

Óbices do processo de acompanhamento e de fiscalização contratual na Administração Pública: uma análise da liquidação da despesa sob a perspectiva econômica da assimetria de informação

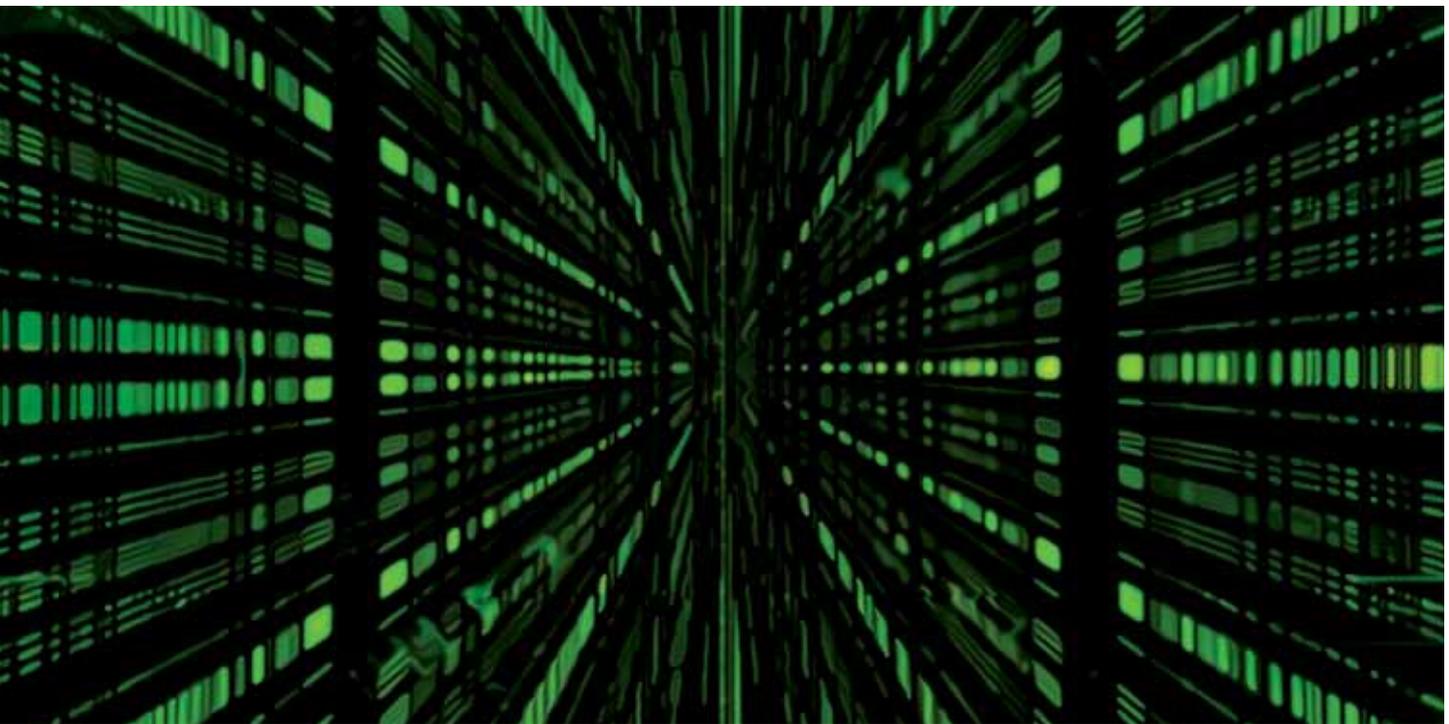


Magno Antônio da Silva é Oficial do Exército pela (EsAEx), bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); pós-graduado em Auditoria Interna e Externa pelo (ICAT/UnIDF); pós-graduado em Orçamento e Políticas Públicas (UnB).

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O processo de acompanhamento e de fiscalização contratual no âmbito da administração pública reveste-se de capital importância, sendo um mecanismo eficaz de gestão e de racionalização das ações de controle sobre a execução das despesas, sobretudo na fase ou estágio conhecido como liquidação¹. Na liquidação da despesa ocorre, para efeito de pagamento, a verificação entre o conteúdo das cláusulas previamente avençadas e o serviço efetivamente prestado, intentando visualizar a origem da despesa, a empresa contratada, o objeto da despesa, o preço licitado, a quantidade, a qualidade, o resultado alcançado etc.

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, corroborando a assertiva supracitada reza que, *in verbis*:



Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Neste contexto, a presença da informação assimétrica na relação contratual sob a perspectiva econômica pode ser vislumbrada quando uma das partes, a Administração Pública, por intermédio da figura do fiscal do contrato,

detém significativamente menos informação sobre o conteúdo técnico do serviço avençado, sobre a real capacidade técnico-operativa ou sobre a capacidade econômico-financeira da empresa contratada². Esta, por seu turno, percebendo esse desconhecimento, isto é, a factual incapacidade técnica do fiscal do contrato designado, aproveita-se financeiramente da situação, impondo prejuízos ao erário, ao não respeitar ou cumprir cabalmente as condições previamente ajustadas.

Considerando o estágio da liquidação uma fase extremamente sensível, um verdadeiro ponto crítico na execução da despesa pública, na qual o fiscal do contrato ratifica ou não, nos termos editalícios e contratuais, o serviço prestado, pergunta-se em termos prospectivos: quais são as implicações possíveis caso o fiscal do contrato não possua conhecimento técnico específico relativo ao serviço contratado? Em outras palavras, quais as reais consequências que podem advir, numa relação contratual no âmbito do setor público, quando o fiscal do contrato não conhece os meandros técnicos ou a natureza complexa do objeto contratual?³

Este texto analisa os óbices do processo de acompanhamento e de fiscalização contratual, no estágio da liquidação⁴ das despesas públicas, sob a perspectiva econômica da informação assimétrica.

2. CARACTERIZAÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL

Esquadrinhando os vários significados do vocábulo informação, Klimes (1993, p. 243), expressa que informação é “4. Conhecimento, participação. 5. Instrução, orientação”. Conceituando informação sob o enfoque econômico, Filellini (1989, p. 48), afirma que:

[...] a informação [o conhecimento técnico] tem um papel decisivo no processo decisório [na liquidação da despesa]. A falta de informação [conhecimento técnico] eleva a probabilidade de erro na decisão [na liquidação], envolvendo custos sociais [danos ao erário] proporcionais ao erro cometido. Por outro lado, a própria informação [conhecimento técnico] – que é um bem econômico – tem custos de produção, em termos de tempo e dinheiro.

Complementando a caracterização supramencionada, Cohen (2002, p. 28) expõe que “a informação [o conhecimento técnico] pode ser um ativo, ou simplesmente uma ferramenta de suporte à decisão [ao processo de liquidação da despesa pública]”. Cohen (2002, p. 34) também esboça que o uso estratégico da informação pelas organizações almeja, entre outras coisas, a “redução de custos” e a “redução de riscos”⁵.

Vasconcellos (2002, p. 177) ressalta que a assimetria de informação surge “quando, numa relação contratual, uma das partes detém informação [conhecimento técnico] não disponível para a outra, tirando proveito dessa informação

em detrimento da transação”, ou seja, há um desequilíbrio de informação que influencia financeiramente os custos contratuais. Assim, considerando especificamente o setor público, numa relação contratual ocorre assimetria de informação “quando uma das partes [empresa contratada] possui mais informação [conhecimento técnico] a respeito das próprias ações ou característica [ou do serviço contratado] do que a outra parte [fiscal do contrato].” (BE-SANKO; BRAEUTIGAM, 2004, p. 570).

Do problema da informação assimétrica, surgem a seleção adversa e o risco moral. A seleção adversa (fase pré-contratual) decorre da escolha equivocada (empresa inidônea), *periculum in eligendo*, e o risco moral (fase pós-contratual) advém da má fiscalização ou da fiscalização inapta tecnicamente a qual deixa a Administração Pública à mercê da empresa privada, *periculum in vigilando*. Sobre este último, Vasconcellos e Oliveira (2000, p. 300), afirmam que os “problemas de risco moral dizem respeito à impossibilidade de uma das partes [a Administração Pública] ter um contrato [um fiscal] para monitorar [plenamente] todas as ações tomadas pela outra parte [empresa privada contratada].”

Em suma, “um risco moral ocorre quando uma das partes [empresa privada] de um contrato pode, inesperadamente, aumentar os custos ou diminuir os benefícios da outra parte [Administração Pública], a qual é incapaz de monitorar ou controlar [ou fiscalizar] as ações da primeira parte” (BYRNS; STONE, 1996, p. 269). Com relação à Seleção Adversa, esta “ocorre quando uma das partes [a Administração Pública] da negociação [da licitação] sofre desvantagens inesperadas porque a outra [empresa licitante] ocultou informações antes de um contrato” (BYRNS; STONE, 1996, p. 271).

Desta forma, não obstante as precauções previstas na Seção II (da habilitação) da Lei nº 8.666/93, do artigo 27 ao artigo 33, finali-

zando eliminar ou, pelo menos, amenizar os vieses oriundos da assimetria de informação, nos casos concretos existem inúmeras variáveis que interferem e influenciam no processo de escolha da empresa licitante e no desempenho funcional do fiscal do contrato, entre elas, a complexidade do objeto licitado, a definição clara e precisa do objeto, a elaboração do projeto básico, a disponibilidade de pessoal capacitado tecnicamente no Órgão para apoiar a elaboração do ato convocatório e a condução do certame, a publicidade dada ao edital etc.

Assim, resumindo o que foi mencionado, a **figura 1**, aspecto geral da informação aplicado às contratações públicas, esboça a questão da assimetria de informação e os problemas dela originados. Ao contrário da informação pública que é simétrica, livremente disponível a todos os interessados, o acesso à informação privada possui custos, dado o princípio da exclusão⁶, em termos de dinheiro e de tempo, e, por isso, engendra conflito de interesse, comportamentos oportunistas e assimetria de informação. Nota-se que a seleção adversa ocorre na fase pré-contratual durante a habilitação, sobretudo na qualificação técnica e na qualificação econômico-financeira⁷. O risco moral surge

após a assinatura contratual, por ocasião do acompanhamento e da fiscalização da execução do contrato.

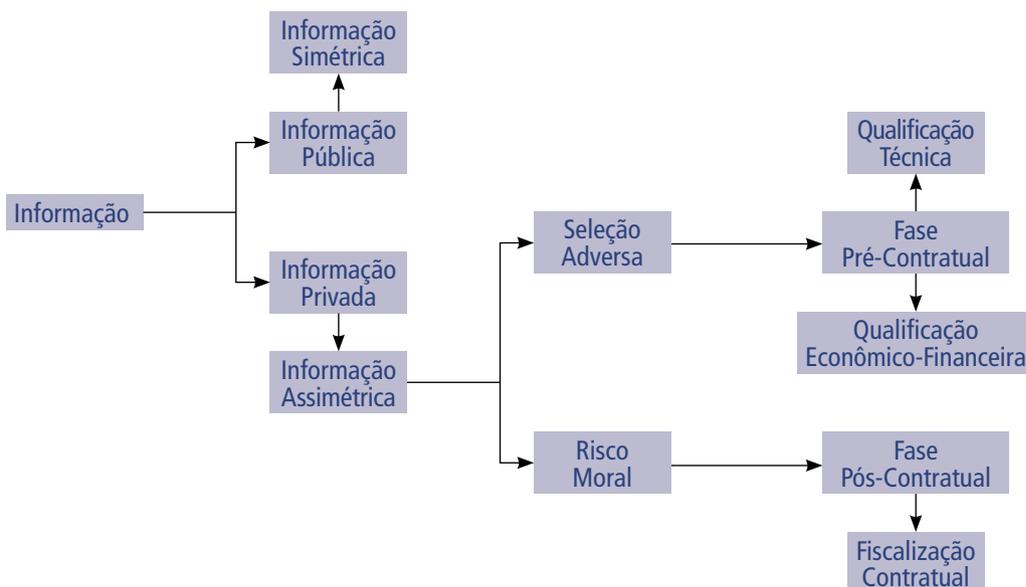
3. REFERENCIAL NORMATIVO

Em virtude do acompanhamento e da fiscalização dos contratos cingirem-se de vital importância, a Lei nº 8.666/93, salienta que “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de [...] III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste” e, ainda, *in verbis*:

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

FIGURA 1:
Aspecto geral da informação aplicado às contratações públicas



FONTE: Concepção do autor

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.

Nota-se que, na fase preparatória ou interna da licitação, na elaboração do Projeto Básico, o tema fiscalização contratual já se faz presente, representando uma clara preocupação do legislador. Consoante artigo 6º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, ela-

borado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: [...] e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso.

Também na fase interna, no que tange à modalidade pregão, o gerenciamento e a fiscalização contratual são tratados de maneira pró-ativa, ou seja, antes da assinatura do contrato, *ipsis verbis*: “Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: [...] § 2º [...] procedi-



mentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva”.

Em face da relevância da atuação do fiscal do contrato, consoante artigo 67, acima transcrito, inexistindo no Órgão ou Entidade servidor tecnicamente capacitado ou habilitado para exercer idoneamente o acompanhamento e a fiscalização contratual, permite-se a contratação de terceiro para assisti-lo e subsidiá-lo neste *mister*, obviamente, quando o objeto contratual for de natureza complexa⁸ requerendo conhecimento específico para operacionalizá-lo. Desta maneira, à luz da Lei nº 8.666/93, apreende-se que o fiscal do contrato é um instrumento de controle da administração pública e deve estar apto tecnicamente a rejeitar “Art. 76. [...] no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato”.

Destarte, o artigo 7º da Lei nº 8.666/93, impõe que a conclusão de cada etapa do serviço ou da obra contratada, deve ser aprovada pela autoridade competente antes de prosseguir para a seguinte. Percebe-se, pela compreensão deste artigo, que a liquidação da etapa anterior deve preceder, como forma de acompanhamento e de fiscalização da execução contratual, o início da etapa ulterior, *ipsis verbis*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: [...]. § 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e servi-

ços, desde que também autorizado pela Administração.

Deveras, os artigos 69, 70 e 71 da Lei nº 8.666/93 estabelecem algumas responsabilidades da empresa contratada as quais devem ser observadas e exigido seu cumprimento durante a vigência contratual pelo servidor público designado formalmente como fiscal do contrato, *ipsis litteris*:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 70. 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.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991º.

Também inserido no panorama de acompanhamento e de fiscalização contratual e evocando a obrigação de fiscalizar da administração pública, o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, exprime que “Art. 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato”.

Então, pode-se derivar nitidamente, no que tange; sobretudo, ao objeto contratual de caráter eminentemente técnico ou complexo, que a responsabilidade de fiscalizar e acompanhar a execução do contrato deve recair sobre um servidor público que possua conhecimento ou receba assessoramento técnico para tal. Se assim não o for, o fiscal do contrato não conseguirá adotar as “providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato”.

Na esteira dos normativos supracitados e da relevância da capacitação técnica do fiscal do contrato para desempenhar sua função de maneira proba, a Instrução Normativa nº 02/SLTI/MP, de 30 de abril de 2008, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não, realça, entre outras coisas que, *ipsis litteris*:

Art. 2º As contratações de que trata esta Instrução Normativa deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da instituição, que estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber. Parágrafo único. O planejamento de que trata o caput, quando dispor sobre

serviços de natureza intelectual, deverá observar ainda as seguintes diretrizes: [...] II – definir papéis e responsabilidades dos atores e áreas envolvidas na contratação, tais como: a) ateste dos produtos e serviços; b) resolução de problemas; c) acompanhamento da execução dos trabalhos;

[...]

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber: I - disposição específica que garanta que as atividades de solicitação, avaliação e atestação dos serviços não sejam realizadas pela mesma empresa contratada para a realização dos serviços, mediante a designação de responsáveis, devidamente qualificados para as atividades e sem vínculo com a empresa, e que deverão ser, preferencialmente, servidores do órgão ou entidade contratante.

[...]

Art. 32. Em serviços de natureza intelectual, após a assinatura do contrato, o órgão ou entidade contratante deve promover reunião inicial, devidamente registrada em Ata, para dar início execução do serviço, com o esclarecimento das obrigações contratuais, em que estejam presentes os técnicos responsáveis pela elaboração do termo de referência ou projeto básico, o fiscal ou gestor do contrato, os técnicos da área requisitante, o preposto da empresa e os gerentes das áreas que executarão os serviços contratados.

No que se atine especificamente ao acompanhamento e à fiscalização da execução

contratual oriunda de convênios, sobressai a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29 de maio de 2008, que estabelece normas para execução do disposto no decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, a qual dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, asseverando que “Art. 53. [...] § 2º O concedente ou contratante, no exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento da execução do objeto, poderá: [...] I - valer-se do apoio técnico de terceiros”, ou seja, na ausência de servidor tecnicamente qualificado, é facultado ao Órgão contratar terceiros para auxiliar e subsidiar as decisões do servidor formalmente designado fiscal do contrato a fim de evitar ou, pelo menos, restringir possíveis danos ao erário decorrentes da assimetria de informação.

4. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Segundo Niebuhr (2008, p. 472), “a fiscalização dos contratos administrativos não é um poder, uma prerrogativa ou uma faculdade; é, acima de tudo, insista-se, um dever, uma obrigação inescusável”. Neste contexto, Justen Filho (2005, p. 560), menciona que a fiscalização contratual “trata-se de um dever, a ser exercido para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos”.

Dada à essência complexa de alguns objetos contratuais, por exemplo, no ramo da engenharia e da tecnologia da informação, não é possível exercer plena e corretamente o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual sem conhecimento ou formação universitária adequada. Assim, nesta perspectiva, Meirelles (2010, p. 233-4) expressa o seguinte:

[...] a fiscalização da execução do contrato abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiência de funcionamento e de produção e tudo o mais que relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares do serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existentes.

Na esteira do raciocínio supracitado, Niebuhr (2008, p. 474) afirma que “essa atividade, de fiscalização, é extremamente complexa, requerendo da pessoa designada para tanto experiência e amplo conhecimento, em várias áreas de atuação”. Seguindo tal entendimento, França (2007, p. 167) argumenta que “o representante designado deverá ser um especialista do ramo”. Ratificando essas asserções, Couto, Grazziontin e Ramos (2009, p. 270) salientam que a “execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração capacitado, especialmente designado”.

Sem esgotar a doutrina, em perfeita harmonia com os demais autores, Justen Filho (2010, p. 509), assevera que a “prestação executada pelo particular deverá, obrigatoriamente, ser examinada e sujeita a exame para verificação de sua compatibilidade com o contrato e com as normas técnicas adequadas”. O mesmo autor, Justen Filho (2010, p. 507), ainda discorre que “a regra deve ser aplicada estritamente nos casos em que a natureza das atividades atinentes à execução da prestação comportar o risco

de que o particular oculte eventuais defeitos na sua atuação”, ou seja, ante a presença da informação assimétrica.

Assim, a necessidade de especialista aplica-se aos objetos contratuais de natureza complexa, sendo um desbarato gerencial designar um engenheiro elétrico ou graduado em ciência da computação para acompanhar e fiscalizar um contrato cujo objeto seja, por exemplo, limpeza e conservação predial.

Todavia, reitera-se que quando a natureza do objeto contratual se fizer *mister*, consoante Viera (2006, p. 114), a designação “desse representante da Administração, chamado gestor ou fiscal do contrato, deverá recair sobre uma pessoa que tenha conhecimento técnico sobre o assunto, e deverá ter uma ação pró-ativa, subsidiando a autoridade competente dos fatos que estão ocorrendo e que poderão ocorrer, analisar e avaliar eficazmente o seu contrato”.

Então, completando os aspectos doutrinários acerca do papel do fiscal do contrato, Di Pietro (2010, p. 272) ressalta que “a este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com o serviço”. A mesma autora, Di Pietro (2010, p. 272), ainda menciona que cabe ao fiscal do contrato determinar “o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las aos seus superiores”.

Não obstante, por mais que pareça um contrassenso designar um fiscal sem prévio conhecimento específico para efetuar o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual, os Acórdãos do Tribunal de Contas da União, diga-se de passagem, tratam de situações concretas, apontam várias ocorrências nas quais distintos órgãos públicos inobservaram, como critério de designação, a habilitação técnica do fiscal do contrato, ou seja, não consideram os óbices da informação assimétrica, expondo a Administração

Pública a riscos diversos, principalmente de ordem financeira.

A título de exemplo concreto, cita-se o Acórdão nº 2.293/2007-Plenário, *in verbis*: “9.2.10. exerça adequadamente a fiscalização e acompanhamento dos contratos que celebrar (art. 67 da Lei 8.666/93) e designe fiscais com competência técnica compatível com as peculiaridades do contrato”. Noutra manifestação, o Acórdão nº 1.481/2007-Plenário menciona que:

9.3.5. somente permita que o atesto de faturas ou notas fiscais seja feito por pessoa que detenha competência técnica para analisar a adequabilidade [sic.] da prestação de serviços ou entrega de bens.

Neste contexto, também se referencia ao Acórdão nº 1.163/2008-Plenário no qual se salienta, além da questão técnica, a importância da segregação de funções colimando a eficiência no acompanhamento e na fiscalização contratual, *ipsis verbis*: “9.4.20. institua mecanismos que assegurem a participação das áreas administrativa, técnica e finalística no acompanhamento da execução dos contratos, em atenção ao princípio constitucional da eficiência”.

Sinteticamente, sem exaurir a jurisprudência, ressaltando a importância da capacitação e do treinamento dos fiscais de contrato, isto é, o preparo técnico específico relativo ao objeto contratual, o Acórdão nº 478/2006-Plenário relata, *in verbis*:

9.1.5. providencie o adequado treinamento dos fiscais para o regular exercício do acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos.

Desta maneira, ratificando o que foi exposto sobre a observância da capacidade ou do conhecimento técnico ao designar o fiscal do contrato, o Manual de Licitações e Contratos:

Orientações e Jurisprudência do TCU (2010, p. 780), orienta que deve “ser mantida pela Administração, desde o início até o final da execução do contrato, equipe de fiscalização ou profissional habilitados, com experiência técnica necessária ao acompanhamento e controle do objeto contratado”.

Então, percebe-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência amalgamam e salientam a fundamental relevância do conhecimento técnico específico para a correta fiscalização contratual, sobretudo nos de natureza complexa.

5. ÓBICES HIPOTÉTICO-ANALÍTICOS

Suponhamos que determinado Órgão Público, mediante regular processo de licitação, tenha contratado certa empresa para prestar um serviço de natureza contínua. Suponhamos também que o objeto contratual seja, por exemplo, o tratamento químico do reservatório de água potável e a manutenção preventiva e corretiva do respectivo sistema de captação e distribuição desta água para o prédio-sede do referido Órgão. De imediato, nota-se a natureza complexa do objeto licitado, o qual exige conhecimento técnico específico de engenharia química para ser operacionalizado.

Pressupondo que por carência de pessoal especializado, por falta de conhecimento ou desídia do gestor, o fiscal designado formalmente para acompanhar a execução do contrato e proceder ao ateste e à liquidação da despesa não possua qualificação técnica apropriada que lhe confira conhecimentos necessários e suficientes a fim de tecer, de maneira objetiva e concreta, críticas a cerca da qualidade do material empregado e do serviço prestado nos termos do contrato. Tampouco, contratou-se um especialista para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Diante do quadro apresentado, a primeira ilação é óbvia. Os atestes serão inócuos nos termos da liquidação prevista no artigo 63 da Lei nº 4.320/64, já transcrito neste texto, bem com o recebimento provisório e definitivo constantes do artigo 73 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido: I - em se tratando de obras e serviços: a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado; b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Do que foi explicitado, subtende-se que não basta ao fiscal do contrato ter conhecimento sobre as normas que regem o tema contratação pública, é preciso, a fim de que possa realizar adequadamente seu ofício, ter conhecimento técnico referente ao objeto contratual ou ser assessorado por um profissional técnico do ramo.

A segunda ilação levanta a possibilidade de inidoneidade da empresa contratada. O que aconteceria se a empresa contrata deixasse de realizar parte do serviço, inobservasse as normas de segurança ou utilizasse procedimentos heterodoxos? Partindo do pressuposto que o servidor designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual seja inapto tecnicamente em relação ao serviço prestado, o ateste e liquidação seriam ineficazes e, dada a natureza do objeto contratado, poder-se-ia configurar

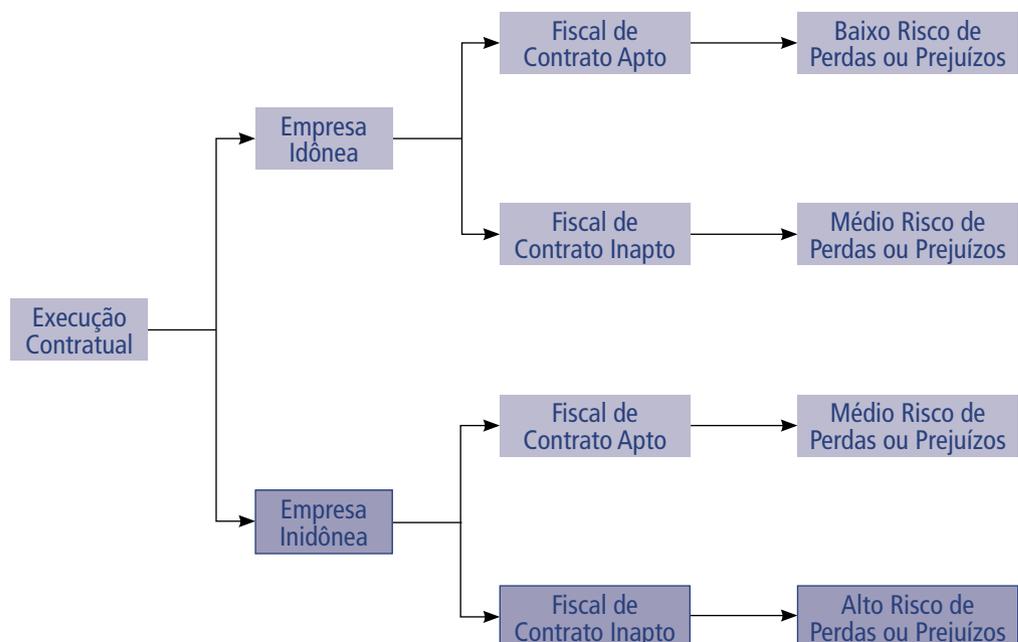
prejuízo financeiro à Administração Pública e males à saúde dos servidores que desempenham suas funções naquele prédio.

A terceira ilação refere-se ao possível comportamento econômico-racional e oportunista da empresa contratada, ao perceber o desconhecimento técnico do fiscal do contrato. Um dos objetivos da empresa é a maximização de seus lucros, isto é, minimização de seus custos e uma maneira de atingir tais objetivos, posto a existência de assimetria de informação, é por intermédio da redução da qualidade dos materiais utilizados, ou seja, usando materiais semelhantes ao contratado, porém de qualidade e preço inferiores, sem que isso reflita na redução dos custos contratual pagos pela Administração Pública. Outra forma de aumentar os lucros é dispensando aqueles técnicos relacionados à proposta inicial e contratando outros, menos qualificados ou inexperientes a salários menores. Ora, se carece ao fiscal do contrato conhecimento técnico relativo ao objeto contratual, como ele poderá avaliar o desempenho profissional dos novos técnicos eventualmente contratados em substituição

aos antigos? O preço pago pelo serviço contratado leva em consideração, entre outras coisas, a qualidade do material utilizado e o salário dos técnicos inicialmente relacionados na proposta da empresa licitante e, este último, por sua vez, varia em função experiência profissional, *know how*, de tais técnicos. Tais situações conduzem, indubitavelmente, reduções de custos para a empresa contratada e prejuízos de ordem financeira à Administração Pública.

A **figura 2**, pontos sensíveis da fiscalização contratual, expõe, em termos de riscos de perdas financeiras (danos ao erário), alguns resultados factíveis oriundos do processo de acompanhamento e da fiscalização da execução dos contratos na administração pública em face da informação assimétrica. Como assinalado na **figura 2**, ocorre uma situação de alto risco, caracterizado pela assimetria de informação, quando, aliado à empresa inidônea (resultante da seleção adversa), unir-se a designação de um fiscal de contrato sem capacitação técnica adequada, atinente ao objeto contratual (risco moral).

FIGURA 2:
Pontos sensíveis da
fiscalização contratual



FONTE: Concepção do autor

Assim, sob ótica das hipóteses arroladas, o pior dos mundos para uma relação de contrato, conforme se destaca na figura 2 supracitada, ocorre quando se junta à má fiscalização, à inidoneidade empresarial. Nesta conjuntura, a Administração Pública estará à deriva, lançada à sorte, pois o descumprimento das cláusulas contratuais pela empresa contratada não será percebido ou criticado tecnicamente pelo fiscal designado para fazê-lo e, seguramente, ocorrerá o pagamento da despesa como se nenhum óbice existisse. Daí desponta a capital relevância da competência técnica do fiscal do contrato, formalmente designado, para bem desempenhar sua função e restringir situações de danos ao erário.

6. CONCLUSÃO

O correto acompanhamento e a profícua fiscalização contratual são extremamente importantes para evitar ou amenizar a possibilidade de prejuízos ao erário. É o fiscal do contrato que, ao liquidar a despesa, ou seja, ratificar ou não a execução plena do serviço nos termos ajustados contratualmente, que permiti ao ordenador de despesas emitir a ordem de pagamento e efetivar a extinção da obrigação, por intermédio do Setor Financeiro do Órgão, fundamentado na Lei nº 4.320/64, *in verbis*:

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente [ordenador de despesas], determinando que a despesa seja paga.

Num sentido figurado, pode-se dizer que o fiscal do contrato é “os olhos” da Administração Pública numa relação de contato.

Designar um fiscal sem conhecimento técnico necessário e suficiente para acompanhar e fiscalizar a execução contratual, ou seja, pa-

rodando uma expressão conhecida na história do Brasil, “somente para o controle ver” é irresponsabilidade funcional e caracteriza má gestão e descontrole dos escassos recursos públicos. Uma grave afronta aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. Agrava a situação, negligenciar que o artigo 67 da Lei nº 8.666/93 admite a contratação de terceiros, tecnicamente capacitados, para auxiliar ou subsidiar o fiscal do contrato no seu *mister* de elidir ou, pelo menos, amenizar condutas nocivas ao patrimônio público.

A má fiscalização do contrato, excluindo as situações dolosas ou intencionais, engendra-se da assimetria de informação, caracterizada pela seleção adversa (*periculum in eligendo*) e pelo risco moral (*periculum in vigilando*), com virtual possibilidade de prejuízos monetários à Administração Pública.

Então, para aqueles objetos contratuais cuja natureza seja complexa, se o fiscal não possuir conhecimento técnico específico para o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato *pari passu*, mesmo estando motivado profissionalmente, estará inerte para realizar seu trabalho de modo probo, ou seja, não estará apto a criticar, exigir correção e não atestar o serviço prestado em desacordo com as cláusulas do contrato vigente. Neste caso, vicejará a assimetria de informação e a Administração Pública estará “refém” da empresa contratada, incorrendo em grande probabilidade de ser lesada. Sendo incapaz tecnicamente de acompanhar e fiscalizar a execução contratual, o fiscal transfigurar-se-á num “fantoche”, um mero atestador de faturas ou notas fiscais.

A condição de refém supramencionada deriva duma eventual má-fé da empresa contratada alinhada à inaptidão técnica da fiscalização do contrato. Pois, se a empresa for idônea, prestará o serviço nas condições pré-estabelecidas e receberá o valor “justo avençado” não tra-

zendo danos ao erário, ainda que o fiscal do contrato não detenha conhecimento técnico específico ao objeto contratual. Porém, se a empresa for inidônea, estiver de má-fé, e a fiscalização for inócua, seguramente o serviço não será prestado nas condições contratuais e a Administração Pública indubitavelmente incorrerá em prejuízos de ordem financeira.

Destas circunstâncias, emanam a importância e responsabilidade do fiscal do contrato. Da assimetria de informação, sob a perspectiva econômica, nascem os óbices do acompanhamento e da fiscalização da execução contratual, bem como a obrigação funcional da autoridade competente, ao designar o fiscal do contrato, previamente considerar seu conhecimento técnico *vis-à-vis* a complexidade do objeto avençado.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Inaldo; ARRUDA, Daniel. *Contabilidade pública: da teoria à prática*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BESANKO, David; BRAEUTIGAM, Ronald R. *Microeconomia: uma abordagem completa*. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2010.

_____. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

_____. Instrução normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 maio 2008. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 mar. 1964, retificada em 9 abr. 1964 e 3 jun. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 08 jun. 2010.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993, retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 nov. 2010.

_____. Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão; Ministério da Fazenda, Ministério do Controle e da Transparência. Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 maio 2008. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria_127_com_suas_alteracoes_ultima_19jan10.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 478/2006-TCU - Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Sessão de 05/04/2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 abr. 2006, p. 252.

_____. _____. Acórdão nº 1.481/2007-TCU - Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa. Sessão de 01/08/2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 ago. 2007, p. 66.

_____. _____. Acórdão nº 2.293/2007-TCU - Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 31/10/2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 nov. 2007, p. 88.

_____. _____. Acórdão nº 1.163/2008-TCU - Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 18/06/2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 jun. 2008, p. 79.

_____. _____. Critérios gerais de controle interno na Administração Pública: um estudo dos modelos e das normas disciplinadoras em diversos países. Brasília: TCU, Diretoria de Métodos de Procedimento de Controle, 2009. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/1250706.PDF>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em:

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/biblioteca_digital/Licita%C3%A7%C3%B5es_Contratos_4_ED_2010_internet.pdf>. Acesso em: 30 set. 2010.

BYRNS, Ralph T; STONE, Gerald W. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1996.

CABRAL, Arnaldo Souza; YONEYAMA, Takashi. *Microeconomia: uma visão integrada para empreendedores*. São Paulo: Saraiva, 2008.

COHEN, Max F. Alguns aspectos do uso da informação na economia da informação. *Revista Ciência da Informação*, Brasília, v. 31, n. 3, p. 26-36, set./dez. 2002.

COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; RAMOS, Henrique Barros Pereira; GRAZZIOTIN, Paulo. *A contratação na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Fernando do Carmo. Inteligência ou Informação? *Revista Brasileira de Inteligência*, Brasília, Abin, v. 2, n. 3, p. 7-21, set. 2006.

FILELLINI, Alfredo. *Economia do setor público*. São Paulo: Atlas, 1989.

FORTES, João. *Contabilidade pública: teoria e prática*. 9. ed. Brasília: Franco & Fortes, 2006.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e contratos da administração pública*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KLIMES, Helena Botelho Gomes (Org.). *Larousse cultural dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: Senado Federal, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de (Org.). *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANDRONI, Paulo (Org.). *Novíssimo dicionário de economia*. 9. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. *Economia: micro e macro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____; OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Manual de microeconomia*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

VIEIRA, Antonieta Pereira et al. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NOTAS

- 1 A título de conhecimento doutrinário e diversidade interpretativa, cita-se, sem esgotar os autores, Araújo e Arruda (2004, p. 115), asseverando que “a doutrina contábil menciona que os estágios da despesa pública são: programação, licitação, empenho, liquidação e pagamento”. Complementarmente, Fortes (2006, p. 145), afirma que os estágios da despesa são constituídos pela “fixação, empenho, liquidação e pagamento”. Em síntese, Giacomoni (2009, p. 301), ressalta que “a despesa orçamentária será efetivada por meio do cumprimento de três estágios: empenho, liquidação e pagamento”.
- 2 A habilitação jurídica e a regularidade fiscal foram desconsideradas analiticamente por este autor dado que podem ser facilmente verificadas por intermédio da identidade, do CPF, do contrato social, do Sistema de Cadastro de Fornecedores (SICAF), das certidões negativas disponibilizadas nos sítios oficiais do governo, etc.
- 3 Os casos de rescisão, as sanções, os crimes e as penalidades previstas nos artigos 77 a 99 da Lei nº 8.666/93, apesar de serem necessários e motivarem as empresas contratadas a não descumprirem as cláusulas contratuais, nem sempre são suficientes e efetivos no seu intento. Um trabalho pró-ativo do fiscal do contrato, tecnicamente treinado e habilitado, por si só, pode eliminar ou restringir condutas ilícitas, falhas, enganos ou fraudes na execução contratual.
- 4 O estágio da liquidação da despesa pública, dentre os demais, foi escolhido em face da obrigatoriedade de pagamento após a constatação ou ateste do serviço prestado. A sensibilidade desta fase reside na real faculdade de lesão ao erário em virtude duma atuação deficiente do fiscal do contrato, ainda que não intencional, por exemplo, pelo desconhecimento técnico deste aglutinado à má-fé da empresa contratada. Assim, a liquidação da despesa é uma fase extremamente crítica no processo de execução da despesa pública.
- 5 Segundo Cabral e Yoneyama (2008, p. 306), “o termo risco se refere à possibilidade de ocorrer algum tipo de perda ou dano”. De acordo com o Tribunal de Contas da União, por intermédio dos critérios gerais de controle interno na administração pública: um estudo dos modelos e das normas disciplinadoras em diversos países (2009, p. 4), “risco é qualquer evento que possa impedir ou dificultar o alcance de um objetivo”. Desta maneira, a assimetria de informação entre o fiscal do contrato e a empresa contratada, considerando a natureza complexa ou a especificidade técnica de alguns objetos contratuais, pode engendrar riscos de danos ao erário.
- 6 Segundo Filellini (1989, p. 69), “o que o princípio da exclusão nos diz é que uma utilidade somente poderá ser usufruída, caso seja feito um pagamento equivalente ao preços de aquisição. São excluídos do consumo aqueles que não estão dispostos ao desembolso ou incapacitados de fazê-lo”.
- 7 Conforme entendimento exposto no item nº 2 destas notas de rodapé.
- 8 Consoante a Lei nº 8.666/93, “Art. 30. [...]: § 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.
- 9 A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, TST, por intermédio do Enunciado nº 331, entende que: “IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html> . Acesso em: 28 jun. 2010.