



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 12 /2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. TERCEIRIZAÇÃO APOIO À FISCALIZAÇÃO.

I. A terceirização do apoio à fiscalização é possível ainda quando haja coincidência com atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, pois o art. 67, *caput*, da Lei 8.666/93 contém a ressalva exigida pelo Decreto nº 2.271/97.

II. Quando da licitação, é imprescindível distinguir as atividades de fiscalização em si, impossível de ser repassadas ao terceiro contratado, do mero apoio, consistente nas atividades acessórias que possibilitam a realização dos atos inerentes à fiscalização, os quais competem única e exclusivamente ao contratante, por meio de fiscal do contrato, servidor especificamente designado.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da contratação de apoio à fiscalização e seus limites. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5. É o relatório.

I – A DÚVIDA SUSCITADA PELO DECRETO Nº 2.271/97

6. Grande parte das dúvidas sobre a possibilidade de contratação de apoio à fiscalização passa pelos questionamentos acerca da terceirização da atividade fim de determinado órgão ou entidade ou da transferência de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos desse órgão ou entidade.

7. A vedação está inserida no Decreto nº 2.271/97, nos seguintes termos:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

(destacamos)

8. Atenta-se muito para a vedação, mas, por vezes, esquece-se de que o dispositivo traz uma exceção: "salvo expressa disposição legal em contrário", que aqui tem grande relevância.

9. A Lei nº 8.666/93 trouxe a previsão de um *iter* procedimental a ser obedecido, desde o planejamento de uma licitação até o recebimento de objeto contratual. Os condutores desse *iter* são os servidores dos órgãos ou entidades, os quais participam da comissão de licitação (art. 51¹), fiscalizam a execução do contrato (art. 67) e emitem atestados comprobatórios do recebimento do objeto contratual (art. 73²). Presume-se daí que existem atividades procedimentais da Lei de Licitações que são inerentes às atividades de servidores do órgão ou entidade.

10. Em algumas dessas atividades procedimentais previstas na Lei nº 8.666/93, a norma admite que a Administração possa utilizar-se do apoio de terceiros, de particulares. Os exemplos vão desde a realização de projetos básicos ao apoio à fiscalização até o apoio à fiscalização dos contratos administrativos. Observe-se a clareza dos seguintes dispositivos:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

[...]

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

¹ Art. 51. *A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.*

² 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;

[...]

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

[...]

(sublinhamos)

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

(sublinhamos)

11. Parece evidente que a intenção da Lei de Licitações foi, quando necessário, permitir a terceirização da elaboração dos projetos básico e executivo, não sendo a fase de planejamento uma atribuição exclusiva da Administração ou de seus servidores.

12. No que toca ao apoio à fiscalização, objeto deste Parecer, a Lei de Licitações é ainda mais clara, a saber:

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

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

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

(sublinhamos)

13. A locução “permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo [o fiscal do contrato] de informações pertinentes a essa atribuição [a de fiscalizar o contrato]” enquadra-se perfeitamente na exceção (“salvo expressa disposição legal em contrário”) de que trata o Decreto nº 2.271/97, citando no início.

14. Por óbvio que os próprios verbos “assistir” e “subsidiar” induzem uma contratação de “apoio” à fiscalização, não da fiscalização em si, sendo esta uma atribuição exclusiva da Administração.

15. Para encerrar o tópico, vale registrar que, no curso procedimental das licitações e contratos, a maioria das atividades críticas estará a cargo de servidores da Administração Pública, por vezes coincidindo com as atribuições inerentes às categorias funcionais, como fala o Decreto nº 2.271/97. Porém, a Lei nº 8.666/93 traz, em seu art. 67, *caput*, claro permissivo para a terceirização das atividades de apoio à fiscalização. O enunciado normativo veicula, portanto, a “expressa disposição legal em contrário” que o próprio Decreto nº 2.271/97 admite como exceção à vedação posta em seu art. 1º, §2º. Não se vislumbra antinomia entre os normativos nem óbice legal a esse tipo de contratação, ainda que a atividade (apoio à fiscalização) seja inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

II – FISCALIZAÇÃO x “APOIO” À FISCALIZAÇÃO

16. Esclarecido que não há ilegalidade na terceirização do apoio à fiscalização, cumpre agora pontuar que a fiscalização em si é atividade de que a Administração, por meio de seus servidores, não pode se desincumbir. Ao elaborar a licitação, a Administração deverá deixar a cargo da empresa e seus empregados (terceirizados) apenas atividades acessórias, sendo vedada a tomada de decisões por empresas e empregados terceirizados.

17. Para fazer um paralelo com a fase de licitação, dar ao contratado poderes como aplicar penalidade, sustar a execução, solicitar correções etc., seria semelhante a deferir a um terceirizado poderes para julgar uma proposta ou inabilitar um licitante. A figura do fiscal do contrato de que fala o art. 67, *caput*, da Lei de Licitações (“representante da Administração especialmente designado”, para utilizar a exata expressão legal) tem papel de tal modo relevante que deve ser servidor, como bem colocam inúmeros Acórdãos do TCU³.

18. Essa distinção entre o que é a fiscalização e o que é apoio somente pode ser verificável no caso concreto, conforme atribuições que serão previstas no documento de planejamento da contratação (termo de referência ou projeto básico). Como norte interpretativo para se distinguir o apoio da fiscalização em si, podem-se mencionar as vedações constantes do art. 9º, inciso III, da IN/ SLTI/MPOG nº 02/2008, *in verbis*:

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

[...]

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

(sublinhamos)

³ 9.2.2. não atendimento do que estabelece o artigo 67 da Lei nº 8.666/1993, que determina a designação formal de servidor como Fiscal para todo o qualquer contrato firmado entre a Prefeitura e terceiros; (Acórdão 900/2012-Plenário); “9.4.3. a ausência de servidor para atuar na condição de fiscal de contrato, conforme observado no Contrato 20090120, decorrente do processo licitatório TP2009.01.07.01, afronta ao disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993” (Acórdão 6.438/2011-1ª Câmara); “12. [...] quanto às [...] conclusões da Equipe, não foi apontado dano ao erário, razão pela qual sugeriu-se tão somente a emissão de alertas, especialmente quanto à necessidade de [...] de se nomear servidor para acompanhamento da execução dos Contratos objeto da análise em questão, na forma determinada pelo art. 67 da Lei 8.666/1993, art. 51 da Portaria Interministerial nº 127/2008 e cláusula quinta dos referidos contratos [...]” (Acórdão 2.270/2011-2ª Câmara).

19. Assim, do contexto normativo e jurisprudencial até então mencionado, as recomendações que podem ser feitas de antemão são duas: as atividades de apoio à fiscalização, por serem acessórias, devem sempre reportar-se à figura central do fiscal do contrato, representante da Administração especialmente designado, necessariamente servidor; a realização de atividades críticas, como decisões, atestos, aplicação de penalidades, recebimento de serviços etc., não deve ser transferida a particulares no bojo do contrato de apoio à fiscalização, devendo remanescer em poder da Administração a realização desses atos administrativos, para os quais a contratada poderá subsidiar o fiscal de informações como relatórios, estudos, sugestões etc.

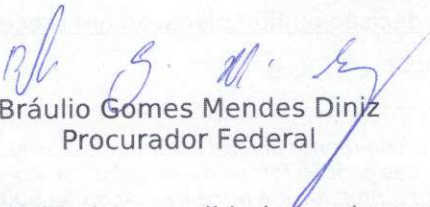
III – CONCLUSÃO

20. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) A contratação de apoio à fiscalização prevista no art. 67, *caput*, da Lei nº 8.666/93 não encontra óbice no §2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, pois constitui uma das expressas disposições legais em contrário a que se refere o dispositivo do Decreto, podendo ser contratada ainda que as atividades sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade;
- b) Na análise da contratação, deve-se zelar para que sejam previstas apenas atividades acessórias à fiscalização, cuidando-se para que a fiscalização e os atos que lhe são inerentes, tais como decisões, atestos, aplicação de penalidades, recebimento de serviços, remanesçam na figura do fiscal ou gestor do contrato, representante servidor a ser especialmente designado pela Administração.

À consideração superior.

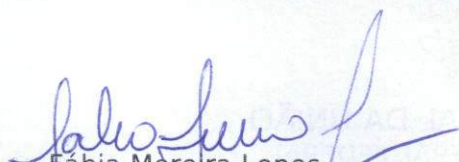
Brasília, 28 de novembro de 2013.


Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

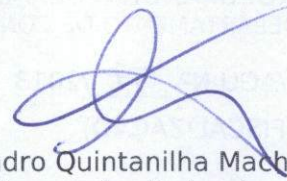
De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

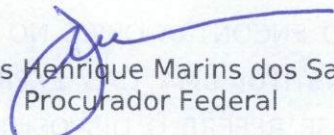

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Fábila Moreira Lopes
Procuradora Federal

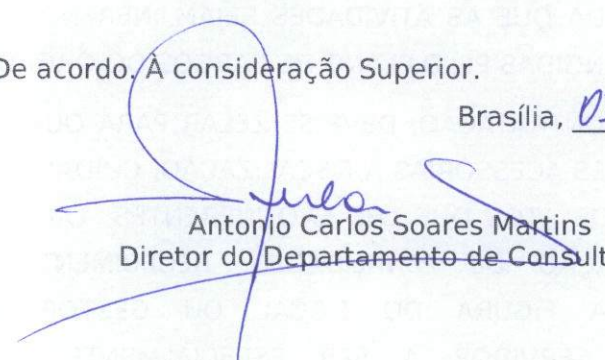
Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal


Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal


Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 03 de dezembro de 2013.

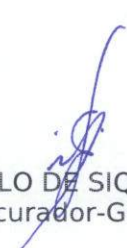

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 12/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 03 de dezembro de 2013.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 57 /2013
(CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO)

- I. A CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 67, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93 NÃO ENCONTRA ÓBICE NO §2º DO ART. 1º DO DECRETO Nº 2.271/97, POIS CONSTITUI UMA DAS EXPRESSAS DISPOSIÇÕES LEGAIS EM CONTRÁRIO A QUE SE REFERE O DISPOSITIVO DO DECRETO, PODENDO SER CONTRATADA AINDA QUE AS ATIVIDADES SEJAM INERENTES ÀS CATEGORIAS FUNCIONAIS ABRANGIDAS PELO PLANO DE CARGOS DO ÓRGÃO OU ENTIDADE;
- II. NA ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO, DEVE-SE ZELAR PARA QUE SEJAM PREVISTAS APENAS ATIVIDADES ACESSÓRIAS À FISCALIZAÇÃO, CUIDANDO-SE PARA QUE A FISCALIZAÇÃO E OS ATOS QUE LHE SÃO INERENTES, TAIS COMO DECISÕES, ATESTOS, APLICAÇÃO DE PENALIDADES, RECEBIMENTO DE SERVIÇOS, REMANESÇAM NA FIGURA DO FISCAL OU GESTOR DO CONTRATO, REPRESENTANTE SERVIDOR A SER ESPECIALMENTE DESIGNADO PELA ADMINISTRAÇÃO.