

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS II

José Carlos de Oliveira

Professor de Direito Administrativo na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. TEORIA DA IMPREVISÃO, FATO DO PRÍNCIPE, CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

A teoria da imprevisão se caracteriza pela ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis no curso do contrato, os quais culminam no desequilíbrio contratual.

Carvalho Filho (2011) escreve que o fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profunda-

mente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente.

Tal teoria se aplica no âmbito da esfera econômica do contrato e exige, para sua caracterização e consequente restauração do equilíbrio contratual, que haja a superveniência de eventos imprevistos de ordem econômica, os quais não decorram de ação de qualquer das partes e que afetem de maneira considerável o equilíbrio do contrato administrativo.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já expôs em sede de Recurso Especial, os requisitos para a configuração do instituto em análise (BRASIL, 2010):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL.
CONVERSÃO EM URV. TEORIA DA IMPREVISÃO.
INAPLICABILIDADE AO CASO.

1. Constata-se que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida

e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Esta Corte já se pronunciou que a instituição da Unidade Real de Valor – URV se consubstanciou em si mesma, cláusula de preservação da moeda. Sendo assim, *in casu*, não se aplica a teoria da imprevisão, uma vez que este Tribunal entende não estarem presentes quaisquer de seus pressupostos.

3. É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas conseqüências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato. E conforme entendimento desta Corte, a conversão de Cruzeiros Reais em URVs, determinada em todo o território nacional, já pressupunha a atualização monetária (art. 4º da Lei n. 8.880/94), ausente, portanto, a gravidade do desequilíbrio causado no contrato. 4. Recurso especial não provido.¹

¹ Cf. REsp 1129738 / SP, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MAR-

Carvalho Filho (2011) bem observa que o efeito da teoria da imprevisão é estabelecido em duas vertentes. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de nenhum modo, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte terá esta o direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido.

O fato do príncipe, por sua vez, constitui a situação em que o Estado contratante, de maneira lícita e indireta, modifica as condições do contrato, acarretando, todavia, prejuízo ao particular contratado. Para Di Pietro (2011) trata-se da execução de medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. A autora menciona, a título de exemplo, a hipótese de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato.

Importante destacar que, para parte da doutrina, a aplicação da teoria do fato do príncipe só ocorre se o fato

que atinge o contrato for proveniente da mesma pessoa jurídica que celebrou o contrato, enquanto outra corrente considera que o “príncipe” abrange o Estado em qualquer de suas manifestações internas.

No que se refere aos efeitos da aplicação da teoria do fato do príncipe, a doutrina, diferentemente da teoria da imprevisão, elenca a possibilidade de revisão do preço ou de indenização integral (CARVALHO FILHO, 2011):

O efeito da aplicação da teoria do fato do príncipe, à semelhança do que ocorre como teoria da imprevisão, comporta duas hipóteses. A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações; nesse caso, terá o particular o direito à revisão do preço para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações. Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral. Observe-se que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se aplica na teoria da imprevisão (...).

QUES (1141), T2 - SEGUNDA TURMA, Data do julgamento: 05/10/2010 (BRASIL, 2010).

Em relação ao caso fortuito e à força maior, também hipóteses de inexecução não culposa do contrato, há de se traçar um conceito que diferencie os termos, para fins de mero conhecimento, pois existem posições divergentes na doutrina sobre a definição exata de cada termo. O caso fortuito remete às situações geradas em decorrência de eventos da natureza, a exemplo de um terremoto, enquanto a força maior guarda relação com um fato causado pela vontade humana, como uma greve. Ambas as situações, todavia, devem ter natureza de ocorrências imprevisíveis e inevitáveis, bem como acarretar a impossibilidade do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato administrativo.

Caracterizadas as situações ora elencadas, rompe-se, da mesma forma, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que uma das partes sofre um encargo excessivamente oneroso em relação ao pacto celebrado. Assim, nos termos dos artigos 78, XVII e 79, §2º, da Lei 8.666/73 (BRASIL, 1993), a ocorrência de caso fortuito ou força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato, constitui motivo para a rescisão do contrato. Além disso, cabe ao contratado o ressarcimento

dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, com direito, inclusive, à devolução de garantia, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

2. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

As chamadas prerrogativas da Administração, no âmbito dos contratos administrativo, se traduzem nas cláusulas exorbitantes, as quais decorrem do regime jurídico administrativo dos contratos celebrados na iniciativa pública. Entre as mencionadas prerrogativas se inserem as possibilidades da Administração rescindir e alterar unilateralmente os contratos, ocupar provisoriamente os bens do contratado, fiscalizar a execução do contrato, bem como aplicar sanções aos contratados, assuntos estes já analisados em tópicos de aulas anteriores.

3. RESPONSABILIDADE PELA INEXECUÇÃO

A responsabilidade pela inexecução se encontra no âmbito da inexecução contratual culposa, ou seja, aquela motivada por culpa de uma ou de ambas as partes envolvidas no contrato.

Nesse aspecto, pouco interessa se a conduta foi culposa (proveniente de ação ou omissão com imprudência, negligência ou imperícia) ou dolosa (intenção de descumprir), desde que a inexecução decorra de culpa *lato sensu* (culpa ou dolo).

A consequência imediata da inexecução do contrato é a rescisão por parte de quem foi diretamente prejudicado, seja a Administração ou o contratado. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, dessa forma, lista, em seu artigo 78, as causas que dão ensejo à rescisão do contrato, seja a conduta da iniciativa do polo estatal ou particular do contrato.

Ocorrida a inexecução por parte do contratado, resta à Administração a alternativa da rescisão unilateral, nos termos do que prevê o artigo 79, inciso I, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993). Dessa forma, além das sanções contratuais

e legais a serem impostas ao particular, objeto de estudo futuro, dispõe o estatuto federal, no seu artigo 80, que algumas consequências serão geradas. Vejamos:

Primeiramente, de forma a prestigiar o princípio da continuidade do serviço público, os incisos I e II, do artigo 80 (BRASIL, 1993), preveem a possibilidade de assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, bem como a ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregado na execução do contrato.

Pode a Administração, no entanto, nos termos do parágrafo primeiro do mencionado artigo, resolver pela execução direta ou indireta na continuidade da obra ou do serviço assumido. Já no caso de concordata do contratado, ao Poder Público há a opção de decidir pela manutenção do contrato, com o controle de determinadas atividades essenciais.

Em relação ao ressarcimento e aos prejuízos constatados pela Administração, a Lei 8.666/93 prevê a execução da garantia contratual, dos valores das multas e indenizações a ela devidos, bem como a retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos aferidos.

Nessa temática, deve-se atentar que, para a execução dos valores, é necessária a existência de título executivo. Assim escreve (CARVALHO FILHO, 2011, p. 191-192):

No que tange à execução de valores (art. 80, III), vale a pena observar que se faz necessária a presença do título executivo para que o Poder Público acione o contratado. O contrato em si não se caracteriza como tal, já que apenas prevê a obrigação relativa a multas e indenizações (art. 55, VII) e à garantia contratual (art. 55, VI). Da mesma forma não é título executivo o ato administrativo que determinou a rescisão unilateral do contrato (art. 79, I). Por esse motivo, exige-se que a Administração promova a ação de conhecimento para a obtenção do título. Se o contratante for pessoa de direito público, deverá inscrever seu crédito, extrair a Certidão de Dívida Ativa (CDA) e ajuizar a execução fundada em título extrajudicial. No caso de pessoa de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista, por exemplo) poderá ser utilizada a ação monitória, cabível a quem pretende, com lastro em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro (art. 1.102-A, Código de Processo Civil); a referida ação,

sendo procedente o pedido, rende ensejo à obtenção do título executivo (art. 1.102-C, caput e §3º, CPC), este sim, idôneo à fase executória do processo.

Outrossim, ainda no campo do inadimplemento da obrigações, o artigo 389 do Código Civil, dispõe que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado, norma esta, aplicável a todos os contratos, inclusive aos administrativos, já que inexistente previsão a respeito de qualquer prerrogativa especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual (CARVALHO FILHO, 2011, p. 192).

Por fim, a corroborar o raciocínio acima exposto, importante lembrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se encontra pacificada em relação à necessidade de pagamento com correção monetária e juros, caso ocorra inadimplência contratual por parte da Administração, ainda que o contrato não seja rescindido (BRASIL, 2005):

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. INCIDÊNCIA.

1. A submissão dos contratos administrativos às cláusulas nele estabelecidas, como prevê o art. 44 do Decreto-Lei 2.300/86, não exige a Administração de pagar com correção monetária as parcelas em atraso, ainda que omisso a respeito o contrato. O descumprimento da avença, no caso, se deu pelo atraso do pagamento, e não pela incidência da correção monetária, que nada mais é do que a recomposição do valor real da moeda.²

E (BRASIL, 2000):

2. Pagamento em atraso, feito pelo Poder Público, só o libera quando integralmente pago, incluindo-se na integralidade os consectários legais e a correção monetária.³

² Cf. REsp 599.851/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 09.05.05 (BRASIL, 2005).

³ Cf. REsp 202.912/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Eliana Calmon, DJU de 12.06.00 (BRASIL, 2000).

Por fim (BRASIL, 2007a):

3. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.⁴

4. REVISÃO CONTRATUAL

A revisão contratual, em outras palavras, nada mais é do que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal instituto tem previsão no artigo 65, II, alínea "d", e parágrafo sexto da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Tal item já foi abordado no tema alteração dos contratos, eis que se trata de hipótese de alteração do contrato por acordo das partes. De acordo com o que dispõe a lei em comento, os contratos poderão ser alterados para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento.

⁴ Cf. TJ-SP; REsp 917309 SP 2007/0006162-9; Ministro CASTRO MEIRA; j. em 01/08/2007 ; SEGUNDA TURMA (BRASIL, 2007a).

A revisão, conforme dito anteriormente se aplica na ocasião de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

Relevante observar, nesse caso, que, conforme já sedimentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a inflação não pode ser tomada como álea administrativa extraordinária, impossibilitando, portanto, a revisão do contrato administrativo com esse fim (BRASIL, 2008):

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1. Questão do conhecimento do recurso especial resolvida em agravo regimental, julgado na Segunda Turma, que, acolhendo o voto do Relator, conheceu do recurso pela alínea "a"

do permissivo constitucional, determinando fosse o caso incluído novamente em pauta para a análise do mérito recursal, tendo em vista da observância do princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Se o acórdão chegou à conclusão diversa da pretendida pelas partes, e de forma fundamentada, nem por isso existe violação do art. 535 do CPC.

3. Art. 18 do CPC. Litigância de má-fé. As razões recursais acabam por confundir a multa por litigância de má-fé (art. 18, caput, CPC) com a indenização em casos de prejuízos decorrentes da litigância de má-fé (art. 18, §2º, CPC). Mesmo tomando-se por base que os recorrentes apontaram corretamente a violação do art. 18, § 2º do CPC, impossível chegar à conclusão diversa da que o Tribunal local chegou sem reanalisar os pressupostos fático-probatórios dos autos, pois a instância ordinária é soberana na análise da prova e afirmou não existir o dano alegado para eventual indenização por litigância de má-fé.

4. Teoria da Imprevisão. Alegada violação dos arts. 478, 479 e 480 do novo Código Civil. De início, cumpre asseverar ser irrelevante o fato de que o contrato foi firmado antes da

vigência do novo Código Civil para a análise da Teoria da Imprevisão. Questões principiológicas de que se valiam os intérpretes do próprio Código Beviláqua.

5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente.⁵

⁵ Cf. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 744.446/DF, 2a T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 17.04.2008, DJ de 05.05.2008) (BRASIL, 2008).

Por último, cabe trazer os ensinamentos de Justen Filho (2012) ao dizer que se reserva a expressão “revisão” de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato se sujeita a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos.

5. RESCISÃO CONTRATUAL

A rescisão dos contratos administrativos, que pode ocorrer de forma unilateral ou bilateral, tem suas hipóteses previstas no artigo 79 da Lei 8.666/93. Dentre as situações elencadas em lei se encontram a rescisão administrativa, a consensual e a judicial.

A rescisão administrativa é aquela feita pela Administração, de forma unilateral, por razões de interesse pú-

blico ou por descumprimento de cláusula contratual pelo particular contratado. Tal modalidade produz seus efeitos jurídicos desde logo, uma vez que se aplica o princípio da autoexecutoriedade.

A rescisão por razões de interesse público, prevista no artigo 78, XII, da Lei 8.666 (BRASIL, 1993), é avaliada no juízo de conveniência e oportunidade da Administração, ou seja, no campo da discricionariedade. Nessa temática, Carvalho Filho (2011) escreve que para evitar abusos, no entanto, o legislador exigiu a presença de quatro pressupostos para legitimar esse tipo de rescisão:

- 1) que as razões administrativas sejam altamente relevantes;
- 2) que a Administração promova amplo conhecimento desses motivos;
- 3) que tais razões sejam justificadas e determinadas pela mais alta autoridade na respectiva esfera administrativa. Por falta da devida motivação, já se anulou ato de rescisão contratual. E
- 4) que tudo fique formalizado no processo administrativo, devendo o administrador dar ciência ao contratado dos motivos da rescisão, bem como oferecer-lhe proposta para eventual recomposição dos prejuízos.

A rescisão judicial, de seu turno, decorre de uma sentença, que coloca fim a um litígio, ou seja, nada mais é do que a rescisão decretada por autoridade investida na função jurisdicional.

A rescisão amigável ou consensual advém do acordo entre as partes pactuantes. Nessa hipótese, conforme prevê o inciso II do artigo 79, a rescisão deverá ser reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração.

Sobre o uso da expressão “conveniência”, Justen Filho (2012) escreve que o vocábulo não significa arbítrio ou discricionariedade em promover a rescisão e compor as perdas e danos decorrentes. É incontroverso (porque a lei assim o determina) que, verificado o próprio inadimplemento, a Administração tem o dever de acolher o pleito da rescisão e de indenização por perdas e danos. A expressão enfocada tem de indicar, portanto, as hipóteses em que exista disputa entre as partes acerca dos fatos ou de seus efeitos. Quando, objetivamente, a concretização do inadimplemento não for pacífica, a Administração não pode acordar com a rescisão amigável. O mesmo se diga

quando houver disputa acerca da extensão das perdas e danos. Se as partes não se acertarem sobre a caracterização do inadimplemento ou sobre a apuração do inadimplemento, deverá recorrer-se ao Poder Judiciário.

Além das modalidades já elencadas, cabe, ainda, lembrar-se das hipóteses que podem ocorrer no curso do contrato, colocando fim ao que foi pactuado, a exemplo da rescisão de pleno direito, que decorre de situações alheias às partes, ou seja, que não dependem da vontade dos contratantes (ex: falecimento de profissional específico contratado ou incapacidade superveniente do contratante). Também se insere nessa hipótese os casos de anulação do contrato, diante de vício de legalidade, e de extinção por conclusão do objeto contratado ou por advento do termo contratual, situação em que se encerra o prazo do contrato.

6. FISCALIZAÇÃO DE ENCARGOS E DEMAIS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Desde o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16 perante o Supremo Tribunal Federal, ficou claro que a Administração Pública, na vigência dos contratos administrativos, tem o dever de fiscalizar os encargos e demais obrigações trabalhistas dos contratados.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16, reconheceu a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993). O artigo dispõe o seguinte:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Restou certo na decisão que deve ocorrer a fiscalização das condições de habilitação no período de execução do contrato, dentre as quais se inserem o cumprimento das obrigações trabalhistas. Assim, por mais que tenha sido considerada a constitucionalidade do §1º do artigo 71, foi lembrado, na ocasião do debate, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado não transfere tal responsabilidade à Administração Pública, mas a inadimplência do Poder Público em relação à fiscalização do contratado traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho, eventualmente, pode reconhecer, a despeito da constitucionalidade da norma.

Dessa forma, com base no julgamento em questão, o Tribunal Superior do Trabalho revisou sua súmula 331, para conferir ao inciso IV (BRASIL, 2003), então, o seguinte teor:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho - DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e

conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS LICITAÇÕES

No campo das licitações, a responsabilidade civil pode se dar na revogação e na anulação dos atos administrativos, bem como nos demais atos que impliquem prejuízo ao particular.

Em relação à revogação, é importante reparar os efeitos lesivos sofridos pelos terceiros em virtude do desfazimento dos atos administrativos. Conforme escreve Justen Filho (2012) a revogação pressupõe a existência de atos válidos, que ainda não se caracterizam como perfeitos, nem tenham gerado direito adquirido. Ainda segundo o autor, deve-se verificar a relação de causalidade entre a revogação e a lesão ao patrimônio do particular. Dessa forma, a Administração está obrigada a indenizar os licitantes pelos prejuízos sofridos, quando o evento que conduziu à revogação for imputável à Administração.

Nesse sentido, é elucidativa a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 12.047/DF (BRASIL, 2007b): “Na anulação não há direito algum para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente,

pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas⁶”.

Já em relação à anulação, ainda que o particular não possa exigir a manutenção de ato nulo, tem o direito às perdas e danos decorrentes da relação e da conduta da Administração Pública, uma vez que as consequências advindas do ato viciado podem causar prejuízos aos administrados ou a seus patrimônios.

Dessa forma, por exemplo, como consequência lógica da invalidação da licitação, o contrato administrativo também será anulado, sendo assegurada a responsabilização estatal como forma de compensação pelo ato inválido, em homenagem ao princípio da segurança jurídica (JUSTEN FILHO, 2012).

O mesmo raciocínio se aplica quando a invalidação atingir tão somente o contrato administrativo. Do caso em questão, contudo, tratou o artigo 59 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), de forma expressa, ao prever que a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele,

ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. O parágrafo único, por sua vez, dispõe que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Além dos casos aqui apresentados, importante relembrar, conforme já estudado em tópicos anteriores, que cabe recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos de modificação unilateral do contrato, bem como indenização por parte da Administração na hipótese de rescisão contratual, conforme prevê o parágrafo segundo do artigo 79 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Inserir-se nesse contexto também a já estudada responsabilidade solidária dos membros da comissão, que tem lugar quando há atuação pessoal e culposa com vistas à concretização do ato danoso ou na omissão em relação aos atos necessários para evitar o dano.

⁶ Cf. 1a S., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 28.03.2007, DJ de 16.04.2007.

8. GESTÃO DE CONTRATOS

O poder-dever de fiscalização dos contratos administrativos pela Administração advém da previsão expressa nos artigos 58, III e 67, da Lei 8.666/93. Os dispositivos em comento, conforme assevera (JUSTEN FILHO, 2012, p. 934), devem ser interpretados no sentido de que tal fiscalização não é mera faculdade assegurada à Administração Pública, mas sim mecanismo para controlar a correta e perfeita execução dos contratos.

Sobre as figuras do gestor e do fiscal de contratos, cumpre ressaltar a existência de um dissenso ao se discutir a equivalência das funções. A doutrina e os manuais de gestão de contratos da Administração Pública utilizam as expressões ora com sentidos equivalentes, ora com sentidos distintos. A título de exemplo, podemos citar a Cartilha para os Gestores de Contratos de Tecnologia de Informação do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que diferencia as expressões (PERNAMBUCO, 2009, p. 6):

O papel do Gestor de Contratos é definido no art. 67 da lei 8.666/93. No entanto, tal definição não permite a clara distinção entre as figuras do Gestor e do Fiscal de Contratos, necessária

para a adequada atribuição de responsabilidades. Fato é que o Gestor de Contratos tem, para além das responsabilidades operacionais que poderá delegar a um fiscal, o papel gerencial. O Gestor de Contratos poderá acumular também as funções de fiscalização, mas o Fiscal não poderá assumir a responsabilidade do gerenciamento. Ao Gestor e apenas a ele, caberá a responsabilidade pela assinatura de documentos e tomada de decisões gerenciais relativas à execução do contrato.

O referido manual cita também LEIRIA, que traça sua tese nesse sentido. Para o autor, gestor de contratos é aquele que, por delegação, tem a função de administrar contratos desde o início até o seu final. Fiscal de contratos, por sua vez, é aquele que, por delegação, tem a função de administrar uma parte focal do contrato. Usualmente, esse profissional atua após a realização da contratação ou por segmento, tais como fiscalização técnica do escopo contratual, fiscalização trabalhista e previdenciária, fiscalização administrativa etc.

Em sentido contrário, o Manual de Gestão de Contratos do Superior Tribunal de Justiça, que tem como

colaboradores Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, não conta com qualquer diferenciação entre as expressões, sendo citada, tão somente, conforme previsão em lei, a possibilidade de contratação de um fiscal (profissional ou empresa) para assistir ou subsidiar o gestor na efetiva fiscalização (artigos 9, III, §1º, c/c art. 13, IV da Lei nº 8.666/93). A hipótese é explicada por (JUSTEN FILHO, 2012, p. 936):

Faculta-se, de modo expresse, que a administração contrate terceiros para acompanhamento de atividade de fiscalização. Supõem-se casos em que a especialidade ou a complexidade da prestação superam os limites da atuação dos agentes administrativos. Faz-se necessário contar com a colaboração de outros particulares para fiscalizar o desempenho do contratado.

De fato, embora exista tal discussão, no âmbito da Unesp, é adotado o posicionamento que distingue as atribuições de um fiscal e de um gestor de contratos. O manual para gestores e fiscais de contratos administrativos da universidade, ao encarar o tema, assim dispõe (UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA, 2011, p. 13):

O papel de Fiscal de Contratos é definido no art. 67 da Lei 8.666/93. No entanto, tais definições não permitem a clara distinção entre as figuras do Gestor e do Fiscal de Contratos, necessária para a adequada atribuição de responsabilidades operacionais, que poderá delegar a um Fiscal o papel gerencial.

Um Gestor de Contratos poderá desempenhar também as funções de fiscalização, mas um Fiscal não poderá assumir a responsabilidade do gerenciamento.

Conclui-se, dessa forma, que, no âmbito da Unesp, embora haja diferença entre as expressões, uma das figuras, qual seja, o gestor dos contratos, pode, em suas atribuições, exercer as funções do fiscal, mas o contrário não ocorre.

8.1. ATRIBUIÇÕES DO AGENTE FISCALIZADOR

Conforme dispõe o Guia útil para gestores e fiscais de contratos administrativos da Unesp (UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA, 2011, p. 3-4), há atribuições específicas para o gestor e para o fiscal de contratos.

Ao gestor de contratos são reservadas as seguintes atribuições:

1 – Cuidar das questões relativas:

- a) à prorrogação de Contrato junto à Autoridade Competente (ou às instâncias competentes), que deve ser providenciada antes de seu término, reunindo as justificativas competentes;
- b) à comunicação para abertura de nova licitação à área competente, antes de findo o estoque de bens e/ou a prestação de serviços e com antecedência razoável;
- c) ao pagamento de Faturas/Notas Fiscais;
- d) à comunicação ao setor competente sobre quaisquer problemas detectados na execução contratual, que tenham implicações na atestação;

2 – Comunicar as irregularidades encontradas: situações que se mostrem desconformes com o Edital ou Contrato e com a Lei;

3 – Exigir somente o que for previsto no Contrato. Qualquer alteração de condição contratual deve ser submetida ao superior hierárquico, acompanhada das justificativas pertinentes;

4 – Cuidar das alterações de interesse da Contratada, que deverão ser por ela formalizadas e devidamente fundamentadas, principalmente em se tratando de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro ou repactuação. No caso de pedido de prorrogação de prazo, deverá ser comprovado o fato impeditivo da execução, o qual, por sua vez, deverá corresponder àqueles previstos no parágrafo primeiro do artigo 57 da Lei 8.666/93 e alterações;

5 – Elaborar ou solicitar justificativa técnica, quando couber, com vistas à alteração unilateral do Contrato pela Administração;

6 – Alimentar os sites do Governo, os sistemas informatizados da Casa, responsabilizando-se por tais informações, inclusive sempre quando cobradas/solicitadas;

- 7 – Negociar o Contrato sempre que o mercado assim o exigir e quando da sua prorrogação, nos termos da Lei;
- 8 – Procurar auxílio junto às áreas competentes em caso de dúvidas técnicas, administrativas ou jurídicas;
- 9 – Documentar nos autos todos os fatos dignos de nota;
- 10 – Deflagrar e conduzir os procedimentos de finalização à Contratada, com base nos termos Contratuais, sempre que houver descumprimento de suas cláusulas por culpa da Contratada, acionando as instâncias superiores e/ou os Órgãos Públicos competentes quando o fato exigir.

Para o fiscal do contrato, por sua vez, o manual reserva as seguintes atribuições (UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA, 2011, p. 5):

- 1 – Ler atentamente o Termo de Contrato e anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à sua execução;
- 2 – Esclarecer dúvidas do preposto/representante da Contratada que estiverem sob a sua alçada, encaminhando às áreas competentes os problemas que surgirem quando lhe faltar competência;

- 3 – Verificar a execução do objeto contratual, proceder à sua medição e formalizar a atestação. Em caso de dúvida, buscar, obrigatoriamente, auxílio para que efetue corretamente a atestação/medição;
- 4 – Antecipar-se a solucionar problemas que afetem a relação contratual (greve, chuvas, fim de prazo);
- 5 – Notificar a contratada em qualquer ocorrência desconforme com as cláusulas contratuais, sempre por escrito, com prova de recebimento da notificação (procedimento formal, com prazo). Em caso de obras e prestação de serviços de engenharia, anotar todas as ocorrências no diário de obras, tomando as providências que estejam sob sua alçada e encaminhando às instâncias competentes aquelas que fugirem de sua alçada;
- 6 – Receber e encaminhar imediatamente as Faturas/Notas Fiscais, devidamente atestadas à STCC (Reitoria) e à Seção Técnica de Materiais (Unidades/UNESP), observando previamente se a fatura apresentada pela Contratada refere-se ao objeto que foi efetivamente contratado;
- 6.1 – As Faturas/Notas Fiscais originárias de Contratos, sobretudo de Contratos orientados pelas regras do CADTERC, celebrados

entre a UNESP e fornecedores, objetivando a prestação de serviços contínuos, deverão ser encaminhadas devidamente atestadas diretamente à Área de Contratos/UNESP, até no máximo o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da prestação dos serviços, visando o cumprimento dos prazos de pagamentos e providências de satisfação dos tributos pertinentes a cada Contratação;

6.1.1 – A presente orientação se dá considerando que a empresa, conforme previsão na grande maioria dos editais pré-aprovados da UNESP, somente emitirá a Nota Fiscal/Fatura no 1º dia útil subsequente ao mês da prestação dos serviços;

6.2 – As Faturas/Notas Fiscais correspondentes às contratações e/ou aquisições, formalizadas por meio de simples empenho, deverão ser encaminhadas devidamente atestadas diretamente à Seção de Pagadoria e Recebedoria (Reitoria) / Seção de Finanças (Unidades/UNESP);

6.2.2 – Nos caso de Contratação por meio de simples empenho, o seu Fiscal poderá se valer da assistência da STCC (Reitoria)/Seção Técnicas de Materiais (Unidades/UNESP) no tocante ao encaminhamento para pagamento, logicamente desde que preservado tempo hábil para tanto;

7 – Fiscalizar a manutenção, pela Contratada, das condições de sua habilitação e qualificação, com a solicitação dos documentos necessários à avaliação;

8 – Rejeitar bens e serviços que estejam em desacordo com as especificações do objeto contratado. A ação do Fiscal, nesses casos, deverá observar o que reza o Termo de Contrato e/ou o ato convocatório da licitação, principalmente em relação ao prazo ali previsto;

9 – Em se tratando de obras e serviços de engenharia, receber provisoriamente o objeto do Contrato, no prazo estabelecido, mediante termo circunstanciado assinado pelas partes (Obs.: o prazo começa a contar da comunicação escrita do contratado); e

10 – Procurar auxílio junto às áreas competentes em caso de dúvidas técnicas, administrativas ou jurídicas.

Desta forma, nota-se que as atribuições reservadas ao fiscal, na universidade, se comparadas às do gestor, envolvem uma atividade mais direta, ou pontual e operacional em relação ao contrato. Isso porque há tarefas como anotar ocorrências relacionadas à execução do contrato, verificar a execução do objeto e proceder à sua medição,

solucionar problemas que afetem a relação contratual, notificar a contratada em casos necessários, diagnosticar a manutenção dos requisitos de habilitação, bem como rejeitar bens e serviços em desconformidade com o objeto contratado.

Além disso, percebe-se que, em casos de dúvidas, assim como o gestor, ou em situações que lhe falte competência, deve o fiscal procurar auxílio e remeter o problema ao setor competente.

Ao gestor, por sua vez, são enumeradas atribuições que implicam na continuidade dos contratos administrativos, seja nos casos em que se proceda a novas contratações ou em que se prolongue a vida do pacto já existente, por meio do instituto da prorrogação. Ademais, a tal figura são reservadas ainda obrigações relacionadas à alteração e negociação do contrato, bem como à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Merece destaque, também, o fato de que a intervenção no contrato só é permitida se prevista expressamente no instrumento contratual. Nesse aspecto, cabe aos gestores e fiscais de contrato, no âmbito da Unesp,

tão somente a anotação e remessa das impropriedades verificadas, se estas fugirem a suas atribuições. A melhor doutrina ensina que, nesse caso, não incumbirá ao agente da Administração o poder de interferir sobre a atividade do contratante, para, por exemplo, expedir determinações acerca da correção dos defeitos verificados (JUSTEN FILHO, 2012, p. 935).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1129738. [2010]. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL. CONVERSAO EM URV. TEORIA DA IMPREVISAO. INAPLICABILIDADE AO CASO. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17060747/recurso-especial-resp-1129738-sp-2009-0144008-0-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 599851. [2005] ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. Disponível em: <<http://goo.gl/v0nwV>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 202912. [2000] ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE FORNECIMENTO - QUITAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA. Disponível em: <<http://goo.gl/6l5g9>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 917309. [2007a]. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. INCIDÊNCIA. Disponível em: <<http://goo.gl/GxaaH>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 744446. [2008]. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <<http://goo.gl/GH1rH>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. [2003]. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº 3.999, de 15.12.1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade. Disponível em: <<http://goo.gl/Fuv7f>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12047-DF (Processo nº 2006/0149949-4), de 16 de abril de 2007b. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://goo.gl/XWwf4>>. Acesso em: 29 out. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

LEIRIA, Jerônimo. **Gestão da terceirização e gestão de contratos**. Porto Alegre: Editora Leiria & Pietzsch. 2006.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. **Manual de gestão de contratos do STJ**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/45088/Manual_gestao_contratos_2011.pdf?sequence=4>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Cartilha para os gestores de contratos de Tecnologia de Informação**. [2009]. Disponível em: <<http://www.ticontrôle.gov.br/portal/pls/portal/docs/1434806.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA. **Guia útil para gestores e fiscais de contratos administrativos**. [2011]. Disponível em <http://www.unesp.br/prad/mostra_arq_multi.php?arquivo=7870>. Acesso em 10 jun. 2013.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 70 de 29 de março de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 414. Tomada de Contas Especial. INSS. Embargos de declaração contra acórdão que julgou irregulares as contas de instituições bancárias arrecadoras e as condenou ao ressarcimento de importâncias indevidamente recebidas, a título de correção monetária de eventuais diferenças entre o total de benefícios previdenciários pagos e o total das contribuições sociais arrecadadas. Ausência de contradição, omissão ou obscuridade. Conhecimento. Negado provimento. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. TCU, 07 maio de 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/MgxTB>>. Acesso em: 29 out. 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2011.