

# Liquidação da despesa e aplicação de penalidades: momentos essenciais da fiscalização dos contratos administrativos



**Carlos Wellington Leite de Almeida**

é servidor do Tribunal de Contas da União, Bacharel em Direito (UNIR), Mestre em Ciência Política (UnB) e Especialista em Programação e Análise Financeira (IMF-Institute).

## INTRODUÇÃO

A liquidação da despesa e a aplicação de penalidades constituem momentos de fundamental importância da fiscalização da execução dos contratos administrativos. Trata-se de características exclusivas destes contratos, diferenciando-os dos contratos celebrados no âmbito da esfera privada. Em especial, a possibilidade de aplicação de penalidades, corolário das cláusulas ditas exorbitantes, por concederem mais poder a uma das partes (Administração) do que à outra (contratada), fruto do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. No presente artigo são analisados esses dois momentos da fiscalização contratual. A ênfase é dada à responsabilidade pessoal do fiscal de contratos, protagonista, por excelência, da fiscalização dos contratos administrativos.

Destaca-se a necessidade de adoção de permanente e adequada postura profissional como requisito essencial ao desempenho de tão importante atribuição organizacional. Trata-se, também, da intensa relação de dependência entre a liquidação da despesa e a aplicação de



penalidades. No que se refere à bibliografia utilizada, sobressai a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), propositalmente citada para permitir o conhecimento das balizas traçadas pelo controle externo federal.

De ressaltar, por fim, que ao TCU interessam, diretamente, todas as nuances da fiscalização contratual exercida no âmbito dos órgãos e entidades federais ou que utilizem recursos federais para a consecução dos objetivos. Isso porque da adequada fiscalização contratual depende, em boa parte, a melhoria dos serviços públicos ofertados à sociedade, o que deve constituir finalidade essencial para os órgãos de controle.

#### **ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADE PESSOAL DO FISCAL DE CONTRATOS**

A fiscalização da execução contratual é obrigatória, não se incluindo na discricionariedade do gestor público a possibilidade de realizá-la ou não. Essa obrigatoriedade encontra-se prevista na Lei 8.666/93, cujo artigo 67 define que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da

Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assistir a ele e subsidiá-lo de informações pertinentes a esta atribuição. Quanto a esta contratação de terceiros para assistência à fiscalização, mister ressaltar que tem caráter subsidiário, mantendo-se a responsabilidade primária no âmbito da Administração. A responsabilidade do fiscal pela fiscalização do contrato é pessoal e intransferível e o mau desempenho das respectivas atribuições pode expor o servidor designado a sanções e reprimendas.

**Acórdão 1930/2006-TCU-Plenário:** O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para assistir a ele. Assim, (...) o contrato de supervisão tem natureza eminentemente assistencial ou subsidiária, no sentido de que a responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública.

**Acórdão nº 1908/2004-TCU-2ª Câmara:** a negligência no acompanhamento do contrato denota desídia e falta de zelo com a *res publica*. Nesse caso, a aplicação de penalidade é “legítima, legal e bem merecida”, mesmo que não haja dano ao Erário. Recurso não-provido. Multa mantida.

**Acórdão nº 468/2007-TCU-Plenário:** prejuízo apurado deverá ser ressarcido ainda que seja reconhecida a boa-fé do responsável. A culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar a reparação do dano.

O fiscal de contrato tem obrigação de anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução contratual e determinar o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos. A anotação deve ser feita em livro próprio, especialmente destinado a esse fim, devendo haver um livro (diário de obras, se for o caso) para cada contrato em vigor na unidade gestora. No caso de as decisões e providências necessárias ultrapassarem a sua competência deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas e a omissão na tomada de providências constitui falta grave. O fiscal do contrato é o mais importante agente da Administração no que se refere ao contrato que supervisiona. Ocupa uma posição de autoridade sobre o contratado e deve atuar, sempre, em prol da garantia de qualidade na execução contratual.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELT:** 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 (...).

**Acórdão nº 305/2001-TCU-Plenário:** é dever do contratante [neste caso, tanto a Administração quanto ao fiscal] anotar e manter o diário de obras.

**Acórdão 552/2005-TCU-2ª Câmara:** é dever do representante da Administração [neste caso, o fiscal] anotar em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato.

**Acórdão 734/2005-TCU-1ª Câmara:** deve haver um livro de ocorrências para cada contrato celebrado na unidade.

## LIQUIDAÇÃO DA DESPESA

A liquidação, segunda fase do ciclo orçamentário (empenho, liquidação e pagamento), constitui-se no momento mais delicado da fiscalização dos contratos administrativos. O fiscal de contratos, servidor especialmente designado pelo órgão ou entidade contratante, é o mais importante ator desse importantíssimo ato da gestão contratual. O fiscal é de fundamental importância para a garantia de que o pagamento corresponda à efetiva entrega do objeto (bem ou serviço). As falhas cometidas pelo fiscal no momento da liquidação trazem consequências negativas mais do que preocupantes para a Administração e são de difícil reversão em etapas futuras. É no momento da liquidação da despesa que o fiscal de contratos deve mostrar o máximo de seu valor profissional.

A liquidação, nos termos da lei 4.320/64, artigo 63, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Tem por fim apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. Constituem base da liquidação o contrato, a nota de empenho, os

comprovantes de entrega do material ou prestação do serviço, e, de fundamental importância, a verificação *in loco* do cumprimento do objeto. O fiscal deve observar e fazer observar, rigorosamente, o conteúdo da cláusula contratual obrigatória relativa às condições para pagamento (Lei 8.666/93, art. 55, inc. II), além de verificar a adimplência do contratado quanto aos seguintes elementos:

- a. regularidade fiscal;
- b. regularidade previdenciária;
- c. conformidade do objeto descrito na nota com o contrato, o empenho e a efetiva entrega;
- d. conformidade do período de faturamento;
- e. condições de habilitação e qualificação; e
- f. atestação do objeto.

É importante ressaltar que essas verificações devem ocorrer, obrigatoriamente, a cada pagamento realizado. A manutenção das condições de habilitação, por exemplo, não se limita à fase licitatória da habilitação ou ao momento da assinatura do contrato. Trata-se de obrigação cometida ao contratado durante toda a vigência contratual. Outra observação relevante é a de que a verificação dos elementos acima também não é restrita ao momento da liquidação, com vistas à realização do pagamento. Pode o fiscal exigir a comprovação de sua adimplência a qualquer momento, atitude esta que é mais do que recomendável. A exigência quando da realização de cada pagamento, entretanto, constitui o mínimo de postura e atitude necessárias ao desempenho da atribuição, sendo menos do que isso totalmente inadmissível.

**SECOI Comunica 05/2005 – verificação de regularidade nos pagamentos (orientação interna do TCU):** nos contratos de execução continuada ou parcelada a Administração deverá exigir da contratada,

a cada pagamento, a comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social (INSS), a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante e o FGTS, além do cumprimento das obrigações contratuais assumidas e da obrigação de manter-se com todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, durante toda a execução do contrato.

A verificação da regularidade fiscal do contratado é de capital importância. Nenhum pagamento poderá ser realizado em favor de contratado que esteja irregular com o fisco federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal sob pena de se premiar a inadimplência e de incorrer em verdadeira idiosincrasia administrativa para a qual não há amparo legal ou mesmo qualquer justificativa lógica. É importante frisar que além de se exigir a regularidade fiscal na licitação e na assinatura do contrato, deve-se exigi-la a cada pagamento, em especial no caso dos contratos de execução continuada. Esta verificação precedente a cada pagamento é responsabilidade do fiscal de contrato. No caso de empresas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), devem estas apresentar declaração em cada faturamento, porque pode haver o desenquadramento da empresa ao longo da execução do contrato. A declaração da empresa, neste caso, terá o condão de fixar sua responsabilidade no caso de prestação de informação falsa ou errônea.

**Infosegedam 36/2006 – empresas optantes pelo SIMPLES (orientação interna do TCU):** empresas optantes pelo SIMPLES devem apresentar declaração em cada faturamento. Isso porque pode haver o desenquadramento da empresa ao longo da execução do contrato e a informação do sítio da Receita Federal tem atualização anual.

Além da regularidade fiscal, a verificação da regularidade com a Seguridade Social e com o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) constitui dever capital para o fiscal de contratos. Da mesma forma que em relação ao fisco, a irregularidade com as obrigações de natureza previdenciária também impede a realização de qualquer pagamento em favor do contratado inadimplente. A lógica é a mesma: não incentivar ou premiar a irregularidade e passar clara mensagem no sentido de que a adimplência é levada em alta conta pela Administração Pública.

**Decisão 705/1994-TCU-Plenário:** é obrigatória a exigência da documentação relativa à regularidade com a Seguridade (CND) e com o FGTS nas licitações públicas de qualquer modalidade; nas assinaturas dos contratos; e a cada pagamento efetivado pela Administração contratante, inclusive nos contratos de execução continuada.

Algo que é muitas vezes esquecido pelos fiscais de contratos diz respeito ao caráter material do exercício das atribuições. É dizer, não basta a atuação formal, limitada à exigência de comprovação por meio de documentos pertinentes à regularidade fiscal, previdenciária e com o FGTS. Deve o fiscal dedicar-se, ao máximo, para garantir a conformidade do objeto descrito na nota com o contrato, com a nota de empenho e com a efetiva entrega. Esse desempenho é obtido mediante inspeção física dos locais onde os serviços são executados e conferência presencial dos bens entregues e suprimentos fornecidos. O fiscal de contratos administrativos deve ter conduta essencialmente pró-ativa e “mexer-se” todo o tempo, efetuando rondas e conferências *in loco* continuamente, não sendo admissível a restrição de seu mister aos documentos e outros papéis. Serviços devem ser executados com perfeição e inteireza. Obras ou

etapas de obras somente podem ser liquidadas e pagas quando inteiramente concluídas.

**Acórdão 320/2003-TCU-Plenário:** somente devem ser atestados serviços quando houverem sido efetivamente executados em sua perfeição e inteireza.

**Acórdão 032/2001-TCU-Plenário:** é irregular o pagamento por obra inconclusa, sem atesto de recebimento do serviço, com atesto apostado em data retroativa, por serviços adicionais não previstos no contrato. Multa aplicada.

A verificação da conformidade dos períodos de pagamento e da manutenção das condições de habilitação, pelo contratado, também constituem obrigações do fiscal a serem exercidas, no mínimo, a cada pagamento. Como já referenciado acima, a manutenção das condições de habilitação não se restringe à licitação e à assinatura do contrato. Trata-se de obrigação que perdura durante toda a vigência contratual, podendo o contratado ser demandado pelo fiscal, a qualquer tempo, para demonstrar a adimplência com dita obrigação.

Finalmente, destaca-se a importância da atestação. A atestação ou aposição do “atesto” consiste em uma das mais relevantes obrigações do fiscal de contratos administrativos. A atestação do objeto é a confirmação, pelo fiscal, de que o bem foi efetivamente entregue ou os serviços efetivamente prestados. É ato de capital importância para caracterizar a liquidação da despesa, sendo, mesmo, o ponto culminante dessa fase. O “atesto” significa, em essência, que foram conferidos todos os elementos necessários à configuração do direito do contratado à percepção da contraprestação pecuniária. Para atestar, somente se aceita servidor público ou comissão, devidamente designados. Essa atribuição não pode ser cometida ao próprio or-

denador de despesa ou a servidores integrantes da assessoria jurídica, pois tal procedimento faria a Administração incorrer em violação ao princípio da segregação de funções.

**Acórdão 117/1996-TCU-Plenário:** somente pode atestar servidor público ou comissão, designados pela autoridade competente.

**Acórdão 747/2005-TCU-1ª Câmara:** Procuradoria Jurídica não pode ser encarregada da fiscalização do contrato por violar-se o princípio da segregação de funções.

## ENCARGOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS

Quando da liquidação da despesa, nos contratos de terceirização de serviços (Decreto 2271/97), os fiscais devem dedicar especial atenção aos encargos trabalhistas e previdenciários. Isto porque, no caso dos encargos trabalhistas, pode configurar-se a responsabilidade subsidiária da Administração, e, quanto aos encargos previdenciários, a situação é ainda mais grave, pois neste caso se configura a responsabilidade solidária. É dever específico do fiscal de contratos adotar as providências com vistas à supervisão da adimplência da empresa terceirizada quanto aos encargos em questão.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELT:** Art. 34. § 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei 8.666, de 1993.

As obrigações trabalhistas abrangem parcelas pagas diretamente ao empregado, tais como salário, horas extras, 13º salário, férias, insalubridade e periculosidade. Forma-se, como já dito, a responsabilidade subsidiária da Administração pelas obrigações trabalhistas. Deve-se estabelecer fiscalização periódica, no mínimo, por amostragem, do cumprimento dessas obrigações. Deve-se, ainda, quando da elaboração dos contratos, inserir permissivo de auditoria das obrigações trabalhistas (VIEIRA, 2006).

**SÚMULA 331 TST:** CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO 256. IV) O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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 (artigo 71 da Lei 8.666/93).

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16/DF relativizou a aplicação da Súmula 331 do TST, contudo, em nada reduziu a importância de bem fiscalizar as verbas trabalhistas vinculadas aos contratos administrativos. A Corte Suprema, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 afastou a aplicação direta da Súmula em questão, mas deixou bem claro que falhas da Administração na gestão contratual continuam, sim, a dar ensejo à possível responsabilidade subsidiária pelos encargos de natureza trabalhista. O que se afastou foi apenas a aplicação direta da responsabilidade subsidiária, como vinha sendo feito pela Justiça do Traba-

lho, devendo cada caso ser individualmente considerado. Em resumo, a correta fiscalização contratual continua a ser, na prática, a principal proteção dos órgãos e entidades contra débitos decorrentes das relações de trabalho vinculadas aos seus contratos administrativos.

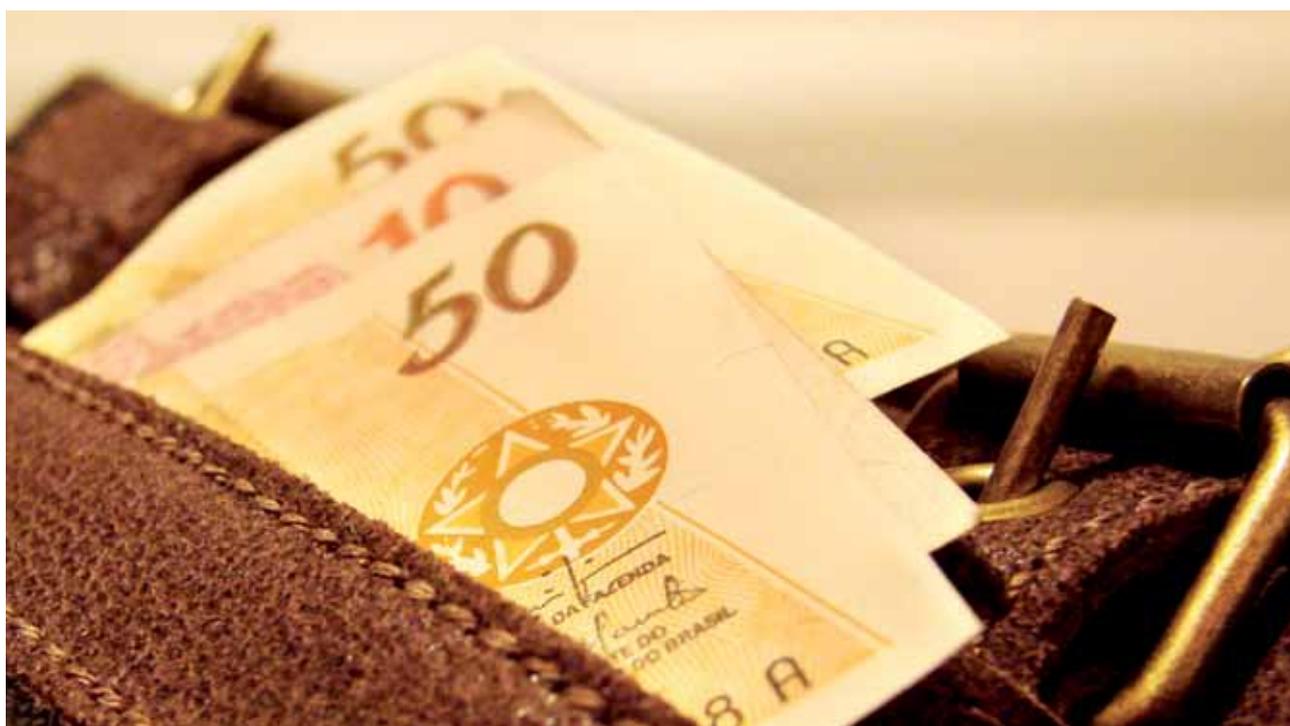
**ADC 16/DF-STF:** ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Quanto aos encargos previdenciários, previstos na Lei 8.212/91, ensejadores da gravíssima responsabilidade solidária, a ação administrativa demanda a retenção dos encargos previdenciários, no momento do pagamento das faturas. Nos casos de cessão de mão de

obra, isto é, de disponibilização ao contratante, nas dependências ou de terceiros, de segurados que realizam trabalho contínuo, a Lei 8.212/91, em seu artigo 31, define que o contratante deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura e recolher a importância aos cofres da Previdência Social.

**Acórdão 089/2000-TCU-Plenário:** o pagamento de multas por atraso na entrega de documentos ou recolhimento de tributos não se justifica. A jurisprudência do Tribunal é no sentido de que o fato seja evitado, pois, se verificada culpa ou dolo, o pagamento de multas, juros e correção monetária caracterizará débito, ficando o responsável obrigado ao seu ressarcimento.

Tão grave é a responsabilidade solidária da Administração em relação aos encargos previdenciários, que o recolhimento dos 11% referidos independe, mesmo, do efetivo pagamento à



empresa terceirizada. É dizer, se o pagamento à empresa for obstado, por exemplo, por sua situação irregular junto ao fisco, ainda assim, o órgão ou entidade contratante deverá recolher os encargos previdenciários, a fim de evitar a incorrência em multa. A orientação para a administração do TCU é bem clara nesse sentido, e, a responsabilidade pelo cumprimento compete ao fiscal do contrato.

**Infosemat 02/2008 - Retenção de Contribuição Previdenciária (orientação interna do TCU):** quando se verificar a ocorrência de pendências que impedem o pagamento, não se deve deixar de encaminhar a nota ou fatura ao setor competente para retenção da contribuição previdenciária. Para que não haja a incidência de multa e encargos por atraso no recolhimento do tributo, recomenda-se a todos os fiscais de contratos que, ao receberem a nota fiscal ou fatura, certifiquem-se da correção do documento e, ainda que haja pendência que impeça o pagamento, o encaminhe para retenção da contribuição previdenciária. Realizada a retenção, o fiscal do contrato tomará as providências necessárias para o saneamento das pendências junto à contratada, a fim de liberar o pagamento.

## **PENALIDADES CONTRATUAIS PREVISTAS NA LEI 8.666/93**

Inicialmente, é importante destacar a íntima relação existente entre a fiscalização contratual e a aplicação de penalidades pelo órgão ou entidade ao contratado. Não se pode cogitar da aplicação de penalidades se não houver adequada fiscalização contratual. O regime dos contratos administrativos, informado que é pelos princípios da superioridade do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade

do interesse público, confere à Administração a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado, pela inexecução total ou parcial dos contratos administrativos (Lei 8.666/93, artigo 58, inciso IV). Ainda que a Lei não reprima somente condutas dos contratados, mas, também, dos agentes da Administração, a prerrogativa de aplicar penalidades é deferida exclusivamente à parte pública no ajuste. Os agentes administrativos, no caso de violação aos deveres legais, por ação ou omissão, sujeitam-se à responsabilização civil, penal e administrativa (Lei 8.666/93, arts. 82, 89 a 92, 96 e 99).

Embora goze a Administração de prerrogativas especiais no âmbito dos contratos administrativos, não pode simplesmente impor a vontade, aplicando penalidades sem adequada fundamentação, apropriada proporção e, sobretudo, sem a precisa caracterização da ocorrência da irregularidade a ser penalizada (FERNANDES, 2006). É quando entra em cena a figura do fiscal do contrato, personagem de importância fundamental de cujo labor depende, em essência, a caracterização das irregularidades cometidas pelo contratado. Da correta anotação dos livros de contratos, da juntada tempestiva de informações e documentos comprobatórios das ocorrências, resultará a possibilidade de exercício do poder sancionador pela Administração.

A aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos não prescinde do atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ao contratado, no caso de prática de ato ou de omissão que resulte em violação aos deveres contratuais, deve ser dada a oportunidade de apresentar defesa previamente à decisão da Administração, bem como de expor suas razões e versões do ocorrido. A aplicação de penalidade sem o atendimento à ampla defesa e ao contraditório é nula. As sanções administrativas aplicáveis estão previstas na Lei de Licitações e Contratos, nos artigos 86

a 88. O artigo 87 daquele estatuto define que, pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- a. advertência;
- b. multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- c. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e
- d. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo da sanção de Suspensão temporária.

É importante esclarecer que a responsabilidade dos contratados tem natureza subjetiva e não objetiva. É dizer: a aplicação das sanções previstas na Lei 8.666/93 depende de demonstração de conduta dolosa ou culposa do contratado. Se a falta decorrer de fatos alheios à vontade do contratado, e por ele inevitáveis, afasta-se a possibilidade de aplicação de penalidade. Ainda, deve a Administração compreender que o elenco de punições previsto na Lei nº 8.666/93 constitui rol exaustivo e não exemplificativo, razão pela qual não pode ser ampliado ou diversificado.

**Decisão 621/2001-TCU-Plenário:** o TCU determinou a unidade jurisdicional que não incluísse, nos atos convocatórios para licitações, cláusula prevendo sustação do pagamento das faturas como

punição em si mesma, haja vista que as disposições pertinentes da Lei nº 8.666/93 não tratam de providência dessa natureza como modalidade autônoma de penação.

A advertência constitui-se de penalidade escrita aplicada ao contratado pelo cometimento de faltas pequenas, isto é, que não cheguem a acarretar prejuízo significativo à completa execução do contrato. Tem por objetivo a indução ao cumprimento regular do contrato e merece, quase sempre, a preferência por parte da Administração, sobretudo nos casos em que se trata da primeira penalidade aplicada no âmbito do contrato ou nos casos em que a intenção da Administração seja, realmente, a manutenção do contrato. A experiência demonstra existir uma relação positiva entre o cometimento de pequenas faltas, a aplicação da penalidade de advertência e a melhoria na execução contratual. É dizer, quando de faltas pequenas, observa-se que a aplicação da advertência induz o contratado a comportar-se melhor. Já a falta da advertência, isto é, o “fechar os olhos” por parte da Administração, costuma trazer maus resultados, pois sinaliza a despreocupação dos agentes administrativos com a qualidade dos bens entregues ou dos serviços prestados.

A multa, por sua vez, é penalidade pecuniária aplicada ao contratado que deixa de cumprir suas obrigações contratuais. Visa a penalizar faltas que acarretem efetivo prejuízo à execução contratual, cuja gravidade supere a daquelas que mereceriam uma simples advertência. É prevista em duas oportunidades na Lei nº 8.666/93: para o caso de atraso na execução e para o caso de inexecução. A multa de caráter moratório, prevista no artigo 86 da lei de licitações e contratos administrativos, é aplicável quando de atraso injustificado na execução contratual, decorrente de ação ou omissão do contratado. Já a multa prevista no mesmo diploma, em seu artigo 87, inciso II

refere-se à inexecução do contrato, ou seja, ao inadimplemento do objeto, total ou parcial, na forma prevista em edital ou contrato.

Importante é destacar que a aplicação da multa exige que o contrato preveja e especifique condições e valores (percentuais e base de cálculo), bem como prazo máximo para recolhimento. É dizer, tudo dependerá, em essencial de um edital bem elaborado, o que confirma a necessidade de se realizar um trabalho administrativo de qualidade desde antes da contratação. A aplicação da multa pode ser cumulada com a cominação de outras sanções administrativas e não impede a rescisão unilateral, pela Administração (Lei 8.666/93, art. 78, incs. II a IV). No que se refere à adimplência para com a penalidade imposta, a multa deve, primeiramente, ser descontada da garantia. Se esta for insuficiente, compensa-se o restante com os créditos do contratado (desconto dos pagamentos).

A suspensão temporária é penalidade imposta ao contratado com o propósito de impedir sua participação em licitações ou contratação com a Administração, por período de até 2 (dois) anos. Decorre de infração grave. Na maioria das vezes, a aplicação dessa penalidade inviabiliza a execução contratual. Ainda, a aplicação dessa penalidade obriga a Administração a rescindir os contratos porventura firmados com o mesmo contratado. Constitui-se na penalidade mais gravosa a ser aplicada pelo próprio órgão ou entidade contratante, uma vez que a declaração de inidoneidade exigirá a intervenção de autoridade de hierarquia superior.

A declaração de inidoneidade, penalidade mais severa do que a suspensão temporária, é imposta ao contratado com o propósito de impedir que continue a celebrar contratos com a Administração Pública, e não apenas com o órgão ou a entidade que aplicou a penalidade. Deve referir-se, pelo gravame que impõe ao contratado, apenas a faltas de alta gravidade,

como a apresentação de documentos falsificados, o direcionamento de licitação em conluio com a comissão, o sobrepreço, o superfaturamento e as fraudes ao processo licitatório. O prazo de aplicação da penalidade não se limita aos 2 (dois) anos da suspensão temporária, vigendo por prazo indeterminado até que cessem os motivos que levaram à aplicação ou até que se promova a reabilitação do contratado apenado perante a autoridade aplicadora. A autoridade competente para a aplicação é o Ministro de Estado, o Secretário Estadual ou o Secretário Municipal, conforme seja o contrato referente a unidade gestora da União, de Estado ou de Município.

#### **RESCISÃO CONTRATUAL, IMPEDIMENTO PARA LICITAR, CONTRATAR E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PELO TCU**

Ainda no âmbito da Lei 8.666/93, destaca-se a possibilidade de rescisão contratual unilateral, pela Administração. Embora a rescisão unilateral não esteja listada, especificamente, no dispositivo que enumera as penalidades contratuais, na verdade, trata-se de penalização do contratado, em boa parte dos casos. A doutrina do Direito Administrativo costuma dividir as possibilidades de rescisão unilateral do contrato em “rescisão penalidade” e “rescisão não-penalidade”. Isso porque existem casos em que a rescisão poderá ser ocasionada, por exemplo, por razões de força maior, quando a sua ocorrência não caracterizará a penalização do contratado. Há outros casos, contudo, em que a rescisão unilateral constitui efetiva reação da Administração contra condutas do contratado que prejudicam gravemente a relação contratual e, nessas circunstâncias, estará caracterizada a chamada “rescisão penalidade”.

A Lei nº 10.520/02, que instituiu o Pregão como modalidade licitatória também defere à Administração a prerrogativa de aplicar pena-

lidade. Contudo, em situação distinta da que caracterizaria uma penalidade contratual, propriamente dita. Trata-se da penalidade de impedimento para contratar e tem natureza, ao mesmo tempo, pré-contratual e contratual, aplicando-se não somente ao contratado, mas, também ao licitante que ainda não firmou contrato com o órgão ou a entidade. O artigo 7º da referida lei estabelece que aquele licitante convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, que não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do mesmo diploma legal, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Por fim, merece registro a possibilidade de declaração de inidoneidade pelo TCU, com fulcro na Lei nº 8.443/92, artigo 46, no caso de fraude comprovada a processo licitatório. Licitantes assim apenados estarão impossibilitados de contratar com a Administração Pública Federal por um período de até 5 (cinco) anos. Não se trata, portanto, de penalidade contratual, aplicada pela Administração contratante ao contratado faltoso, mas de penalidade caráter jurisdicional, aplicada pela Corte de Contas por ocasião do exercício do Controle Externo, que

[...] só poderá ser revista mediante a utilização, pelo interessado, dos meios recursais disponíveis nas normas legais e regimentais regedoras do processo no Tribunal de Contas (ZYMLER, 2005).

Destacam-se, a seguir, importantes diferenças em relação à declaração de inidoneidade prevista na Lei 8.666/93, artigo 87, inciso IV:

- a. prazo de duração: até cinco anos e não por prazo indeterminado ou que cessem os motivos;
- b. alcance da pena: os efeitos fazem-se sentir apenas na Administração Pública Federal, e não em todas as esferas da Administração Pública; e
- c. autoridade competente: o Plenário do TCU, e não Ministro ou Secretário estadual/municipal.

## CONCLUSÃO

A fiscalização de contratos constitui parcela fundamental da execução dos contratos administrativos. Representa muito da possibilidade de uma contratação atingir seu propósito ou não. Não são raros os casos em que um processo de gestão caracterizado por uma licitação bem conduzida, culminando em um contrato bem elaborado, termina por malograr como resultado de deficiente fiscalização contratual. A fiscalização contratual, nesse sentido, constitui, de fato, um verdadeiro ponto fraco da execução dos contratos administrativos.

Por constituírem momentos fundamentais da fiscalização dos contratos administrativos, a liquidação da despesa e a aplicação de penalidades devem constituir preocupação constante dos gestores públicos. Trata-se de momentos de atuação fortemente entrelaçados, com influência recíproca um sobre o outro, afetados por constantes evoluções no universo administrativo. As terceirizações, por exemplo, trouxeram novas e importantes realidades para o universo das contratações administrativas. Questões relativas à responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e à responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas, no caso

de terceirização, merecem a mais dedicada atenção dos servidores públicos envolvidos na condução contratual das unidades gestoras.

Os danos provocados por uma fiscalização contratual deficiente são de alta relevância e depõem fortemente contra a imagem da Administração Pública, como um todo. No que se refere à liquidação da despesa e à aplicação de penalidades, pode-se afirmar, constituem-se nos momentos mais delicados da fiscalização dos contratos administrativos, seja porque trazem importantes gravames tanto para o contratado quanto para o contratante, seja porque encerram em si um alto potencial conflitivo para as partes. Garantir que a liquidação da despesa e a aplicação de penalidades reforcem, e não enfraqueçam, a posição da Administração é dever do fiscal de contratos. A falta de zelo no desempenho da atribuição de fiscal de contratos constitui falha grave na conduta profissional do servidor, sujeita à punição em diversas instâncias, tanto administrativas quanto judiciais.

Aplicar uma penalidade contratual a uma empresa não é o mesmo que perseguir-la. Trata-se de exercício profissional absolutamente coerente com os deveres de todos os agentes públicos, aos quais incumbe, de forma irrestri-

ta, a salvaguarda do interesse público. Um órgão ou entidade não pode jamais se permitir a perda do domínio contratual: é a Administração que deve conduzir os contratos administrativos, não as pessoas físicas ou jurídicas contratadas. A aplicação de penalidades constitui-se em legítimo instrumento para garantir que o interesse público seja preservado quando da execução dos contratos administrativos. Não é possível, entretanto, dissociar a aplicação de penalidades da boa liquidação da despesa, daí a importância de se tratarem os dois assuntos em conjunto.

Os ordenadores de despesa devem estar cientes dessa realidade e fazer incorporar à gestão dos órgãos e entidades que dirigem uma adequada cultura de fiscalização, na qual servidores especialmente designados e adequadamente capacitados conjuem ao seu conhecimento profissional a necessária postura quando do exercício da fiscalização de contratos administrativos. Exercer a atribuição de fiscal de contrato é, antes de tudo, uma questão de postura. E a postura do fiscal de contratos, manifestada em especial nos momentos da liquidação da despesa e da aplicação de penalidades, representa, em essência, a postura de toda a Administração.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em 17 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa 02-MPOG/SELT, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/anexos/instrucao-normativa-no-2-2008>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão nº 032/2001, Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Sessão de 07/03/2001. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=10&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 089/2000, Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 117/1996, Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 26 ago 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 1908/2004, Segunda Câmara. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 11 out 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20040929/TC%20600.394.doc>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 1930/2006, Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 20 out 2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061018/TC-012-469-2003-3.doc>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 305/2001, Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 03 abr. 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 320/2003, Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 11 abr 2003. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20030410/TC%20002.629.doc>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 468/2007, Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 30 mar 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070329/TC-003-177-2001-3.doc>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 552/2005, Segunda Câmara. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Sessão de 19/04/2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 734/2005, Primeira Câmara. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 04 maio 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 747/2005, Primeira Câmara. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 20 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Decisão nº 621/2001, Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 11 set. 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Decisão nº 705/1994, Plenário. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 06 dez. 1994.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Infosegedam nº 36/2006*. Empresas optantes pelo SIMPLES. Orientação interna [mensagem eletrônica]. Mensagem encaminhada por <[segedam@tcu.gov.br](mailto:segedam@tcu.gov.br)> em 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Infosemat nº 02/2008*. Retenção de contribuição previdenciária. Orientação interna [mensagem eletrônica]. Mensagem encaminhada por <[semat@tcu.gov.br](mailto:semat@tcu.gov.br)> em 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *SECOI Comunica nº 05/2005*. Verificação de regularidade nos pagamentos. Orientação interna [mensagem eletrônica]. Mensagem encaminhada por <[secoi@tcu.gov.br](mailto:secoi@tcu.gov.br)> em 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços, legalidade, revisão do Enunciado 256. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF. 21 dez. 1993 e 04 jan. 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3. ed, rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ISBN 85-8914-898-x.

TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada). *Imprensa*: notícias STF, Brasília, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

VIEIRA, Antonieta Pereira et al. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ISBN 85-7700-003-6.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. ISBN 85-89148-79-3.