

O REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

THE DIFFERENTIATED LEGAL REGIME OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS
IN INDIRECT PUBLIC ADMINISTRATION: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Alisson Xenofonte de Brito ¹

Paulo Joviniano Álvares dos Prazeres ²

RESUMO

Este artigo mergulha no universo dos contratos administrativos na Administração Pública Indireta, com foco nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista que exploram atividades econômicas. Em consonância com a Constituição Federal, essas entidades desfrutam de um regime de contratação e fiscalização distinto do processo mais burocrático da Lei 8.666/93. A natureza e a formalidade dos contratos ganham relevância crucial, moldando as modalidades de elaboração e desenvolvimento do processo contratual. Essas modalidades, pré-determinadas e especificadas em lei, submetem-se ao princípio da legalidade, que norteia os atos dos administradores públicos. As alterações contratuais, as formas de aplicação de multas e os mecanismos de extinção contratual também possuem limites legais bem definidos. Ademais, a fiscalização rigorosa desses contratos se configura como ferramenta essencial para prevenir e combater a corrupção, garantindo a lisura e a ética nas relações entre a Administração Pública e as empresas.

Palavras-Chave: Administração Pública. Controle. Improbidade.

ABSTRACT

This article delves into the world of administrative contracts in the Indirect Public Administration, focusing on Public Companies and Mixed Economy Companies that carry out economic activities. In accordance with the Federal Constitution, these

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI; Membro integrante do Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (NUPIA) do Ministério Público de Rondônia; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia.

² Doutor em Direito pela UNICAP; Professor convidado do Programa de Mestrado em Direito da Universidad De la Empresa; Professor convidado do programa de Mestrado da Universidad Autonoma de Asuncion; Tabelião e Oficial de Registros no Estado da Paraíba.

entities enjoy a contracting and monitoring regime that is distinct from the more bureaucratic process of Law 8.666/93. The nature and formality of contracts gain crucial relevance, shaping the modalities of drafting and developing the contractual process. These modalities, predetermined and specified by law, are subject to the principle of legality, which guides the actions of public administrators. Contractual amendments, the forms of application of fines and the mechanisms for contract termination also have well-defined legal limits. Furthermore, rigorous monitoring of these contracts is an essential tool for preventing and combating corruption, ensuring transparency and ethics in relations between the Public Administration and companies.

Keywords: Public Administration. Control. Improbability.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo aprofundado desvenda os mecanismos de fiscalização de contratos administrativos na Administração Pública Indireta, com foco nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista (EPEs e SEMs) que exploram atividades econômicas. Em virtude de suas características singulares, estas entidades exigem um regime de contratação e fiscalização diferenciado do modelo mais burocrático estabelecido pela Lei 8.666/93.

Ao longo desta jornada, analisaremos detalhadamente as principais ferramentas comumente utilizadas pela Administração em seu dia a dia, desvendando suas funcionalidades e aplicações práticas. Exploraremos os instrumentos legais que norteiam a fiscalização, desde a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) até os estatutos específicos de cada entidade da Administração Indireta.

Em diversos tópicos, realizaremos um comparativo minucioso entre os estatutos que regem as EPEs e SEMs e as disposições da Lei 8.666/93. Essa análise aprofundada revelará as nuances e particularidades de cada um, destacando os pontos de convergência e divergência entre os ordenamentos jurídicos.

Alicerçada em um método rigoroso, esta pesquisa se baseia em uma extensa revisão bibliográfica, incluindo legislações, obras doutrinárias e artigos especializados, além da experiência prática na área de licitações e contratos administrativos. Essa metodologia robusta garante a confiabilidade e o embasamento científico dos resultados apresentados.

As EPEs e SEMs se configuram como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta, conforme o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67. A Administração Indireta, por sua vez, abrange autarquias, empresas públicas, fundações públicas e, claro, as EPEs e SEMs. Para uma compreensão completa, vejamos o teor integral do referido artigo:

"Art. 4º. A Administração Pública Indireta compõe-se de:

I - autarquias; II - empresas públicas; III - sociedades de economia mista; IV - fundações públicas."

As EPEs e SEMs são criadas pelo Poder Público mediante autorização legal, assumindo a forma de sociedade anônima com capital misto, composto por recursos públicos e privados. Sua finalidade reside na exploração de atividades de natureza econômica ou na execução de serviços públicos.

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

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

A criação de empresas públicas e sociedades de economia mista (SEMs) no Brasil segue um processo rigoroso, amparado pela Constituição Federal e leis específicas. Compreender as nuances desse processo é crucial para garantir a transparência e o bom funcionamento dessas entidades.

O art. 37, XIX, da Constituição Federal estabelece que a criação de empresas públicas e SEMs depende de lei específica autorizativa. Essa lei, de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, II, "e"), concede ao Poder Executivo a prerrogativa de instituir a entidade por meio de decreto.

Após a criação, o registro dos estatutos da SEM no registro competente é fundamental para dar vida à pessoa jurídica. Ressalta-se que o nascimento da entidade jurídica ocorre com o registro, e não com a mera edição da lei autorizativa.

A extinção de uma SEM, em consonância com o princípio da simetria das formas, também exige lei autorizativa específica. A iniciativa dessa lei, assim como na criação, é privativa do Chefe do Poder Executivo, seja ele Presidente da República, Governador ou Prefeito.

A criação de subsidiárias por SEMs, bem como sua participação em empresas privadas, depende de autorização legislativa (art. 37, XX, CF). No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADIN 1.649-1, entendeu que a autorização legislativa específica para cada subsidiária pode ser dispensada.

Bastante a existência de previsão genérica na lei que instituiu a SEM matriz, autorizando a criação de subsidiárias. Essa interpretação visa desburocratizar o processo e conferir maior autonomia às SEMs em suas atividades.

As SEMs possuem natureza híbrida, sendo formalmente pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, sua atuação não se limita integralmente ao Direito Privado. O regime jurídico das SEMs é determinado, em essência, pela natureza de seu objeto e atividades.

Aquelas que exploram atividades econômicas (produção, comercialização ou prestação de serviços) se assemelham mais a empresas privadas, ainda que integrem a Administração Pública em sentido formal. Submetem-se ao Direito Público apenas

quando a Constituição o determina expressamente ou quando há lei específica, desde que esta não contrarie princípios e normas constitucionais sobre a atuação estatal na economia.

Em contrapartida, as SEMs prestadoras de serviços públicos, embora também sejam pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a diversas normas e princípios do Direito Público. Isso se deve principalmente ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

2.0 A FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Após a superação da etapa licitatória, com a assinatura do contrato administrativo, a Administração Pública Indireta se depara com um novo desafio: a fiscalização contratual. Essa fase crucial assume o papel de guardião do interesse público, zelando pela fiel execução das obrigações assumidas pelas partes e assegurando que os recursos públicos sejam utilizados de forma eficiente, eficaz e transparente.

Nesse mister, a fiscalização se configura como um conjunto de medidas e procedimentos sistemáticos e contínuos, amparados por princípios basilares da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, eficiência e responsabilidade.

A orquestração da fiscalização contratual recai sobre o Fiscal de Contrato, figura de suma importância para o sucesso da empreitada. Cabe a ele a árdua missão de acompanhar de perto o cumprimento das cláusulas contratuais, desde a entrega do objeto até a sua completa finalização.

Munido de conhecimentos técnicos e jurídicos, o Fiscal de Contrato atua como um maestro, regendo a execução do contrato em harmonia com os princípios da Administração Pública. Sua função exige acuidade, proatividade e constante

atualização, pois ele deve estar atento às minúcias do contrato e às leis regentes da matéria.

Para o desempenho impecável de suas funções, o Fiscal de Contrato dispõe de um arsenal de ferramentas, cada qual com sua importância singular:

- **Análise da Documentação:** A minuciosa análise de toda a documentação contratual, desde o edital de licitação até os termos de referência, é essencial para a compreensão cabal do objeto contratado e das obrigações das partes.
- **Vistorias e Inspeções:** A realização de vistorias e inspeções no local da execução do contrato permite ao Fiscal de Contrato verificar o andamento dos trabalhos, constatar a qualidade dos serviços prestados e identificar possíveis irregularidades.
- **Relatórios e Registros:** A documentação precisa e detalhada de todas as atividades de fiscalização é fundamental para garantir a transparência do processo e subsidiar decisões estratégicas.
- **Reuniões e Comunicação:** A comunicação clara e objetiva com o contratado, a Administração Pública e demais órgãos envolvidos é crucial para a resolução de conflitos, esclarecimento de dúvidas e acompanhamento do cumprimento das metas.

A era digital também se faz presente na fiscalização contratual, com a utilização de ferramentas tecnológicas que otimizam o trabalho e garantem maior eficiência. Sistemas eletrônicos de acompanhamento de contratos, plataformas de comunicação online e softwares de gestão de documentos são alguns exemplos que contribuem para a modernização da fiscalização.

A antecipação de riscos é um componente fundamental da fiscalização contratual. Através da análise criteriosa do contrato, do histórico do contratado e das características do objeto contratado, o Fiscal de Contrato pode identificar potenciais riscos que impactem a execução do contrato e propor medidas mitigatórias para preveni-los ou minimizá-los.

Em caso de descumprimento das obrigações contratuais por parte do contratado, o Fiscal de Contrato deve aplicar as sanções e penalidades previstas no contrato e na legislação aplicável. Essas medidas servem como instrumentos corretivos, visando garantir o cumprimento do contrato e proteger o interesse público.

2.1 Conceitos Introdutórios: Licitações e Contratos Administrativos

Em regra, os contratos administrativos são frutos de um processo licitatório, mecanismo público que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sempre norteado por princípios basilares que garantem a impessoalidade, a isonomia e a competitividade. Compreender estes princípios é fundamental para desvendarmos as nuances dos contratos administrativos ao longo deste trabalho.

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

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

O princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigi-las. A priori, prestigiando o aspecto negativo, todos os que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com igualdade, ser tratados. Este é um enunciado que comporta exceções. Portanto, com decalque no aspecto positivo, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Isto quer permitir ao poder público estabelecer desigualdade jurídica, objetivando a igualdade de fato.

Noutra ponta, o direito subjetivo a um tratamento desigual sofre acentuada ponderação, uma vez que igualdade não se decreta, pois nela influem uma série de condições que fogem da esfera judiciária, tais como a oportunidade, dinheiro, talento e urgência. Assim, o particular só pode exigir (judicialmente) o tratamento diferenciado em situação extrema, quando, (...) aquilo que falta compromete a dignidade do homem, aproximando-se aos Direitos Humanos e Fundamentais (NIEBHUHR, 2000, p.141).

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

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

Para o professor Bandeira de Mello:

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o que irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).”
(MELLO, 2008, p. 71)

2.1.4 O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório - O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece que a Administração e os licitantes são obrigados a observar as normas e condições estabelecidas no ato

convocatório. Só será permitido fazer ou agir dentro dos limites previstos na carta-convite ou no edital.

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

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

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

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

2.2 Reunião Inicial: Alinhando Expectativas para o Sucesso do Contrato

A reunião inicial, também conhecida como kickoff meeting, é crucial para o bom andamento do contrato, servindo como um marco para o detalhamento e alinhamento das responsabilidades entre as partes. Neste encontro, os pontos específicos da obra ou serviço ganham vida, complementando as cláusulas contratuais padrão com as particularidades do projeto em questão.

Para garantir o sucesso da reunião inicial, uma leitura minuciosa do contrato e seus anexos é fundamental. É preciso dar atenção especial às obrigações da contratada, da Administração Pública e, principalmente, à medição dos serviços.

É importante estar atento às obrigações da Administração Pública, como o fornecimento de utilidades, materiais e projetos, que podem afetar o andamento dos

serviços da contratada. Essa compreensão permite que a Administração responda de forma adequada às questões levantadas durante a reunião.

Na reunião de abertura, a Administração Pública deve cobrar a apresentação das apólices de seguros da contratada, juntamente com os recibos de pagamento devidos, dentro dos prazos estabelecidos em contrato. Ressalta-se que as apólices de seguro devem ser renovadas durante a vigência do contrato e podem ser exigidas a qualquer momento pela Administração para fins de comprovação.

A reunião inicial também serve como um momento para discutir a sustentabilidade do projeto, alinhando as ações com os cuidados com o meio ambiente e com o conteúdo local mínimo. A contratada deve apresentar os Certificados e Relatórios que comprovam o cumprimento das exigências contratuais dentro dos prazos previstos.

A reunião inicial cria um ambiente propício para o diálogo e a construção de um relacionamento sólido entre a Administração Pública e a contratada. Ao esclarecer os detalhes do contrato e alinhar as expectativas desde o início, as partes aumentam as chances de um projeto bem-sucedido e satisfatório para todos os envolvidos.

2.3 Relatório de Ocorrências: Um Registro Detalhado para Obras e Serviços Contratados

Os contratos administrativos firmados pela Administração Pública, por serem sinalagmáticos, geram obrigações recíprocas entre contratante e contratada, o que por sua vez, origina interesses distintos. A Administração Pública busca a conclusão da obra ou serviço, enquanto a contratada visa à sua remuneração.

Para garantir a defesa de seus interesses em eventuais litígios, ambas as partes devem documentar o dia-a-dia da execução contratual. O Relatório de Ocorrências (RDO) se destaca como ferramenta fundamental para esse fim. Na ausência de previsão contratual para o RDO, um documento equivalente deve ser utilizado.

O RDO serve como um registro detalhado de reclamações, impugnações e outros fatos relevantes, apontados pela Fiscalização da Administração Pública ou pela Contratada. A clara identificação dos signatários garante a autenticidade das informações.

Sua importância reside em diversos aspectos:

- Fornece dados para a aferição da execução do contrato e do andamento dos serviços: O RDO permite acompanhar o cumprimento das obrigações contratuais pelas partes, auxiliando na gestão e controle do projeto.
- Embasa decisões da Fiscalização: As informações do RDO servem como base para a Fiscalização tomar medidas cabíveis junto à Contratada, como a aplicação de multas ou a análise de pleitos.
- Subsídio para decisões administrativas e jurídicas: Em caso de litígios, o RDO fornece elementos relevantes para decisões tanto na esfera administrativa quanto na jurídica.
- Registra ocorrências após o término dos serviços: Fatos relevantes que ocorram após o fim dos serviços e antes da assinatura do Termo de Recebimento Definitivo (TRD) devem ser registrados por meio de correspondência entre as partes, não pelo RDO. Um exemplo é a baixa da matrícula CEI, quando necessária.

O RDO, portanto, é um instrumento crucial para a efetiva gestão de contratos administrativos, assegurando a defesa dos interesses de ambas as partes e a lisura do processo de execução das obras ou serviços contratados. Sua utilização sistemática e criteriosa contribui para a construção de relações transparentes e sólidas entre a Administração Pública e as empresas contratadas.

2.4 Modalidades, Tipos e Limites de Licitação: Uma Jornada Detalhada pela Contratação Pública

Compreender as modalidades de licitação na Administração Pública é crucial para navegar com maestria pelos meandros da contratação pública, especialmente ao

definir a autoridade competente para assinar aditivos. Embarque em uma jornada aprofundada pelas nuances de cada modalidade, seus tipos e limites, munindo-se de conhecimento para desvendar os segredos desse universo essencial.

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) estabelece cinco modalidades de licitação, cada qual com suas particularidades e aplicações:

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

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021, conhecida como Nova Lei de Licitações, traz uma mudança significativa: a escolha da modalidade de licitação não se prende mais a rígidos limites de valor. Essa flexibilização abre um leque de possibilidades para a Administração Pública, que agora pode selecionar empresas com base em suas necessidades reais, sem se amarrar a burocracias desnecessárias.

Imagine um caso onde o valor da licitação se encaixa na faixa da concorrência, mas a complexidade do objeto não a justifica. A Nova Lei permite à Administração optar por um convite, modalidade mais célere e menos burocrática, otimizando tempo e recursos públicos.

A escolha da modalidade de licitação na Administração Pública vai além do valor do objeto. A Nova Lei elenca diversos fatores que devem ser considerados, como:

- Características do Objeto contratado: Complexidade, natureza, singularidade, necessidade de expertise específico, entre outros.
- Valor estimado: Ainda que não seja o único critério, o valor continua relevante para definir a modalidade mais adequada.
- Urgência da contratação: Em casos que demandam agilidade, modalidades mais céleres como o convite ou o pregão eletrônico podem ser a melhor opção.
- Nível de competição desejado: A Administração pode optar por modalidades que estimulem maior competitividade entre as empresas, como a concorrência pública.
- Capacidade do órgão ou entidade: A infraestrutura, os recursos humanos e a expertise da Administração Pública também influenciam na escolha da modalidade.
- Maior agilidade nas contratações: A escolha da modalidade mais adequada permite à Administração realizar licitações mais rapidamente, otimizando o tempo e os recursos públicos.
- Melhor seleção de empresas: A análise das características do objeto e das necessidades da Administração permite a seleção de empresas com o perfil ideal para cada caso, garantindo serviços de melhor qualidade.
- Redução da burocracia: A flexibilização na escolha da modalidade elimina a necessidade de seguir trâmites desnecessários em casos que não os exigem, simplificando o processo licitatório.

A flexibilização na escolha da modalidade de licitação é apenas uma das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021. A nova lei visa modernizar e desburocratizar as licitações públicas, tornando-as mais eficientes, transparentes e dinâmicas.

Com a nova lei, a Administração Pública está mais bem equipada para realizar compras e contratações que atendam às suas reais necessidades, otimizando os recursos públicos e promovendo o desenvolvimento do país.

A modalidade convite, sem dúvida a mais utilizada pela Administração Pública, merece um exame aprofundado neste material. Caracteriza-se por convidar no mínimo três empresas a apresentarem propostas, mesmo que apenas duas apresentem, validando o processo. A Administração Pública mantém um cadastro amplo e diversificado de empresas, convidando-as a submeterem propostas quando necessário para aquisição de bens ou serviços. Ressalta-se que empresas do ramo pertinente interessadas em participar da licitação podem solicitar sua inclusão no processo, competindo em igualdade de condições com as demais.

Além da modalidade, é fundamental definir o tipo de licitação, considerando a complexidade e especialização da obra, serviço ou fornecimento a ser contratado. A Lei nº 8.666/93 estabelece três tipos:

- Licitação de Melhor Preço: visa a obtenção da proposta com o menor valor global, desde que atenda aos requisitos mínimos de qualidade.
- Licitação de Técnica e Preço: busca a proposta que apresente a melhor relação custo-benefício, considerando fatores como qualidade técnica, preço, prazos e condições de pagamento.
- Licitação de Melhor Técnica: prioriza a proposta que demonstre a melhor solução técnica para a necessidade da Administração Pública, independentemente do preço.

A escolha do tipo adequado depende das características específicas daquilo que se pretende contratar, assegurando à Administração Pública a contratação da opção mais vantajosa para o interesse público.

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

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

procedimento licitatório e definem o tipo de licitação. Se houver questões técnicas envolvidas, a Administração não poderá realizar licitação de menor preço.

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

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

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

E, por obediência ao princípio do julgamento objetivo a Administração Pública deverá deixar claro para os licitantes quais os requisitos de técnica a serem por eles atingidos, para que sejam considerados habilitados a concorrer no procedimento licitatório.

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

O Decreto 2.745/98, em prol da transparência e da eficiência na administração pública, combate o fracionamento de licitações e otimiza os processos licitatórios.

Para evitar a divisão artificial de objetos em compras menores, visando fraudes como a dispensa indevida de licitação, o artigo 3.4 determina que, se a obra ou serviço for tecnicamente fracionável em duas ou mais partes, a modalidade de

licitação escolhida será a que caberia à totalidade. Ou seja, a licitação seguirá o rito mais rigoroso, mesmo que dividida em etapas.

Com o objetivo de aumentar a celeridade, a economicidade e a segurança dos procedimentos licitatórios, o artigo 3.5 estabelece que obras ou serviços correlatos e interligados devem ser agrupados e licitados sob a modalidade correspondente ao conjunto a ser contratado. Isso significa que, se os serviços ou obras estiverem interligados, a licitação seguirá o rito mais adequado ao conjunto, mesmo que individualmente se enquadrassem em modalidades mais simples.

Ainda em prol da segurança, o decreto permite, em casos específicos, a utilização de um procedimento licitatório mais burocrático, mesmo quando um menos burocrático seria cabível. Essa flexibilidade visa garantir a máxima segurança e prevenir possíveis irregularidades.

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

2.5 Aditivos Contratuais

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

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

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

- b) quando necessária a alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado, quanto aos acréscimos, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato. Em situações excepcionais, em que a revisão contratual quantitativa acima do limite previsto acima seja justificável, o Aditivo poderá ser legalmente formalizado, devendo ser consideradas, como situações excepcionais, aquelas cujas consequências de outras alternativas (como por exemplo, a contratação de outra empresa) possam causar prejuízos à Administração Pública. Ademais, os aditivos pretendidos que envolvam acréscimo de valor acima de 25% do valor inicial do contrato deverão ser submetidos ao exame prévio pelo Jurídico da Administração Pública.
- c) quando conveniente a substituição de garantia de cumprimento das obrigações contratuais;
- d) quando necessária a modificação do regime ou modo de realização do contrato, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; e
quando seja comprovadamente necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, respeitado o valor do contrato.

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

Assim, diante das diversas modalidades possíveis de aditamentos contratuais, a Fiscalização do Contrato deverá adotar diferentes procedimentos. Podem os aditivos, de acordo com o procedimento a ser seguido, ser agrupados nas seguintes

espécies: aditivos de prorrogação de prazos, ou de decréscimo de valor, ou de substituição de serviços ou fornecimentos sem acréscimo de valor; aditivos com acréscimo de valor; e aditivos com acréscimo de prazo e valor em contratações de serviços de natureza de execução continuada.

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

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

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

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

- a) a celebração anteriormente ao encerramento do prazo original do contrato;
- b) a necessidade de prosseguimento da contratação;
- c) a existência ou previsão de recursos orçamentários; e
- d) quando se tratar de projeto de investimento, a aprovação prévia do

Desempenho Empresarial, no caso de aditivo cuja autorização seja da competência da Diretoria Executiva-D.E.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamentocontratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a",supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisãocontratual, seguida de nova licitação e contratação) importamsacrifício insuportável ao interesse público primário

(interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência” (TCU, DECISÃO 215/1999).

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

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

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

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

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

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

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

Na hipótese de contrato que possua cláusula permissiva de prorrogação, em que seja necessária sua extensão por igual prazo e valor, porém o mesmo já tenha sido aditado em função da necessidade de acréscimo de serviços, será preciso verificar se o serviço acrescido foi necessário somente dentro do prazo original

(antes da sua prorrogação), ou se será incorporado de forma permanente. Devemos então considerar: se o acréscimo dos serviços deu-se de forma pontual (para abranger/cobrir determinado evento), no momento da prorrogação do contrato por igual período, o saldo será elevado considerando apenas o valor original do contrato; todavia se considerarmos que o acréscimo dos serviços realizado no período original do contrato será necessário após sua prorrogação, o saldo deverá ser elevado computando também este acréscimo de serviços, ou seja, o valor atualizado do Contrato.

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

Os contratos administrativos se distinguem por uma característica fundamental: a pessoalidade, também conhecida como *intuitu personae*. Essa característica significa que a escolha do contratado se baseia em suas qualificações e capacidade para executar o objeto do contrato de forma satisfatória.

Em outras palavras, a Administração Pública reconhece que o particular contratado foi quem melhor atendeu aos requisitos exigidos na licitação, tornando-o o mais apto para realizar o serviço, obra ou fornecimento. Por isso, a execução do contrato deve ser feita pelo próprio contratado, não sendo permitida, em regra geral, a subcontratação.

Essa restrição visa garantir a qualidade dos serviços prestados e a proteção do interesse público. Afinal, a Administração Pública depositou sua confiança no contratado, reconhecendo sua expertise e capacidade para entregar o resultado esperado.

No entanto, existem exceções à regra da impessoalidade. A subcontratação pode ser permitida em casos específicos, desde que sejam atendidos três requisitos cumulativos:

1. Previsão no edital da licitação: A possibilidade de subcontratação deve estar expressamente prevista no edital da licitação, informando os limites e condições permitidas.
2. Previsão no contrato: A cláusula de subcontratação também deve estar presente no contrato firmado entre a Administração Pública e o contratado, detalhando as regras e procedimentos específicos para essa prática.
3. Limite de acordo com a Administração: A Administração Pública define, em cada caso, o limite máximo daquilo que pode ser subcontratado. Esse limite visa garantir que a maior parte do objeto do contrato seja executado pelo próprio contratado, preservando a expertise e capacidade para o qual foi escolhido.

É importante ressaltar que, mesmo em casos de subcontratação permitida, a responsabilidade final pelo cumprimento do contrato permanece com o contratado original. A subcontratação não o isenta de suas obrigações legais e contratuais, conforme dispõe o art. 72 da Lei 8.666/1993.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Finalmente, a Cessão de Direitos é o ato pelo qual a contratada (cedente) transfere para um terceiro (cessionário) a execução de parte ou todo o objeto do

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Em relação à planilha de bens, a Contratada (ou uma das consorciadas quando se tratar de Consórcio) deverá emitir as respectivas Notas Fiscais de venda à Sociedade de Economia Mista, possibilitando o aproveitamento dos créditos de ICMS por ela. Alternativamente, desde que prevista a hipótese de cessão de direitos no contrato, poderá haver cessão direitos de itens dessa planilha, pela Contratada a outra empresa (cessionária) não vinculada anteriormente ao contrato, desde que esta possa também emitir Nota Fiscal de venda à Sociedade de Economia Mista, que é a condição legal para o aproveitamento dos referidos créditos de ICMS. E em relação à planilha de serviços, a Contratada deverá emitir Nota Fiscal de serviços para a Sociedade de Economia Mista. Havendo cessão de

direitos de itens desta planilha, a empresa cessionária passa então a emitir as Notas Fiscais, para a Sociedade de Economia Mista, referentes aos serviços a ela cedidos. Ou seja, todo contrato administrativo envolve, em maior ou menor grau, alguma subcontratação. Quanto mais complexo e diversificado o seu objeto, mais imprescindível se torna a contratação de terceiros.” (MUKAI/2000/p. 425).

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

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

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

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

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

Já com relação à Cessão de Direitos e Obrigações referentes a serviços, quando o instrumento convocatório contemplar relação de serviços passíveis de Cessão de

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

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

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

3 . CONSIDERACOES FINAIS

A Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, garantindo o fiel cumprimento das obrigações pelas partes. Essa responsabilidade é delegada a um representante, seja ele um servidor público ou um terceiro contratado. A escolha do fiscal deve levar em consideração sua qualificação técnica e experiência na área do contrato em questão.

O sucesso da fiscalização depende de um processo licitatório bem conduzido, desde a elaboração do edital até a fase de entrega dos projetos e qualificação das empresas. Falhas nesse processo podem comprometer a qualidade da execução do contrato e gerar prejuízos para a Administração.

O fiscal do contrato tem um papel crucial na garantia da boa execução do contrato. Ele deve acompanhar de perto todas as etapas do processo, desde a entrega

dos materiais até a prestação dos serviços, verificando se tudo está sendo feito de acordo com o pactuado.

O fiscal também deve ser proativo na identificação de problemas e na busca de soluções. Ele precisa ter conhecimento da legislação aplicável e dos procedimentos administrativos, além de ter boas habilidades de comunicação e relacionamento interpessoal.

Em caso de falhas na fiscalização, o Estado pode ser responsabilizado por danos causados à terceiros. No entanto, para que isso ocorra, é preciso que o fiscal tenha agido com culpa ou dolo. Ou seja, ele precisa ter tido conhecimento do erro e ter agido de forma negligente ou intencional.

É importante ressaltar que a Administração Pública tem a responsabilidade de capacitar o fiscal para que ele possa exercer suas funções de forma adequada. Isso inclui fornecer treinamento, acesso a informações e recursos necessários para o trabalho.

Caso o fiscal seja responsabilizado por falhas na execução do contrato, ele não terá direito à defesa por parte da advocacia pública. Nesse caso, ele precisará arcar com os custos de um advogado particular.

Assim concluímos que a fiscalização de contratos administrativos é uma atividade complexa e desafiadora que exige do fiscal conhecimento técnico, experiência e responsabilidade. A Administração Pública tem um papel fundamental na capacitação e no apoio ao fiscal, a fim de garantir que os contratos sejam executados de forma eficiente e eficaz.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

BRASIL. TCU. Decisão 215/1999.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RAMOS, Chiara. Processo sancionatório contratual no âmbito da Administração Federal. Sugestões para uniformização do procedimento. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4065, 18 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29249>>. Acesso em: 03 de junho 2024.