

Renilda Carvalho de Oliveira

Tema: Leis 8.666/93 – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – Notas a propósito de uma análise sobre sua adequação aos Contratos de TI – Problema, Dilema, Prognose.

Monografia apresentada à
Coordenação da Pós-Graduação
latu sensu de Direito Administrativo
da Escola de Direito de Brasília –
EDB/IDP.

Orientador: Professor MsC. André Luís de Carvalho

Brasília – DF
Setembro/2013

Agradecimentos

A Deus pela vida e pelas vitórias alcançadas diariamente.

A minha amada família pelo amor, apoio, carinho, orações e incentivo permanente.

Ao Professor André Luís de Carvalho, Ministro-Substituto do TCU, pela orientação primorosa, pela transmissão esmerada e impressionante do conhecimento e experiências nas excelentes aulas ministradas e, ainda, pela simpatia, disponibilidade e desvelo em sempre me atender, a despeito da sua agenda e ocupação diária.

Ao Professor Flávio Unes, Coordenador do Curso e Professor, pelo esmero e desempenho brilhante no exercício do Magistério, pelo apoio e disponibilidade para ouvir, orientar e acolher.

Aos meus Gestores e colegas da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, em especial os companheiros da GEMOD – Gerência Nacional de Modelos e Contratos de Desenvolvimento em TI, pelo apoio, incentivo e magnífica convivência diária.

RESUMO

O presente estudo trata de notas em busca de uma reflexão sobre algumas diretrizes para obter uma melhoria na administração dos contratos celebrados entre a área de TI da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL com empresas privadas que lhe prestam serviços, em especial no que diz respeito às sanções administrativas.

Como aprimorar esse relacionamento de forma a obter uma entrega mais eficiente dos produtos a serem desenvolvidos? Qual estratégia a seguir para mitigar as falhas e/ou atrasos nas entregas de artefatos contratados? Como aplicar as sanções legais, previstas no contrato, de maneira eficaz, considerando todas as possibilidades preconizadas na Lei 8.666/93, já que em alguns momentos, o Administrador Público resiste a servir-se de prerrogativas a ele inerentes?

Considerando a necessidade de haver um alinhamento do tema com os objetivos estratégicos da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, buscamos investigar como aprimorar de forma efetiva a gestão contratual e as bases de definição desta contratação, quer seja para corrigir rumos estabelecidos, quer aprimorar padrões futuros, operando proativamente no cumprimento desses objetivos estratégicos.

Como atuar, de forma tempestiva, na prevenção de ocorrências que violem critérios de atendimento à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, tais como prazos e qualidade, utilizando-se do instituto das sanções, quando necessário, para corrigir procedimentos inadequados ou que firam regras contratuais?

Para obter uma melhoria significativa na execução desses contratos é de suma importância identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de erros e/ou atrasos nas entregas das demandas.

A melhor estratégia a ser posta em prática é, sem dúvida, a prevenção. Esta se materializará mediante a implementação de procedimentos que busquem uma efetiva interação entre os diversos componentes da área, por meio de ações que internalizem a ideia de comprometimento de todos, o aprimoramento do conhecimento de cada um a respeito de cada atividade desenvolvida, o combate ao desperdício, de forma que todos se mostrem focados nos resultados.

A fiscalização eficiente do contrato, por meio do gerenciamento dos riscos, do desenvolvimento de atividades de controle e de efetiva transparência, vai assegurar ao Administrador Público uma atuação isenta de problemas graves no presente e eventuais responsabilizações futuras, em razão de erros, atrasos e inexecução daquilo que foi pactuado com as empresas contratadas.

Palavras-chave: soluções de TI; contratos administrativos; sanções; fiscalização.

ABSTRACT

The present study deals with notes in search of a reflection on some guidelines for an improved management of contracts between IT CAIXA ECONÔMICA FEDERAL with private companies who provide services, in particular with respect to administrative penalties.

Enhancing this relationship in order to obtain a more efficient delivery of products to be developed? What strategy to follow to mitigate failures and/or delays in deliveries of artifacts hired? How to apply legal sanctions provided for in the contract, effectively, considering all the possibilities envisaged in Law 8.666/93, as at times, the Public Administrator resists serve up prerogatives inherent to it?

Considering the need for an alignment issue with the strategic objectives of the CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, we investigate how to improve effectively the management contract and the basis of the definition of this contract is to either correct the route established either enhance future standards, operating proactively in meeting these strategic objectives.

How to act in a timely manner , in preventing occurrences that violate criteria for compliance with CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, such as deadlines and quality, using the institute sanctions, when necessary, to correct inadequate procedures or contractual rules that hurt?

For a significant improvement in the performance of contracts is of utmost importance to identify the factors that determine or contribute to the occurrence of errors and/or delays in deliveries of the demands.

The best strategy to be implemented is undoubtedly prevention. This is compounded by implementing procedures that seek an effective interaction between the various components of the area , through actions that internalize the idea of commitment of all , the improvement of knowledge of each with

respect to each activity performed , the fight against waste so that they all show the results focused.

The effective monitoring of the contract, through risk management, development of control activities and effective transparency, the Public Administrator will ensure a performance free of serious problems in the present and possible future accountabilities, due to errors, delays and non-performance what was agreed with the contractors.

Keywords: IT solutions; administrative contracts; sanctions; supervision.

Sumário

1	Introdução.....	8
2	Visão Sistêmica dos Contratos de TI.....	9
3	Das Sanções Administrativas.....	19
3.1	Advertência.....	24
3.2	Multa.....	25
3.3	Suspensão Temporária.....	26
3.4	Declaração de Inidoneidade.....	27
4	Do Devido Processo Legal: contraditório, ampla defesa e dosimetria da pena.....	28
5	Da Extinção do Contrato Administrativo.....	31
6	Conclusão.....	35
7	Referências bibliográficas.....	44

1. Introdução

A Lei 8.666/93 é o instituto jurídico por excelência que veio regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, estatuidando as normas a serem observadas para as licitações e contratações da Administração Pública.

O seu Capítulo IV, Seção II trata das Sanções Administrativas, iniciando no artigo 86 os preceitos que disciplinam as empresas contratadas, quando do descumprimento das regras estabelecidas nos seus Contratos Administrativos.

Marçal Justen Filho *apud* Daniel Ferreira (2010, p. 881) leciona que “a doutrina nacional e estrangeira concordam, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante”.

O procedimento sancionador nos contratos administrativos obedece ao que estabelece os princípios da legalidade, proporcionalidade, especificação, culpabilidade e ao princípio do personalismo da sanção.

Em se tratando dos Contratos de TI, a sua gestão na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL tem enfrentado alguns óbices, no que diz respeito à aplicação dessas sanções legais combinadas com as cláusulas do Contrato firmado entre a Administração Pública e empresas particulares que lhes prestam serviços.

Muitos são os dilemas enfrentados quando da problemática da aplicação das sanções administrativas, ou quando se trata da rescisão contratual, pelo descumprimento das cláusulas avençadas, levando-se em consideração as peculiaridades de um contrato de TI, que tem um escopo diferenciado, em razão das características singulares que o distinguem, por exemplo, de um contrato de manutenção elétrica ou hidráulica.

A gestão dos contratos de TI na CAIXA tem sido um desafio para os gestores formais e operacionais, por sua complexidade e atipicidade frente aos

demais contratos que não possuem uma dinâmica de execução influenciada por contínuas mudanças nos processos que levam a efetividade na execução do objeto contratado.

O desenvolvimento de um processo de TI envolve uma diversidade de questões metodológicas e técnicas, que incluem inovações e processos criativos para atendimento de áreas de negócio, regidas por princípios legais.

Assim, o tema possui relevância social e acadêmica uma vez que trata de questões que estão diretamente ligadas às inquietações sofridas no dia a dia pelo Administrador Público no exercício de sua atividade de gestão de contratos públicos.

A pesquisa é plenamente viável, pois além da existência de contribuição doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, conta com a experiência disponibilizada nos Contratos de TI existentes na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, estabelecendo uma eficiência prática ao estudo do tema.

É evidente que não temos a pretensão de esgotar todas as questões que envolvem o tema, mas procuramos analisar e entender os diversos caminhos que possam clarificar a execução desses contratos, de forma a atender as expectativas do fiel cumprimento contratual, mitigando os obstáculos à sua consecução.

2. Visão Sistêmica dos Contratos de TI

É cediço que o contrato é um acordo entre as partes, celebrado de livre e espontânea vontade e composto de regras que estatuem direitos e obrigações.

Marçal Justen Filho (2010, p. 699) nos ensina que “todas as definições de contrato partem do postulado da autonomia da vontade e concluem pela consequência da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*)”.

Os contratos celebrados com a Administração Pública são denominados “contratos administrativos”.

Na lição do célebre Hely Lopes Meirelles o contrato administrativo “é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.¹

Já o grande mestre Celso Antonio Bandeira de Mello define o contrato administrativo da seguinte forma:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.²

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, inciso XXI, assim disciplina a forma como a Administração Pública deve contratar seus serviços:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que

¹ Direito Administrativo Brasileiro, 38ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2012, pág. 221.

² Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2012, pág.626.

estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ao preocupar-se em disciplinar normas específicas tratando da contratação entre o Estado e empresas privadas verificamos a concretização da democracia que vivenciamos, uma vez que num Estado autoritário o Poder Público apenas requisita do particular bens e serviços. Já na democracia, o particular ao prestar um serviço ao Estado, contrai obrigações, mas goza de direitos quando do fornecimento e/ou execução de serviços.

A relevância política do contrato administrativo é mencionada por Marçal Justen Filho, quando declara:

A utilização do contrato administrativo se insere num processo político de consensualização do desempenho dos poderes públicos. Embora mantenha a competência para a prática de atos unilaterais e vinculantes perante terceiros, o Estado passa a se valer de institutos jurídicos de natureza consensual. Ao invés de impor unilateralmente aos particulares deveres e obrigações, o Estado recorre ao consenso. Essa solução amplia a legitimidade do poder estatal e reduz conflitos.³

Quando o Poder Público contrata de forma consensual o particular para lhe prestar um serviço está satisfazendo as suas necessidades, ao mesmo tempo em que, por meio do procedimento licitatório justo, também procura cumprir sua função social e econômica no exercício das suas atividades.

Sabemos que os contratos administrativos são essenciais para o desenvolvimento econômico e social do país, uma vez que se o Estado se responsabilizasse pela execução de todas as suas atividades sem a colaboração da iniciativa privada os gastos públicos seriam infinitamente superiores e o Poder Público não conseguiria executar a contento todos esses serviços.

Um exemplo disso é a contratação efetivada na área de TI da CAIXA, que possui um caráter peculiar, não sendo possível uma instituição do porte da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL produzir, por meio dos seus empregados,

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, São Paulo : Dialética, 2010, pág. 12

exclusivamente, todos os processos de TI, sem contar com a colaboração oportuna de empresas particulares para desenvolver, executar e fazer a manutenção de serviços tão especializados e necessários a sua sobrevivência.

Importante salientar que sendo a CAIXA um dos maiores bancos da América do Sul, sua atividade principal é bancária e, dentro desta atividade é responsável pela a execução dos Programas Sociais do Governo. Isto ratifica a necessidade de, em se tratando dos processos de tecnologia para concretização da sua atividade principal, contratar empresas especializadas para este fim.

A TI – Tecnologia da Informação não está restrita a equipamentos – hardware, a seus programas – softwares e a comunicação de dados. Existem tecnologias relacionadas ao planejamento de informática, ao desenvolvimento dos sistemas que serão utilizados, ao suporte ao software, aos processos de produção e operação, ao suporte de hardware. Daí a complexidade da contratação numa área de TI, sendo um procedimento diferenciado das demais contratações na Administração Pública.

É evidente que o que diferencia os contratos administrativos daqueles celebrados sob a égide do direito privado, é que os contratos firmados com a Administração Pública são regidos pelo direito público, daí a sua finalidade ser exclusivamente pública e, ainda, constituídos por cláusulas que são denominadas exorbitantes.

As cláusulas exorbitantes são assim designadas por protegerem em demasia a Administração Pública, principalmente quando possibilitam a esta: a) a alteração unilateral das obrigações pactuadas; b) a extinção unilateral do vínculo contratual; c) a exigência de garantias; d) a fiscalização rigorosa pela Administração Pública; e) a aplicação de sanções.

São essas peculiaridades que impigem um caráter desproporcional a essa delegação restrita ao Poder Público de prerrogativas que exorbitam o direito privado.

A Lei 8.666/93 veio disciplinar a concepção das contratações com a administração pública, sendo o instrumento primordial seguido pela CAIXA para efetivar essas contratações.

O processo de contratação não permaneceu estático, mas vem sendo aperfeiçoado ao longo dos anos. Por ocasião da execução de contratos pretéritos, a Administração Pública e os órgãos controladores, visualizaram a necessidade de algumas mudanças que buscam aperfeiçoar os procedimentos estatuídos.

Atualmente as contratações de soluções de TI obedecem a um novo modelo, advindo da necessidade de tornar essa contratação mais eficiente, afastando os riscos existentes naquele modelo pretérito, buscando garantir maior eficiência, integridade e continuidade na expansão dos serviços de Tecnologia da Informação, na visão estratégica das instituições.

As novas diretrizes do modelo de contratação de Soluções de TI foram emanadas por meio de Instrução Normativa editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Essas IN - Instruções Normativas são amparadas em leis e na Constituição Federal e, vinculam todos os órgãos e entidades da Administração Pública e não apenas aqueles sujeitos às normas editadas pela Secretaria mencionada (IN SLTI/MP nº 04/2010).

A Instrução Normativa SLTI/MP nº 04/2010, de 12/11/2010, aprimorou a Instrução Normativa SLTI/MP nº 04/2008, que foi considerada um marco normativo e regulatório do novo modelo de contratações de Soluções de TI. Ela foi produzida a partir de estudos efetuados pelo Ministério do Planejamento, especificamente pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, atendendo a deliberações do TCU - Tribunal de Contas da União, em razão de auditorias realizadas por este órgão de controle, em órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

O Acórdão nº 786/2006-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, recomendou:

9.4 (...) à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, a partir das diretrizes expostas na seção III do voto antecedente e nos Acórdãos deste Tribunal, sobretudo os de número 667/2005, 2.103/2005, 2.171/2005 e 2.172/2005, todos do Plenário, **elabore um modelo de licitação e contratação de serviços de informática para a Administração Pública Federal e promova a implementação dele nos diversos órgãos e entidades sob sua coordenação mediante orientação normativa, que deve conter no mínimo: (...)** (BRASIL, 2006a, grifo nosso).

Ainda, segundo o Ministro-Substituto do TCU Augusto Sherman Cavalcanti⁴, esse novo modelo de contratação de soluções de TI se funda em um conjunto de nove diretrizes básicas e fundamentais ao processo de contratação, execução e gestão dos serviços de TI, quais sejam:

I – Planejamento da contratação:

Toda contratação de soluções de Tecnologia da Informação deve ser precedida de um minucioso estudo técnico a respeito do seu objeto, por meio da elaboração criteriosa de um projeto básico ou termo de referência, no qual deve constar a especificação detalhada daquilo que será adquirido e/ou desenvolvido.

Esse estudo, evidentemente, busca informações tanto em contratos anteriores, como em novas pesquisas para aperfeiçoar os procedimentos a serem desenvolvidos no futuro contrato. Nesse planejamento a Administração Pública define regras a serem seguidas e decisões futuras que abrangem o objeto do contrato a ser formalizado.

II – Parcelamento do objeto:

O parcelamento do objeto deve ocorrer em tantos itens quantos sejam técnica e economicamente viáveis. Isto quer dizer que as soluções, serviços ou bens devem ser contratados de forma partilhada, por itens, de maneira que os serviços sejam executados por diversas empresas, propiciando a ampliação do

⁴ O Novo Modelo de Contratação de Soluções de TI pela Administração Pública. Belo Horizonte : Fórum, 2013, págs. 46-51.

universo de licitantes e, mitigando os problemas advindos da concentração da prestação de serviços numa única contratada.

A contratação por itens ou áreas de negócio torna a solução bem mais econômica aos cofres públicos, bem como simplifica a gestão dos contratos. O TCU por meio do Acórdão 393/1994 – Plenário, assim decidiu:

Nas licitações para contratações de obras, serviços e compras, e nas alienações, quando o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, é obrigatório que a adjudicação seja por itens e não pelo preço global.

III – Mensuração e pagamento dos serviços:

A mensuração e pagamento dos serviços dar-se-á por resultado alcançado e verificado. Os novos contratos são lavrados garantindo a Administração Pública a entrega de um serviço para o posterior pagamento.

Com certeza, ao efetuar qualquer desembolso mediante a entrega de um serviço, a Administração Pública demonstrará maior zelo com o erário, evitando substancialmente o desperdício e tornando mais ágil a entrega dos artefatos produzidos.

Sabendo da obrigatoriedade de entregar um serviço em perfeita condição de uso, a empresa contratada se mostrará mais comprometida em desenvolver um trabalho com esmero, vislumbrando a homologação imediata por parte da Administração Pública.

IV – Avaliação da qualidade dos bens adquiridos e serviços prestados:

A mensuração dos serviços prestados por empresa especializada possibilita uma visão mais apurada da qualidade dos bens adquiridos e/ou serviços prestados. Isto propicia um maior cuidado na execução dos serviços, uma vez que estes serão avaliados por outra empresa e, esta, especializada no serviço de avaliação.

V – Estruturação do quadro de pessoal de TI com servidores permanentes suficientes e capacitados na gestão de TI:

Sendo a área de Tecnologia da Informação uma área estratégica, no universo de um banco do porte da CAIXA, contratar empresas que disponham de uma equipe técnica especializada, devidamente habilitada no mercado e com remuneração adequada, faz a diferença na qualidade da execução dos serviços.

VI – Governança de TI:

Envolve o nível estratégico da organização estendendo-se por outras áreas da instituição, tais como as áreas administrativas e de negócio. Podemos dizer que a TI é o coração da empresa, uma vez que abarca as tecnologias relacionadas ao planejamento de informática, aos processos de produção e operação, ao desenvolvimento de sistemas, ao suporte ao software e hardware.

Dessa forma, o processo decisório da inserção de novas tecnologias, sua prospecção, avaliação e monitoramento, requer uma plena sintonia entre a área de TI com as áreas de negócio e administrativa das empresas.

Devemos considerar, ainda, que todas as informações financeiras da CAIXA, por exemplo, estão salvas nos sistemas de informação e, os gestores de negócio necessitam ter garantia de que estes sistemas são plenamente confiáveis.

VII – Gestão de TI com ações de execução das diretrizes emanadas da alta administração, planejando e contratando as Soluções de TI:

Diz respeito a efetiva atividade de gestão dos bens e serviços com participação ativa nos processos de planejamento e contratação segundo as diretrizes emanadas pela alta administração, envolvendo um corpo gerencial qualificado.

VIII – Controle efetivo da execução contratual:

Essa execução contratual necessita ser bem gerida, ou seja, advém de cláusulas contratuais adequadas ao objeto contratado e que garantam uma execução dos serviços no mais alto nível.

IX – Observância da legislação e jurisprudência pertinentes:

Atentar para as normas legais que envolvem o procedimento de contratação é a maior garantia de que os serviços a serem executados atenderão as expectativas da Administração Pública e ao bem comum.

Importante lembrar que o sucesso de uma contratação está intimamente ligado a confecção de um Edital bem formalizado, no qual constem todas as exigências e concessões a serem observadas pelas empresas licitantes.

A minuta do contrato é anexo indispensável ao Edital e sua confecção tem que estar fundada nas diretrizes mencionadas para a contratação de Soluções de TI.

Celebrado e assinado o contrato, o gestor da Administração Pública deve atentar diligentemente para o fiel cumprimento de suas cláusulas, por meio de uma fiscalização permanente e atenta até a sua completa execução.

O contrato de uma Solução de TI, no entanto, é atípico pelas peculiaridades que o cercam. Na aquisição de um software para ser customizado e utilizado em determinado sistema, problemas diversos podem ocorrer até que a solução seja plenamente viável na sua utilização.

Ressaltamos, a título de exemplo, um fato ocorrido na CAIXA por ocasião da aquisição de um software para ser adaptado e usado como ferramenta de detecção de fraude em cartões. A medida que o gestor de negócio solicitava a implementação de mais e mais ferramentas, em razão de mudanças ocorridas nos processos internos, acabou por trazer incontáveis problemas, pois mesmo seguindo as especificações do produto a ser desenvolvido, esse acréscimo exacerbado acarretou uma grave lentidão no

sistema tornando inviável sua continuidade no ambiente de produção para não atrasar a finalização processamento do movimento diário.

Este foi um problema atípico, não sendo possível detectar previamente qual a inserção que estava levando o sistema a uma espécie de “travamento”, requerendo horas e horas de análise e testes para vislumbrar uma solução para o problema.

É prudente notificar que existem sistemas de criticidade elevada, como aqueles que processam o movimento de contas correntes, poupança e concessão de empréstimos.

Qualquer atividade ou desenvolvimento de um produto que envolva esses sistemas, a atenção e o cuidado devem ser redobrados, uma vez que pode motivar uma pane que paralise as Agências, o que seria temeroso para um banco do porte da CAIXA.

Na realidade, o cliente final a ser beneficiado com a execução dos contratos de Soluções de TI, são os correntistas das Agências, em especial o público que recebe benefícios do Governo Federal, por ser a CAIXA, conforme já mencionado, o banco que executa todos os Programas do Governo destinados às populações de baixa renda.

As alterações e/ou implementações em quaisquer dos sistemas da CAIXA estão contidas nos contratos de desenvolvimento e manutenção dos sistemas.

Ocorre que, em alguns casos, uma empresa participa de um procedimento licitatório para desenvolvimento e manutenção de fábricas de software, porém, mesmo sagrando-se vencedora por apresentar toda documentação que comprova sua expertise naquela atividade, no decorrer da execução dos serviços, demonstra inabilidade ou sérias dificuldades no entendimento das especificações dos sistemas, dificultando o desenvolvimento destes, chegando a surpreender a equipe técnica e de gestores da CAIXA.

Esses problemas vão desde o real entendimento da demanda, até problemas de relacionamento da empresa contratada com seus empregados, gerando atrasos nas entregas de produtos e dificultando atualizações e implementações das mais diversas nos sistemas.

É nessas ocasiões em que o gestor público tem que exercer o poder-dever de cobrar da empresa contratada aquilo que foi previamente acordado, lançando mão dos instrumentos disponibilizados pela lei, ou seja, as sanções administrativas.

3. Das Sanções Administrativas

Para tratar das penalidades dentro do contrato com a Administração Pública, temos que inicialmente conceituar “sanção administrativa”. O célebre Professor José Carlos de Oliveira⁵ assim nos ensina:

Já a sanção administrativa é a decorrência lógica da infração – a punição cominada pela lei para o caso de inobservância das normas administrativas. Toda atitude contrária às normas administrativas (infração) gera, em regra, uma sanção, como, por exemplo, a multa aplicada em razão de uma infração de trânsito, ou o fechamento de um estabelecimento que não tenha autorização para funcionar ou que o esteja fazendo em desconformidade com as exigências legais.

Todo contrato com a Administração Pública deve possuir em seu bojo as cláusulas que estatuem as obrigações da empresa contratante, as obrigações da empresa contratada, bem como as cláusulas que definem as sanções que poderão ser aplicadas, nos casos de descumprimento daquilo que foi avençado.

As cláusulas que preceituam a aplicação das sanções administrativas, fazem parte do rol de cláusulas denominadas “exorbitantes”, pois advém da supremacia da Administração Pública sobre o particular e refletem o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A finalidade da aplicação das sanções administrativas tem caráter preventivo especial ou geral e de repressão.

O caráter preventivo especial é aquele no qual o Administrador quer notificar a contratada do cometimento de uma falta leve, mas necessitando ser admoestada para que não cometa novamente o ilícito.

Já o caráter preventivo geral é aquele no qual a Administração Pública informa a toda a coletividade seu poder-dever de sancionar a empresa contratada faltosa, demonstrando não ser conivente com a violação de obrigações do interesse público.

⁵ Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública, Módulo IV, p. 4

O caráter repressivo é caracterizado pelo cuidado que a Administração Pública possui em procurar impedir que o Estado e/ou a sociedade em geral sejam prejudicados pela ilicitude cometida por uma empresa contratada, quando descumpre as exigências que lhe foram postas no instrumento contratual.

A execução do contrato é bem delineada nos artigos 66 a 68 da Lei 8.666/1993, que aduzem:

CAPÍTULO III - DOS CONTRATOS

Seção IV - Da Execução dos Contratos

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

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

As cláusulas que tratam da forma de execução dos contratos devem ser cuidadosamente elaboradas, pois quando a Lei trata das sanções administrativas, menciona apenas, que devem ser aplicadas mediante a “inexecução total ou parcial” do contrato, não especificando exatamente o que constitui essa “inexecução”.

Daí a necessidade de o Administrador Público ser diligente, por ocasião da formalização das Cláusulas do Contrato e/ou do Termo de Referência, definindo com especial clareza todas as especificações do serviço a ser prestado, a forma como deve ser executado, o esforço a ser demandado,

o prazo de sua execução, bem como as expectativas a respeito da sua correta ordenação.

Estas exigências devem constar de forma minuciosa e esmerada no Termo de Referência, que faz parte do Contrato, não economizando nos detalhes, pois quanto mais detalhado e especificado for o serviço a ser executado, os deveres e obrigações inerentes a cada um, melhor entendimento as partes terão a respeito de suas responsabilidades recíprocas.

Assim, tudo tem que ser bem definido, demonstrando a clareza necessária a respeito das exigências de formalização e entrega dos serviços por parte da empresa contratada e, das obrigações da Administração Pública para com aquela, de forma que não paire qualquer dúvida sobre as responsabilidades de ambas as partes.

Conforme já mencionado, como nos artigos da Lei 8.666/93 que tratam das infrações possíveis de serem cometidas, estas não são especificadas em minúcias, sendo mencionados apenas “pela inexecução total ou parcial”, os contratos devem especificar objetivamente o que constitui essa inexecução.

Quais as ações que, se não finalizadas configuram a inexecução? Qual a forma de apresentação de cada artefato e o que caracteriza uma atividade “não executada” ou “plenamente executada”? Não pode haver dúvida ou brecha para um entendimento dubio dessa ou daquela ação e/ou atividade.

O TCU, no seu Acórdão 437/2009-Plenário, assim determina:

O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado, nos termos do art. 70 da Lei 8.666/1993.

Quando o contratado pratica uma infração administrativa, compete à Administração Pública apurar a falta mediante procedimento específico, por meio do devido processo legal, ou seja, oportunizando à contratada o contraditório e a ampla defesa e, no caso de indeferimento das justificativas apresentadas, aplica a sanção mais adequada para o caso concreto.

Estas sanções devem, também, estar previstas no edital que precedeu a contratação, de acordo com o que preceitua a Lei 8.666/93, nos seus artigos 86 a 88, *in verbis*:

CAPÍTULO IV – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DA TUTELA JUDICIAL

Seção II - Das Sanções Administrativas

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - 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 após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

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

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias

da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (grifo nosso).

Conforme disposto na Lei, o atraso injustificado na execução dos serviços é a infração inicial mencionada no artigo 86 e, em decorrência, a Lei determina que o Administrador Público aplique a multa de mora, que deve constar tanto no Edital como no Contrato, detalhando como ocorrerá a sua aplicação.

Ratificando essa questão, o grande Marçal Justen Filho⁶, assim nos ensina:

A demora injustificada na execução da prestação contratual acarreta, como sanção a ser primeiramente cogitada, a aplicação de multa. Mas essa solução dependerá da previsão editalícia para tanto, sob pena de ser inviável sua exigência. Será impossível, mesmo, a previsão de multa no instrumento contratual, caso não cominada no instrumento convocatório. O instrumento contratual deverá especificar as condições de aplicação da multa. Não se admite discricionariedade na aplicação de penalidades.

Já o artigo 87 da mesma Lei menciona as sanções que deverão ser aplicadas pela Administração Pública, no caso de cometimento de infração, de forma sucessiva, de acordo com a gravidade da infringência às normas contratuais.

Importante salientar que o artigo 87 da Lei 8.666/1993, não confere ao Administrador Público o poder discricionário de aplicar ou não as sanções administrativas, mas lhe incumbe do dever de aplicá-las, uma vez que se assim

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, São Paulo : Dialética, 2010, pág. 880

não proceder, configura desvio de finalidade por parte do administrador, podendo ser responsabilizado no caso de omissão.

Assim, a empresa contratada deverá responder por todo e qualquer ilícito cometido na vigência do contrato. É certo que o legislador não definiu com clareza qual sanção aplicar em cada hipótese específica. Presume-se que o legislador teve a intenção de definir uma espécie de escalonamento nas sanções de acordo com a gravidade do ilícito cometido.

Dessa forma, foram previstos quatro tipos de sanções na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, conforme detalhamos abaixo:

3.1 - Advertência

A Advertência é a sanção mais branda, de caráter educativo, uma vez que, apenas emite um “aviso” a empresa contratada, no intuito de que alinhe seus procedimentos àqueles estabelecidos no contrato.

É a primeira demonstração, por parte do órgão ou entidade contratante de que o andamento dos serviços em execução, não estão sendo adequadamente elaborados ou não apresentam o resultado, de acordo com a sua expectativa.

Segundo Marçal Justen Filho, a advertência envolve dois efeitos peculiares: **a)** submissão do particular a uma fiscalização mais atenta, ou seja, não significa uma alteração nas exigências preceituadas, mas num acompanhamento mais rigoroso com relação às atividades da empresa contratada pelo descumprimento de seus deveres; **b)** consiste na cientificação de que, em caso de reincidência (específica ou genérica), o particular sofrerá punição mais severa.⁷

A advertência não pode ser usada como um instrumento para macular a reputação da empresa contratada, mas para cientificá-la da insatisfação, por

⁷ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, São Paulo : Dialética, 2010, pág. 891

parte da Administração Pública da forma como está executando as atividades contratuais.

Pode ser cumulada com a multa, mas não pode com as demais penalidades estabelecidas.

3.2 - Multa

Já a Multa constitui uma sanção de natureza pecuniária, que se destina a punir a empresa contratada por não ter cumprido suas obrigações. Pode ser aplicada em decorrência de atraso na entrega de um artefato ou pela baixa qualidade do serviço executado, não correspondendo à expectativa daquilo que foi pactuado.

A penalidade de multa pode ser aplicada isoladamente ou concomitante com outras sanções.

Sua aplicação, também tem que estar prevista no instrumento contratual, de forma clara e, especificada, detalhando em quais condições será cobrada da empresa contratada.

Pode ser descontada do valor da garantia contratual oferecida pela contratada, porém se o seu valor exceder essa garantia prestada, a empresa responderá pelo valor remanescente, mediante débito nos pagamentos futuros, devidos pela da Administração Pública, ou, quando for o caso, cobrada judicialmente.

3.3 - Suspensão Temporária

Na Suspensão Temporária de Participar de Licitação e Impedimento de Contratar com a Administração, a empresa contratada fica impedida, pela gravidade da infringência, de participar de licitações com a Administração por um período não superior a dois anos. Esta sanção pode ser aplicada concomitante com a multa.

Muito se debate, entre os doutrinadores a respeito da abrangência e distinção entre a sanção de suspensão temporária de licitar e impedimento de

contratar com a Administração, com a sanção de declaração de inidoneidade, sendo de forma recorrente levada a questão ao Judiciário.

De acordo com o preconizado na Lei 8.666/1993 nos dois casos a empresa sancionada fica impedida de contratar com a Administração. No entanto é necessário que se atente para as definições contidas no artigo 6º da mesma Lei, incisos XI e XII nos quais o termo “Administração” define-se como o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, enquanto que a expressão “Administração Pública” diz respeito “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob o controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”⁸.

Assim, na Suspensão Temporária de Participar de Licitação e Impedimento de Contratar com a Administração, a empresa infringente fica impedida de licitar e contratar apenas com o órgão sancionador.

Ainda a respeito das conceituações contidas no artigo 6º da Lei 8.666/1993, Marçal Justen Filho (2010, p. 135), com relação aos termos “Administração” e “Administração Pública”, assim leciona:

16) Administração Pública – a expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada como ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando essa contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios) a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos e outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.

17) Administração - a expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão

⁸ Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/93 e outras normas pertinentes, 14ª edição, Belo Horizonte : Editora FORUM, 2013, pág. 21.

temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade (grifo nosso).

3.4 - Declaração de Inidoneidade

A Declaração de Inidoneidade para Licitar ou Contratar estabelece que a empresa contratada fica vetada de participar de procedimentos licitatórios e de ser contratada pela Administração Pública.

Esta sanção é a mais gravosa e é aplicada nos casos em que se constata que a contratada agiu com dolo e má fé.

De acordo com a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2012, p. 653), os efeitos desta medida continuam “enquanto perdurarem os motivos que a determinaram ou até sua reabilitação, que será concedida sempre que ressarcir a Administração pelos prejuízos que lhe haja causado e tenham transcorrido dois anos da aplicação da sanção”.

Qualquer profissional ou empresa declarada inidônea que celebre contrato com a administração pode incorrer no crime tipificado no artigo 97 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Importante salientar, mais uma vez, que estas sanções contidas no contrato estão previstas, rigorosamente, no edital que precedeu cada contratação de forma clara, detalhada e de pleno conhecimento das empresas participantes do procedimento licitatório.

Existe, ainda, uma pequena diferença, que deve ser lembrada, no que diz respeito ao prazo de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública em contratos advindos de Pregão Eletrônico – Lei 10.520/2002, conforme preconiza o seu artigo 7º, que aduz:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou

apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não manter a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude discal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de **5 (cinco) anos**, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais (grifo nosso).

Quaisquer penalidades que porventura sejam aplicadas têm que ser precedidas do devido processo legal, sendo assegurado a empresa contratada o direito da ampla defesa e do contraditório, considerando-se nulas quaisquer penalidades aplicadas em desacordo a esse princípio constitucional.

4. Do Devido Processo Legal: contraditório, ampla defesa e dosimetria da pena

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e consiste em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É considerado o princípio fundamental do processo administrativo, eis que se configura a base sobre a qual os demais se sustentam.

Representa, ainda, a garantia inerente ao Estado Democrático de Direito de que ninguém será condenado sem que lhe seja assegurado o direito de defesa, bem como o de contraditar os fatos em relação aos quais está sendo investigado.

No mesmo artigo 5º da Constituição Federal, inciso LV, o legislador preconiza que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Celso Antonio Bandeira de Mello nos ensina que estes princípios “estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais”.⁹

A Administração Pública deve permitir a utilização de todos os meios de defesa admitidos pelo nosso ordenamento jurídico.

⁹ Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2011, pág. 118.

O princípio da ampla defesa é imprescindível em todos os procedimentos que possam viabilizar qualquer prejuízo ao acusado.

Este princípio assegura a empresa contratada a possibilidade de expor seus argumentos, por meio da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, podendo produzir provas, desde que lícitas e, recorrer de decisões que lhes prejudiquem.

As justificativas apresentadas pela empresa contratada não sendo acolhidas pela Administração Pública, esta lhes aplica a pena devida. No entanto, qualquer penalidade a ser aplicada deve ser proporcional à gravidade do ilícito cometido.

As penas devem iniciar pela menos gravosa e, de acordo com a reincidência, o Administrador Público vai aplicando a mais danosa. Não é admitido, por exemplo, a declaração de inidoneidade a uma empresa pelo cometimento de um erro que não causou qualquer prejuízo e que pode ser corrigido pela contratada.

A penalidade que for aplicada à empresa infratora deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da sua conduta.

São inconstitucionais quaisquer penalidades excessivas, devendo, o Administrador Público obedecer ao que dispõe o artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei 9784/1999, que aduz:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

A respeito da proporcionalidade da pena a ser aplicada, ainda nos ensina Marçal Justen Filho que:

O instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente.¹⁰

Dessa forma, fica evidente que o procedimento sancionador deve ser revestido de todo cuidado possível, atentando para a formalidade requerida.

¹⁰ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, São Paulo : Dialética, 2010, pág. 884.

5. Da Extinção do Contrato Administrativo

Conforme já mencionado, o Contrato Administrativo é um acordo de vontades firmado entre as partes, criando entre estas, direitos e obrigações recíprocos em vantagens e encargos.

O contrato administrativo pode ser extinto pela conclusão do seu objeto, bem como pela finalização do prazo estipulado para sua consecução.

Os contratos classificados como de escopo, ou seja, aqueles que possuem um objeto específico como, por exemplo, a aquisição de mobiliário, tem sua extinção no momento em que a empresa contratada entrega o objeto adquirido, ou, ainda, no caso de um contrato para a construção de uma ponte, a extinção dar-se-á na conclusão e consequente entrega da obra.

Já os contratos classificados como de natureza continuada, a exemplo dos contratos de limpeza e conservação, têm sua extinção vinculada ao prazo de duração, conforme estabelecido nas cláusulas contratuais.

Complementando, a respeito da extinção dos contratos administrativos, assim leciona Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹:

É claro que todo contrato administrativo tem um prazo de vigência. Este, pela Lei 8.666, conforme o art. 57, é, como regra geral, o da vigência dos respectivos créditos orçamentários. A diferença aludida, portanto, não é de modo algum, a existência ou não de prazo, mas o fato de que em um tipo o que se pretende é um objeto concluído. Assim, neste caso, o contrato se extingue com sua conclusão. Se o objeto não for concluído no prazo, não há exaustão do propósito contratual, daí a necessidade de sua prorrogação (com ou sem sanção para o contratado, dependendo da hipótese) ou, então, realização de nova licitação para conclusão do objeto. Aliás, a própria lei prevê a prorrogação do contrato nos casos especificados no § 1º do art. 57.

No entanto, a Lei 8.666/1993, no seu artigo 58 da Lei 8.666/1993 estabelece no inciso II, a primazia concedida a Administração Pública de rescindir seus contratos firmados com particulares, de forma unilateral, desde

¹¹ Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2012, págs.640 e 641

que atenda aos requisitos preceituados nos incisos I a XII e XVII do artigo 78, *in verbis*:

Art. 78. Constituem motivo para a rescisão do contrato:

I – o não cumprimento das cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X – a dissolução sociedade ou o falecimento do contratado;

XI – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

(...)

Parágrafo Único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Ainda sobre a rescisão do contrato administrativo a Lei 8.666/93, em seu artigo 79, assim dispõe:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

- II – amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- III – judicial, nos termos da legislação.

Assim, a rescisão contratual pode ocorrer de forma unilateral ou administrativa amigável ou judicial.

A rescisão amigável ocorre quando em comum acordo, as partes resolvem por um fim ao contrato.

A rescisão judicial, normalmente ocorre a pedido da contratada, quando a Administração Pública descumpre as cláusulas contratuais.

A permissão concedida pela Lei ao Administrador Público para rescindir um contrato de forma **unilateral**, só pode ocorrer quando há inadimplência por parte da empresa contratada, desaparecimento do sujeito, por interesse do serviço público ou por caso fortuito ou de força maior.

O Administrador Público não pode decidir pela rescisão unilateral de um contrato apenas para atender uma vontade pessoal, uma vez que este não é um ato discricionário.

A rescisão contratual não pode advir de um impulso injustificado da Administração, pois conforme reza o Parágrafo Único do artigo 78, mesmo sendo um ato unilateral, tem que ser precedido do devido processo legal, no qual é oportunizado à empresa que presta os serviços, o contraditório e a ampla defesa.

A respeito de outras hipóteses de extinção do contrato administrativo, nos ensina Celso Antonio Bandeira de Mello¹²:

Fora dos casos de rescisão unilateral, esta poderá ocorrer por mútuo acordo ou por via judicial, a requerimento de qualquer das partes, como prevêem o art. 79 e incisos II e III. Além disto, embora a lei não o diga, um contrato administrativo também pode ser extinto pela própria Administração, se esta verificar que a relação, ao ser constituída, o foi invalidamente. Neste caso, o princípio da legalidade imporá sua invalidação

¹² Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2012, págs.641 e 642

(anulação ou constituição de nulidade), se não couber convalidação – analogamente ao que ocorreria com os casos de convalidação de ato unilateral (Capítulo VII, ns. 161-168). A invalidação do ato, é bem de ver – e tal como sucederia com os atos unilaterais -, terá que ser precedida de processo regular e ampla defesa (Capítulo VII, n. 148). De resto, menos não se admitiria, pois, como visto, a rescisão unilateral demanda motivação e ampla defesa.

O contrato também pode ser rescindido em decorrência de inadimplência e, esta acontece quando a empresa contratada descumpre o que foi avençado, retardando a entrega do produto ou paralisando a execução dos serviços, de forma injustificada, impossibilitando a finalização e entrega destes, de acordo com a expectativa do órgão ou entidade contratante.

A rescisão em razão do desaparecimento do sujeito ocorre nos casos de falecimento do contratado ou declaração de falência da empresa, ou, ainda, por insolvência civil.

A rescisão por interesse do serviço público acontece quando a Administração Pública se depara com um motivo de alta relevância e de amplo conhecimento público, de forma que a sua continuidade possa acarretar prejuízos irreparáveis.

Pode ainda a Administração rescindir um contrato em razão de caso fortuito ou força maior, ou seja, em decorrência de um evento da natureza que impossibilite a empresa contratada de executar os serviços contratados.

6. Conclusão

Sabemos que a promulgação da Constituição Federal de 1988, sabiamente denominada “Constituição Cidadã”, marcou o início da consolidação da democracia, após os tristes anos da ditadura militar.

O legislador constituinte teve o cuidado de inserir consideráveis mudanças no texto constitucional, buscando a satisfação das necessidades do cidadão brasileiro como indivíduo, grupo, associação ou organização e, em especial, buscando amparar o interesse público para concretizar os anseios dos mais variados segmentos sociais.

Um dos pontos positivos e de considerável importância do mundo globalizado que ora experienciamos, é a posição cada vez mais diligente que o Estado tem demonstrado em relação aos gastos públicos, em especial quando se trata da aquisição de bens e contratação dos serviços de terceiros.

É evidente que a valorização da democracia implementada pela Constituição Federal de 1988, tem mudado a atitude da população com relação às questões políticas, sociais, éticas e de interesse coletivo.

O povo tem se mobilizado no sentido de ver o cumprimento efetivo das leis e o posicionamento adequado dos governantes, legisladores e até do Judiciário. O longo tempo da opressão da ditadora passou e, hoje, cada vez mais, as pessoas cobram uma postura adequada e comprometida dos nossos governantes.

A contratação de serviços e aquisição de bens para o funcionamento da máquina pública obtiveram um considerável impulso desde que a Lei 8.666 foi publicada em 21 de junho de 1993, com o intuito de regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, estatuinto as normas a serem observadas para as licitações e contratações com a Administração Pública.

A obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório, por parte da Administração Pública, para adquirir bens e contratar serviços para o seu

pleno funcionamento, concretiza todos os princípios constitucionais que lhe são correlatos, tais como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Por meio do procedimento licitatório o Administrador Público é instado a contratar os serviços dos quais necessita e adquirir os bens necessários ao funcionamento dos órgãos e entidades públicas, com lisura e transparência.

Observando diligentemente os preceitos estabelecidos na Lei 8.666/1993, as contratações no âmbito da Administração Pública são realizadas possibilitando a igualdade de condições a todas as empresas que desejarem prestar os seus serviços ou vender seus produtos, gerando empregos e propiciando o desenvolvimento da economia.

Esta exigência contida na Lei permite a escolha da melhor proposta, da que melhor se adequa às especificações descritas no edital, daquela que melhor atende ao interesse público, ratificando a transparência que deve haver nos procedimentos da Administração.

A Lei 8.666/1993 impede qualquer tentativa de privilegiar uma empresa em detrimento de outra, uma vez que faculta a participação da maior quantidade possível de empresas aos procedimentos licitatórios, oportunizando a prestação de serviços qualificados e a aquisição de bens que melhor atendem os anseios de cada instituição pública.

No entanto, no que diz respeito à contratação para prestação de serviços de TI, a execução dos contratos não é tão simples como pode parecer.

Numa empresa do porte da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, por exemplo, nem sempre a execução de contratos na área de TI transcorre com a tranquilidade esperada e/ou a prometida pela empresa licitante. Algumas vezes o Administrador Público se vê diante de problemas de difícil solução.

Os serviços de TI possuem peculiaridades muitas vezes revestidas de tal singularidade que só no transcorrer do contrato é possível a visualização dos dificultadores.

Em alguns casos, o dimensionamento do tempo para execução de determinada demanda supera aquele previsto, pois trata-se de sistemas sujeitos a sofrer alterações das mais diversas e, mesmo quando aparentemente finalizados, ao serem colocados no ambiente de produção são suscetíveis da ocorrência de panes que impossibilitam a continuidade do processamento em andamento.

As correções de erros detectados no desenvolvimento de um artefato, muitas vezes leva semanas para serem concluídas, em razão das complexidades a eles inerentes ou por ser algo novo a ser implantado ou que já sofreu alteração no mercado, como consequência da dinâmica constante dos produtos tecnológicos.

É de suma importância que algumas dificuldades encontradas no decurso da execução do contrato, sejam corrigidas em novas especificações para contratações futuras, por meio de uma definição mais completa e detalhada do objeto de um novo contrato.

As atuais contratações de fábricas de softwares na área de TI da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL são resultado de mais de um ano de estudos e análises de bancos de dados, de contratos pretéritos, de pesquisas internas, de inúmeras reuniões buscando inovar algumas questões e corrigir outras.

Não foi uma tarefa fácil e envolveu uma equipe considerável que se debruçou, em tempo integral, sobre uma grande quantidade de documentos, relatórios, pareceres e novas especificações, para obter melhorias nos processos futuros.

É evidente que alguns transtornos ocorridos na execução de determinados contratos são de exclusiva responsabilidade de algumas empresas contratadas, que em algum momento, por problemas internos e

alheios ao conhecimento imediato dos gestores da CAIXA, cometem erros ou provocam atrasos consideráveis em determinadas demandas.

Nessas ocasiões é oportuna a observação diligente do que preceituam a Lei 8.666/1993 e as cláusulas contratuais. A fiscalização atenta do contrato pode detectar a existência de problemas capazes de causar enormes transtornos futuramente.

A figura do fiscal do contrato é de suma importância tanto para o órgão ou entidade contratante como para a empresa contratada.

As atribuições do fiscal estão bem delineadas no artigo 67 da Lei 8.666/1993, que dispõe:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Assim, o gestor do contrato é incumbido das questões burocráticas, enquanto o fiscal é responsável pela verificação da simetria entre as obrigações contratadas e as executadas – modo, forma e tempo -, determinando a adoção de medidas corretivas, quando necessário.

O TCU por diversas vezes já se posicionou a respeito da fiscalização dos contratos administrativos, dentre elas no Acórdão nº 555/2005 - Plenário:

TCU – Acórdão nº 555/2005 – P

9.10.5 adote rotina de designação formal de um representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos firmados pela Autarquia, atentando para a necessidade de realizar registro próprio de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, nos termos do art. 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A fiscalização adequada dos contratos é um dos meios eficientes de evitar a ocorrência de infrações por parte da empresa contratada.

Diariamente é preciso por em prática a realização de uma fiscalização minuciosa em todos os procedimentos contratuais em curso, para que não ocorram surpresas desagradáveis e comprometedoras na execução desses serviços.

O Acórdão nº 786/2006 – TCU – Plenário¹³ sinaliza à Administração dois dos instrumentos necessários à boa gestão contratual:

- a definição dos procedimentos de acompanhamento e fiscalização a serem realizados concomitantemente à execução para evitar distorções na aplicação dos critérios;
- a utilização de um instrumento de controle, geralmente consolidado no documento denominado “ordem de serviço” ou “solicitação de serviço”.

No entanto, mesmo havendo uma fiscalização rigorosa não são poucas as oportunidades em que a aplicação das sanções administrativas são requeridas, inicialmente como medida educativa e, na continuidade com o intuito de cobrar efetivamente da empresa contratada uma postura responsável e comprometida.

Em algumas ocasiões, em questões mais complexas, o Administrador Público se vê diante de verdadeiros impasses, principalmente quando a ocorrência de problemas envolve um sistema crítico.

Na CAIXA, os sistemas considerados críticos são aqueles que envolvem a movimentação de contas de clientes. Estes não podem parar, não podem causar prejuízos, por isso mesmo têm que ser tratados com o mais absoluto cuidado, com responsabilidade, com o sigilo requerido, uma vez que a imagem de uma empresa com a sua dimensão não pode correr riscos.

¹³ O Novo Modelo de Contratação de Soluções de TI pela Administração Pública. Belo Horizonte : Fórum, 2013, pág. 252.

Os procedimentos de aplicações de penalidades também não são fácil execução, pois demandam um tempo considerável até a sua finalização, já que o Administrador Público tem que obedecer ao que preconiza a legislação com relação ao devido processo legal.

A empresa contratada precisa ser ouvida, tem que apresentar sua defesa prévia para que seja exaustivamente analisada, se houve ou não razão para o cometimento de determinado erro e/ou atraso. Sendo indeferidos os argumentos trazidos na defesa prévia, a contratada ainda tem a oportunidade de impetrar um recurso administrativo detalhando ainda mais seus motivos e justificativas. Só então o Administrador Público decide sobre a aplicação ou não da penalidade administrativa adequada a cada caso.

Tem que ser levado em consideração que nesse ínterim, inúmeras demandas continuam em andamento, todos os processos em execução avançam e a unidade demandante não pode estagnar.

Importante salientar que, num contrato de natureza tecnológica, mesmo havendo a incidência da aplicação das penalidades de advertência e, posteriormente de multa, nem sempre tais iniciativas são suficientes para resolver o problema.

Também é necessário destacar que as penalidades administrativas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade são de complexa aplicação, devendo o Administrador Público ser cauteloso na sua utilização.

Cada ocorrência tem que ser exaustivamente analisada para que seja tomada a decisão mais adequada e menos gravosa para os interesses da Administração Pública. Não se pode penalizar por penalizar, sem levar em consideração o efeito educativo que cada ocorrência deve trazer.

Essa cautela não quer dizer que o Administrador Público tem que ser tolhido de exercer seu poder-dever de punir uma empresa negligente. Ele pode e deve usar de todas as prerrogativas que a Lei disponibiliza, mas tem que agir com prudência, tem que buscar soluções que possam mudar rumos, corrigir erros e/ou mudar comportamentos.

Ainda com relação às contratações de TI, não é tarefa fácil optar pela rescisão unilateral de um contrato, uma vez que determinadas demandas que envolvem os sistemas críticos não possibilitam, de um momento para outro, a substituição imediata da empresa contratada.

É preciso ter a consciência de que a prevenção é a medida por excelência a ser levada em consideração por toda equipe. Todos têm que ser mobilizados na busca pela melhor solução, focados num só objetivo.

Para lograr êxito na gestão de contratos numa área de TI, de uma empresa do porte da CAIXA é preciso se cercar de todos os cuidados e planejamentos possíveis.

Como a maioria das demandas contratadas envolvem um aprofundamento na interpretação e desenvolvimento de sistemas dos mais diversos, cada vez mais há necessidade de que em cada contratação ocorra a necessária transferência de conhecimento, por parte das empresas contratadas, aos profissionais da CAIXA, à medida que os serviços sejam executados, testados e postos em produção, visando mitigar qualquer tipo de dependência que possa ocorrer.

Não basta verificar se as ações estão sendo providenciadas pelas empresas contratadas, com aparente normalidade. É de suma importância por em prática uma gestão cuidadosa e adequada para cada processo de desenvolvimento ou manutenção, com o intuito de eliminar quaisquer possibilidades de entraves, erros e/ou atrasos que resultem em paralisações de sistemas, panes, bloqueios, etc.

O gerenciamento diligente e adequado aos processos de TI é a meta a ser alcançada a cada dia, numa área de tecnologia tão complexa como a da CAIXA.

A prevenção é a palavra de ordem. Não é possível obter o sucesso desejado em qualquer atividade, sem que haja precaução na sua execução.

O planejamento é o meio adequado de prevenir e eliminar os erros e, ainda, propiciar o cumprimento esperado de cada contrato, por meio da entrega de produtos testados e aprovados, em conformidade com a expectativa da unidade demandante.

O Professor Augusto Sherman¹⁴ nos ensina que o planejamento é a “atividade pensante das pessoas e das organizações, e que nos permite visualizar o ponto futuro a que desejamos chegar, a partir de onde estamos, e de que forma poderemos alcançá-lo”. E, ainda acrescenta: “planejamento é a construção, no plano teórico, do futuro, por meio da observação da realidade e da definição dos meios de se alcançá-lo tal como previsto”.

Mesmo não sendo a tecnologia o “negócio” da CAIXA, uma vez que sua atividade principal é a atividade bancária, é de sua inteira responsabilidade o controle dos processos de TI, de forma consciente e responsável, para que possa conceder ao público um atendimento digno e revestido da excelência que os clientes da CAIXA esperam.

O Professor Augusto Sherman, Ministro-Substituto do TCU (2013, p. 43), declara que “os recursos de Tecnologia da Informação são hoje, sem nenhuma dúvida, recursos estratégico para quaisquer organizações, sejam públicas ou privadas”.

Ainda, com relação à importância da TI para a Administração, o Professor Augusto Sherman (p.44) nos traz outra importante lição:

A Administração está cada vez mais dependente do bom e regular funcionamento dos serviços de Tecnologia da Informação. E, o que é mais importante, a tendência é de aumento dessa dependência, por razões lógicas: a cada dia serão disponibilizados mais serviços aos cidadãos por meio de sistemas de informática. O e-Gov (Governo Eletrônico) tende a se ampliar. E aquelas organizações que ainda não possuem seus processos de trabalho automatizados, o que é raro, o terão no futuro. As organizações que já possuem processos de trabalho automatizados intensificarão essa automatização,

¹⁴ O Novo Modelo de Contratação de Soluções de TI pela Administração Pública. Belo Horizonte : Fórum, 2013, pág. 59.

porque há agilização, eficiência e economia nos procedimentos.

Por esta razão a CAIXA não está inerte diante dos desafios que lhe são postos a cada dia, para cumprir seu papel de maior banco social do país, responsável por todos os Programas Sociais implementados pelo Governo Federal. Ela é o banco do povo.

A CAIXA tem buscando incessantemente a melhoria dos seus processos, a resolução tempestiva das questões que envolvem todo o seu funcionamento, a modernização dos seus sistemas e equipamentos, a formação dos seus empregados, a priorização da excelência no atendimento em quaisquer das suas Unidades espalhadas por todo país.

Concluindo, é cediço que, para otimizar essa busca por melhores práticas na área de tecnologia, a CAIXA tem, ultimamente, realizado concurso público para a contratação de profissionais de TI, visando formar a cada dia uma equipe compatível com o porte dessa área e, buscando tornar-se o maior banco social da América Latina.

7. Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2010.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O Novo Modelo de Contratação de Soluções de TI pela Administração Pública. Belo Horizonte : Fórum, 2013.

Contribuição: Processos de Aplicação de Penalidades – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – GEMOD – Gerência Nacional de Modelos e Contratos de TI.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira – 3.ed. – Curitiba: Positivo, 2004.

FILHO, Marçal Justen. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO – São Paulo : MALHEIROS EDITORES, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de . CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

OLIVEIRA, José Carlos de. Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública, Módulo IV, 2010.

SILVA, DE PLÁCIDO E. VOCABULÁRIO JURÍDICO – Rio de Janeiro : EDITORA FORENSE, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Rescisão de Contrato Administrativo. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/revista/texto/460>. Acesso em 04/06/2013.