

**VÍCIOS MAIS COMUNS EM LICITAÇÕES:  
como evitar, quando sanar e como corrigi-los  
à luz da jurisprudência do TCU.**

**AULA 3**

**FASE DE GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS**

Nesta fase é que se destaca ainda mais a importância da atuação do servidor público.

O art. 67 da LL prevê que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado com as ressalvas que a conduta requer.

Dentro de um contexto de uma administração pública, em sua grande maioria sucateada e sem estrutura adequada, a repercussão não poderia deixar de recair sobre a gestão e fiscalização dos contratos administrativos.

E aí é que se apresentam as maiores fraudes, pois os contratados cientes desta deficiência, muitas vezes, agem de má-fé e burlam o sistema.

**3.1 Atesto indevido: é a conformidade do que foi executado com o objeto contratado pela Administração (bens, serviços ou obras). Envolve, em regra, conhecimento técnico de quem verificará se a execução obedece às especificações, ao projeto, aos prazos e às demais obrigações contratuais.**

**Aqui se deve ter conhecimento do art. 73 da Lei n.º 8.666/93.**

- Ausência de conhecimento não exime o agente público de responsabilização.
- Dever de negar a assinatura.
- Atesto de serviços efetivamente realizados.
- Não é ato meramente formal.
- Requisito essencial para a liquidação.

**TCU:**

“A aposição de *assinatura* em atesto de medição constitui declaração formal de que os serviços foram executados conforme contratado e estão aptos a serem pagos, trata-se de requisito essencial para a liquidação da despesa. O agente público, sob pena de responsabilização, tem o dever de se negar a

atestar medição sobre a qual não tenha o efetivo conhecimento dos serviços realizados.” **Acórdão 8920/2017 – Segunda Câmara.**

“Ao assinar os boletins de medição (material entregue), ainda que não tenha a expertise necessária para tanto, assume o subscritor a responsabilidade em relação aos serviços medidos e por ele liquidados.” **Acórdão 5902/2016 – Primeira Câmara.**

### **3.2 Prorrogação do contrato**

REGRA GERAL: A Lei 8666 em seu art. 57, caput, estabelece que a duração dos contratos administrativos fica restrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Entretanto, excepcionalmente, em casos de necessidade de prorrogação para execução no novo exercício, pode ocorrer a prorrogação do acordo com cada tipo de contrato.

Portanto, o contratado não possui direito subjetivo à prorrogação e sim uma mera expectativa, sendo que sua prorrogação não pode ser suscitada como vício contratual.

#### **TCU:**

“Não há ofensa ao devido processo legal, cerceamento de defesa ou prejuízo ao contraditório se o TCU não oferecer oportunidade de ingresso e manifestação nos autos ao contratado no caso de decisão que obsta a renovação e *prorrogação* de contratos, tendo em vista que não há direito subjetivo à *prorrogação* de contrato celebrado com o Poder Público, e sim mera expectativa de direito”. **Acórdão 1477/2016 – Plenário.**

Entendendo a Administração que é caso de prorrogação do contrato, deverá planejar e motivar esta renovação como se fosse uma nova contratação, fazer uma ampla pesquisa de preços com consultas em portais de compras governamentais e pesquisa de fornecedores em caráter subsidiário.

- Vide art. 57, II da LL.

#### **TCU:**

“Cada ato de *prorrogação* equivale a uma renovação contratual, motivo pelo qual a decisão pela *prorrogação* de contratação direta deve ser devidamente planejada e motivada, principalmente mediante a indicação da hipótese legal ensejadora da dispensa ou da inexigibilidade de licitação, válida no momento do ato de *prorrogação* contratual”. **Acórdão 213/2017 – Plenário.**

“Na demonstração da vantajosidade de eventual renovação de *contrato* de serviços de natureza continuada, deve ser realizada ampla pesquisa de preços, priorizando-se consultas a portais de compras governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, utilizando-se apenas subsidiariamente a pesquisa com fornecedores”. **Acórdão 1604/2017 – Plenário.**

Entretanto, em não tendo a contratada interesse na prorrogação do contrato, deve-se, seguindo a ordem de classificação, contratar a remanescente por dispensa de licitação, mantidas as mesmas condições do vencedor da licitação.

**TCU:**

“A ausência de interesse da contratada em fazer nova *prorrogação* de avença de prestação de serviços de natureza continuada autoriza a realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento (art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993), desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço”. **Acórdão 1134/2017 – Plenário.**

Ao gestor administrativo é importante observar que no caso de prorrogação contratual o aditivo deve ser providenciado ainda dentro do prazo de vigência do contrato, sob pena de ser considerado extinto, e sua vigência contínua sem tais providências viciada.

**TCU:**

“No caso de *prorrogação* contratual, o termo de *aditamento* deve ser providenciado até o término da vigência da avença originária. Transposta tal data, não será mais possível a *prorrogação* ou continuidade da execução, sendo considerado extinto o contrato”. **Acórdão 2032/2009 – Plenário.**

“No caso de prorrogação de contrato administrativo, deve ser observada a vigência do ajuste originário, evitando-se a assinatura extemporânea de aditivo”. **Acórdão 1746/2009 – Plenário.**

## **CASO DE NULIDADE**

“Quando da proximidade de renovações contratuais, devem ser realizadas pesquisas de preços, em conformidade com os quantitativos realizados e expectativas de aumento ou redução da demanda futura, de modo a aferir os valores unitários dos preços praticados com os vigentes no mercado, com a antecedência necessária à realização de licitação”. **Acórdão 6286/2010 – Primeira Câmara.**

### 3.3 Prazo do contrato de escopo ou por objeto ou de execução instantânea

Vide art. 57, § 1º da LL

Marçal Justen Filho diz que estes contratos “impõem a parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante (a não ser nos casos de evicção e vícios redibitórios).

- Regra geral dos contratos é a prorrogação dentro do prazo. A maioria da doutrina afirma que ainda que expirado o prazo de vigência previsto no contrato, este subsiste enquanto não concluído o objeto.

- Exceção: contratos de escopo. Segundo H. L. Meirelles aqui, o prazo é apenas limitativo no cronograma físico.

- Paralisações pela Administração: suspensão da contagem do prazo. **IMPORTANTE.**

#### TCU:

“Em regra a *prorrogação* do contrato administrativo deve ser efetuada antes do término do *prazo* de vigência, mediante termo aditivo, para que não se opere a extinção do ajuste. Entretanto, excepcionalmente e para evitar prejuízo ao interesse público, nos contratos de escopo, diante da inércia do agente em formalizar tempestivamente o devido aditamento, é possível considerar os períodos de paralisação das obras por iniciativa da Administração contratante como períodos de suspensão da contagem do *prazo* de vigência do ajuste”. **Acórdão 127/2016 – Plenário.**

\* Prazo de vigência é formalidade essencial e a falta de prorrogação equivale a um contrato verbal, expressamente vedado pelo artigo 60 da Lei de Licitações. Mesmo nos contratos de escopo.

\*\* O TCU e a AGU vedam a celebração de aditivo ao contrato extinto com vigência retroativa.

### 3.4 Assinatura de contrato sem os elementos exigidos em lei

- Vide art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93.

Quando estivermos diante de um contrato administrativo resultante de um projeto básico deficiente sem a observância dos comandos legais, os agentes públicos incidirão em conduta grave e deverão ser responsabilizados.

**TCU:**

“A realização de licitação, a assinatura de contrato e o início de obras com adoção de projeto básico deficiente, sem os elementos exigidos em lei, por si só caracteriza irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis”. **Acórdão 725/2016 – Plenário.**

**3.5 Obrigações do Gestor**

Aqui cabe um parêntese acerca da figura do FISCAL e do GESTOR do contrato administrativo a quem caberá diretamente a gestão e fiscalização dos contratos:

**FIGURA DO FISCAL DO CONTRATO E FIGURA DO GESTOR DO CONTRATO**

<b>FISCAL</b>	<b>GESTOR</b>
Responsável pelo acompanhamento do objeto da licitação, verificando a correta execução do contrato, legitimando os pagamentos ou, em sendo o caso, sugerir às autoridades competentes a aplicação de sanções ou em casos mais graves a rescisão contratual.  ** Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU, nº 57 que afasta a responsabilidade do fiscal.	É a ponte da administração com o contratado como se fosse o preposto da empresa. É a figura que trata diretamente com a outra parte exigindo que cumpra o que foi pactuado.

- Coibir práticas que afrontam os princípios da Administração Pública.
- Vedação ao nepotismo.

**TCU:**

“ O gestor de contrato responde por nepotismo ao não coibir a admissão de familiar seu por empresa prestadora de serviço terceirizado em contratações sob a sua fiscalização, por afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade”. **Acórdão 9455/2017 – Segunda Câmara.**

- Garantia quinquenal (é a garantia obrigatória para obras da construção civil).
- Durabilidade da obra.

**TCU:**

“É obrigação do *gestor* verificar a durabilidade e a robustez das obras públicas concluídas, por meio de avaliações periódicas, especialmente durante o período de garantia quinquenal (art. 618 do Código Civil)”. **Acórdão 2659/2015 – Segunda Câmara.**

- Desoneração tributária – “desoneração da folha de pagamento” – implementada pelo Governo Federal e consiste em substituir tal contribuição patronal por outro título incidente sobre o faturamento da empresa, e não mais sobre a folha de pagamentos, com alíquotas de 1 a 2 %, dependendo do setor da economia. Principal razão é reduzir os custos de produção no Brasil.

- Folha de pagamento. Mão de obra.
- Repactuação.

**TCU:**

“A falta de providências do *gestor* para repactuação de *contrato* em razão de desoneração tributária da folha de pagamento da contratada configura irregularidade passível de sanção por parte do TCU”.

**Acórdão 1580/2015 – Plenário.**

- Reequilíbrio econômico-financeiro.
- Comprovação do impacto.
- Análise dos insumos.
- Documentação acostada aos autos.
- Elevação dos custos.
- Agir com prudência e segurança.

**TCU:**

“Cabe ao *gestor*, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar do processo análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a “teoria da imprevisão”, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial.”

**Acórdão 1431/2017 – Plenário.**

- Responsabilidade subjetiva perante o TCU.
- Basta a Culpa *Stricto sensu*. A não ser que não possa antever o resultado, comprove que não tinha conhecimento da fraude e que dela não aferiu benefícios.

#### **TCU:**

“A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do *gestor* para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou *negligência*, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário”. **Acórdão 635/2017 – Plenário.**

“A *negligência* do *gestor* deve ser abalizada com a possibilidade de antevisto do resultado. Se não era do seu conhecimento a existência de esquema fraudulento e se da fraude não auferiu benefícios, pondera-se exagerada a hipótese de responsabilizá-lo por ter concorrido culposamente para o dano ao erário, mesmo que a ocorrência tenha se dado a partir do uso de sua senha pessoal cedida, de boa-fé, a outro agente público”. **Acórdão 6544/2010 – Primeira Câmara.**

Em regra, não se pode aplicar multa à administração por alguma inexecução contratual.

Lucas Furtado entende que a regra do art. 37, § 6º, da CF quanto à responsabilidade do Estado não se aplica aos contratos administrativos.

Assim, não se aplicaria a tese da responsabilidade objetiva do Estado perante os particulares (deve sim ser comprovada).

**VAMOS APRENDER MAIS???**

#### **A Administração deve sempre vincular os pagamentos aos resultados da prestação dos serviços?**

Sim. O pagamento deve ser realizado de acordo com o serviço prestado, e, havendo falhas, a Administração deve aplicar as sanções correspondentes, inclusive, em caso mais extremos, a rescisão contratual. Todos os serviços contratados devem ser executados nos moldes das regras previstas no instrumento convocatório, proposta, contrato e legislação regente.

Todavia, em alguns tipos de serviços, mesmo não havendo inadimplemento na execução, não sendo o serviço prestado no nível de qualidade exigido, o pagamento não deve ser feito na sua integralidade, conforme contratado.

Para tanto, o instrumento que servirá para medição e análise é o Instrumento de Medição de Resultado (IMR).

Ex.: serviço de limpeza e conservação.

### **A Administração Pública pode ser responsabilizada por eventual inadimplemento da empresa prestadora de serviços? Qual o limite da sua responsabilidade?**

A partir do decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2007 o Tribunal Superior do Trabalho em 2011, alterou a Súmula 331, prevendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, “que discute a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. (...) confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos”.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Com isso concluímos o nosso curso, da forma mais prática e incisiva possível, buscando, dentro das três fases do processo licitatório, comum a todas as espécies de licitação, destacar os principais pontos, atualidades, tendências normativas doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos vícios que podem se apresentar e conhecendo-os, como podemos agir para evitar ou saná-los.

---

### **BIBLIOGRAFIA:**

1. FILHO, M. J. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES. LEI 8.666/1993. Editora Revista dos Tribunais. 17ª edição. 2016.
2. VIEIRA, E. P. T. P. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMENTADA. Editora Verbatim. 2ª edição. 2014.
3. VIEIRA, J. L. LICITAÇÕES E CONTRATOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Editora Edipro. 26ª Edição. 2014.
4. FURTADO, L. CURSO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Editora Fórum, 7ª Edição 2017.