

ANEXO AO RELATÓRIO Nº03

GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Léo da Silva Alves

A área de contratos, no serviço público, exige especial cautela. Afinal, podemos indicar a sua vulnerabilidade sob os seguintes aspectos:

- comprometimento dos resultados na Administração Pública;
- presença dos órgãos de controle;
- situações de constrangimento, em razão de possíveis notícias na imprensa.

Na verdade, contratos mal gerenciados podem levar a prejuízos de toda ordem. Imaginemos a contratação dos serviços terceirizados, quando empregados que trabalham dentro dos órgãos públicos envolvem-se em incidentes com administrados. Isso repercute na rotina administrativa, pode ensejar medidas da área de controle, questionando a ação do fiscal do contrato e, ainda, pode ter conseqüências até escandalosas, quando os episódios chegam a imprensa e tomam, muitas vezes, proporções multiplicadas. (Lembre que, para os olhos de terceiros, não há distinção entre o funcionário e o empregado da empresa que presta o serviço terceirizado).

É por isso que insistimos na atenção a esse item. O administrador público deve desenvolver mecanismos para o acompanhamento dos contratos porque, assim procedendo, estará resguardando o interesse público e resguardando a si próprio.

COMO PREVENIR

Podemos dizer que, nessa área de contratação, há uma seqüência de prevenções que devem ser consideradas e que iremos examinar como medidas fundamentais de prestígio à eficiência administrativa. São elas:

- a) a correta identificação do que deve ser contratado;
- b) a qualidade na licitação;
- c) o controle do recebimento do objeto;
- d) a fiscalização da execução do contrato;
- e) o gerenciamento dos incidentes contratuais.

A CORRETA IDENTIFICAÇÃO DO QUE DEVE SER CONTRATADO

É importante que se estabeleça uma perfeita comunicação entre o setor que necessita do objeto e os funcionários encarregados do expediente licitatório.

Muitas vezes, há a requisição para compra de determinado produto, sem que se descrevam com nitidez as características, as peculiaridades daquilo que se precisa. Na etapa seguinte, os responsáveis pela compra acabam fazendo uma descrição do objeto que não atende rigorosamente o interesse de quem solicitou.

Já vimos, por exemplo, a compra de aparelhos de ar condicionado que no momento em que seriam instalados verificou-se inapropriados. O tamanho de cada equipamento não correspondia às características do espaço reservado na edificação. O que aconteceu? Houve um pedido genérico, que desencadeou uma compra com descrição do objeto feita sem atender ao que efetivamente era necessário.

IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DO OBJETO

Como medida de resguardo desse incidente, temos recomendado que a descrição do objeto seja feita pelo funcionário que o requisita; ou que este busque o assessoramento técnico para fazê-lo. Sem isso, corremos o risco de termos um contrato impróprio, com dinheiro público posto no ralo. Ou, então, remendos na execução, transferindo ao contratado encargos de troca ou ajustes. Ou seja, repassando a terceiros um ônus que decorre da ineficiência da Administração.

A QUALIDADE NA LICITAÇÃO

Uma vez bem definido o objeto do contrato, é fundamental que a licitação tenha qualidade; ou, se for o caso, que a contratação direta se dê com o respeito às hipóteses e aos requisitos da lei. A segurança nessa etapa começa com a correta identificação e o devido preparo dos funcionários responsáveis pelos procedimentos licitatórios. Veja-se que impõem-se aqui dois requisitos:

- a) identificação dos funcionários;
- b) treinamento.

Identificar significa atribuir a tarefa àqueles funcionários que apresentam um perfil para tarefa. Esse perfil começa pelo conhecimento e avança para a personalidade. Não é qualquer pessoa que está apta a atuar em licitação. Ela até pode deter um conhecimento teórico, mas o seu perfil, de caráter e de temperamento, pode não ser ajustado a esse tipo de atividade.

Veja-se que o funcionário ao prestar concurso, certamente não teve exigido o conhecimento detalhado, operacional da Lei de Licitações. E quando da sua formação, como

engenheiro, economista e até mesmo na área jurídica, não foi preparado para atuar nessa seara especializada. Então, o primeiro ponto é identificar funcionários que tenham, de fato, o domínio da matéria.

Concorre com esse requisito a exigência do perfil. Desnecessário seria dizer que a integridade moral é indispensável nesse ofício. Há interesses econômicos em jogo e que, muitas vezes, podem se mostrar com propostas irresistíveis. Mas não é só. O temperamento da pessoa tem um papel fundamental. O agente público que oficia no campo das licitações tem que ser seguro, porque irá enfrentar, freqüentemente, interesses contrariados; precisa ser cordial, posto que na sua conduta estará espelhada a imagem da própria instituição; deve ser detalhista, para que nas suas ações a Administração alcance o melhor resultado; e tem que desenvolver o seu trabalho com absoluta organização, sob pena de, por exemplo, ter documentos extraviados ou perder-se em prazos fundamentais.

TREINAMENTO

Preenchidas essas condições, outra mostra-se também importante: é o treinamento. A legislação é dinâmica. A todo instante, tem-se uma alteração nas regras que, direta ou indiretamente, refletem-se nas licitações e nos contratos. Além disso, como enuncia o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/89, os responsáveis pelo processo devem obedecer à lei e ao direito.

Ora, os funcionários não trabalham, então, apenas com a lei. O direito não se esgota nela. A lei é como se fosse um rio; o direito, por sua vez, é o oceano, onde desembocam todas as vertentes do saber jurídico.

No plano amplo do direito, temos a doutrina, a jurisprudência e os princípios. Isso é complexo. Isso evolui. Isso modifica-se. Isso enseja diferentes e novas interpretações. Logo, os agentes públicos precisam ser permanentemente atualizados.

Importante

O gestor público precisa estar atento a esses requisitos na escolha dos seus prepostos. Uma incorreta indicação pode gerar responsabilidade. É a figura da culpa in eligendo, ou seja, a culpa pela má eleição dos funcionários.

O agente público que oficia no campo das licitações tem que ser seguro, porque irá enfrentar, freqüentemente, interesses contrariados; precisa ser cordial posto, que na sua conduta estará espelhada a imagem da própria instituição; deve ser detalhista, para que nas suas ações a Administração alcance o melhor resultado; (...)

O CONTROLE DO RECEBIMENTO DO OBJETO

A Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos - trata do recebimento do objeto, determinando à Administração que indique um funcionário ou comissão para tal tarefa. A ordem vem no art. 73.

Veja-se que se trata:

- primeiro, de um dever do administrador em nomear um funcionário (ou comissão), para o desempenho de uma tarefa específica;
- segundo, de uma obrigação que o funcionário (ou a comissão) recebe e que deve ser cumprida com responsabilidade.

O sentido da norma é garantir a qualidade do contrato. Ou seja, assegurar que aquilo que foi pactuado é exatamente o que está sendo recebido pela contratante.

Não é difícil verificar que esse ponto não está sendo devidamente considerado em grande parte dos órgãos públicos. Basta constatar o número de notícias, em grau de escândalo, informando de merenda escolar com produtos deteriorados; medicamentos comprados com validade vencida... Na verdade, a Administração não comprou produtos estragados nem remédios com prazo de validade exaurido. O problema deu-se no recebimento do objeto.

RECEBIMENTO DO OBJETO

O primeiro ponto de cautela é indicar QUEM irá receber o objeto. Mas isso não esgota a obrigação do gestor. Ele não pode indicar qualquer pessoa, ou qualquer comissão. Deve indicar quem atenda o perfil para a tarefa e a ele proporcionar o conhecimento dos critérios e das responsabilidades.

QUAL SERÁ O PERFIL DE QUEM VAI RECEBER O OBJETO DO CONTRATO?

Ora, essa tarefa só poder ser entregue a quem, no mínimo:

- a) tenha familiaridade com o objeto (é impróprio atribuir à responsabilidade de receber equipamentos de computação a quem sequer sabe digitar...);
- b) seja detalhista – a tarefa exige paciência, implicando, muitas vezes, em abrir centenas de caixas, examinar centenas de itens...
- c) seja organizado – que faça corretamente o registro das circunstâncias, dos fatos, com clareza, com método;

d) esteja ciente das suas responsabilidades – esses funcionários têm que conhecer questões relacionadas a disciplina, improbidade administrativa e até do Código Penal, com reflexo no trabalho que irão desempenhar.

Por fim, quem receber a tarefa deve, efetivamente, estar preparado. Aqui, acreditamos, entra o trabalho preventivo da área de Recursos Humanos. É indispensável um treinamento sério, baseado em critérios estabelecidos pelo órgão, para dar a esses agentes a segurança que precisam no exercício do encargo que lhes é atribuído. Acresce-se, ainda, o oferecimento, quando for o caso, dos recursos materiais e técnicos necessários à qualidade do ofício.

Quem dá a tarefa tem que oferecer os meios. Isso está até na Bíblia.

“Jesus lhe respondeu: ai de vós, doutores da lei, que carregais os homens de obrigações que eles não podem desempenhar e vós, nem com um dedo, lhes aliviari a carga.” São Lucas, 11,46

CAUTELA

Está visto que o recebimento do objeto é uma linha de risco, tanto para o gestor que não nomeia QUEM vai receber (ou escolhe MAL); e para quem recebe a tarefa e não a executa com SEGURANÇA.

A FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Aqui entra outro aspecto de relevância para a qualidade dos contratos públicos: a sua fiscalização.

Veja-se que:

- a) houve a requisição do objeto – que tem que ser bem descrito;
- b) procedeu-se a licitação – que precisa ser conduzida com atendimento aos requisitos formais;
- c) celebrou-se o contrato.

Agora, o contrato será executado. E, DEPOIS, quando concluído, haverá o recebimento do objeto, que é a matéria tratada no item anterior.

Entre o CONTRATO e o RECEBIMENTO, dá-se a EXECUÇÃO.

A Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos -, no art. 67, impõe (o verbo é esse: impor) o seguinte:

“A execução do contrato deverá ser acompanhada e especialmente designado...”
(Grifamos.)

"(...) durante uma obra, não se vai esperar o final para constatar que ela não atendeu as especificações do contrato. Isso criará um incidente que retardará a entrega, em prejuízo ao interesse público. A irregularidade deve ser constatada de pronto, pelo fiscal, que periodicamente estará inspecionando a execução."

Na verdade, o legislador estabeleceu a obrigação de as duas partes terem um representante. Assim, o contratado elege um preposto, que deverá ser a pessoa de contato, a quem a Administração irá se reportar sempre que necessário. E a Administração fará o mesmo: terá um fiscal, que o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes chama de executor do contrato. Este, será a referência nos contatos do contratado, mas, principalmente, será o responsável pela verificação da regularidade na fase executória.

Assim, durante uma obra, não se vai esperar o final para constatar que ela não atendeu as especificações do contrato. Isso criará um incidente que retardará a entrega, em prejuízo ao interesse público. A irregularidade deve ser constatada de pronto, pelo fiscal, que periodicamente estará inspecionando a execução.

Certa vez, uma organização militar firmou contrato de aquisição de milhares de coturnos. Uma empresa de calçados mobilizou a sua linha de produção por conta disso. Ao fim, verificou-se que as peças não se prestavam às peculiaridades da atividade militar.

Poderá dizer-se: o contrato tinha especificações técnicas. A responsabilidade é da empresa, mas essa é uma leitura simplista. Há detalhes que só a prática pode mostrar. Papel nenhum substitui a realidade. Foi por isso, então, que o legislador criou a figura do fiscal. Se ele tivesse analisado o primeiro coturno, o erro teria sido corrigido de pronto.

O ordenador de despesa deve resguardar-se com a indicação do fiscal. E este, a exemplo daqueles funcionários que irão receber o objeto, precisa ter um perfil ajustado ao ofício.

Certo prefeito, ao firmar contrato para obra de saneamento, não nomeou fiscal. A empresa contratada instalou uma tubulação inadequada, fora dos padrões. Cada vez que um veículo de carga passava na rua, abria-se uma cratera. O Tribunal de Contas baixou em diligência questionando ao administrador se os tubos atendiam as especificações do contato. O prefeito, desaforado, respondeu: “Como é que eu vou saber? Estão em baixo da terra..”

GESTÃO E FISCALIZAÇÃO

Não se confunda GESTÃO com FISCALIZAÇÃO de contrato. A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; a fiscalização é pontual.

Na gestão, cuida-se, por exemplo, do reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle dos prazos de vencimento, de prorrogação, etc. É um serviço administrativo propriamente dito, que pode ser exercido por uma pessoa ou um setor. Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato.

AS CAUTELAS DO FISCAL

O fiscal do contrato precisa, por sua vez, estar preparado para a tarefa. Ela envolve um nível de responsabilidade específica.

A omissão do funcionário encarregado para o ofício – ou o incorreto cumprimento da tarefa - pode gerar dano ao erário. Neste caso, além da responsabilidade no plano disciplinar, por exemplo, ele sofrerá as conseqüências civis, atraindo para si o dever de reparar o prejuízo. Para isso, há, na esfera federal, um processo próprio, previsto no art. 8º da Lei nº 8.443/92: o processo de tomada de contas especial.

É necessário que o fiscal, ao ser nomeado, tenha conhecimento:

- das suas responsabilidades;
- de como deve, efetivamente, desempenhar a missão.

O QUÊ O FISCAL PODE E DEVE FAZER

Veja-se que a Lei de Licitações explica:

a) o fiscal pode solicitar o assessoramento técnico necessário;

b) o fiscal deve anotar em expediente próprio as irregularidades encontradas, as providências que determinou os incidentes verificados e o resultado dessas medidas.

A falta dessas anotações pode ter graves conseqüências. O art. 78 da Lei, por exemplo, no inciso VIII, faculta à Administração promover, em processo próprio, a rescisão do contrato por cometimento reiterado de faltas. Mas não é só. O mesmo inciso condiciona que essas faltas estejam anotadas pelo fiscal, na forma que prevê o art. 67, § 1º. A falta dessas anotações – ou anotações sem as formalidades do citado dispositivo – impede a rescisão, ainda que se trata de um contratado faltoso. Isso correndo, o fiscal omisso – que não fez as anotações na forma devida – atraiu a responsabilidade para si.

A RECUSA DO ENCARGO

Vimos que a Administração deve nomear funcionários para as tarefas de FISCALIZAÇÃO e de RECEBIMENTO do objeto do contrato. Também está claro que esses agentes passam a ter uma imensa responsabilidade, inclusive de ordem pecuniária, na medida que podem ser responsabilizados por danos ao erário, respondendo a processos de tomada de contas especial (e disciplinar) e tendo verbas descontadas em folha de pagamentos para a reparação do prejuízo.

Quem quer correr esse risco? É natural que funcionários, então, questionem a legitimidade do encargo. Eles são obrigados a desempenhar essas tarefas?

Quando o servidor – ou empregado público – prestou concurso, não o fez, certamente, para essas funções. Ninguém inscreveu-se em um concurso para ser fiscal de contrato...

"A omissão do funcionário encarregado para o ofício – ou o incorreto cumprimento da tarefa - pode gerar dano ao erário. Neste caso, além da responsabilidade no plano disciplinar, por exemplo, ele sofrerá as conseqüências civis, atraindo para si o dever de reparar o prejuízo."

A questão, entretanto, está resolvida há décadas por manifestação do velho DASP:

"A designação para fazer parte de Comissão de Inquérito constitui encargo obrigatório. As escusas que assumem cunho pessoal e consideram a situação dos funcionários, passivamente envolvidos no processo, revelam falta de noção de cumprimento do dever à ausência de espírito público, que impede o servidor o não se isentar de missões espinhosas, exigidas pelo imperativo de moralidade administrativa."

Nesse expediente, o DASP referia-se à obrigação de compor comissão de inquérito. O raciocínio é o mesmo. Trata-se de obrigação adicional, mas que integra-se ao elenco dos compromissos dos agentes públicos. Então, não há, nesse prisma, possibilidade de recusa.

A recusa do funcionário, entendemos, somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

- For impedido (parente, cônjuge, companheiro) ou suspeito (amigo íntimo, inimigo, recebeu presentes, tem relação de débito com a empresa ou qualquer tipo de interesse, direto ou indireto, junto ao contratado).
- Não detém conhecimento específico. Neste caso, deve dirigir-se por escrito à autoridade, dizendo da situação e solicitando a substituição. Se mantido, cumprirá o encargo. Mas, pelo menos, estará resguardado de eventual erro.

Há quem queira recusar por acúmulo de serviço na atividade principal. Sobre isso, o DASP também se pronunciou:

"Quanto a outros interesses do serviço, cumpre à autoridade competente apreciá-los previamente, não cabendo ao funcionário designado fazer a invocação dos mesmos, para exonerar-se do encargo".

Essa matéria é tão pouco tratada – e gera tantas confusões - que acreditamos oportuno o esclarecimento. Desta forma, tanto autoridades como funcionários ficam devidamente resguardados.

O GERENCIAMENTO DOS INCIDENTES CONTRATUAIS

Há contratos que exigem uma fiscalização praticamente diária. Por exemplo, aqueles que envolvem serviços de conservação e limpeza.

É preciso, para a qualidade desses contratos, que sejam tomadas as seguintes providências:

a) Nomeado um fiscal – O representante da Administração, especialmente designado, como diz a lei, fará o acompanhamento rotineiro, recolhendo as queixas dos funcionários, por exemplo, anotando-as e levando-as para a solução ao preposto da empresa.

b) Realizado um treinamento introdutório – Aqui entra a área de Recursos Humanos, que precisa preparar essas pessoas para trabalhar dentro da repartição pública. Muitos são operários simples, arregimentados pela empresa em canteiros de obras, nas periferias das grandes cidades. Não têm familiaridade com os hábitos e as posturas nos recintos oficiais. Devem, então, receber treinamento próprio e cabe ao setor de RH essa providência.

c) Orientados os funcionários – Os servidores e empregados públicos, do quadro da Administração, precisam receber orientação sobre como relacionar-se com esses empregados que prestam um serviço terceirizado. Não lhes compete dar ordens, instruções ou repreendê-los. Não podem a eles atribuir tarefas particulares. Com eles não devem discutir. Eventuais queixas serão levadas ao fiscal do contrato.

A simples adoção dessas medidas em muito contribuirá para prevenir incidentes. E, em acontecendo, ficará mais fácil solucioná-los.

GESTÃO DE CONTRATOS

Os órgãos podem implantar um serviço específico de gestão dos contratos. É bom que isso aconteça. Permite a profissionalização. Cria especialistas na área. Entretanto, essa medida não exclui a responsabilidade da nomeação do fiscal. A lei estabelece o dever de nomear um fiscal específico para cada contrato.

A área de gestão, então, terá uma visão macro, fará um gerenciamento geral. Mas o acompanhamento pontual será sempre do fiscal, com responsabilidade própria e exclusiva.

A cautela no acompanhamento dos contratos está dentro da observância da linha de risco na gestão pública. Afinal, temos enfatizado os pontos que consideramos vulneráveis para o gestor.

Pode parecer repetitivo. E, na verdade, o é. Mas essa matéria é de tal importância, que precisa ser, mesmo, repetida. (Especialistas indicam que o cérebro registra em definitivo aquilo que for repetido 70 vezes).

Vamos, então, voltar à atenção sobre os pontos vulneráveis, reexaminando alguns, incluindo outros. São eles:

LICITAÇÕES – Diz respeito direto ao emprego de recursos públicos. Não realizar licitação, quando a lei a exige, é crime. Fazê-la de forma irregular pode, igualmente, abrir um leque de

responsabilidades.

CONTRATOS – Feita a licitação, virá a execução do contrato. Cuidado! A lei manda nomear um FISCAL para acompanhar. Não o fazendo, o gestor atrai para si toda responsabilidade pelos prejuízos que decorrem da má-execução. A lei ordena, ainda que, executado o contrato, seja nomeado um funcionário para oficialmente declarar o

recebimento do objeto. É a ausência dessa nomeação (sem alguém que ateste a qualidade do objeto) que gera escândalos, como merenda escolar estragada, medicamentos com prazos de validade vencidos...

RESPONSABILIDADE FISCAL – É sabido que a impropriamente chamada Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe um novo elenco de atribuições ao gestor. Na verdade, no seu primeiro artigo, a lei indica o ponto de cautela: ela não é lei de responsabilidade, mas é lei de responsabilidade do gestor na gerência fiscal. Portanto, o gestor é quem deve ficar com as barbas de molho.

DISCIPLINA – A administração da disciplina no serviço público historicamente é um caos. Assim o é em todas as esferas. O administrador deve cuidar dessa questão, por duas razões:

- a) a sua omissão é improbidade administrativa;
- b) a falta de uma política para essa área pode levar à falta de controle dos funcionários.

RECURSOS HUMANOS – Muitas pessoas se referem à Administração Pública como máquina administrativa. Não é máquina, é serviço. Máquina tem parafusos, engrenagens, peças de impulsão mecânica. Serviço tem gente! O gestor que não desenvolver uma boa política de recursos humanos – que trata o funcionário como máquina – corre no mínimo, riscos de resultado.

COMUNICAÇÃO – O outro ponto vulnerável é a má comunicação com a sociedade. É grande o número de competentes administradores que deixam os seus postos praticamente linchados pelo povo. (Isso, inclusive, aconteceu com o presidente Campos Sales, que fez um grande governo (1998-1902) e deixou o Palácio sob chuva de pedras.) A comunicação começa com a correta fundamentação dos atos e passa pela devida publicidade, incluindo, aqui, os órgãos da imprensa não oficial – onde a sociedade verdadeiramente acompanha.

O administrador que estabelecer políticas próprias para essas áreas estará, certamente, prevenindo responsabilidades pessoais e, de igual importância, dando qualidade ao seu ofício.

RESGUARDADO DE RESPONSABILIDADES

Conhecidos os pontos vulneráveis, vamos a um plano geral de resguardo no que diz respeito, direta ou indiretamente, aos contratos.

a) Crie-se comissão permanente de licitações – Isso permite especialização dos funcionários e exonera o gestor de pleitos constrangedores. Com comissão profissional, o administrador evita envolvimento pessoal que possa ser questionado. Limita-se a ficar atento, pelos mecanismos de controle interno.

b) Nomeie-se sempre fiscal de contrato - Qualquer contrato. A fiscalização não acontece apenas em obras. Tudo deve ser acompanhado. Esse fiscal, por lei, anotará as irregularidades, adotará providências e será o responsável por eventual problema.

c) Nomeie-se funcionário para receber o objeto do contrato – Tudo o que for comprado, por exemplo, será minuciosamente conferido por alguém com responsabilidade específica. (É comum atribuir-se a tarefa a um “setor”. Ora, isso tira a individualidade da obrigação. É preciso nominar, então, o responsável pelo setor, deixando clara a responsabilidade pelo recebimento.)

d) Instale-se uma comissão permanente de sindicância e de processo disciplinar – E treine-se essas pessoas, pois trata-se também de matéria complexa, que exige estudo especializado. .

e) Assim, todas as irregularidades envolvendo licitações e contratos serão investigados. E será algo automático. Não procedendo dessa forma, passará a impressão que o gestor está perseguindo alguém ao constituir uma comissão específica para esse fim. E sendo omissos, atrairá responsabilidade para si, além de ficar vulnerável a escândalo, apontado pelos setores de controle externo ou social.

Veja que a sindicância é o instrumento interno que o gestor tem para apurar qualquer tipo de irregularidade com reflexo na Administração Pública, incluindo questões relacionadas a contratos. Não deve esperar, portanto, que outros lhe investiguem. Investigue primeiro.

Léo da Silva Alves é Professor de Direito Administrativo, conferencista especializado em matérias de Direito Público e Presidente do Centro Ibero-Americano de Administração e Direito.

^{1[1]} Artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas da União – Ano 35 – Número 102 – Outubro/Dezembro 2004