora, em razão de atraso injustificado na execução do contrato, essa multa deve ser aplicada, descontada de garantia do respectivo contrato ou dos pagamentos devidos pela Administração. Lembra-se que se trata de uma receita pública e a omissão na sua cobrança, quando for devida, além de importar em falta administrativa, também pode ser enquadrada na situação descrita na Lei nº 8.429/91, especificamente no seu art. 11, inc. II, qual seja “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

Situações mais graves impõem penalidades também mais graves. É no exercício do poder discricionário, atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que o agente competente **escolherá** a pena a ser aplicada, entre as elencadas na Lei. Registre-se que se trata de matéria de competência administrativa de cada entidade federada, como defende majoritariamente a doutrina.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

A aplicação de multa não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique outras sanções previstas na Lei, sempre atenta aos princípios já mencionados e assegurando o direito de defesa do contratado.

Se aqueles que contratam com o Poder Público tivessem certeza de ser punidos pelas suas faltas contratuais, certamente enfrentariam com maior seriedade as suas obrigações, prestando melhores serviços, executando melhores obras e entregando bens na forma especificada no edital.

O controle, por parte dos agentes públicos, do efetivo e regular cumprimento das obrigações pelo contratado é um dever a ser rigorosamente cumprido, em face ao interesse público.

Também, sem dúvida, cabe o controle de cumprimento pela Administração das obrigações ajustadas.

O pagamento das faturas com atraso vem a acarretar ônus financeiros para o erário, devendo ser responsabilizado o agente que, sem plausível justificativa, deixar de providenciar a quitação do débito no prazo fixado na Lei.

PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

Como regra, não pode a Administração Pública antecipar o pagamento de serviço, de parcela de obra ou por aquisição de bens. Não pode correr o risco de não ver cumprida a obrigação por parte do contratado, já lhe tendo repassada quantia referente ao pagamento.

Os vetos opostos à Lei Federal de Licitações e Contratações Públicas retiraram do seu texto a previsão da antecipação de pagamento.

Existem situações, porém, nas quais se faz necessário o pagamento antecipado de parte do objeto. Encomenda de equipamentos a serem fabricados especialmente para o Poder Público e outras aquisições muitas vezes somente podem ser efetivadas mediante a antecipação de parte do preço do produto.

Vem a doutrina encontrando amparo para tal entendimento na regra contida na Lei, segundo a qual “as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhante às do setor privado” (art. 15, inc. III, da Lei nº 8.666/93).

Ainda, entendem o pagamento antecipado amparado na previsão da Lei, segundo a qual no edital devem constar as condições de pagamento, prevendo “compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos e descontos, por eventuais antecipações de pagamento” (art. 40, inc. XIV, alínea “d”, do mesmo diploma).

Pensamos que essa antecipação somente pode ser realizada afastando-se riscos para a Administração, mediante a prestação de seguro pelo contratado. Aliás, recomenda a Lei que o edital preveja a “exigência de seguros, quando for o caso” (alínea “e” do mesmo inc. XIV).

Sem previsão no edital e sem a prestação de seguro não pode ocorrer a antecipação de pagamento em contratos celebrados pela Administração Pública.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

CONCLUSÕES

Se o acompanhamento e controle das licitações públicas revestem-se da maior importância, como meio e forma de coibir o direcionamento dos resultados dos certames; o superfaturamento das contratações; o atendimento aos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade, da economicidade, da ampliação de competitividade e tantos outros que são pilares para o exercício da atividade administrativa, não menos importante vem a ser o efetivo acompanhamento da execução do contrato por agentes públicos e prepostos da Administração.

Torna-se imperioso que esse acompanhamento seja feito por servidores tecnicamente preparados para tal fim, concursados e detentores da estabilidade constitucional, sem vínculos de submissão a agentes políticos de plantão ou a empresários descomprometidos com o interesse público.

A existência de um órgão central de controle e acompanhamento de contratos, com atribuições e competências atinentes à orientação e normalização sobre o assunto, é imprescindível, sob pena de o escasso dinheiro público ser desperdiçado em obras de baixa qualidade, compras desnecessárias ou também de qualidade insuficiente e serviços insatisfatórios.

Aquelas unidades da Federação não dotadas, na sua estrutura administrativa, de órgãos com tal competência institucional, integrado por servidores nas condições mencionadas, devem tornar providências no sentido de sua criação.

É a medida a ser imediatamente adotada, com vistas à melhoria das contratações públicas.

São essas questões que gostaríamos que ficassem assentadas.

Texto de **EDITE HUPSEL**

Procuradora do Estado da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Católica de Salvador (UCSal).

Boletim de Direito Administrativo - Zênite