

ORIENTAÇÃO N.º 180/2023

A FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL NÃO PODE SE LIMITAR ÀS MEDIÇÕES DO CONTRATADO

Orientação

De início, é importante distinguir que no processo de contratações públicas existem dois grandes regimes, dois grandes processos, o de licitações e o contratual:

Regime Licitatório



Regime Contratual



O acompanhamento da execução contratual é tarefa crucial para a boa entrega/prestação envolvendo contratos administrativos.

Tudo se inicia com a etapa de planejamento, o nascimento da demanda, a reflexão sobre o melhor meio de se contratar e com a celebração do contrato administrativo, a atividade de fiscalização contratual ganha destaque.

É nesse momento que o servidor, ou a comissão, designado(a) para acompanhar as execuções, atua como os “olhos da Administração”, verificando as efetivas entregas e a qualidade do que está sendo entregue, tanto na prestação de serviços como no fornecimento de bens, tudo a depender do objeto e na forma de gestão/fiscalização estabelecida previamente.

De fato, a licitação é etapa técnica, cuidadosa, que busca com imparcialidade e publicidade apurar a melhor proposta, mas é na etapa de execução contratual, com a atuação dos gestores e dos fiscais, que a Administração recebe a forma final de todo o esforço demandado no processo licitatório, tem-se aí, a consumação da necessidade que fez nascer o processo licitatório. Todas as justificativas do planejamento, todos os aspectos necessários,

todos os cuidados técnicos do edital e exigências de habilitação ou de propostas, visam essa entrega contratual, objetivam o recebimento de bem/serviço adequado ao que se necessita.

Por isso, a atividade de gestão contratual, combinada com a fiscalização, permitirão o acesso adequado do Poder Público contratante ao objeto planejado e licitado. Para Joel de Menezes Niebuhr¹:

Destarte, tanto a licitação quanto o contrato administrativo são não são procedimentos vazios e abstratos. Tudo que a eles se refere está estritamente relacionado à concreta satisfação do interesse público. Eles são meios que visam o atendimento concreto e efetivo do interesse público, que é a verdadeira e última finalidade do aparato administrativo estatal.

Marcelo Palavéri², ao abordar as figuras do gestor e do fiscal de contratos desenvolve interessante diferenciação desses agentes que são cruciais na etapa de execução e acompanhamento contratual:

“A gestão dos contratos é exercida pelo gestor de contratos, figura em uma posição hierárquica superior ao fiscal dos contratos. A primeira deve tratar de aspectos mais voltados à manutenção formal, ao controle de prazos e ao gerenciamento geral da própria relação contratual. Já a segunda cuida e verifica, pontual e individualmente, a efetiva execução de cada contrato firmado, visando a obter a garantia da qualidade dessa execução em prol do interesse público.

Não são, portanto, sinônimos e como tal a Lei 14.133/21 não os tratou. A gestão é uma atividade geral, ao passo que a fiscalização é pontual.”

Ainda, para Niebuhr³:

Isto é, a fiscalização dos contratos administrativos não é um poder, uma prerrogativa ou uma faculdade; é, acima de tudo, insta-se, um dever, uma obrigação inescusável. Para além de outras razões legais, a Administração tem o dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, porque ela não pode aceitar nem receber objeto se ele estiver em desacordo com as obrigações avençadas.

Contextualizando com a Nova Lei

Não por menos, há na Nova Lei de Licitações, menções expressas da etapa de execução contratual ainda na etapa de planejamento, ou seja, essas condições de entrega, medição e acompanhamento [gestão e fiscalização], impactam as contratações públicas de maneira decisiva, pois podem culminar em exigências específicas, descritivos especiais do objeto ou

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p 1011

² PALAVÉRI, Marcelo. **Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas para Municípios**. Volume II – Contratos Administrativos. Leme/SP: Mizuno, 2023. p 291.

³ p 1012

limitar o universo de competidores, e por isso devem ser pensadas desde o processo inicial de contratação. É o que o art. 18, ao tratar da etapa de planejamento da Nova Lei [Lei Federal nº 14.133/2021], prevê em diversos incisos, inclusive como item obrigatório do Estudo Técnico Preliminar - ETP:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

[...]

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

[...]

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

[...]

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

[...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

[...]

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual.

Percebe-se que junto com o amadurecimento da demanda/objeto, se tem, também, a configuração do módulo de fiscalização e de gestão do futuro contrato.

O ETP, em conceituação, é o momento do planejamento licitatório em que são refletidas as condições do objeto, a necessidade pública é apurada, para que melhor sejam justificados todos os detalhes e as condições específicas do certame.

É claro, esse cuidado envolvendo o planejamento da fiscalização contratual não se restringe aos certames licitatórios, compras diretas também contam com essa reflexão, pois em alguns casos resultam em instrumentalização contratual, e mesmo sem a realização de torneio público, persiste a necessidade de gestão e fiscalização contratual.

Recente decisão do TCU

Nesse panorama, de destaque às atividades de fiscalização contratual, especialmente o ateste de execução de etapas de obra, que recentemente o Tribunal de Contas da União – TCU entendeu que a Administração não pode se pautar somente nas medições realizadas pelo contratado, para fins de acompanhamento contratual. Alertando pela necessidade de que sejam estabelecidos métodos próprios, ferramentas da Administração voltadas à medição/acompanhamento. Considerando esse descuido, erro grosseiro da atividade fiscalizadora.

Veja:

Acórdão 3972/2023 Segunda Câmara⁴ (Pedido de Reexame, Relator Ministro Antonio Anastasia)

Responsabilidade. Obras e serviços de engenharia. Fiscalização. Medição. Fiscal. Atestação. Erro grosseiro.

A atestação da execução de serviços de engenharia com base apenas em medição realizada pela própria empresa contratada, sem rigorosa e efetiva verificação dos quantitativos realizados, documentada em memória de cálculo, caracteriza erro grosseiro apto à responsabilização do fiscal do contrato (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lindb).

Complementando a compreensão da decisão, o art. 28 da LINDB, prevê:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Destacam-se os termos “rigorosa e efetiva verificação dos quantitativos realizados”, pois, refletem o núcleo da decisão citada uma vez que a atividade fiscalizatória busca garantir a qualidade e quantidade contratada, o cumprimento contratual. Não fazendo sentido que as ferramentas de apuração desse cumprimento se concentrem em dados fornecidos pelo particular, a fiscalização perde força.

⁴ Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codArqCatalogado=28100368>. Acesso no dia 14 de julho de 2023.

Por isso, a posição do TCU indica que a criação de mecanismos próprios e efetivos são adequados, garantem a entrega contratual e a transparência das execuções.

Conclusão

Ante o exposto, S.M.J., conclui-se que as atividades de fiscalização e gestão contratual estão presentes, de maneira expressa na Nova Lei, desde a etapa de planejamento, e recente decisão do TCU considerou como erro grosseiro a atividade fiscalizatória frágil, que não contou com mecanismos próprios, atestando a execução apenas com base nas medições apresentadas pela contratada.

Adamantina/SP, 14 de julho de 2023.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação