Enap Escola Nacional de Administração Pública

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos

Módulo 1 Considerações Gerais

Brasília, 2014
Elaborado em: 2013.

Conteúdo para impressão

Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente
Paulo Sergio de Carvalho

Diretor de Desenvolvimento Gerencial
Paulo Marques

Coordenadora-Geral de Educação a Distância
Natália Teles da Mota

Conteudista:

Lucimar Rizzo Lopes dos Santos (2013)

Diagramação realizada no âmbito do acordo de Cooperação TécnicaFUB/CDT/Laboratório Latitude e Enap.

© Enap, 2014

Enap - Escola Nacional de Administração Pública
Diretoria de Comunicação e Pesquisa
SAIS – Área 2-A – 70610-900 — Brasília, DF
Telefone: (61) 2020 3096 – Fax: (61) 2020 3178

SUMÁRIO

Módulo 1: Considerações Gerais 5

1. Considerações Gerais 5

1.1 Planejamento 6

1.1.1 Sem planejamento, como avaliar a gestão, como diferenciar a boa da má gestão? 8

1.2 Licitação 9

1.3 Contrato 13

Resumo: 14

Enap

Enap
Enap
Enap

Módulo 1 Considerações Gerais

1. Considerações Gerais

O ato de acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços contratados pela Administração Pública é de suma importância.

As dificuldades encontradas pela Administração são basicamente c**omo contratar e como fiscalizar**!!! O tema principal que será objeto deste curso é **FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS**. Entretanto, é necessário tecer comentários acerca de alguns tópicos que são indispensáveis tanto para a compreensão quanto para o despertar sobre a importância que se tem de conferir ao ato de "fiscalizar a execução do contrato administrativo".

A Administração Pública necessita de instrumentos que possam viabilizar a consecução dos seus interesses e para tanto há a necessidade de realizar obras, de contratar serviços, de efetuar compras, de promover alienações de bens móveis ou imóveis, de empreender concessões, de realizar permissões ou locações de bens com terceiros. Nesse sentido, recorre-se ao mercado, contratando particulares, pessoas físicas ou jurídicas, para suprir essas demandas.

Dessa forma, sempre que precisar realizar esses procedimentos, deve (Art. 37, inciso XXI da CF), obrigatoriamente, realizá-los por meio do procedimento licitatório, aplicável a cada uma das situações, podendo deixar de aplicá-lo somente nos casos especificados na Lei que rege as licitações e contratos da Administração Pública.
Vamos iniciar nossos estudos?

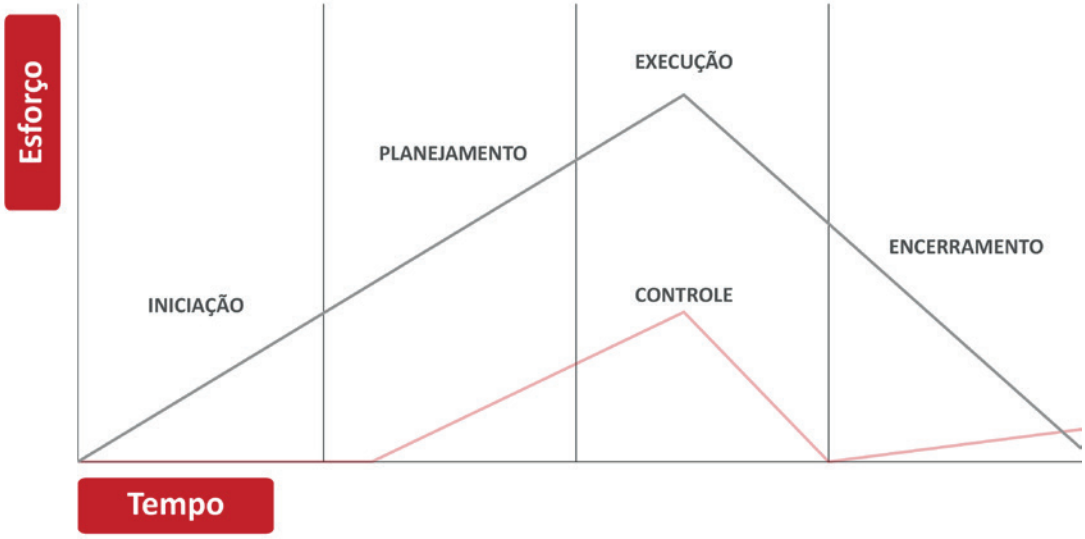
DICA

Lembrando que: a rigor, o processo licitatório será sempre obrigatório para a Administração Pública; porém, a própria Constituição prevê em seu art. 37, inc. XXI, que a lei pode estabelecer situações que não sofrerão a incidência do princípio da licitação. A Lei n° 8.666/93 prevê: a Licitação dispensada (art. 17, I e II); Licitação inexigível (art. 25); e Licitação dispensável (art. 24);

No processo de aquisição de produtos e de contratação de serviços na Administração Pública, existem fases importantes que devem ser observadas e cumpridas por seus administradores para não prejudicar o desenvolvimento das atividades institucionais – meio e fim.

Desta forma, a boa gestão em LOGÍSTICA é de fundamental importância para que os procedimentos de contratação sejam efetivados de forma correta, caso contrário, as contratações serão tumultuadas porque a tendência é atuar "apagando incêndios".

Podemos definir LOGÍSTICA, conforme Carvalho (1999), como sendo simplesmente o planejamento e a gestão de fluxos. Fluxos físico e informacional.



A LOGÍSTICA permite ao Administrador prever, obter e prover, o que nada mais é do que:

1.1 Planejamento

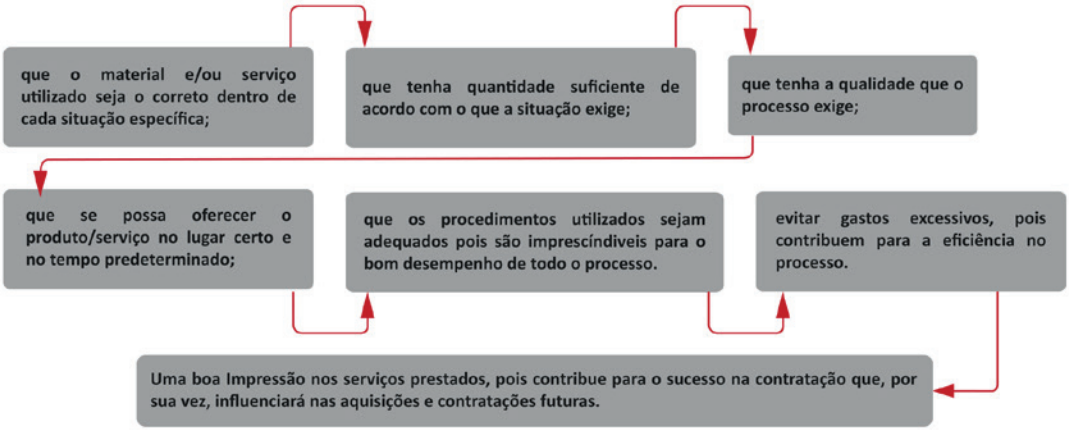
Dentro da logística, o **PLANEJAMENTO** é primordial, visto que compõe as diversas etapas do procedimento licitatório, sendo medida que legalmente se impõe ao administrador público.É deste planejamento que deriva o cumprimento dos **princípios** da legalidade, assim como o da economicidade, da razoabilidade, da moralidade, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem como se evita contratações indevidas mediante dispensa de licitação sob a alegação de emergência e/ou urgência, tão combatidas pelos Tribunais de Contas. Daí advém a relevância do planejamento.

Embora o planejamento, a licitação e a execução do contrato sejam fases independentes, é importante planejar adequadamente a instrução do processo de licitação, de forma a contemplar a satisfação das necessidades demandadas pela Administração Pública no contexto oferecido pelo mercado e em conformidade com as normas e dispositivos legais relativos ao objeto licitado. Esse planejamento visa a minimizar possível comprometimento por eventos inesperados, mas perfeitamente previsíveis.

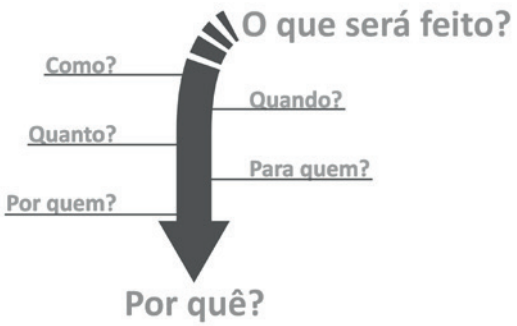
É preciso cada vez mais difundir a importância e a responsabilidade envolvidas em se fazer uma contratação pública. O dinheiro público precisa ser bem utilizado: é possível comprar por preço justo e comprar bem, com qualidade, desde que de forma planejada. Segundo a Sole (Society of Logistics Engineers), as finalidades da logística podem ser compreendidas nos " 8 Rs " a seguir:

- Right Material (materiais justos)
- Right Quantity (na quantidade justa)
- Right Quality (de justa qualidade)
- Right Place (no lugar justo)
- Right Time (no tempo justo)
- Right Method (com o método justo)
- Right Cost (segundo o custo justo)
- Right Impression (com uma boa impressão)

Dessa forma, para que se possa ter uma contratação e uma fiscalização efetiva, eficaz e eficiente, torna-se necessário:



O processo de planejar envolve, portanto, um "modo de pensar"; e um modo de pensar envolve indagações; e indagações envolvem questionamentos sobre o que será feito: como, quando, quanto, para quem, por que, por quem e onde será feito.



O planejamento é o princípio fundamental da Administração, conforme pode ser verificado no art. 6º, inciso I, do Decreto-lei 200/67, e, portanto, dever jurídico dos administradores públicos.

1.1.1 Sem planejamento, como avaliar a gestão, como diferenciar a boa da má gestão?

Os critérios de eficácia, de eficiência, de efetividade e de economicidade da gestão só podem ser realmente avaliados por meio das diretrizes e metas fixadas pelo planejamento.O planejamento é essencial na Administração Pública, pois evita a prática de gestão ineficiente e contrária aos ditames da Lei de Licitações, como:

a) necessidade de prorrogação de contrato, cuja manutenção já não se apresenta vantajosa;
b) contratar emergencialmente se se tratar de serviços de natureza contínua imprescindível e não houver a possibilidade de prorrogação do contrato vincendo;
c) atrasar o atendimento à necessidade interna da Administração ou mesmo comprometendo a prestação de serviço essencial à sociedade.

O Tribunal de Contas da União vem se manifestando reiteradamente sobre a necessidade do planejamento. No Acórdão 1.603/2008-Plenário, o TCU recomendou aos órgãos normatizadores federais de todos os poderes que atuem no sentido de disseminar a importância do planejamento estratégico institucional e do planejamento de TI, de maneira a garantir que os gastos sejam decorrentes de ações planejadas.

As falhas que ocorrem no processo de aquisição de produtos e no de contratação de serviços, em decorrência da ineficiência ou ausência de planejamento, são tidas pelo Tribunal de Contas da União como procedimentos irregulares, podendo, inclusive, acarretar em prejuízos aos cofres públicos.

Acórdão 872/2010 - Plenário

7. Em vista das considerações ora expendidas, observo que o prosseguimento da licitação ora examinada, que se encontra, atualmente, em fase de análise das propostas técnicas, representa risco iminente de grave lesão ao erário, porquanto a ***deficiência no planejamento da contratação*** *e a adoção de modalidade distinta do pregão eletrônico podem resultar, efetivamente, em prejuízos efetivos ao erário.*

8. É que, sem planejamento adequado, a contratação resultante da referida licitação corre sérios riscos de sofrer substanciais alterações de valor durante sua vigência, uma vez que os riscos inerentes à execução do seu objeto não foram mitigados previamente.

A falta de planejamento poderá, dependendo da situação, acarretar na apuração de responsabilidade a quem deu causa, conforme se observa na Orientação Normativa n° 11/2009 da Advocacia Geral da União.

Orientação Normativa/AGU nº 11, de 01.04.2009

"A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei". REFERÊNCIA: art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdão TCU 1.876/2007-Plenário

Planejar a aquisição de materiais e a contratação de serviços é essencial, é o ponto de partida para uma gestão efetiva diante da máquina pública, onde a qualidade do planejamento ditará os rumos para uma boa ou má gestão.

1.2 Licitação

O vocábulo "licitação" provém do latim licitationem, derivado de licitatio ou licitationis, cujo significado é venda por lances, arrematação. O Direito Administrativo brasileiro, entretanto, atribui-lhe sentido diverso, principalmente a partir da reforma administrativa (Decreto-lei n. 200/67), quando licitação passou a representar o procedimento administrativo prévio necessário para viabilizar os contratos da Administração (VAZ, 2004).

De acordo com o artigo 22, XXVII da Constituição Federal, é de competência privativa da União a edição de normas gerais a respeito de licitações e contratos. Desse modo, e de forma a assegurar o cumprimento do inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal, foram editadas a Lei de nº 8.666/1993, que é a Lei Geral de Licitações e Contratos válida para toda a Administração Pública, e a Lei de nº 10.520/2002, que criou o pregão, modalidade aplicável à Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, e de quaisquer dos Poderes. Importante lembrar que a Lei nº 8.666/93 foi alterada pela Lei nº 12.349/2010, sendo que as alterações também se aplicam à Lei nº 10.520/2002.

A licitação apresenta duas fases: a interna e a externa.

O procedimento licitatório deve observar todos os princípios constitucionais e mais os princípios específicos elencados no *caput* do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93:

O Tribunal de Contas da União já se pronunciou várias vezes sobre a obrigatoriedade de se observar os princípios constitucionais no processo licitatório.

No processo licitatório, a conduta adotada pela Administração sempre se norteará como a única capaz de atender o interesse coletivo, e, por conseguinte, sem ofender os valores consagrados pelo sistema jurídico.

Os princípios aplicam-se tanto à conduta do agente da administração quanto à dos próprios licitantes.

Situação real

Em auditoria realizada por servidores da CGU em órgão federal, foram detectadas falhas em contrato que tinha como objeto a prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de aparelhos de ar condicionado, tais como: valor contratado superior ao da proposta vencedora no pregão, orçamentos viciados, pagamento de notas fiscais sem atesto e falta de nomeação de fiscal do contrato.

Na mesma auditoria, também foi verificada a ocorrência de contratação de serviços sem licitação, quando a mesma deveria ter acontecido, o que contraria a obrigação de licitar imposta pela CF, além de não proporcionar a devida competição entre prováveis licitantes que se habilitariam na disputa, caso esta ocorresse. É importante ressaltar que uma competição ampla entre licitantes proporciona, em regra, a obtenção de preços mais vantajosos para a Administração, favorecendo o alcance do interesse público, o que deve ser sempre o objetivo central a ser buscado pelo gestor público. A falta de licitação e a consequente contratação direta que, no caso em tela, ocorreu a preço superior ao de mercado, trouxe prejuízos à Administração.

Quanto a esse aspecto, cabe mencionar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello que cita a competitividade como um dos princípios norteadores das licitações públicas. Tal autor afirma ser a competitividade um princípio essencial e inerente ao procedimento licitatório. Em regra, o procedimento em que haja efetiva competição entre os participantes será capaz de assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Como já vimos anteriormente, a **regra geral é LICITAR**. No entanto, há exceções. O legislador infraconstitucional previu hipóteses de **licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação.**

- **Licitação dispensada** – é aquela que a própria lei declarou como tal. Nessa situação, a Administração Pública não necessita tomar qualquer atitude para a realização do certame licitatório. Basta a ocorrência de uma das hipóteses prescritas nos dois incisos do art. 17 da Lei n° 8.666/93.

- **Licitação Dispensável** – O artigo 24 da Lei n° 8.666/93 especifica o rol taxativo dos casos em que poderá a licitação ser dispensável. No entanto, ainda que a situação se enquadre nesse rol, a contratação não se realiza de forma automática. A Administração deve avaliar a conveniência e a oportunidade da contratação sem licitação.

- **Inexigibilidade de Licitação** - A inexigibilidade de licitação justifica-se nas hipóteses em que se verifica a impossibilidade jurídica da realização do certame, quer pela natureza do negócio envolvido, quer pelos objetivos sociais almejados pelo poder público. O artigo 25 da Lei n° 8.666/93 refere-se à inviabilidade de competição e, em especial, aos casos em que o fornecedor é exclusivo (inciso I) e em que o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato (incisos II e III).

Enap

Enap

SAIBA MAIS

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade. **Acórdão 819/2005 Plenário**

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame. **Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário)**

Observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com as disposições exaradas especialmente no art. 3º da Lei 8.666/1993. **Acórdão 330/2010 Segunda Câmara**

DICA

Lembrando que: o art. 26 da Lei nº 8.666/93 exige fundamentação pormenorizada para todos os casos de inexigibilidade e para a maioria dos casos de dispensa. O art. 26 estabelece a obrigação de comunicar à autoridade superior, ratificação e ainda publicação do ato na Imprensa Oficial.

Porque licitar?

Além de ser um **procedimento administrativo vinculado à lei** que define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelece a sequência dos atos a serem praticados e impõe condições que impeçam escolhas pessoais ou subjetivas, **a licitação tem a finalidade de selecionar a melhor contratação possível para o Poder Público.**

Por ser de natureza **concorrencial**, possibilita a **ampla competição** entre licitantes e, em consequência, possibilita a **obtenção de preços vantajosos** para a Administração e, principalmente, **o alcance do interesse público**, o que deve ser objetivo central a ser buscado pelo gestor público.

IMPORTANTE

- O administrador deve agir com lealdade ao interesse público; este sempre deverá se sobrepor ao interesse particular (próprio ou de terceiros).
- Também a disputa entre os licitantes deve ser honesta; havendo conluio ou composição entre os licitantes, a moralidade do ato estará comprometida. O certame deverá ser invalidado, e os responsáveis punidos.
- À moralidade soma-se a legalidade. Assim uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

1.3 Contrato

A Administração Pública, após planejar suas ações e após realizar o procedimento licitatório ou outro procedimento permitido por lei, celebra acordo entre as partes (particulares), denominado contrato. Para fins da Lei n° 8.666/93, o contrato é um ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, estabelecendo acordo de vontades, vínculo e obrigações recíprocas.

Então, como podem ser os contratos realizados pela Administração Pública??

Vimos pelo conceito de contrato que é todo aquele realizado por entidades da Administração Pública entre si ou com particulares.O contrato pode ser regido, integral ou parcialmente, pelo Direito Público ou apenas pelo Direito Privado. Veremos:

I - Quando o contrato for regido **integralmente por normas de Direito Público**, todos os dispositivos da Lei 8.666/93 são aplicados. Entretanto, a própria lei em seu artigo 54 permite utilizar, subsidiariamente, "os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

No entanto, a sua c**aracterística predominante é a cláusula exorbitante**, que decorre do princípio da supremacia do interesse público, dando várias prerrogativas à Administração Pública.

Podemos citar como cláusula exorbitante:

- possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração;
- a rescisão unilateral;
- a fiscalização do contrato;
- a possibilidade de aplicação de penalidades por inexecução e
- a ocupação, na hipótese de rescisão contratual.

II - Há os contratos celebrados pela Administração que são **semipúblicos**. Obedecem algumas normas da Lei n° 8.666/93 e são regidos predominantemente pelo Direito Privado. Aplicam-se apenas os artigos :

- 55 (cláusulas necessárias no contrato);
- 58 (cláusulas exorbitantes);
- 59 (nulidade do contrato);
- 60 (formalização do contrato)
- e 61 (elementos indispensáveis do contrato), todos da Lei n° 8.666/93.

Nesse caso, por exemplo, não incidem vários dispositivos da Lei n° 8.666/03, a exemplo:

- artigo 65, que trata da alteração unilateral dos contratos e
- artigo 57, que versa sobre a duração do contrato.

III - Por último, há os contratos da Administração regidos integralmente por normas de Direito Privado, que são os contratos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista que realizam atividades econômicas.

Resumo:

Contrato da Administração	Todo contrato realizado pela Administração Pública
Contrato Administrativo	Regido primordialmente pela Lei 8.666/93 – aplicação subsidiária das normas de Direito Privado
Contrato Semipúblico	Regido por algumas normas da Lei 8.666/93 (arts. 55 e 58-61)
Contrato Privado	Regido integralmente por normas de Direito Privado