



Enap

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos

Módulo

4

Fiscalização de contratos
administrativos



Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Diogo Godinho Ramos Costa

Diretor de Educação Continuada

Paulo Marques

Coordenador-Geral de Educação a Distância

Carlos Eduardo dos Santos

Conteudista/s

Equipe responsável:

Anderson Luiz Batista (Coordenador, 2020)

Haruo Silva Takeda (Coordenação Web, 2021)

Juliana Bermudez Souto de Oliveira (Revisão de texto, 2021)

Fabricia Kelly Alves Ramos da Silva (Implementação Articulate, 2021)

Israel Silvino Batista Neto (Direção e produção gráfica, 2021)

Michelli Batista Lopes (Implementação Moodle, 2021)

Yan Almeida Garcia (Implementação Moodle, 2021)

Vanessa Mubarak Albim (Diagramação, 2021)

Curso produzido em Brasília 2021.

Desenvolvimento do curso realizado no âmbito do acordo de Cooperação Técnica FUB / CDT / Laboratório Latitude e Enap.

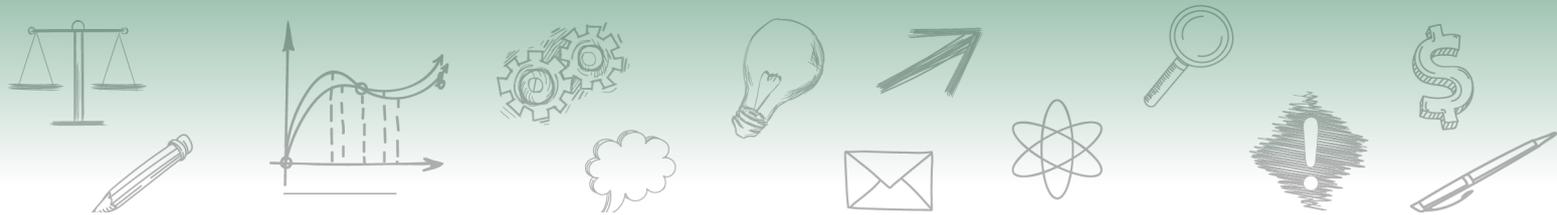


Enap, 2021

Enap Escola Nacional de Administração Pública

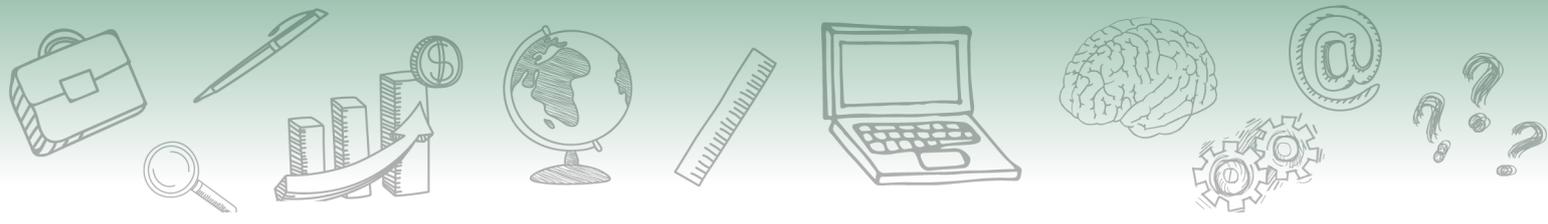
Diretoria de Educação Continuada

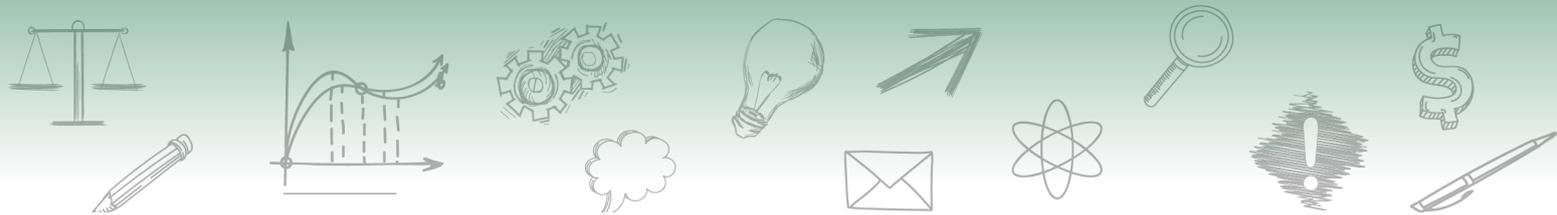
SAIS - Área 2-A - 70610-900 — Brasília, DF



Sumário

Unidade 1: Fiscalização dos contratos administrativos	5
1.1 As especificidades da fiscalização de contrato	5
1.2 Responsabilização do servidor público.....	18
Unidade 2: Sanções administrativas.....	21
2.1 Tipologia das sanções administrativas.....	21
2.2 Quais são as fases e os procedimentos na aplicação de penalidades?	26
Referências.....	27





Módulo

4 Fiscalização de contratos administrativos

Unidade 1: Fiscalização dos contratos administrativos

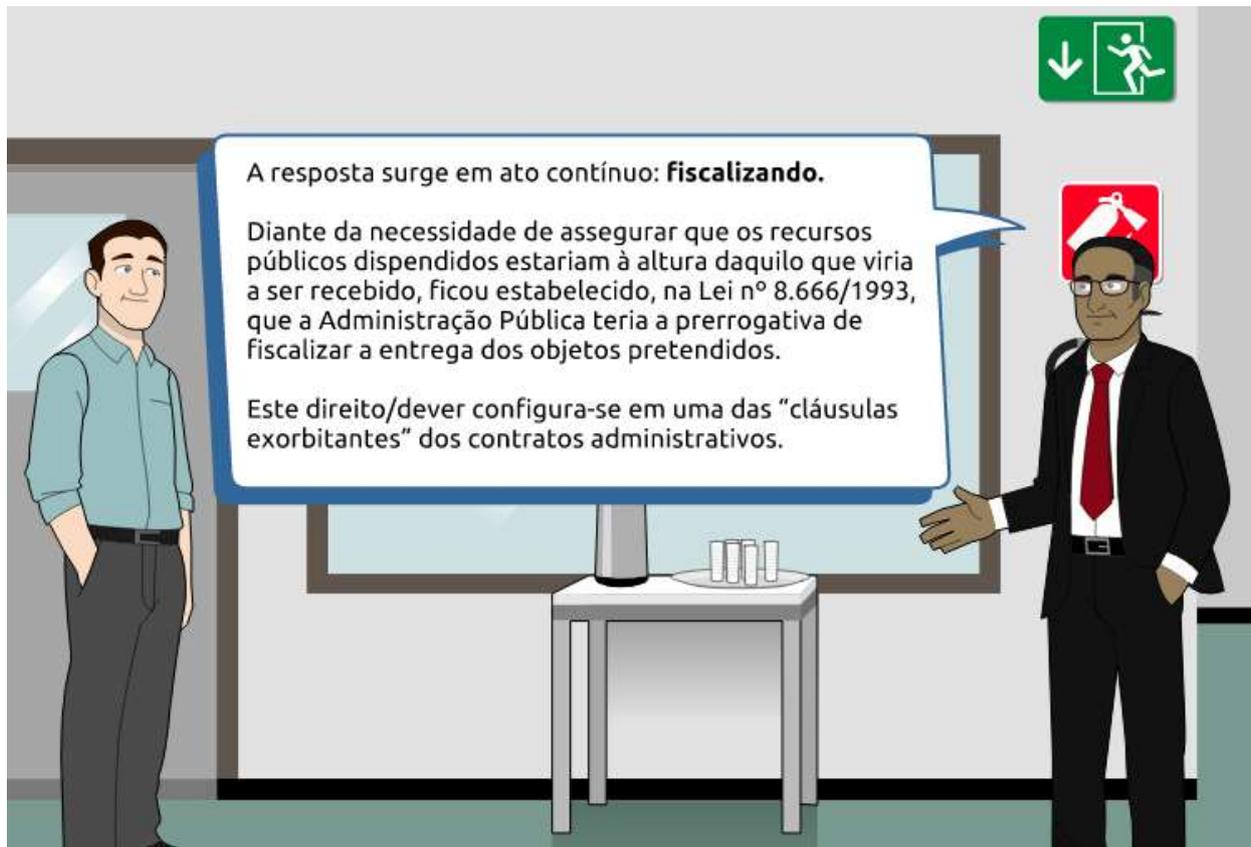
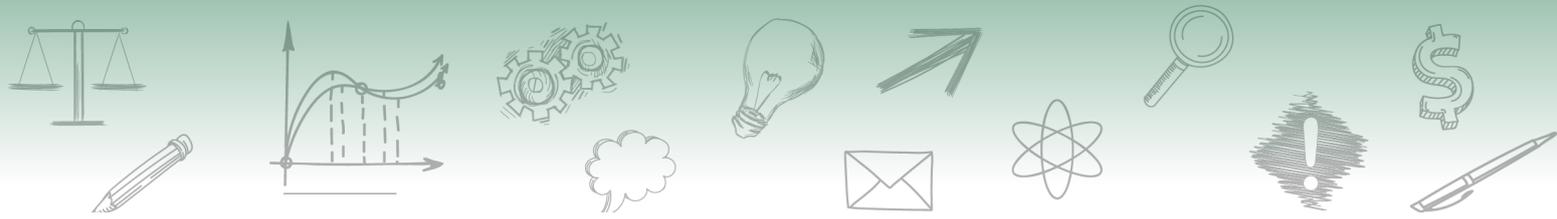
Identificar os atores envolvidos na fiscalização e sua responsabilização nos contratos administrativos.

1.1 As especificidades da fiscalização de contrato

Acesse o vídeo *De Onde Surgiu a Fiscalização de Contratos Administrativos?* a seguir:







A fiscalização do contrato administrativo é o mecanismo conferido à Administração Pública para assegurar que o objeto contratado será entregue na quantidade, qualidade e tempo devidos. A Instrução Normativa nº 5, em seu artigo 39, conceituou gestão e fiscalização dos contratos:



Art. 39. As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto. (BRASIL, 2017, p. 92).



Aludida definição apropriou-se do conceito doutrinário que sustenta a existência de dois importantes núcleos de atuação na atividade de fiscalização de contratos, quais sejam, a gestão e a fiscalização propriamente dita, ainda que a Lei nº 8.666, no único artigo dedicado à disciplina do assunto, não tenha adotado taxativamente essa segregação de atividades.



A falta de legislação específica quanto ao tema deixa à mercê da Administração a escolha da terminologia e da divisão ou não de atribuições dos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos, uma vez que somente há necessidade de indicação de um representante para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. Entretanto, a cisão das atividades de fiscalização e de supervisão em agentes distintos é encarada pelo Tribunal de Contas da União como uma boa prática administrativa, favorecendo o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa.

A revogada Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 2008, propôs uma divisão das atribuições de fiscalização do contrato administrativo, conforme pode-se perceber em seu artigo 31:



Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um 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. (BRASIL, 2008, p. 93).

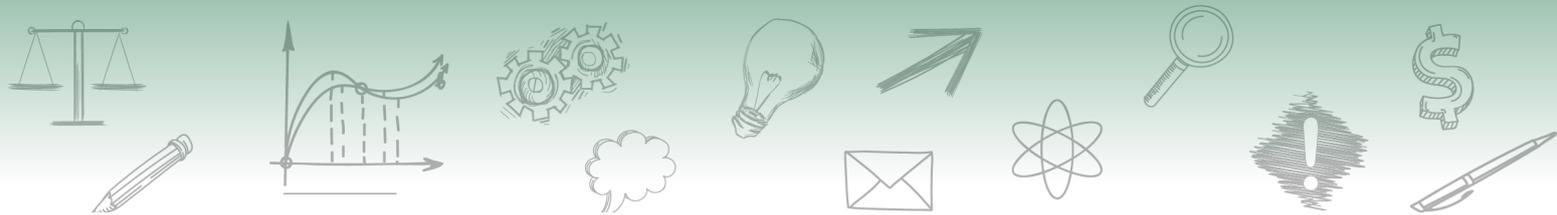


Contudo, ao conferir caráter facultativo à divisão de atribuições, pouco se contribuiu para a superação do cenário de inércia dos entes públicos contratantes. Na prática, apesar de ser incentivada pelo TCU, a Administração Pública não editava ato normativo interno determinando a segregação das funções de fiscal e de gestor de contrato, salvo raras e honrosas exceções, e os contratos seguiam sendo fiscalizados por um único servidor, na maior parte das vezes escolhido entre aqueles lotados nas áreas administrativas do ente público. Agora, após a edição da Instrução Normativa nº 5 em 2017, a segregação de funções está claramente definida no artigo 40 (BRASIL, 2017).

SAIBA MAIS

Para mais informações, você pode acessar a Instrução Normativa nº 5, de 2017, disponibilizada no material complementar.

De acordo com a referida IN, compete ao gestor a coordenação das atividades relativas à fiscalização do contrato nas suas quatro facetas ou vertentes, a saber, técnica, administrativa, setorial e de satisfação do público usuário, devidamente assessorado por fiscais responsáveis pelas três primeiras e pelo público usuário em relação à última, além de cuidar da instrução documental dos procedimentos ou incidentes contratuais ordinários e extraordinários, como prorrogações, alterações contratuais, revisões dos preços, pagamentos e aplicação de sanções e extinção do ajuste.



DESTAQUE

É importante destacar que, a partir desse marco normativo infralegal, com a finalidade de concentrar as atividades de gestão e fiscalização de contratos em um único servidor, a autoridade competente deve garantir a distinção dessas tarefas, além de atestar que o volume de trabalho não irá comprometer o desempenho de todas as ações relacionadas à gestão do contrato.

A inovação não viola o preceito legal superior do artigo 67 da Lei nº 8.666, pois não impede que a Administração indique um único representante para a fiscalização do contrato, entretanto impõe um ônus decisório importante ao gestor que assim decidir proceder. Imagina-se que tal responsabilidade será suficiente para quebrar o paradigma da designação isolada de servidores na fiscalização dos contratos administrativos.

Contudo, ainda que o órgão decida por adotar modelo diverso do proposto pela IN nº 5, reiteramos ser fundamental as competências estarem nitidamente definidas, com o objetivo de os responsáveis pela fiscalização terem consciência de suas responsabilidades e obrigações.

Mas quem deve indicar e designar o gestor e os fiscais do contrato?

Outro ponto inovador da IN nº 5 foi a definição expressa da competência para indicação e designação do gestor e dos fiscais do contrato. Com efeito, os artigos 41 e 42 cuidaram de estabelecer a competência do setor requisitante pela indicação do gestor, do fiscal e de seus substitutos e à autoridade competente do setor de licitações a responsabilidade pela designação formal dos indicados.

SAIBA MAIS

Para mais informações, você pode acessar a Instrução Normativa nº 5, de 2017, artigos 41 e 42, disponibilizada no material complementar.

Quais são os cuidados em relação à portaria de designação do fiscal?

A nomeação dos responsáveis pela fiscalização deve revestir-se de formalidade essencial à validade do ato, por expressa disposição legal constante no caput do artigo 67 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993). Desse modo, os responsáveis pela fiscalização devem ser designados por ato formal, o que implica a necessidade de edição de portaria de titulação subscrita pela autoridade competente do setor de licitações e publicada no boletim interno de serviço do respectivo órgão.



DESTAQUE

A portaria de nomeação do gestor e dos fiscais deve ser específica para cada contrato objeto de fiscalização, evitando-se a prática indevida adotada por alguns órgãos de proceder à eleição genérica de um número de servidores como fiscais.

Outro cuidado formal importante já identificado pelo TCU, e que agora está regulamentado, é a necessidade de cientificação expressa dos servidores indicados para essa função, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 41 da IN nº 5 (BRASIL, 2017, p. 92):



Art. 41 [...]

§ 1º Para o exercício da função, o gestor e fiscais deverão ser cientificados, expressamente, da indicação e respectivas atribuições antes da formalização do ato de designação.



Desse modo, é providência fundamental que os responsáveis pela fiscalização do contrato sejam formalmente cientificados, preferencialmente com aposição de ciência em documento a ser posteriormente juntado aos autos.

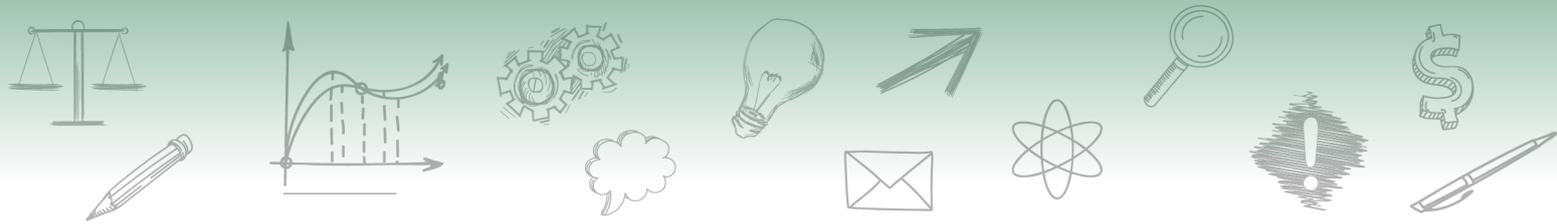
A designação do gestor e dos fiscais pode ser recusada?

Conforme interpretação pacífica tanto por parte da doutrina especializada quanto por parte do Tribunal de Contas da União, a designação como fiscal de contrato não pode ser recusada, pois não trata de ordem manifestamente ilegal, conforme artigo 116, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990). Nesse sentido, consta no Acórdão nº 2.917 – TCU – Plenário (BRASIL, 2010):



5.7.7. O servidor designado para exercer o encargo de fiscal não pode oferecer recusa, porquanto não se trata de ordem ilegal. Entretanto, tem a opção de expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações que possam impedi-lo de cumprir diligentemente suas obrigações. A opção que não se aceita é uma atuação a esmo (com imprudência, negligência, omissão, ausência de cautela e de zelo profissional), sob pena de configurar grave infração à norma legal (itens 31/3 do voto do Acórdão nº 468/2007-P).





DESTAQUE

É obrigação da autoridade superior conferir as condições adequadas de trabalho, sob pena de atrair para si a responsabilidade por eventuais prejuízos advindos da fiscalização deficiente.

Entretanto, a preocupação em evitar a sobrecarga de atividades não autoriza determinar, desde logo, um número absoluto máximo de contratos para o qual um mesmo servidor possa ser designado para atuar como fiscal. Essa análise é minuciosa e deve se basear na relação de adequação entre a complexidade dos contratos, o volume de atividades e o tempo hábil para que o servidor desempenhe suas funções de modo satisfatório. É nesse sentido que caminhou a regulamentação do tema pela IN nº 5.

Logo, o limite de contratos para que um servidor seja designado como fiscal relaciona-se ao desempenho da tarefa de modo eficiente, evitando-se a sobrecarga de trabalho. Com efeito, conforme Acórdãos nº 2.831/2011 – Plenário, nº 38/2013 – Plenário e nº 1.094/2013 – Plenário, o TCU entende que essa definição deve levar em consideração as particularidades do caso concreto.



9.1.2. designe fiscais considerando a formação acadêmica ou técnica do servidor/funcionário, a segregação entre as funções de gestão e de fiscalização do contrato, bem como o comprometimento concomitante com outros serviços ou contratos, de forma a evitar que o fiscal responsável fique sobrecarregado devido a muitos contratos sob sua responsabilidade; (BRASIL, 2013b).



DESTAQUE

A conclusão é que não existe um número máximo de contratos para que um servidor seja designado fiscal. Tal avaliação deve ser feita em cada situação específica, evitando a carga demasiada de trabalho capaz de comprometer a eficiência na execução da tarefa.

Outro tema atinente à qualificação do exercício da atividade de fiscal foi enfrentado no Acórdão nº 2.512 – Plenário, no qual o TCU entendeu que o servidor público pode ser fiscal de obras sem ser formado em engenharia, pois seria atividade que dispensaria habilitação específica. Todavia, a escolha do fiscal deve recair sobre quem tem conhecimento técnico suficiente do objeto examinado, visto que falhas na fiscalização podem vir a alcançar o agente público que o nomeou por culpa *in eligendo*.



Outra situação que pode gerar a responsabilização da autoridade encarregada pela indicação é a prevista no parágrafo 3º do artigo 41 da IN nº 5:



§ 3º Nos casos de atraso ou falta de indicação, de desligamento ou afastamento extemporâneo e definitivo do gestor ou fiscais e seus substitutos, até que seja providenciada a indicação, a competência de suas atribuições caberá ao responsável pela indicação [...]. (BRASIL, 2017, p. 92).



Contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização

Terceiro é a pessoa física ou jurídica designada para auxiliar o fiscal na sua tarefa, conforme facultado pelo artigo 67 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993). Entretanto, essa contratação não é obrigatória, cabendo à Administração Pública verificar se a complexidade do contrato exige tal assistência, além da responsabilidade pela fiscalização, por tratar-se de uma atividade assistencial.

Quem não pode ser designado fiscal de contrato?

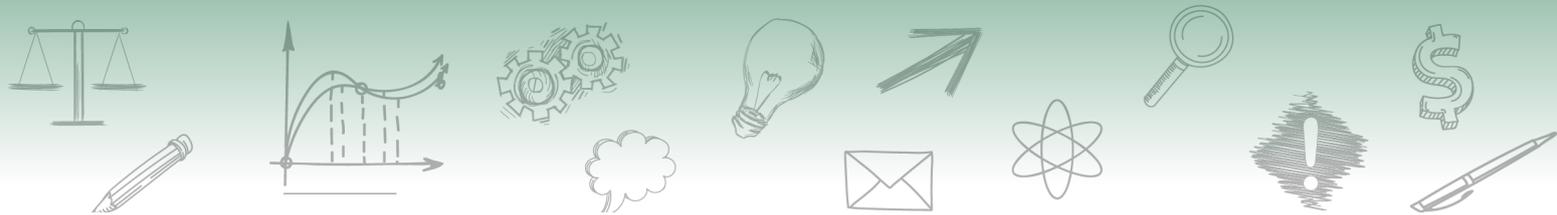
Em homenagem ao princípio da segregação de funções, os servidores responsáveis pela execução do contrato não podem ser indicados para fiscalizá-lo. Do mesmo modo, estão impedidos o pregoeiro e os membros da comissão de licitação. Além disso, situações de conflitos de interesses são empecilhos à essa designação.

DESTAQUE

Segundo a lição de Furtado (2015), não convém de modo algum que o fiscal esteja subordinado ao gestor. Por esse motivo, os atos normativos da unidade contratante devem designar as atribuições de cada um deles, a fim de evitar tal subordinação.

Momento de designação do fiscal

Conforme abordado anteriormente, a atividade de fiscalização pressupõe o acompanhamento dos resultados alcançados em relação à execução das obrigações materiais do contrato, tais como a verificação dos prazos de execução, da qualidade demandada e do atendimento das demais atribuições contratuais, a exemplo da manutenção da condição de regularidade trabalhista, previdenciária, tributária, entre outras.



Portanto, para que essa função seja exercida de modo efetivo e seu objetivo seja resguardado, a formalização da designação do fiscal deve ser feita em momento prévio ou, no máximo, contemporâneo ao início da vigência contratual.

DESTAQUE

É recomendável ao fiscal participar da fase de concepção inicial da contratação, para que sua experiência e sugestões sejam devidamente apreciadas e aprimorem o instrumento contratual.

É nesse mesmo sentido que a IN nº 5 estabeleceu a possibilidade da participação do fiscal do contrato nas etapas de planejamento da contratação:



Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades:

[...]

d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22; (BRASIL, 2017, p. 91).

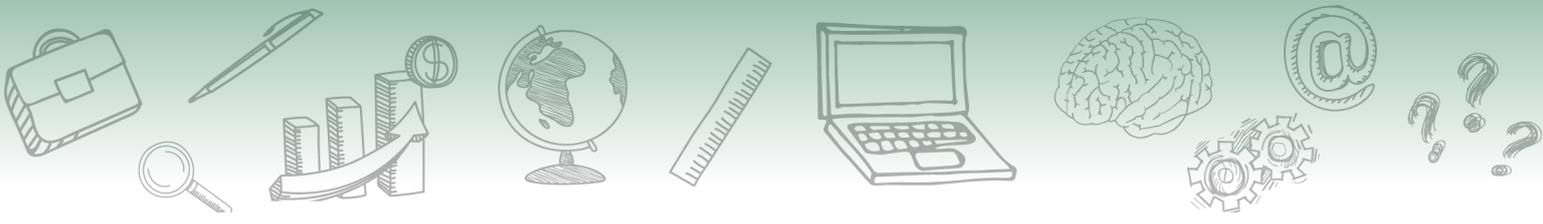


Assim, considerando a relevância da integração do fiscal na fase de planejamento da contratação, é recomendável providenciar a sua indicação no início da fase interna do procedimento licitatório.

O preposto

Como pode-se observar, a designação de servidor para acompanhamento e fiscalização da execução contratual não é facultativa nem um ato discricionário, é um dever da Administração Pública. Igualmente, a empresa também necessita indicar representante para atuar durante a execução do contrato. Essa pessoa tem a denominação de preposto.

De acordo com o dicionário online Aulete, preposto significa: “aquele que representa, substitui, fica no lugar de outro”. Além disso, ele é uma obrigação constituída e um dever da empresa contratada, conforme artigo 68 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993a):



Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Portanto, as figuras do fiscal e do preposto são importantíssimas para a correta execução e gerenciamento do contrato, uma vez que são eles os responsáveis por representar as partes contratantes e atuar de modo cooperativo garantindo a fiel execução do objeto acordado.

SAIBA MAIS

Para mais informações em relação ao preposto, você pode acessar a Instrução Normativa nº 5, de 2017, artigo 44, disponibilizada no material complementar.

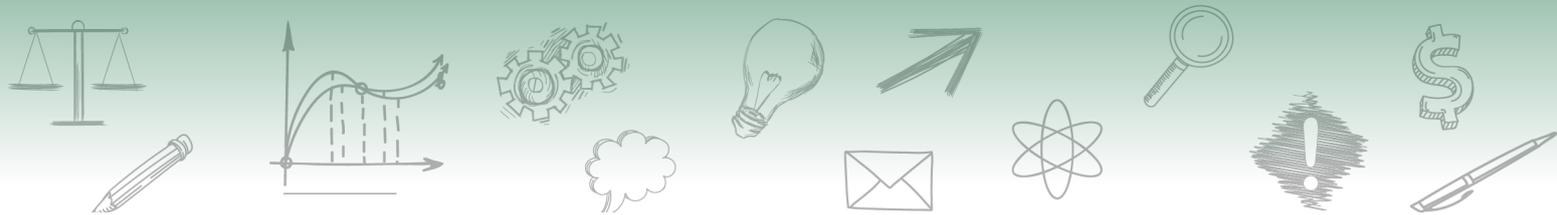
DESTAQUE

É relevante destacar a necessidade da indicação formal do preposto, entretanto há a possibilidade de recusa da sua indicação, desde que devidamente fundamentada. Por fim, a disposição constante no parágrafo 4º do artigo 44 da referida IN evidencia a faculdade da Administração para impor a permanência do preposto no lugar da prestação do serviço ou estabelecer as suas rotinas de visitação, a serem definidas pelo gestor de execução do contrato (BRASIL, 2017, p. 92).

A instrução documental

O acompanhamento de um contrato deve ser uma atividade formal e, se bem executado, constitui a garantia de que o serviço ou produto será prestado ou entregue de acordo com o previsto. Para que um contrato seja bem gerenciado, a informalidade não poderá se fazer presente, há que se atuar dentro dos limites estabelecidos, registrando e exigindo o cumprimento do acordado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2007), existem fases que integram o acompanhamento da execução do contrato pelo representante da Administração. São elas: orientação, fiscalização, interdição, intervenção e aplicação de penalidades. De suas lições, é possível extrair o seguinte entendimento para cada uma:



ACOMPANHAMENTO	Orientação	Estabelecer normas e diretrizes, dar e receber informações sobre a execução do contrato.
	Fiscalização	Verificar o material utilizando e a forma de execução do objeto do contrato, confirmar o cumprimento das obrigações tanto no aspecto técnico quanto nos prazos de realização.
	Interdição	Paralisar a execução do contrato por estar em desacordo com o pactuado.
	Intervenção	Assumir a execução do contrato.
	Aplicação de penalidades	Verificar a inadimplência do contratado na realização do objeto, no cumprimento de prazos ou qualquer outra obrigação.

A função de fiscal assume grande relevância para a Administração Pública e, para ser desempenhada a contento, exige capacitação e habilidade dos servidores públicos que se dedicam a essa atividade. A fim de garantir o êxito de sua atuação, o fiscal deve possuir:

- Conhecimento do regime jurídico.
- Conhecimento dos termos contratuais.
- Conhecimento do processo que resultou no contrato, inclusive atos da fase de planejamento.
- Organização.

É importante e essencial que o fiscal certifique a existência de alguns documentos imprescindíveis para seu controle e gestão efetiva. São eles:

- Emissão da nota de empenho.
- Assinatura do contrato e de outros instrumentos hábeis.
- Publicação do extrato do contrato.

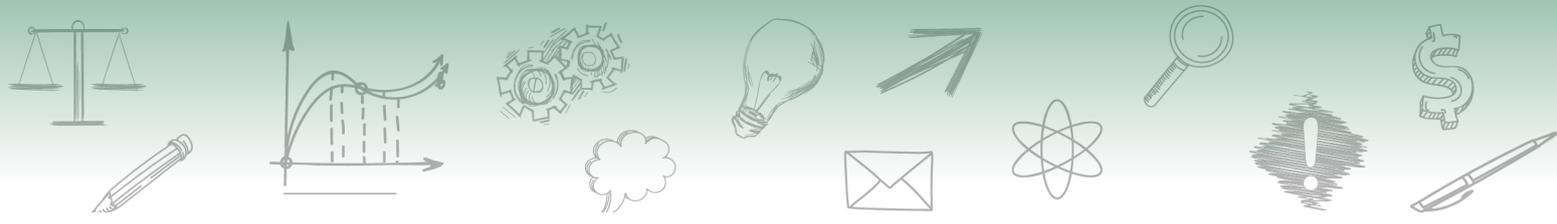


- Publicação da portaria nomeando-o como fiscal.
- Verificação das exigências contratuais e legais para início da execução do objeto.
- Relação do pessoal que irá executar o serviço e a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada.
- Relação de materiais, máquinas e equipamentos necessários à execução contratual.

Com o objetivo de dirimir dúvidas acerca do cumprimento das obrigações assumidas pela contratada, deverá manter cópia dos seguintes documentos em pasta específica:

- Instrumento convocatório da licitação (edital).
- Termo de referência ou projeto básico.
- Orçamento e planilha de custos.
- Cronograma físico-financeiro.
- Necessidade a ser atendida e resultados esperados.
- Conhecimento da realidade do mercado respectivo.
- Proposta da contratada.
- Documento coletivo de trabalho da categoria envolvida na prestação dos serviços (convenção, acordo ou dissídio coletivo de trabalho).
- Instrumento de contrato.
- Documento de designação do preposto pela contratada.
- Livro diário com registro de ocorrências assinado, de preferência, pelo preposto.
- Cópia de atas das reuniões realizadas com o preposto, a fim de discutir a qualidade da contratação.

A importância da junção dos documentos essenciais à fiscalização foi regulamentada pela IN nº 5, no artigo 42, parágrafo 4º (BRASIL, 2017, p. 92):



§ 4º Para o exercício da função, os fiscais deverão receber cópias dos documentos essenciais da contratação pelo setor de contratos, a exemplo dos Estudos Preliminares, do ato convocatório e seus anexos, do contrato, da proposta da contratada, da garantia, quando houver, e demais documentos indispensáveis à fiscalização.



A responsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas

A responsabilidade pelos encargos decorrentes da execução do contrato é disciplinada pelo artigo 71 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993a), que atribuiu ao contratado toda a responsabilidade pelo adimplemento de suas obrigações, sejam elas de natureza trabalhista, previdenciária, fiscal ou comercial. Desse modo, quando o poder público paga ao contratado a remuneração pela execução de sua parte na avença, estão inclusos todos os encargos assumidos pelo prestador do serviço, não havendo responsabilização da Administração.

Contudo, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou orientação no sentido da responsabilização da Administração Pública, nos termos do Enunciado nº 331:



IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.



Certo é que o debate sobre o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993, e o Enunciado TST nº 331 ganhou novos contornos com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, que declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da lei supracitada. No referido julgado, embora tenha havido o reconhecimento de que a mera inadimplência do prestador do serviço não é capaz de transferir à Administração Pública a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, ressaltou-se que o poder público não está isento de responsabilização caso fique comprovada a omissão da Administração Pública quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações do contratado.



DESTAQUE

É importante ressaltar que a orientação firmada pela Suprema Corte no julgamento da ADC nº 16 não dispensou o poder público de continuar a exigir do contratado, por meio de cláusula expressa no edital da licitação e no respectivo instrumento de contrato, a comprovação do cumprimento dos encargos laborais do contratado como condição, inclusive, para o pagamento das faturas devidas, diante da reconhecida possibilidade de responsabilização no caso de omissão culposa da Administração Pública no seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, o TST alterou a redação do Enunciado da Súmula nº 331 em 31 de maio de 2011, de maneira a compatibilizá-la com o que restou decidido no julgamento da ADC nº 16.

Portanto, a jurisprudência tem atribuído a responsabilidade ao tomador de serviços, com base na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, ou seja, na contratação do terceiro, a Administração Pública deve estar atenta à sua idoneidade tanto no ato da contratação, para não correr o risco de se configurar a culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato, para não incidir na culpa *in vigilando*.

1.2 Responsabilização do servidor público

No exercício das atribuições de fiscal de contratos, o servidor público deve, obrigatoriamente, cumprir a lei, respeitar as normas procedimentais aplicáveis e o teor contratual, a fim de evitar eventuais responsabilizações. Conforme dispõe o artigo 82 da Lei nº 8.666:



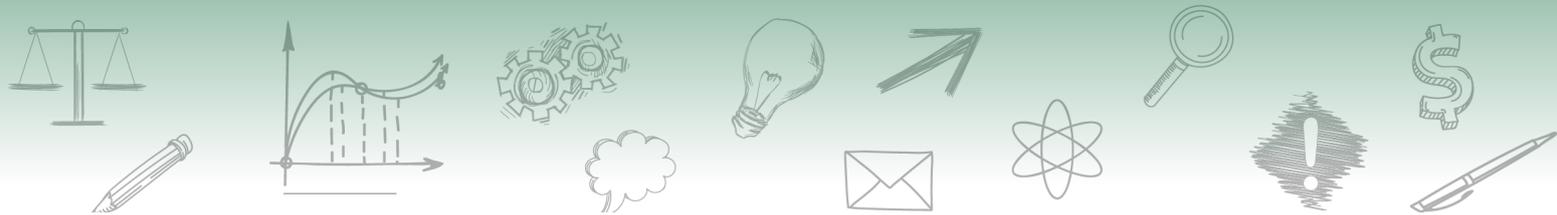
Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. (BRASIL, 1993a).



De acordo com esse artigo transcrito, as esferas de responsabilidade são três: civil, penal e administrativa.

SAIBA MAIS

Para mais informações, você pode acessar a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, disponibilizada no material complementar.



A responsabilidade civil

Conforme dispõe o Código Civil (BRASIL, 2002), no artigo 186, constitui ato ilícito a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que provoque dano ao patrimônio de terceiro. A consequência lógica desse ato é a necessidade de repará-lo, em conformidade com o disposto no artigo 927, também do CC:



Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).



DESTAQUE

Os pressupostos da responsabilidade civil são:

1. Conduta (ação ou omissão).
2. Dano (perda ou diminuição).
3. Nexo de causalidade entre a conduta e o dano.
4. Culpa ou dolo do agente causador.

Assim, ao contrário da responsabilidade objetiva da Administração, os servidores públicos somente são passíveis de responsabilização civil caso reste demonstrada sua conduta dolosa ou culposa, em conformidade com o disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ademais, é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o servidor público não pode ser acionado diretamente pelo particular, apenas perante a Administração, quando esta for condenada e exercer o seu direito de regresso em face do servidor faltoso.



A responsabilidade penal

A responsabilidade penal dos agentes públicos decorre da prática de conduta definida como crime por lei. O princípio da tipicidade encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Além das disposições aplicáveis no Código Penal, em especial no capítulo voltado aos servidores públicos, são aplicáveis as hipóteses previstas nos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666. Acompanhe os artigos 83, 92 e 96, que abordam, especificamente, o tema tratado:



Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

[...]

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

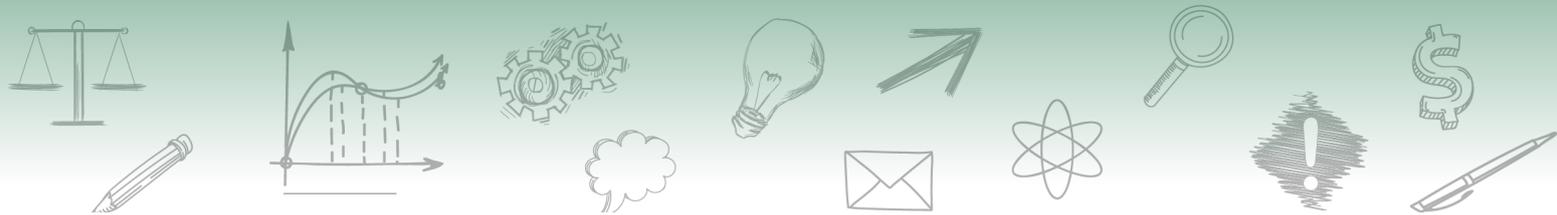
[...]

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;



IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, 1993a).

A responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa (funcional) dos agentes públicos atuantes em licitações e contratações decorre de ato comissivo ou omissivo praticado na fase interna da licitação, na fase externa ou no curso da execução contratual.

Esse último caso envolve as situações de ausência ou de deficiência da atuação fiscalizatória, ou a emissão de ordem de pagamento irregular.

SAIBA MAIS

Para mais informações, você pode acessar o Acórdão nº 4.063/2015 – Primeira Câmara disponibilizado no material complementar.

Unidade 2: Sanções administrativas

Reconhecer as penalidades cabíveis nos contratos administrativos e demonstrar as fases de aplicação.

2.1 Tipologia das sanções administrativas

Em conformidade com os artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) e do artigo 7º da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), os tipos de penalidades são:

- Advertência.
- Multa.
- Suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração.
- Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.
- Impedimento de licitar e contratar com a União.



A advertência

A sanção de advertência consiste em uma comunicação formal ao fornecedor após a instauração e a conclusão do processo administrativo sancionador, avisando sobre o descumprimento da obrigação legal assumida, cláusula contratual ou falha na execução do serviço ou fornecimento, determinando que seja sanada a impropriedade e notificando que poderá ser aplicada sanção mais elevada em caso de reincidência.

DESTAQUE

Trata-se de mera censura moral dirigida ao contratado e deve ser aplicada nos casos de falhas contratuais menos significativas, com o intuito de alertar o particular para o devido respeito às disposições contratuais.

Possui importância prática como fundamento justificador de futuro escalonamento na aplicação de penalidades mais severas diante de um reiterado descumprimento contratual.

A multa

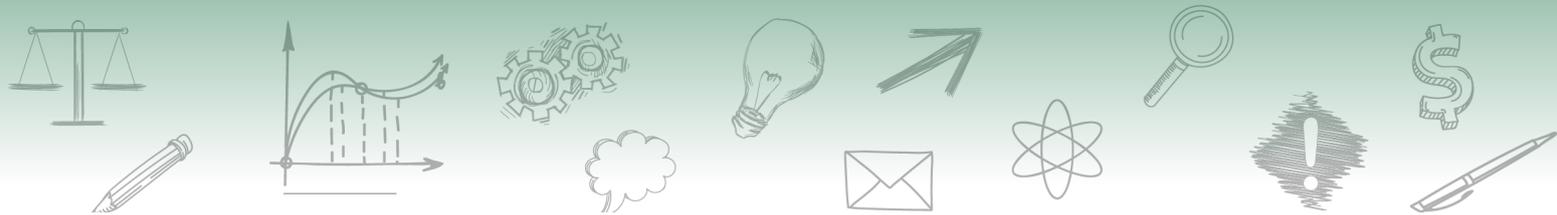
A sanção de multa tem natureza pecuniária, podendo ostentar natureza moratória, incidindo nos casos de atrasos injustificados na execução do objeto, ou punitiva, que será aplicada levando em consideração a lesão suportada pela Administração em razão do ato ilícito praticado pela contratada. Então, é possível dividir as duas hipóteses da seguinte forma:

- **Natureza moratória**
“Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.” (BRASIL, 1993).
- **Natureza punitiva**
Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; (BRASIL, 1993).

A aplicação das penalidades deve constar no contrato, tornando o processo de subsunção do fato à norma menos incerto e discricionário. A depender dos efeitos concretos do inadimplemento do contratado, incidirá uma ou outra tipologia de multa.



DESTAQUE

Se o objeto, ainda que em mora, é do interesse da Administração, aplica-se multa moratória. Contudo, caso a prestação contratada e inadimplida não interesse mais à Administração, aplica-se multa punitiva ou compensatória, que deverá ser estimada considerando o integral prejuízo suportado pela Administração. Em todos os casos, as disposições contratuais devem ser observadas.

As sanções de advertência, suspensão e inidoneidade poderão ser aplicadas juntamente com a multa, conforme parágrafo 2º do artigo 87 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993). Além disso, conforme parágrafo 1º do mesmo artigo:



§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. (BRASIL, 1993).



SAIBA MAIS

Para mais informações, você pode acessar a Lei nº 8.666, de 1993, disponibilizada no material complementar.

A suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A sanção de suspensão temporária bloqueia o direito dos fornecedores de participarem dos procedimentos licitatórios promovidos no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção, por prazo não superior a dois anos (BRASIL, 1993).

A Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União (CPLC/PGF/AGU), no Parecer nº 8/2013 (BRASIL, 2013), relatado pelo procurador federal Ricardo Silveira Ribeiro, firmou o entendimento de que a referida penalidade se estende para todo o ente responsável pela sua aplicação.



SAIBA MAIS

Para mais informações, você pode acessar o Parecer CPLC/Deconsu/PGF/AGU nº 8/2013 disponibilizado no material complementar.

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública

A declaração de inidoneidade impossibilita o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (BRASIL, 1993).

DESTAQUE

A aplicação dessa sanção é de competência exclusiva do ministro de estado, do secretário estadual ou municipal, conforme o caso, e a reabilitação pode ser requerida após dois anos de sua aplicação.

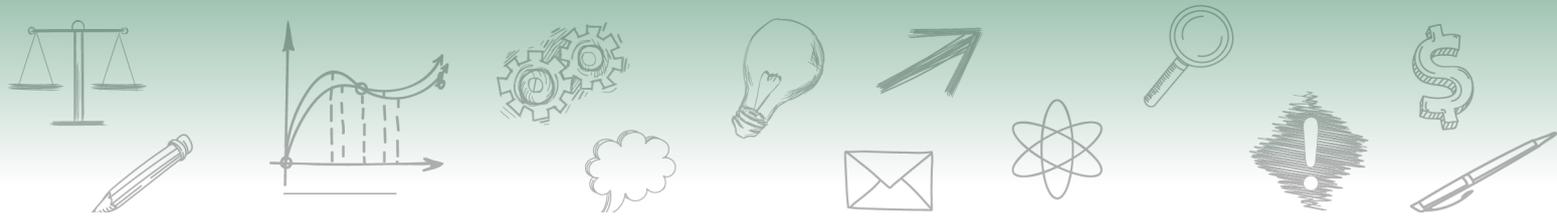
Conforme esclarece a Orientação Normativa AGU nº 49 (BRASIL, 2014b), as penalidades aplicadas possuem efeito prospectivo ou ex nunc, isto é, não implicam a necessidade imediata de rescisão dos contratos em curso, sendo que tal rescisão deve ser avaliada diante das particularidades do caso concreto, considerando a gravidade identificada do vício ou da fraude, eventual prejuízo para a continuidade do contrato, manutenção ou não da confiança na contratada, entre outros elementos disponíveis para a tomada de decisão da autoridade máxima.



A aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar no âmbito da União (art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002) e de declaração de inidoneidade (art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993) possuem efeito ex nunc, competindo à Administração, diante de contratos existentes, avaliar a imediata rescisão no caso concreto. (BRASIL, 2014b, p. 2).



Com exceção da declaração de inidoneidade, é importante destacar que será competente para a apenação do prestador do serviço a autoridade que celebrou o contrato ou aquela indicada no regimento interno do ente. Essa regra está disposta na Orientação Normativa nº 48 da AGU:



É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nºs 10.520, de 2002, e 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento. (BRASIL, 2014a, p. 2).



DESTAQUE

Cabe ressaltar que não é possível prorrogar um contrato de serviços contínuos após a incidência das penalidades suspensivas ou impeditivas, de acordo com o disciplinado no Parecer CPLC/PGF/AGU nº 8/2013 (BRASIL, 2013).

O impedimento de licitar e contratar com a União

A sanção de impedimento de licitar e contratar prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (BRASIL, 2002), impossibilita o fornecedor de participar de licitações e formalizar contrato no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção: União, estados, Distrito Federal ou municípios.

DESTAQUE

Conforme esclarece o Parecer CPLC/Depconsu/PGF/AGU nº 5/2015 (BRASIL, 2015a), é possível aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.666 em um pregão, sendo que a escolha entre a aplicação da penalidade prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520 ou as demais previstas na Lei nº 8.666 será feita de acordo com o juízo de proporcionalidade adequado ao caso concreto.

Quadro-resumo da tipologia das sanções administrativas

	Suspensão	Impedimento	Declaração de inidoneidade
Modalidades aplicáveis	Todas.	Pregão.	Todas.
Abrangência	Entidade contratante sancionadora.	Ente federativo.	Toda a Administração Pública.
Efeitos	<i>Ex nunc.</i>	<i>Ex nunc.</i>	<i>Ex nunc.</i>
Prazo	Até dois anos.	Até cinco anos.	Indeterminado, com mínimo de dois anos.

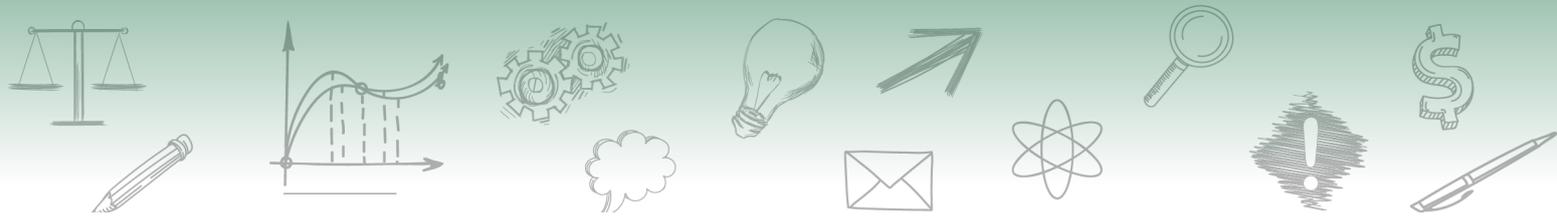


2.2 Quais são as fases e os procedimentos na aplicação de penalidades?

- Ocorrência de infração contratual.
- Ciência da administração da infração (fiscal ou gestor do contrato) formalizada nos autos.
- Notificação da contratada para apresentar defesa prévia.
- Produção de provas (se for o caso).
- Julgamento.
- Notificação do julgamento.
- Recurso.
- Julgamento pela instância superior.
- Notificação da decisão administrativa.
- Registro da penalidade no Sicafe, publicação no DOU (se for o caso) e arquivamento.

Deve constar da notificação:

- a) Descrição compreensível e completa do fato imputado.
- b) Cláusula violada do edital, da lei ou do contrato (“passível de aplicação de penalidade(s) nos termos da cláusula [...] do contrato”).
- c) Finalidade: abertura de prazo para defesa prévia e dispositivo legal, conforme artigo 87, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).
- d) Informação sobre o acesso aos autos e sobre o local para protocolo da defesa.
- e) Que o processo terá curso mesmo sem a participação da notificada.



Referências

Unidade 1

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, n. 100, p. 90-109, 26 maio 2017. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=26/05/2017&jornal=1&pagina=90&totalArquivos=240>. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. **Diário Oficial da União**: seção 1, ano 145, n. 83, p. 91-98, 2 maio 2008. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/05/2008&jornal=1&pagina=91&totalArquivos=160>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 38/2013**. Processo nº TC - 009.934/2012-0. Ata nº 1/2013 - Plenário. Auditoria de conformidade. Avaliação de controles internos. Determinações, recomendações e ciências. Arquivamento. Relator: José Jorge, 23 de janeiro de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/ Acesso em: 5 jan. 2021.



BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1.094/2013**. Processo nº TC - 009.224/2012-2. Ata nº 15/2013 - Plenário. Auditoria de conformidade. Hospitais universitários. Avaliação de controles internos. Recomendações. Arquivamento. Relator: José Jorge, 8 de maio de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/ Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 2.831/2011. Processo nº TC - 010.474/2010-2. Ata nº 44/2011 - Plenário. Relatório de Auditoria (Fiscalis 491/2010). Avaliação da confiabilidade do sistema eletrônico de acompanhamento de contratos do DNIT. Constatação de falhas e precariedades. Riscos ao funcionamento da autarquia. Determinações, recomendações e comunicações. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 25 de outubro de 2011. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 148, n. 215, p. 109-110, 9 nov. 2011. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=09/11/2011&jornal=1&pagina=109&totalArquivos=232>. Acesso em: 26 jan. 2021.

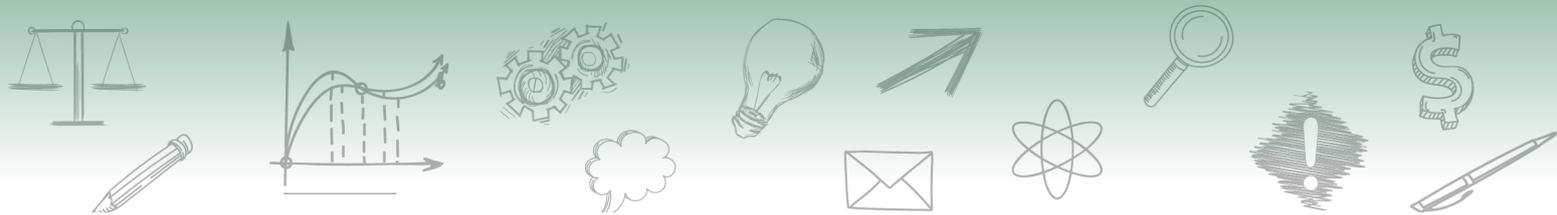
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 2.917/2010. Processo nº TC - 016.692/2008-1. Ata nº 41/2010 - Plenário. Representação. Contrato de produtos e serviços de suporte técnico para internalização da tecnologia IBM-Tivoli na Receita Federal do Brasil. Conhecimento. Procedência parcial. Alertas. Ciência. Arquivamento. Relator: Min. Valmir Campelo, 3 de novembro de 2010. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 214, p. 62, 9 nov. 2010. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=09/11/2010&jornal=1&pagina=62&totalArquivos=88>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. Acórdão nº 4.063/2015. Processo nº TC - 011.790/2014-8. Ata nº 23/2015 - 1ª Câmara. Representação. Contratação de produção de vídeo em resolução ultra HD 4K. Ausência de justificativas adequadas para a especificação do objeto em 4K. Posterior aceitação da prestação dos serviços em formato full HD, contrariando o disposto no edital. Audiência. Rejeição das justificativas. Multa. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti, 14 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 135, p. 112, 17 jul. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/07/2015&jornal=1&pagina=112&totalArquivos=212>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria do Tribunal Pleno. Órgão Especial. **Resolução nº 23, de 17 de dezembro de 1993**. Aprova o Enunciado nº 331 para compor a Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF: TST, 1993. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/25616/1993_res0023.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 jan. 2021.

FURTADO, L. R. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16.
Acórdão n. 2512-P.

Enunciado TST da Súmula n. 331 em 31.05.2011.

Unidade 2

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa nº 48, de 25 de abril de 2014. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 82, p. 2, 2 maio 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/05/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=176>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa nº 49, de 25 de abril de 2014. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 82, p. 2, 2 maio 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/05/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=176>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Departamento de Consulta. **Parecer nº 5/2015.** Divergência de entendimentos jurídicos quanto à (im)possibilidade de permanência da pesquisa de melhoramento genético de cana-de-açúcar desenvolvida pela UFAL dentro da Estação Ecológica de Murici/AL. Brasília, DF: AGU, 2015. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/download/index/id/33596007>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Departamento de Consulta. Câmara Permanente de Licitações e Contratos. **Parecer nº 8/2013.** Extensão dos efeitos da penalidade de suspensão temporária (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993) e impedimento de licitar e contratar com a Administração (art. 7º da Lei nº 10.520/2002). Brasília, DF: AGU, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN082013CPLCDEPCONSUPGFAGU.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Parecer n. 09/2015/CPLC/Deconsu/PGF/AGU.