

GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

Cândida Alzira Bentes de Magalhães Senhoras*

Elói Martins Senhoras**

Os contratos são acordos definidos de forma consensual e por vontade livre entre partes segundo direitos e obrigações recíprocas com base em relações bilaterais e cumulativas que podem ser categorizadas pela teoria geral dos contratos em contratos privados (contratos civis e comerciais) e em contratos públicos (contratos administrativos e acordos internacionais).

A definição de contrato administrativo toma como referência uma visão *lato sensu* de contratos regidos, tanto pelo Direito Público, identificados como contratos administrativos, quanto pelo Direito Privado, identificados como contratos da Administração, haja vista que a máquina pública tem discricionariedade para escolher o tipo de contrato mais adequado para atingir determinados interesses públicos (SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2014).

De um lado, os contratos administrativos têm como sua maior particularidade a busca pelo interesse público (primário e secundário) e a consequente sujeição aos princípios basilares do Direito Público, que são a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público, o que repercute em uma assimetria contratual de superioridade da Administração Pública por meio de cláusulas exorbitantes que extrapolam os limites utilizados no Direito Privado.

De outro lado, os contratos da Administração Pública têm uma natureza atípica, a qual se manifesta por normas de Direito Privado, com características simétricas nos contratos entre as partes envolvidas, uma vez que, não havendo utilização intervencionista de cláusulas exorbitantes por parte do ente estatal, o subjetivismo do interesse público de ações estatais unilaterais abre espaço para a valorização liberal do princípio da segurança jurídica.

Quadro 1 - Teoria Geral dos Contratos Aplicada à Administração Pública

<i>Contratos Públicos</i>			
<i>CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</i>	Típicos	Normas de Direito Público	Assimetrias nas relações jurídicas
<i>CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO</i>	Atípicos	Normas de Direito Privado	Simetria nas relações jurídicas

Fonte: Elaboração própria. Adaptada de Senhoras e Souza Cruz (2014).

* Delegada da Polícia Civil do Estado de Roraima, especialista em Direito Penal e Processo Penal e mestranda em Desenvolvimento Regional da Amazônia pela Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail para contato: candidasenhoras@gmail.com.

** Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.eloisenhoras.com.

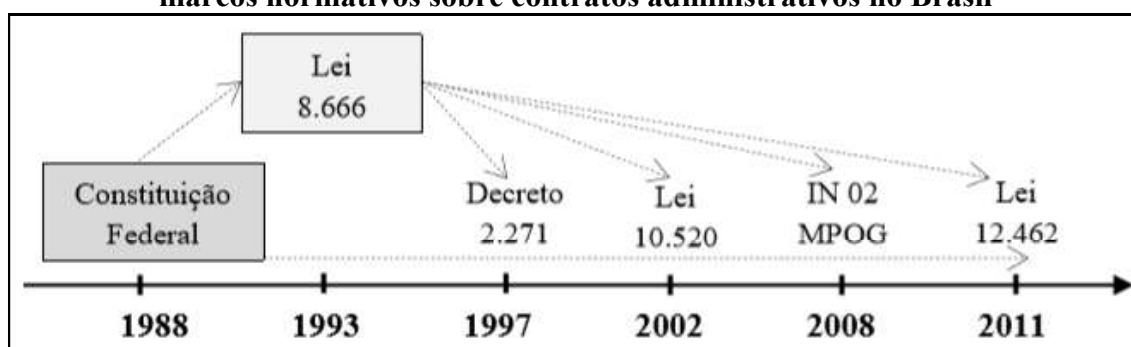
Os contratos administrativos, tal como os contratos situados no direito privado, expressam acordos de vontades que objetivam a criação de direitos e deveres para suas partes, diferenciando-se pelo fato do objeto, o contrato, incorrer no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, respeitado o princípio *pacta sunt servanda*, de que o contrato faz lei entre as partes.

Conforme leitura doutrinária de Carvalho Filho (2014), as características dos contratos públicos são três em princípio: 1) relação contratual peculiar, já que necessita preencher os requisitos da formalidade, comutatividade, confiança recíproca e bilateralidade; 2) posição preponderante da Administração Pública, pela supremacia dos interesses da coletividade e; 3) sujeito administrativo e objeto, com a presença da pessoa e objeto públicos.

O contrato administrativo é o acordo que o Poder Público firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração, inclusive obrigações de dar ou fazer. Assim, o contrato administrativo não objetiva unicamente a execução de obras ou serviços públicos, mas de modo lato sensu, busca atender ao interesse público (MEIRELLES, 2016).

No Brasil, a fundamentação legal dos contratos administrativos está estruturada em seis marcos normativos, partindo da definição licitatória e dos marcos principiológicos da Constituição de 1988, passando pela Lei Federal 8.666/1993 que é um divisor de águas no assunto, ao fazer a regulamentação constitucional das licitações e contratos da Administração Pública, até se chegar aos marcos legais derivados, como o Decreto Federal 2.271/1997, a Lei Federal 10.520/2002, a Instrução Normativa 02/MPOG/2008 e a Lei Federal 12.462/2011.

Figura 1 - Periodização evolutiva dos marcos normativos sobre contratos administrativos no Brasil



Fonte: Elaboração própria.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como a pilastra inicial das discussões sobre contratos administrativos à medida que, tanto, prevê a obrigatoriedade de procedimentos licitatórios junto à iniciativa privada a fim de atender ao interesse público, quanto, aponta as diretrizes principiológicas dos contratos com base na finalidade, transparência, razoabilidade e economicidade (BRASIL, 1988).

Em segundo lugar, identifica-se a Lei Federal n. 8.666/1993 como um divisor de águas da gestão e fiscalização de contratos administrativos já que regulamenta os princípios regulatórios dos contratos administrativos elencados no artigo 37, XXI da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos três entes federativos (BRASIL, 1993).

Em terceiro lugar, o Decreto n. 2.271/1997 o qual dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, sendo expresso no seu artigo 6º que Administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento (BRASIL, 1997).

Em quarto lugar encontra-se a Lei n. 10.520/2002, a Lei do Pregão, instituindo no âmbito das três esferas federativas a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns (BRASIL, 2002). Em 2005, o Decreto n. 5.450/2005 tornou possível o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado (BRASIL, 2005).

Em quinto lugar, a Instrução Normativa n. 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e suas posteriores alterações dispõem sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, como por exemplo os serviços de limpeza e manutenção das chamadas empresas terceirizadas, incluindo serviços de natureza intelectual como consultorias (BRASIL, 2008).

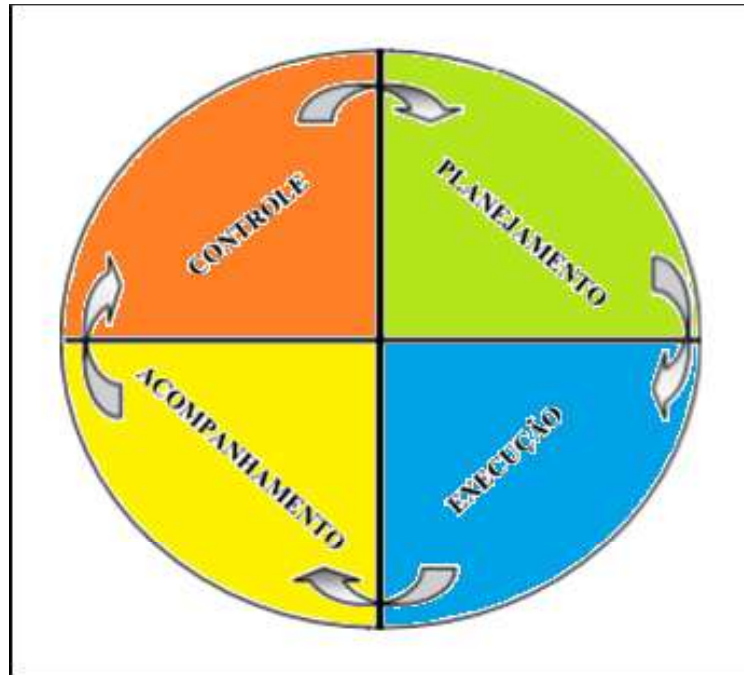
Em sexto lugar, a Lei n. 12.462/2011 institui o Regime Diferenciado De Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações 2013 e da Copa do Mundo 2014, e outras obras e serviços conforme os incisos do seu artigo primeiro (BRASIL, 2011).

Com base nesta evolução incremental dos principais marcos normativos sobre contratos administrativos no país, observa-se a centralidade de dois agentes públicos presentes na máquina pública, o gestor e o fiscal, os quais são considerados atores pivôs para garantirem o interesse público [primário (sociedade) e secundário (Administração Pública)] (SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2011), justamente por serem responsáveis por funções estratégicas, respectivamente de planejamento e execução *vis-à-vis* acompanhamento e controle (BARRAL, 2016).

A lógica circular de complementaridade entre os processos de gestão e fiscalização dos contratos administrativos residem na concepção sistêmica de um ciclo de melhorias contínuas ao longo do tempo, por meio de ações cíclicas de planejamento, execução, avaliação e ajuste, características do modelo gerencial japonês, identificado pelo acrônimo em língua inglesa PDCA (CATTANEO; SENHORAS, 2018).

Quando aplicada aos contratos administrativos, a lógica cíclica do PDCA (Plan, Do, Check, Adjust) prevê que os gestores são responsáveis *ex ante* pelo planejamento e consequente execução *ex post* de um contrato, o qual uma vez efetivado, passa a ser objeto de acompanhamento avaliativo de cumprimento por fiscais e com subsequente surgimento de uma etapa final de controle por meio da introdução de *feedbacks* institucionais de validação ou invalidação contratual (figura 2).

Figura 2 - Processo de melhoria contínua nos contratos administrativos



Fonte: Elaboração própria. Adaptada de Takeuchi e Senhoras (2009).

Embora de gestão e fiscalização contratual na Administração Pública façam parte de uma mesma lógica sistêmica de melhoria contínua com etapas de planejamento, execução, acompanhamento e controle, representam processos específicos que são simultaneamente distintos e complementares à medida que representam as faces de um mesmo objeto, o contrato administrativo.

Não se confunda GESTÃO com FISCALIZAÇÃO de contrato. A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; a fiscalização é pontual. Na gestão, cuida-se, por exemplo, do reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle dos prazos de vencimento, de prorrogação, etc. É um serviço administrativo propriamente dito, que pode ser exercido por uma pessoa ou um setor. Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato (ALVES, 2004, p. 65).

Por um lado, a gestão de contratos administrativos é a responsável por colocar a máquina pública para funcionar em função das etapas de planejamento e execução contratual para todos

aqueles assuntos de interesse público primário e secundário que se transformam em políticas públicas.

No processo de gestão de contratos administrativos, a responsabilidade de planejamento e execução compete a um servidor, grupo de servidores ou mesmo uma unidade administrativa (RIB, 2015), designados com a finalidade de atender os princípios da finalidade, da transparência, da razoabilidade e da economicidade (MOREIRA NETO, 2008).

Por outro lado, a fiscalização de contratos administrativos está relacionada às atividades de verificação e monitoramento dos contratos que colocaram a máquina pública para funcionar em razão do acompanhamento avaliativo realizado por fiscais que têm a função de provocar *feedbacks* institucionais que validam ou não o cumprimento contratual.

No processo de fiscalização de contratos administrativos, conforme o artigo 67 da Lei 8.666/1993, a competência de acompanhamento, monitoramento e fiscalização é conferida exclusivamente a um único servidor público, o qual é designado para representar a Administração Pública de modo específico em cada contrato (BRASIL, 1993).

Ao se levar em consideração a concepção sistêmica de complementaridade sequencial dos processos de gestão e fiscalização dos contratos administrativos, em suas diferentes etapas de planejamento, execução, acompanhamento e controle, observa-se no Brasil que as atividades de gestão avançaram significativamente, muito embora a fiscalização tenha continuado um “calcanhar de Aquiles”.

Verdadeiro “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos, não são raros os casos em que boas licitações e bons contratos são perdidos em seus fins devido a deficiências na fiscalização ou mesmo à ausência desta (ALMEIDA, 2009, p. 53).

Com o objetivo de atender ao interesse público, a devida execução e cumprimento de um contrato administrativo torna-se o foco central das ações da Administração Pública no Direito Relacional, razão pela qual avanços nas medidas de acompanhamento, de supervisão e de fiscalização da execução do contrato público merecem destaque mister, não apenas por meio da difusão de uma agenda de capacitação profissional de servidores públicos, mas também a partir da difusão de uma cultura da fiscalização e uma abertura da caixa preta da máquina pública para o controle externo.

Em um ambiente amplamente caracterizado por rentismos econômicos da máquina pública (SENHORAS, 2016), torna-se imperativo para a melhoria continua do ciclo dos contratos administrativos, o acompanhamento público atento da execução contratual, não apenas por órgãos de controle interno, mas também de controle externo, justamente a fim de identificar de modo *ex*

ante, o que tradicionalmente tem sido a regra na Administração Pública brasileira, de explodirem *ex post*, casos de incumprimentos, surgimento de aditivos e desvios das próprias obrigações contratuais.

Com base nas discussões ora apresentadas, o presente artigo identifica, a despeito de terem surgido no país marcos normativos incrementais de regulamentação dos contratos administrativos, que os processos de gestão e fiscalização contratual passaram desde a Constituição de 1988 por melhorias muito aquém das necessidades de um Estado cada vez maior e complexo, não materializando a prevista lógica sistêmica de melhorias contínuas.

Conclui-se que o crescente aumento de resultados negativos quanto ao cumprimento dos contratos administrativos no país demonstram que os processos de gestão e fiscalização avançam apenas no prisma teórico-discursivo, incorrendo em preocupantes lacunas institucionais, haja vista que há um embrionário e incompleto quadro institucional limitado quanto ao avanço do controle interno e externo em comparação ao quadro da máquina pública, permeado por padrões culturais disfuncionais construídos, tanto, por vetores endógenos da burocracia administrativa, quanto, por vetores exógenos de interesses rentistas privados.

Referências

- ALMEIDA, C. W. L. “Fiscalização contratual: ‘Calcanhar de Aquiles’ da execução dos contratos administrativos”. *Revista do TCU*, n. 114, janeiro/abril, 2009.
- ALVES, L. S. “Gestão e fiscalização de contratos públicos”. *Revista do TCU*, n. 102, outubro/dezembro, 2004.
- BARRAL, D. A. O. *Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos*. Brasília: ENAP, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- BRASIL. *Decreto Federal n. 2.271, de 7 de julho de 1997*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- BRASIL. *Decreto Federal n. 5.450, de 31 de maio de 2005*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- BRASIL. *Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- BRASIL. *Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- BRASIL. *Lei Federal n. 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Gestão e Orçamento. *Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008*. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>. Acessado em 11/01/2018.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- CATTANEO, C. C.; SENHORAS, E. M. *Ensino superior em Segurança Pública no Brasil*. Boa Vista: EdUFRR, 2018.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, D. F. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

REB, E. “Fiscalização e gestão dos contratos administrativos”. *Direito Net*, 08 de dezembro, 2015. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acessado em 11/01/2018.

SENHORAS, Elói Martins. “A corrupção como força profunda na Administração Pública brasileira”. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 24, dezembro, 2016

SENHORAS, E. M.; SOUZA CRUZ, A. R. A. “Debates sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. 24, 2011.

SENHORAS, E. M.; SOUZA CRUZ, A. R. A. “Extinção e inexecução de contratos administrativos”. *Revista Síntese Responsabilidade Pública*, vol. 22, 2014.

TAKEUCHI, K. P.; SENHORAS, E. M. *Planejamento e gestão estratégica da inovação no desenvolvimento de produtos*. Maringá: EDUEM, 2009.

