

# A fiscalização dos contratos administrativos na nova Lei de Licitações: dos carimbos à inteligência artificial

## Rafael Carvalho Rezende Oliveira

*Visiting Scholar* pela *Fordham University School of Law* (Nova Iorque); Pós-Doutor pela UERJ; Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ; Especialista em Direito do Estado pela UERJ; Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC; Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA; Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes; Professor de Direito Administrativo da EMERJ; Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro; Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados; Árbitro e consultor jurídico. Conselheiro Editorial dos periódicos SAM e SLC

Resumo: O objetivo do presente estudo é apresentar o regime jurídico da fiscalização contratual no âmbito da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC). Considerada fundamental para eficiência das contratações públicas, fiscalização contratual tem sido questionada, em razão da sua ênfase formalista e da insuficiência, em determinados casos, de capacitação dos agentes públicos nomeados para o exercício da função de fiscal. Nesse contexto, revela-se pertinente estudar o perfil dos fiscais e da função fiscalizadora na NLLC, com ênfase na governança pública, na gestão por competências, na utilização de novas tecnologias e da inteligência artificial que constituem instrumentos importantes para melhoria da atividade que deve deixar de ser, predominantemente, formalista para adotar um perfil digital e eficiente.

Sumário: 1. Introdução. 2. A relevância da fiscalização contratual na Lei 14.133/2021. 3. Governança pública, integridade e fiscalização contratual. 4. O fiscal dos contratos administrativos. 4.1. Gestor x fiscal de contrato. 4.2. Limites e possibilidades para nomeação do fiscal: o agente público pode recusar a nomeação? 4.3. Espécies de fiscalização: técnica, administrativa e setorial. 4.4. Contratação de terceiros para auxílio dos fiscais de contratos administrativos. 4.5. Fiscalização e o princípio da segregação de funções. 4.6. Normas de fiscalização contratual e princípio federativo. 5. Fiscalização nos contratos de obras e serviços de engenharia e o seguro-garantia como instrumento de incentivo à fiscalização por seguradoras. 6. Proteção e incentivos à função do fiscal de contratos. 7. Fiscalização, eficiência e inovações tecnológicas: dos carimbos à inteligência artificial. 8. Conclusão.

## 1 Introdução

No âmbito das licitações e contratações públicas, existem dois pilares fundamentais que se destacam para garantia da eficiência dos contratos administrativos: o planejamento e a fiscalização contratual.

Naturalmente, outros fatores contribuem, de forma relevante, para o sucesso da relação contratual, mas o planejamento adequado e a fiscalização efetiva dos contratos são pedras de toque para evitar ou, ao menos, minimizar, o risco de inadimplemento e eventual extinção prematura do contrato administrativo, com prejuízos ao interesse público subjacente à relação contratual.

Nesse contexto, a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC) tem o mérito de avançar nos referidos pilares. Em relação ao planejamento, que constitui dever da Administração Pública, na forma do art. 174 da CRFB, além da sua indicação como princípio jurídico no art. 5º

da NLLC, o novo diploma legal apresenta maior detalhamento sobre a fase preparatória da licitação (arts. 17, I, e 18), com destaque para importantes instrumentos de planejamento, tais como o Plano de Contratações Anual (PCA), o Estudo Técnico Preliminar (ETP), entre outros.

Quanto à fiscalização contratual, a Lei 14.133/2021 também apresenta salutar preocupação com a garantia de fiscalização efetiva dos contratos administrativos. Apesar da relevância do tema, poucos trabalhos acadêmicos se debruçaram, especificamente, sobre a fiscalização contratual, o que motivou a elaboração do presente ensaio.

Inicialmente, o presente artigo científico apresentará a relevância da fiscalização contratual na NLLC, com destaque para o papel da gestão e fiscalização na implementação da governança pública e integridade nas contratações públicas. Na sequência, apresentará o perfil do fiscal dos contratos, com destaque para: distinção com a figura do gestor de contrato; indicação das espécies de fiscalização; limites e possibilidades para nomeação do fiscal, com a abordagem sobre a (im)possibilidade de recusa da nomeação; análise da viabilidade jurídica da contratação de terceiros para auxiliar fiscais; relação entre a fiscalização e o princípio da segregação de funções; e desafios de interpretação das normas de fiscalização contratual a partir do princípio federativo. No capítulo seguinte, o ensaio abordará a utilização do perfil legal do seguro-garantia que, além de servir como salvaguarda para o cumprimento regular das obrigações contratuais, funciona como incentivo para seguradoras auxiliarem a fiscalização dos contratos de obras e serviços de engenharia. No capítulo subsequente, pretende-se demonstrar que ordenamento jurídico, após alterações recentes, pretende garantir maior segurança jurídica e criar incentivos para o exercício da função dos fiscais. Por fim, o trabalho abordará as potencialidades advindas das novas tecnologias e da inteligência artificial para eficiência da fiscalização.

## 2 A relevância da fiscalização contratual na Lei 14.133/2021

A função fiscalizatória é fundamental para regular cumprimento dos contratos administrativos, com a verificação constante da sua execução e impactos significativos sobre diversos atos que serão praticados ao longo da avença, tais como: realização de pagamentos, decisões sobre pedidos de reequilíbrio contratual, avaliação de desempenho da contratada, recebimento contratual, aplicação de sanções etc.

No contexto da NLLC, a fiscalização recebe maior destaque que aquele previsto na Lei 8.666/1993 e outros diplomas legais, notadamente nos seguintes aspectos: a) definição dos modelos de gestão e fiscalização na fase preparatória da licitação (arts. 6º, XXII, *f*, e XXV, *e*; 18, § 1º; e 25); b) manutenção da fiscalização como cláusula exorbitante (art. 104, III); c) regras específicas sobre a fiscalização contratual (arts. 117 a 119); d) previsão de extinção contratual, em decorrência do descumprimento das determinações do fiscal (art. 137, II); e) eventual responsabilidade da Administração Pública nas hipóteses de falha na fiscalização (arts. 120 e 121); f) atuação no recebimento do objeto do contrato (art. 140); g) impactos da fiscalização na avaliação do desempenho da contratada (arts. 88, § 3º, e 144) etc.

De início, o novo diploma legal demonstra a importância de definição do modelo de gestão e fiscalização na própria fase de planejamento da licitação, bem como a necessidade de verificação de disponibilidade de servidores públicos capacitados para o desempenho da função.

Na elaboração do Estudo Técnico Preliminar (ETP), a autoridade competente deve apontar as providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, “inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual” (art. 18, § 1º, da NLLC). Aqui, é oportuno destacar a preocupação do legislador com a capacitação não apenas dos fiscais, mas de todos os agentes públicos que atuam nas licitações, na forma do art. 7º, II, da NLLC.

Já na elaboração do Termo de Referência (TR) e do projeto básico, a Administração Pública deve inserir a previsão do modelo de gestão e das regras de funcionamento da fiscalização contratual (arts. 6º, XXII, *f*, e XXV, *e*, da NLLC).

Ainda na fase preparatória da licitação, a minuta do edital deve conter as regras procedimentais e substanciais do certame, inclusive a respeito da gestão e fiscalização contratual (art. 25 da NLLC).

Assim como estabelecia o art. 58, III, da Lei 8.666/1993, o novo diploma legal manteve a previsão da fiscalização como cláusula exorbitante (art. 104, III), constituindo-se verdadeiro dever-poder da Administração Pública e não apenas faculdade contratual.

De forma específica, o art. 117, *caput* e § 4º, da NLLC prevê que a execução contratual deverá ser fiscalizada por um ou mais fiscais do contrato, além dos eventuais substitutos, com respeito aos parâmetros fixados no art. 7º da NLLC, admitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Em razão do formalismo moderado, o art. 117, § 1º, da NLLC exige a anotação, em registro próprio, de todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, com as orientações e determinações dos fiscais para a regularização das faltas ou dos defeitos verificados. Caso as providências extrapolem as atribuições do fiscal, este deverá informar aos seus superiores para a adoção das medidas necessárias (art. 117, § 2º, da NLLC).

No exercício de suas atribuições, o fiscal poderá solicitar o auxílio da assessoria jurídica e do controle interno para esclarecimentos e subsídios que possam prevenir riscos na execução contratual (art. 117, § 3º, da NLLC).

Quanto à empresa contratada, o art. 118 da NLLC determina a manutenção de preposto, que representará a empresa na avença e deverá ser aceito pela Administração Pública, no local da execução contratual.

Constatada qualquer irregularidade pelo fiscal, a empresa contratada será obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas, no total ou em parte, o objeto contratual (art. 119 da NLLC).

Na hipótese de descumprimento das determinações do fiscal pela empresa contratada, abre-se o caminho para extinção prematura do contrato, na forma do art. 137, II, da NLLC.

Eventual falha ou ausência de fiscalização pode acarretar a responsabilidade civil subsidiária da Administração Pública, e, nos contratos de dedicação exclusiva de mão de obra, responsabilidade subsidiária pelo pagamento de encargos trabalhistas e responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários dos empregados das empresas terceirizadas (arts. 120 e 121 da NLLC).

Outro papel relevante do fiscal se refere ao recebimento do objeto contratual, hipótese em que o próprio fiscal possui atribuição para o recebimento provisório e apresenta informações úteis ao recebimento definitivo por parte da autoridade competente (art. 140 da NLLC).

Mencione-se, ainda, a relevância da atuação do fiscal na avaliação do desempenho contratual pela Administração Pública (arts. 88, § 3º, e 144). A avaliação de desempenho das empresas na execução dos contratos administrativos, cuja implementação depende da edição de regulamento, apresenta três aplicações relevantes nas licitações, a saber: a) no julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço (art. 37, III); b) no desempate entre licitantes (art. 60, II); e c) na demonstração da qualificação técnico-operacional (art. 67, II).

Os exemplos indicados acima reforçam a importância da fiscalização efetiva no acompanhamento do regular cumprimento da execução dos contratos administrativos.

### 3 Governança pública, integridade e fiscalização contratual

É preciso destacar, no presente tópico, a relevância da gestão e fiscalização contratual para implementação da governança pública e da integridade das contratações administrativas.<sup>1</sup>

A preocupação com a governança e a integridade nas contratações públicas ganhou novo capítulo com a promulgação da Lei 14.133/2021 que consagra diversas tendências já encontradas na legislação esparsa, tais como: a) planejamento e responsabilidade fiscal (ex.: relevância da gestão pública na utilização de recursos públicos escassos); b) celeridade do procedimento, com a diminuição de formalidades desnecessárias e a utilização de tecnologia (ex.: inversão das fases de habilitação e julgamento; procedimentos eletrônicos); c) promoção de valores constitucionais fundamentais (ex.: sustentabilidade ambiental); d) preocupação com a eficiência econômica na contratação (ex.: fixação de critérios de desempenho para fixação de remuneração do contratado); e) mais transparência (ex.: a divulgação dos atos praticados na rede mundial de computadores), viabilizando o maior controle por parte da sociedade civil; e f) governança pública e integridade nas contratações públicas (ex.: incentivo ou exigência de instituição de programas de integridade das empresas que celebram contratos com a Administração Pública).

Entre as tendências acima mencionadas, destaca-se a preocupação legislativa com a maior lisura e transparência dos processos de contratação com a Administração Pública, com destaque para maior preocupação com a integridade das empresas que contratam com a Administração Pública, especialmente por meio de exigências e/ou incentivos para instituição de programas de integridade por parte das empresas que contratam com a Administração Pública, a saber: a) obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor no prazo de até 6 (seis) meses após a celebração do contrato nas contratações de grande vulto (art. 25, § 4º);<sup>2</sup> b) o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle, constitui critério de desempate nos certames (art. 60, IV); c) na aplicação de sanções será considerada, entre outros critérios, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (art. 155, § 1º, V); e d) a sanção pelas infrações previstas no art. 155, VIII (apresentação de declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou de declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato) e XII (prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção), exige, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável (art. 163, parágrafo único).<sup>3</sup>

Note-se que, atendendo ao escopo de incentivar e promover, de forma ampla, a integridade das contratações públicas, ao lado da exigência de *compliance*, a Lei 14.133/2021 reforçou, por exemplo, o dever de planejamento (exs: arts. 5º, 6º, XX, 18), o sistema de controle (exs: arts. 169 a 173) e a transparência pública (ex: art. 174).<sup>4</sup>

1. Sobre a relevância da governança e da integridade nas contratações públicas, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: Os Estados-Membros na Vanguarda. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira; ACOCELLA, Jéssica (Org.). *Governança Corporativa e Compliance*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 73-98.

2. De acordo com o art. 6º, XXII, da NLLC e o Decreto 11.317/2022, considera-se grande vulto econômico a contratação cujo valor estimado supera R\$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte e oito milhões oitocentos e trinta e três mil trezentos e nove reais e quatro centavos). Lembre-se que os valores previstos na NLLC devem ser atualizados anualmente, na forma do art. 182 do referido diploma legal.

3. Aqui, é importante destacar que a exigência de programa de integridade para reabilitação do licitante nos casos indicados pelo legislador representa importante incentivo para o autossaneamento (*self-cleaning*) das empresas punidas que deverão adotar medidas corretivas e preventivas, que reduzam o risco de prática de ilícitos, para recuperarem a sua condição de potencial contratante do Poder Público. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. O Self-Cleaning e a sua aplicação sob a perspectiva da Lei nº 14.133/2021. *Solução em Licitações e Contratos - SLC*, v. 51, p. 39-52, jun. 2022.

4. Nesse contexto, a Portaria SEGES/ME 8.678, de 19 de julho de 2021, dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão dos contratos públicos, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis. No rol dos instrumentos de governança nas contratações públicas, o art. 6º da Portaria menciona, exemplificativamente: a) Plano Diretor de Logística Sustentável (PLS); b) Plano de Contratações Anual (PCA); c) política de gestão de estoques; d) gestão por competências; e) gestão de riscos e controle; etc.

Os diversos instrumentos de governança (exs.: Plano de Contratações Anual – PCA, gestão por competências, gestão de riscos, controle preventivo, entre outros) reforçam o ambiente íntegro das contratações, com ênfase no planejamento, na eficiência e *accountability*, destacando-se, por exemplo, nos parâmetros para a gestão dos contratos administrativos, a fixação de diretrizes para a nomeação de gestores e fiscais de contrato, com base no perfil de competências, e evitando a sobrecarga de atribuições (art. 17, III, da Portaria SEGES/ME 8.678/2021).

Assim, a implementação da governança pública e da integridade nas relações público-privadas depende, entre outros fatores, da adequada gestão e fiscalização dos contratos administrativos, papel que foi bem destacado na NLLC.

Demonstrada a relevância da função fiscalizatória nos contratos administrativos, o tópico seguinte apresentará o perfil do fiscal do contrato.

## 4 O fiscal dos contratos administrativos

### 4.1 Gestor x fiscal de contrato

Ao contrário da legislação anterior, especialmente a Lei 8.666/1993, a Lei 14.133/2021 (NLLC) apresenta clara intenção de distinguir as figuras do gestor e do fiscal dos contratos, em atenção ao princípio da segregação de funções. Contudo, a distinção efetiva entre os referidos atores somente é apresentada no campo regulamentar.

De acordo com o art. 8º, § 3º, da NLLC, cabe ao regulamento definir as atribuições dos agentes responsáveis pelas licitações e contratações públicas, com a delimitação, inclusive, da “atuação de fiscais e gestores de contratos”. Em âmbito federal, o Decreto 11.246/2022 dispõe sobre “as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos.”

Em grande medida, a distinção entre o gestor e o fiscal do contrato, assim como o elenco das espécies de fiscalização, apresenta nítida inspiração no regime jurídico previsto no capítulo V da Instrução Normativa (IN) 5/2017, que trata das regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal.

Com efeito, o art. 19 do Decreto 11.246/2022, com inspiração no art. 40 da IN 5/2017, estabelece que a gestão do contrato compreende “a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa e setorial”, além da prática de atos preparatórios à instrução processual e encaminhamento da documentação ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos à prorrogação, à alteração, ao reequilíbrio, ao pagamento, à eventual aplicação de sanções e à extinção dos contratos, entre outros.

O referido dispositivo legal apresenta, ainda, uma distinção entre as espécies de fiscalização (técnica, administrativa e setorial), que serão aprofundadas no tópico seguinte do presente artigo, com a indicação de atribuições que não se confundem com aquelas indicadas para o gestor do contrato. No rol das atribuições dos fiscais, incluem-se, por exemplo, tarefas de acompanhamento do efetivo cumprimento do objeto contratado, na forma do regramento fixado no edital, e da manutenção dos requisitos de habilitação pela contratada.

No exercício de suas atribuições, os fiscais dos contratos serão auxiliados pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-los com informações relevantes para prevenção de riscos de inadimplemento contratual, na forma do art. 117, § 3º, da NLLC.

Assim, é possível afirmar que o gestor do contrato coordena e supervisiona as atividades do(s) fiscal(is), com a prerrogativa de decidir, salvo delegação, sobre questões contratuais relevantes,

como, por exemplo, prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, aplicação de sanções, extinção dos contratos.

Os fiscais, por sua vez, acompanham mais de perto a rotina do cumprimento do objeto contratual e possuem o papel de auxiliar o gestor, com a apresentação de informações e subsídios relevantes para tomada de decisões.

#### 4.2 Espécies de fiscalização: técnica, administrativa e setorial

Conforme destacado anteriormente, o art. 19 do Decreto 11.246/2022, além de diferenciar a gestão e a fiscalização contratual, apresenta as espécies de fiscalização, nos seguintes termos:<sup>5</sup>

a) fiscalização técnica: envolve o acompanhamento do contrato, com o objetivo de avaliar se execução do objeto observa os termos do edital e do contrato administrativo;

b) fiscalização administrativa: engloba o acompanhamento dos aspectos administrativos contratuais quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, além de auxiliar o gestor com informações relevantes para os reequilíbrios contratuais e adoção de providências tempestivas nas hipóteses de inadimplemento;

c) fiscalização setorial: constitui a tarefa de acompanhamento da execução contratual “nos aspectos técnicos ou administrativos quando a prestação do objeto ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um órgão ou uma entidade”.

É relevante destacar que a definição do modelo de gestão e de fiscalização deverá ser indicada nos atos de planejamento que integram a fase preparatória da licitação, com destaque para o ETP, TR, projeto básico e edital, e deverão levar em consideração a complexidade dos contratos administrativos. Admite-se, portanto, a indicação de apenas um fiscal para contratos mais simples e de dois ou mais fiscais para contratos complexos.

Ademais, a distinção entre a fiscalização técnica, administrativa e setorial realizada pelo referido Decreto federal não é expressamente prevista na Lei 14.133/2021, constituindo-se, portanto, em opção adotada pela Administração Pública federal no exercício da sua competência regulamentar. Desse modo, os demais Entes da Federação possuem a liberdade para adoção da mesma solução ou de outra que seja mais adequada à sua realidade, o que será objeto de destaque no item 4.6.

Independentemente da espécie de fiscalização, a atuação da Administração Pública, incluída a atividade exercida pelo fiscal, deve se restringir à verificação da regularidade da execução contratual a partir das cláusulas da avença e do conteúdo do edital, vedada a ingerência na organização interna e no gerenciamento empresarial da pessoa contratada. Assim, por exemplo, não pode o fiscal do contrato indicar, nominalmente, os funcionários da empresa que prestarão os serviços ou indicar as pessoas que serão contratadas pela empresa.<sup>6</sup>

#### 4.3 Limites e possibilidades para nomeação do fiscal: o agente público pode recusar a nomeação?

Os agentes públicos, incluídos os fiscais dos contratos, indicados para o desempenho das atividades relacionadas aos processos de licitações e contratação públicas devem preencher os seguintes requisitos (art. 7º da NLLC): a) a indicação deve recair, preferencialmente, sobre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública; b) os agentes devem exercer

5. Ao lado da fiscalização técnica, administrativa e setorial, o art. 40, V, da IN 5/2017, menciona, ainda, a fiscalização pelo Público Usuário, com o “acompanhamento da execução contratual por pesquisa de satisfação junto ao usuário, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto”.

6. Registre-se, por exemplo, o art. 48 da NLLC que estabelece algumas vedações às ingerências da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços.

atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e c) os agentes não podem ser cônjuges ou companheiros de licitantes ou contratados habituais da Administração, assim como não podem ter com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Ademais, a autoridade administrativa deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação (art. 7º, § 1º, da NLLC). A mesma exigência deve ser observada nos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração (art. 7º, § 2º, da NLLC).

As referidas exigências e vedações contribuem para implementação da gestão de pessoas por competências e para efetivação dos princípios da eficiência e da moralidade, uma vez que a função será realizada, preferencialmente, por profissionais de carreira, com conhecimento técnico sobre as licitações e contratações públicas e com segregação de funções, vedada a participação de agentes públicos no processo de contratação que envolva parentes ou pessoas que possam gerar conflitos de interesses.

Quanto ao primeiro requisito, o art. 7º, I, da NLLC impõe a indicação preferencial de servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública para o exercício da função de fiscal dos contratos.

Ao contrário do art. 8º da NLLC, que exige a condição de servidor efetivo ou empregado dos quadros permanentes para os agentes de contratação, o art. 7º, I, da NLLC, que trata dos agentes públicos em geral, incluídos os fiscais, estabelece apenas a preferência na indicação dos citados servidores, abrindo margem de liberdade para indicação, excepcional, se servidores comissionados para atuação fiscalizadora.

Trata-se, em nossa opinião, de incongruência do legislador, uma vez que as funções exercidas pelos fiscais possuem relevância similar àquelas exercidas por agentes de contratação, inexistindo justificativa razoável para permitir a nomeação de servidores comissionados no primeiro caso, mas não no segundo.<sup>7</sup>

Já o segundo requisito para indicação do fiscal, indicado no art. 7º, II, da NLLC, é a verificação de que o agente público exerça funções relacionadas às licitações e contratações administrativas, possua formação compatível para o exercício da função de fiscalização ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pela Administração Pública.

A mencionada exigência legal possui sintonia com o princípio da eficiência e com a lógica da gestão por competências.<sup>8</sup> Seria, em princípio, inapropriada a indicação de um médico do hospital público para fiscalizar o contrato de obra ou a indicação de um engenheiro para fiscalizar o contrato de entrega de medicamentos em hospitais públicos, salvo se os citados indicados tiverem, por alguma razão comprovada, a expertise técnica para conhecimento dos respectivos objetos contratuais.

O terceiro requisito para nomeação dos fiscais, localizado no art. 7º, III, da NLLC, relaciona-se com a vedação de indicação de agentes que possuam potencial conflito de interesses com as

7. O tema será desenvolvido no item 4.6.

8. Ao dispor sobre a gestão por competências, o art. 14 da Portaria SEGES/ME 8.678/2021 dispõe: “Art. 14. Compete ao órgão ou entidade, quanto à gestão por competências do processo de contratações públicas: I - assegurar a aderência às normas, regulamentações e padrões estabelecidos pelo órgão central do Sistema de Serviços Gerais - Siscg, quanto às competências para os agentes públicos que desempenham papéis ligados à governança, à gestão e à fiscalização das contratações; II - garantir que a escolha dos ocupantes de funções-chave, funções de confiança ou cargos em comissão, na área de contratações, seja fundamentada nos perfis de competências definidos conforme o inciso I, observando os princípios da transparência, da eficiência e do interesse público, bem como os requisitos definidos no art. 7º da Lei nº 14.133, de 2021; e III - elencar, no Plano de Desenvolvimento de Pessoas - PDP, nos termos do Decreto nº 9.991, de 28 de agosto de 2019, ações de desenvolvimento dos dirigentes e demais agentes que atuam no processo de contratação, contemplando aspectos técnicos, gerenciais e comportamentais desejáveis ao bom desempenho de suas funções.”

pessoas que serão contratadas. Assim, levando em consideração os licitantes ou contratados habituais da Administração,<sup>9</sup> o dispositivo legal em comento proíbe que a indicação para função de fiscal recaia sobre: a) cônjuges ou companheiros; b) parentes, colaterais ou por afinidade, até o terceiro grau; e c) pessoas que tenham vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Registre-se que a preocupação em evitar conflitos de interesses nas contratações públicas também pode ser verificada em outros dispositivos da Lei 14.133/2021. Assim, por exemplo, os arts. 14, IV, e 122, § 3º, da NLLC estabelecem a vedação de participação em licitação ou subcontratação de pessoas físicas ou jurídicas que mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Questão interessante se refere à (im)possibilidade de o agente público indicado para função de fiscal de contratos apresentar recusa à nomeação. Aqui, é preciso destacar que, em princípio, o agente público não pode recorrer a nomeação, em razão da hierarquia administrativa e da legalidade da nomeação.<sup>10</sup>

Ao invés da recusa, portanto, o agente público indicado, se entender que não possui a qualificação ou a disponibilidade necessária para o exercício da função de fiscal, deve expor as razões ao seu superior hierárquico, com o intuito não apenas de solicitar a necessária capacitação, mas, também, de se proteger contra futuras e eventuais imputações de ilícitos no exercício de sua função, além de induzir que a referida imputação de responsabilidade também recaia sobre a autoridade superior que efetuou a sua nomeação.<sup>11</sup>

Lembre-se, aqui, a possibilidade de responsabilização da autoridade nomeante quando o fiscal nomeado não possuir a devida capacitação para o exercício da função (*culpa in eligendo*) ou quando caracterizada a sua omissão na hipótese de falhas reiteradas e conhecidas por parte do fiscal (*culpa in vigilando*).<sup>12</sup>

Entendemos que, em situações excepcionalíssimas, o agente público indicado poderia recusar a nomeação para a função de fiscal, quando demonstrada, no caso concreto, a ilegalidade manifesta da nomeação, tal como ocorreria, por exemplo, com a nomeação de cônjuge da pessoa física contratada ou de diretor(a) da pessoa jurídica contratada. Nesse caso, em âmbito federal, seria aplicável o art. 116, IV, da Lei 8.112/1990 que prevê o dever do servidor de “cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais”.

9. De acordo com o art. 10, § 1º, do Decreto 11.246/2022, “consideram-se contratados habituais as pessoas físicas e jurídicas cujo histórico recorrente de contratação com o órgão ou com a entidade evidencie significativa probabilidade de novas contratações.” A referida vedação incide sobre o agente público que atue em processo de contratação cujo objeto seja do mesmo ramo de atividade em que atue o licitante ou o contratado habitual com o qual haja o relacionamento (art. 10, § 2º, do Decreto 11.246/2022).

10. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no contexto da Lei 8.666/1993, decidiu: “O servidor designado para exercer o encargo de fiscal não pode oferecer recusa, porquanto não se trata de ordem ilegal. Entretanto, tem a opção de expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações que possam impedi-lo de cumprir diligentemente suas obrigações. A opção que não se aceita é uma atuação a esmo (com imprudência, negligência, omissão, ausência de cautela e de zelo profissional), sob pena de configurar grave infração à norma legal”. TCU, Acórdão 2.917/2010, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, julgamento: 03.11.2010.

11. Em âmbito federal, o art. 11, §§ 1º e 2º, do Decreto 11.246/2022 dispõe que, na hipótese de deficiência ou de limitações técnicas possam impedir o cumprimento diligente das suas atribuições, o agente público deverá comunicar o fato ao seu superior hierárquico e a autoridade competente poderá providenciar a qualificação prévia do servidor ou designar outro servidor com a qualificação requerida.

12. No mesmo sentido: TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 12 ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 606. De acordo com o TCU: “A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (*culpa in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (*culpa in eligendo*)”. TCU, Acórdão 6.934/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgamento: 03.11.2015.

#### 4.4 Contratação de terceiros para auxílio dos fiscais de contratos administrativos

Com o intuito de permitir que a função fiscalizadora seja exercida com maior eficiência, a legislação prevê não apenas o auxílio por parte dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, mas, também, a possibilidade de contratação de terceiros para assistir e subsidiar o fiscal do contrato com as informações pertinentes a essa regular execução do contrato, na forma do art. 117, § 3º, da NLLC.

É possível a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, considerados serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, que envolvam profissionais ou empresas de notória especialização (art. 74, III, *d*, da NLLC).

Quanto à inexigibilidade de licitação, o art. 74, III, da Lei 14.133/2021 basicamente manteve os requisitos cumulativos para declaração de inexigibilidade anteriormente indicados no art. 25, II, da Lei 8.666/1993, com a ressalva da exigência de singularidade do serviço que não foi repetida no novo diploma normativo.

A partir da interpretação literal do art. 74, III, da Lei 14.133/2021, não subsistiria a singularidade do serviço técnico como requisito para caracterização da inexigibilidade. Não obstante as controvérsias a respeito do tema, de nossa parte, entendemos que a ausência da menção à natureza singular do serviço técnico não deve ser interpretada de forma literal, uma vez que a própria necessidade de demonstração da inviabilidade de competição para caracterização da inexigibilidade revela a inafastabilidade do requisito da singularidade do serviço na contratação sem licitação que demonstra, de fato, a impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas de interessados.<sup>13</sup>

A eventual contratação de pessoas físicas ou jurídicas para auxiliar a atividade do fiscal do contrato não altera a competência e a responsabilidade do próprio fiscal para exercer as suas atribuições no contrato administrativo. Nesse caso, a pessoa contratada assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato, não afastando a responsabilidade do fiscal nos limites das informações recebidas do terceiro contratado (art. 117, *caput*, e § 4º, da NLLC).

Admite-se, por fim, a contratação dos autores do anteprojeto e dos projetos básico e executivo para o apoio da atividade de gestão e de fiscalização da contratação, na forma permitida pelo art. 14, § 2º, da NLLC.

#### 4.5 Fiscalização e o princípio da segregação de funções

Ao tratar da segregação de funções, o art. 7º, § 1º, da Lei 14.133/2021 proíbe a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.<sup>14</sup> A

13. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 12 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 155-156. Cabe destacar que a questão não é nova. Em relação ao art. 30, II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), que não mencionou a “singularidade” nas hipóteses de inexigibilidade, o TCU exigiu a singularidade do serviço técnico para caracterização da inviabilidade de competição (TCU, Acórdão 2.436/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julgamento: 09.10.2019; TCU, Acórdão 2.761/2020, Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, julgamento: 14.10.2020). No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 984-985; NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 64; MOTTA, Fabrício. Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*, Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 262-268. De forma contrária, afastando a exigência da singularidade, vide o Parecer 00001/2023/CNLC/CGU/AGU.

14. Ao tratar do princípio da segregação de funções, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que não se deve atribuir aos mesmos servidores, na licitação, tarefas da fase preparatória (interna) e da fase externa (competitiva), ou de condução de fiscalização do contrato e de apuração de infrações contratuais em processos sancionadores. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estrutura geral da nova Lei: abrangência, objetivos e princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*, Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 41.

mesma vedação é aplicada aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração (art. 7º, § 2º).

Assim, por exemplo, o servidor que atuou como pregoeiro ou agente de contratação não deve ser indicado como fiscal do futuro contrato. Igualmente, o pregoeiro não pode assumir a responsabilidade para elaboração do edital.<sup>15</sup>

O mesmo raciocínio deve ser aplicado às nomeações dos fiscais dos contratos que se inserem no conceito de agente público utilizado no art. 7º da NLLC. Desse modo, na designação dos fiscais dos contratos, a autoridade administrativa deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, com o intuito de reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na contratação pública. Com fundamento no princípio da segregação de funções, não pode ser nomeado como fiscal agente público que atuou no curso da licitação.

Em princípio, também seria vedada a nomeação de advogado público para a função de fiscal, especialmente na hipótese em que o mesmo advogado público atuaria, no exercício de sua atividade típica, no controle de juridicidade dos atos praticados na respectiva licitação e contratação, em razão do potencial conflito de interesses e riscos de ineficiência na atividade controladora, assim como a aplicação do princípio da segregação de funções aos órgãos de assessoramento jurídico, com fundamento nos § 2º do art. 7º da NLLC.

O princípio da segregação de funções, agora previsto no art. 5º da Lei 14.133/2021, consiste na distribuição e na especialização de funções entre os diversos agentes públicos que atuam nos processos de licitação e de contratação pública, com o intuito de garantir maior especialização no exercício das respectivas funções e de diminuir os riscos de conflitos de interesses dos agentes públicos. Verifica-se, portanto, que o referido princípio possui relação com os princípios da eficiência e da moralidade, além da íntima relação com a ideia de governança pública.<sup>16</sup>

Em âmbito federal, o art. 12 do Decreto 11.246/2022 prevê que o princípio da segregação das funções “veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na contratação”.<sup>17</sup> Em abono ao caráter relativo do princípio da segregação de funções, característica de todo e qualquer princípio jurídico, o art. 12, parágrafo único, do Decreto 11.246/2022 dispõe que a sua aplicação será avaliada na situação fática processual e poderá ser ajustada, no caso concreto, em razão (i) da consolidação das linhas de defesa e (ii) de características do caso concreto tais como o valor e a complexidade do objeto da contratação.

É oportuno destacar que a segregação de funções possui relevância na execução dos atos atinentes à contratação pública e na atuação dos órgãos de controle, influenciando, inclusive, na imputação de responsabilidade. Mencione-se, por exemplo, a responsabilidade do gestor público por suas decisões, ainda que apoiadas em parecer jurídico, não sendo lícito responsabilizar o parecerista por sua opinião técnica, salvo na hipótese de dolo ou fraude (art. 184 do CPC).

15. TCU, Acórdão 2.146/2022, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgamento: 28.09.2022. É válido notar que o princípio da segregação de funções, antes da sua previsão expressa no art. 5º da NLLC, já era reconhecido e aplicado pelos órgãos de controle. Nesse sentido, por exemplo: TCU, Acórdão 3.381/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, julgamento: 04.12.2013.

16. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129.

17. Aplicam-se as vedações previstas no art. 9º da NLLC aos agentes públicos designados para atuar na área de licitações e contratos e aos terceiros que auxiliem a condução da contratação, na qualidade de integrantes de equipe de apoio, de profissionais especializados ou de funcionários ou representantes de empresa que preste assessoria técnica, na forma do art. 13 do Decreto 11.246/2022.

#### 4.6 Normas de fiscalização contratual e princípio federativo

É tradicional a dificuldade de distinguir as normas gerais e específicas na legislação de licitações e contratos administrativos, vez que revelam conceitos jurídicos indeterminados.<sup>18</sup>

A discussão não é apenas acadêmica, mas, também, de índole prática.

Isso porque, no âmbito das licitações e contratações públicas, a União Federal possui competência privativa para elaborar normas gerais (nacionais), aplicáveis a todos os Entes Federados, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB, cabendo aos demais Entes federados a competência para fixação de normas específicas sobre o tema, com o objetivo de atenderem as peculiaridades socioeconômicas.

De lado a impossibilidade de fixação de um conceito preciso e sem a pretensão de estabelecer um rol exaustivo de situações, é possível dizer que as normas gerais possuem razoável grau de abstração que garantem uniformidade ao processo de licitação em todas as esferas federadas, sem que interfiram nas peculiaridades regionais e locais de cada Ente Federado. As normas gerais não podem interferir na autonomia federativa (art. 18 da CRFB), sob pena de abuso de poder legislativo por parte da União Federal.<sup>19</sup>

No contexto da Lei 14.133/2021, a discussão sobre a caracterização das normas gerais e específicas permanece.

Conforme já destacado, o art. 7º da NLLC estabelece os requisitos para indicação dos agentes públicos responsáveis pelo desempenho das atividades relacionadas aos processos de licitações e contratação públicas, com a indicação, por exemplo, de que os agentes devem ser, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública.

Contudo, adiante, o art. 8º da NLLC exige que o agente de contratação seja servidor efetivo ou empregado público pertencente aos quadros permanentes da Administração Pública, excluindo, assim, a possibilidade de indicação de servidores comissionados.

Verifica-se, na leitura conjugada dos arts. 7º e 8º da NLLC, uma incongruência no tratamento jurídico dispensado pela legislação às pessoas nomeadas para funções de fiscais ou agentes de contratação. Enquanto o fiscal pode ser servidor efetivo, preferencialmente, ou comissionado, o agente de contratação deve ser necessariamente servidor efetivo ou empregado do quadro permanente, o que afastaria, na interpretação literal, a possibilidade de nomeação de servidores comissionados para condução dos certames. A incongruência reside na assimetria de tratamento jurídico entre funções que possuem a relevância semelhante: o agente de contratação na condução do certame e o fiscal na avaliação do regular desempenho contratual.

Não encontramos justificativa razoável para vedação de servidores comissionados para atuarem como agentes de contratação e o permissivo para que os referidos servidores sejam nomeados como fiscais dos contratos. A vantagem para indicação de servidores efetivos para as duas funções é garantir maior independência para os agentes que são fundamentais para a eficiência da contratação pública, uma vez que a estabilidade é conferida aos servidores efetivos, na forma do art. 41 da CRFB, mas não aos servidores comissionados, cuja nomeação e exoneração podem ser livremente implementadas.

Quanto ao art. 8º da NLLC, há controvérsia doutrinária sobre o seu enquadramento como norma geral ou específica de licitação, o que impacta, necessariamente, na (in)existência de liberdade para os demais Entes federados legislarem de forma diferente, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB. De

18. Mencione-se, por exemplo, a decisão proferida pelo STF que afirmou que algumas normas da Lei 8.666/1993 não seriam gerais, razão pela qual vinculariam apenas a Administração federal (ex.: art. 17, I, “b”, e II, “b”, da Lei 8.666/1993, que equivalem, em certa medida, aos arts. 76, I, “b”, e II, “b”, da Lei 14.133/2021). STF, ADI 927 MC/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 03.11.1993, DJ 11.11.1994, p. 30.635.

19. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 12 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 9; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 100, p. 159, out.-dez. 1988.

nossa parte, sustentamos que o referido dispositivo deve ser considerado norma específica, em razão da autonomia dos Entes federados para definirem o regime jurídico dos seus respectivos servidores, com as indicações das respectivas funções públicas, inclusive dos agentes de contratação.<sup>20</sup>

Em relação aos fiscais dos contratos, o art. 7º da NLLC não estabeleceu a vedação peremptória para indicação de servidores comissionados, mas apenas a preferência para nomeação de servidores efetivos, o que confere margem de liberdade para os demais Entes federados definirem a solução mais adequada às suas realidades organizacionais. De todo modo, a indicação de servidores comissionados deveria ser considerada excepcional e acompanhada da respectiva justificativa.

Da mesma forma, no âmbito da autonomia federativa, cada Ente federado pode definir o modelo de gestão e de fiscalização contratual, sem a necessidade de seguir o mesmo modelo adotado, em âmbito federal, no Decreto 11.246/2022 que distingue as funções da fiscalização técnica, administrativa e setorial. O argumento é reforçado pelo fato de que as citadas espécies de fiscalização não são mencionadas na Lei 14.133/2021, que apenas indica as categorias do gestor e do fiscal, distinção que deve ser observada, em atenção ao princípio da segregação de função.

Em suma, os Entes federados possuem autonomia para legislar sobre os requisitos da nomeação dos fiscais dos contratos e suas respectivas atribuições, desde que respeitados os limites retirados dos princípios aplicáveis às licitações e contratações públicas (art. 5º da NLLC), considerados normas gerais de observância obrigatória em âmbito nacional.

Ainda que se reconheça, de um lado, liberdade de conformação legislativa aos Estados, DF e Municípios, para definição dos requisitos de nomeação e atribuições dos fiscais, não se pode afastar, de outro lado, a necessidade de garantir que as pessoas indicadas tenham, por exemplo, conhecimento sobre o objeto a ser fiscalizado, capacitação constante, disponibilidade de tempo e limitação sobre a quantidade de contratos que serão fiscalizados, bem como não possuam potencial conflito de interesses com os atos envolvidos na contratação, em atenção aos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, segregação de funções, entre outros.

## 5 Fiscalização nos contratos de obras e serviços de engenharia e o seguro-garantia como instrumento de incentivo à fiscalização por seguradoras

Em razão dos desafios encontrados na execução integral e tempestiva dos contratos de obras e serviços de engenharia, demonstrados pelo número excessivo de obras públicas inacabadas,<sup>21</sup> a nova Lei de Licitações estabeleceu mecanismos para tentar contribuir para a mudança desse cenário.

Nesse contexto, um instrumento jurídico de destaque na busca da maior eficiência dos contratos de obras e serviços de engenharia é o seguro-garantia, com a estipulação da obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que (art. 102 da NLLC): a) a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá: a.1) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; a.2) acompanhar a execução do contrato principal; a.3) ter acesso a auditoria técnica e contábil; a.4) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento; b) é autorizada a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, desde que demonstrada sua regularidade fiscal; c) a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes regras (art. 102, parágrafo único, da NLLC): a) caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará

20. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; Agentes de contratação na nova Lei de Licitações. *Solução em Licitações e Contratos*, v. 64, p. 37-46, 2023.

21. Em auditoria operacional realizada pelo TCU, em 2019, sob a relatoria do Ministro Vital do Rêgo, com a análise de mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos federais, restou diagnosticado que mais de 30% foram consideradas como paralisadas ou inacabadas. TCU, Acórdão 1.079/2019, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julgamento:15.05.2019.

isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; e b) caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Verifica-se, portanto, que a nova Lei de Licitações trata do seguro-garantia, na modalidade de *performance bond* (garantia de desempenho contratual), segundo o qual a seguradora assume o dever de adimplir as obrigações contratuais, diretamente ou mediante a contratação de terceiros, na hipótese de inadimplemento do contrato administrativo.<sup>22</sup>

A estipulação de seguro-garantia, com a obrigação da seguradora de assumir a execução e concluir o objeto do contrato (*step in rights*), demonstra a preocupação com o efetivo cumprimento do contrato e a finalização das obras públicas.<sup>23</sup>

Há uma íntima relação entre o seguro-garantia e a fiscalização dos contratos de obras e serviços de engenharia, uma vez que a seguradora possui interesse em auxiliar o fiscal do contrato para evitar o inadimplemento contratual e a assunção de responsabilidade pela finalização da obra ou do serviço de engenharia.

Em razão dos riscos assumidos pela seguradora que, em caso de inadimplemento da empreiteira (tomadora do seguro), deverá promover, diretamente ou mediante a contratação de terceiros, a conclusão da obra, a própria seguradora será incentivada a acompanhar de perto a execução contratual, com a apresentação de informações relevantes relacionadas ao risco de inadimplemento contratual para subsidiar a atuação do fiscal do contrato.

Assim, a seguradora é estimulada a contribuir com a fiscalização do contrato administrativo, motivo pelo qual o art. 102 da NLLC institui uma série de incentivos para que a seguradora contribua para a correta execução do contrato administrativo, auxiliando na fiscalização do Poder Público.

Com o objetivo de evitar o inadimplemento do contratado pela Administração Pública e o surgimento do seu dever de assumir o contrato administrativo, a seguradora deverá firmar o contrato e seus aditivos, como interveniente anuente, e poderá (i) ter livre acesso às instalações em que for executado o objeto contratual; (ii) acompanhar a sua execução; (iii) acessar a auditoria técnica e contábil; e (iv) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento.

É certo que a previsão do seguro-garantia (*performance bond*) na contratação de obras e serviços de engenharia acarreta aumento dos custos dos contratos administrativos, mas, quando bem planejado, pode servir como importante instrumento de superação do problema das obras públicas não concluídas em razão do inadimplemento contratual, com o incremento da fiscalização contratual e da obrigação da seguradora finalizar a obra ou o serviços de engenharia, inclusive, nesse último caso, com a possibilidade de subcontratação total ou parcial, na forma permitida pelo art. 102, III, da NLLC.

22. É possível destacar os três tipos principais de seguro-garantia: a) *Bid Bond* (seguro-garantia licitante): ajuda a filtrar os licitantes não qualificados para participar do certame e executar o contrato; b) *Performance Bond* (seguro-garantia do executante): pretende garantir o cumprimento do contrato de construção; e c) *Payment Bond* (seguro-garantia de pagamento): garante o pagamento de determinados contratantes e fornecedores de materiais nos casos de inadimplemento do empreiteiro (GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio Janeiro: ENS-CPES, 2015. p. 28). A Circular SUSEP 477/2013 dispõe: "Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de: I – processos administrativos; II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais; III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; IV – regulamentos administrativos. Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso".

23. No âmbito das concessões, existe previsão semelhante do *step in rights* por parte dos financiadores e garantidores, na forma do art. 5º, § 2º, I, da Lei 11.079/2004: "Art. 5º (...) § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995".

## 6 Proteção e incentivos à função do fiscal de contratos

Tradicionalmente, a indicação de agentes públicos para o exercício da função fiscalizadora nos contratos administrativos constitui tarefa desafiadora, com destaque para os seguintes fatores: a) ausência de servidores capacitados ou com expertise para o exercício da função de fiscal do contrato; b) aumento da carga de trabalho do agente público nomeado que, além das funções ordinárias, exercerá a função fiscalizadora; c) incremento do risco de responsabilização pessoal por eventuais falhas na fiscalização; d) ausência de incentivos (extra)econômicos para o exercício da função.

Com o intuito de superar os referidos desafios, o ordenamento jurídico tem garantido maior segurança jurídica e criado incentivos para o exercício da função fiscalizadora.

Quanto à capacitação dos servidores públicos, a legislação exige que a Administração Pública aponte, no próprio ETP, as providências a serem adotadas previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual (art. 18, § 1º, X, da NLLC).

Conforme já analisado, o art. 7º, *caput* e inciso II, da NLLC exige a promoção da gestão por competências, com a designação de agentes públicos que “tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público”.

É fácil perceber que a capacitação dos agentes públicos para o exercício da função pública constitui dever jurídico que decorre do princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CRFB), corroborado pela legislação infraconstitucional, mas, evidentemente, a sua implementação prática pressupõe a atuação planejada da Administração Pública, com a realização de cursos pelas escolas de governo ou com o custeio de cursos promovidas pela iniciativa privada.

Não basta a capacitação do fiscal. É preciso, ainda, criar condições materiais de trabalho, com a distribuição racional do trabalho e o fomento à utilização de tecnologias para facilitar o desempenho da função.

Com o intuito de facilitar a atuação fiscalizadora, afigura-se recomendável a instituição de instrumentos tecnológicos, inclusive com o auxílio da inteligência artificial, bem como a elaboração pela Administração Pública de manuais de fiscalização, checklists, instrumentos de medição e outros instrumentos capazes de garantir padronização e eficiência na atividade do fiscal do contrato.

Em relação ao desafio do aumento da carga de trabalho do agente público nomeado, é preciso que a Administração Pública crie condições materiais para que a função fiscalizadora seja exercida sem prejuízo das funções ordinárias do servidor e sem incremento da jornada de trabalho. Caso inexistir cargo específico ou não seja possível a nomeação do agente nomeado para o exercício exclusivo da função de fiscal de contratos, a Administração Pública deve adotar as medidas necessárias para que a função fiscalizadora não prejudique o exercício da função ordinariamente executada pelo agente.

Já o desafio relacionado ao incremento do risco de responsabilização pessoal do fiscal por eventuais falhas na fiscalização, o ordenamento jurídico sofreu alterações nos últimos anos que mitigam o citado risco e promovem maior segurança jurídica para os fiscais.

Mencione-se, por exemplo, o art. 28 da LINDB, inserido pela Lei 13.655/2018, que dispõe que o agente público, incluído, aqui, o fiscal de contrato, somente responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de “dolo ou erro grosseiro”, afastando-se a responsabilidade por culpa (leve ou média).

No campo da improbidade administrativa, o fiscal do contrato, com alguma frequência, era incluído no polo passivo da ação judicial de improbidade, sob o argumento de que a sua falha culposa na fiscalização contratual caracterizaria improbidade.

Atualmente, a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), após a alteração promovida pela Lei 14.230/2021, excluiu a possibilidade de improbidade culposa, anteriormente admitida pelo art. 10 da LIA (ato de improbidade por lesão ao erário), especialmente com o intuito de evitar a confusão entre erros administrativos e os atos de improbidade.<sup>24</sup>

Na atual redação da LIA, a caracterização da improbidade depende da prática de ato ilícito doloso, praticado por agente público ou terceiro, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.<sup>25</sup> O dolo, na forma do § 2º do art. 1º da LIA, deve ser específico, exigindo-se “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

As referidas alterações legislativas, mencionadas exemplificativamente, revelam a preocupação do legislador com a garantia de maior segurança jurídica pelos agentes públicos, diminuindo o risco de que eventuais falhas, naturais em qualquer atividade humana, tenham o condão de ensejar punições desproporcionais.

Por fim, a Administração Pública, em determinados casos, tem instituído vantagens econômicas e extraeconômicas, com o objetivo de incentivar o desempenho da função fiscalizadora. Sem adentrar nas eventuais polêmicas, mencione-se, por exemplo, o pagamento de gratificação pelo exercício da função de fiscal de contrato ao servidor público, ocupante de cargo efetivo ou comissionado, desde que previsto em lei.<sup>26</sup>

## 7 Fiscalização, eficiência e inovações tecnológicas: dos carimbos à inteligência artificial

O estereótipo da fiscalização contratual é a figura do carimbo, a partir da imagem de que o fiscal, sem a expertise necessária e/ou sem o tempo adequado, seria um mero carimbador de documentos produzidos no contrato que, teoricamente, revelariam o cumprimento das obrigações contratuais.

Independentemente do cumprimento efetivo das obrigações contratuais, a preocupação, em muitos casos, seria apenas atestar e carimbar folhas de papéis, com o intuito de cumprir os prazos e as ordens da alta administração.

Naturalmente, a fiscalização meramente formal, resumida à análise dos documentos da contratação, sem a necessária verificação, *in loco*, do adimplemento quantitativo e qualitativo do contrato não se revela suficiente para garantir a eficiência contratual.

A fiscalização formalista e analógica deve ser substituída por uma fiscalização digital e eficiente, o que exige não apenas a capacitação dos fiscais e a distribuição racional de suas atividades, mas, também, a instituição de instrumentos tecnológicos, com o intuito de implementar maior eficiência na atividade fiscalizadora.

Nesse cenário, a nova Lei de Licitações abre uma janela de oportunidades para utilização de inovações tecnológicas nos processos de contratação pública.

24. O STF, no julgamento do Tema 1.199, em sede de repercussão geral, limitou a retroatividade da norma mais benéfica da Lei 14.230/2021, que revogou a modalidade culposa de improbidade, aos fatos anteriores que não ensejaram condenação transitada em julgado.

25. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

26. Nesse sentido, o TCE/ES admitiu o pagamento de gratificação pelo exercício da função de fiscal de contrato a servidor público, desde que haja previsão legal (TCE/ES, Plenário, Parecer em Consulta TC-012/2023, TC-7898/2023, Rel. Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto). De forma semelhante, no tocante aos membros da comissão de contratação e equipe de apoio nas licitações, o TCE/MG admitiu o pagamento de gratificação aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão que participem de comissão de licitação ou equipe de apoio, desde que tal gratificação seja instituída por lei, além de ser necessária a devida previsão orçamentária e adequação ao limite com despesas de pessoal fixado na Lei de Responsabilidade Fiscal (TCE/MG, Acórdão 1.102.275, Rel. Conselheiro Adonias Monteiro de 30.03.2022).

O incentivo à inovação passa a ser considerado um dos objetivos do processo licitatório (art. 11, IV, da NLLC)<sup>27</sup> que deve ser implementado, preferencialmente, de forma eletrônica, com a prática de atos digitais (art. 12, VI, e 17, § 2º, da NLLC).<sup>28</sup> Destaca-se, ainda, a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada das licitações e contratações públicas (art. 174 da NLLC).

No campo da fiscalização contratual, é possível perceber um enorme potencial para utilização de novas tecnologias. É o caso da obrigatoriedade de instituição de sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo (art. 19, III, da NLLC). Mencione-se, por exemplo, a utilização de drones para auxiliar na fiscalização e no controle de obras públicas.<sup>29</sup>

Em reforço à referida tendência, o art. 169 da NLLC estabelece que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, “inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação”.

No contexto dos processos eletrônicos de contratação pública e do PNCP, abre-se uma oportunidade para o desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial, com o objetivo de garantir maior celeridade e eficiência aos certames e contratos.

A inteligência artificial (IA),<sup>30</sup> que tem sido utilizada de forma crescente em diversos campos da Administração Pública,<sup>31</sup> compreende a capacidade de sistemas computacionais realizarem ações que exigem esforço cognitivo, de forma semelhante à inteligência humana, por meio de processamento de dados e capacidade de aprendizado (*machine learning*), com aplicações em diversos campos do Direito, tais como a possibilidade de tomada de decisões com o auxílio de máquinas, a análise documental e a promoção de análises preditivas de pronunciamentos judiciais e administrativos.<sup>32</sup>

A partir de um conjunto imenso de dados (*big data*), permite-se a mineração de dados (*data mining*) para uma análise automatizada e estruturada que servirá para tomada da decisão estatal. No âmbito da IA, o algoritmo exerce papel central, constituindo-se no conjunto de instruções inseridas em

27. Outros instrumentos indicados na Lei 14.133/2021 também contribuem para contratação de soluções inovadoras, como, por exemplo, o diálogo competitivo, a contratação integrada, a realização de PMI para contratação de startups etc. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. Administração pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras. *Boletim de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 19, n. 217, p. 412-421, maio 2023.

28. Aliás, a utilização de tecnologias é uma característica da denominada Administração Pública Digital ou Governo Digital e não se restringe ao campo das contratações públicas. Mencione-se, a título de exemplo, a Lei 14.129/2021 que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital. No rol dos princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública, o art. 3º do referido diploma legal destaca, exemplificativamente: (i) o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública (inciso VIII); (ii) o estímulo ao uso das assinaturas eletrônicas nas interações e nas comunicações entre órgãos públicos e entre estes e os cidadãos (inciso XXII); (iii) a adoção preferencial, no uso da internet e de suas aplicações, de tecnologias, de padrões e de formatos abertos e livres (inciso XXV); (iv) a promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público (inciso XXVI); etc.

29. O TCE/MG e o TCM/SP, por exemplo, têm utilizado drones para auxiliar na fiscalização de obras e serviços em auditorias realizadas pelos respectivos Tribunais. Disponível em: <<https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111621987>> e <<https://portal.tcm.sp.gov.br/Pagina/5695>>. Acesso em: 10.10.2023.

30. A inteligência artificial é um fenômeno inerente à quarta revolução industrial. De acordo com Klaus Schwab, a primeira revolução industrial (1760-1840) relacionou-se com a produção mecânica (construção de ferrovias e máquinas a vapor); a segunda revolução industrial (final do século XIX e início do século XX) possibilitou a produção em massa por meio da eletricidade e da linha de montagem; e a terceira revolução industrial (1960-90), denominada de digital ou do computador, foi impulsionada pelos semicondutores, computação em *mainframe*, comutação pessoal e internet. Já a quarta revolução industrial, que teve início na virada do século, seria caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos, bem como pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina). Ao contrário das anteriores, a quarta revolução industrial acarreta a fusão das novas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. Na Alemanha, discute-se a indústria 4.0, com a criação de “fábricas inteligentes” que são marcadas pela cooperação entre os sistemas físicos e virtuais. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2017, p. 15-17.

31. Em âmbito federal, a Portaria GM 4.617/2021 do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, instituiu a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA.

32. VALE, Luís Manoel Borges do; PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. Teoria geral do processo tecnológico, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 21 e 23. Ao tratar do conceito jurídico da IA, Bruno Zampier sustenta que “a IA seria um bem jurídico, em especial uma universalidade de fato, que tem por fim solucionar problemas específicos e realizar tarefas, à semelhança e em paralelo à inteligência humana, a partir da utilização de algoritmos e outros sistemas computacionais”. LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Estatuto jurídico da inteligência artificial*, Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 80

determinado sistema computacional que representam opções de decisão em razão dos dados existentes. Os dados e as informações iniciais fornecidas (*input*) são processados a partir dos critérios fixados pelo programador para obtenção do resultado desejado (*output*).<sup>33</sup>

Nas licitações e contratações públicas, já é possível perceber, especialmente no âmbito da Administração Pública federal, a crescente utilização de novas tecnologias e da Inteligência Artificial nos processos de contratações públicas, com a criação de aplicativos de compras públicas para aparelhos celulares; a instituição da LIA (Logística com Inteligência Artificial) que é um *chatbot* (software que procura imitar o ser humano em bate-papo) de conversa e interação online por meio de aplicativo de mensagens; entre outros exemplos.

A utilização da IA no âmbito da atividade controladora já vem sendo experimentada por diversos órgãos e entidades da Administração pública. O TCU, por exemplo, tem utilizado diversas ferramentas de inteligência artificial na sua atividade de controle da Administração Pública, tais como: (i) ALICE (Análise de Licitações e Editais); (ii) MONICA (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições); (iii) ADELE (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), (iv) SOFIA (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor); (v) CARINA (Crawler e Analisador de Registros da Imprensa Nacional) e (vi) ÁGATA (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado).<sup>34</sup>

No cenário da Administração Pública digital e dos certames eletrônicos, a IA apresenta diversas potencialidades e pode servir como ferramenta disruptiva para melhorar a eficiência das contratações públicas, inclusive no campo da fiscalização e controle, com a instituição (i) da automação de processamento de documentos e sistemas de cruzamento de dados que permitam verificar a existência de impedimentos para participação em certames; (ii) de predição de cenários com a apresentação de recomendações; (iii) de mecanismos de pesquisa de preços que facilitem a verificação de eventuais sobrepreços e superfaturamentos; (iv) de ferramentas de elaboração de minutas e modelos de despachos e decisões administrativas a partir da legislação e da jurisprudência; etc.

Naturalmente, a IA, quando bem utilizada, pode estimular a eficiência, a isonomia, a celeridade, a segurança jurídica e outros benefícios na atividade administrativa, com a diminuição dos riscos de decisões caprichosas, morosas e arbitrárias.

Contudo, existem riscos na utilização inadequada da IA, uma vez que as programações inseridas nas máquinas e nos sistemas podem ser acompanhadas de visões ideológicas e preconceitos dos seres humanos (enviesamento algorítmico).<sup>35</sup> Nesse caso, a IA refletiria os vieses dos próprios programadores, o que reforça a necessidade de regulação com a adoção de medidas de cautela, tais como a transparência e a possibilidade de revisões periódicas e adaptações dos sistemas.<sup>36</sup>

33. VALE, Luís Manoel Borges do; PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. *Teoria geral do processo tecnológico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 25.

34. COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Controle Externo: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 11-34, jan./jun. 2020.

35. Segundo Cass Sunstein: "There is no assurance, of course, that algorithms will avoid cognitive biases. They can be built so as to display them. My point is that they can also be built so as to improve on human decisions. This is simply a specification of the old finding that statistical prediction often outperforms clinical prediction." SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases, *Social Research: An International Quarterly*, Vol. 86, Number 2, p. 510, Summer 2019. Em outra oportunidade, Sunstein, Kleinberg, Mullainathan e Ludwig afirmam que os algoritmos têm o potencial de conferir maior transparência sobre os dados e as motivações das decisões, o que representa uma oportunidade maior para descobrir eventual discriminação: "It is tempting to think that human decision-making is transparent and that algorithms are opaque. We have argued here that with respect to discrimination, the opposite is true. The use of algorithms offers far greater clarity and transparency about the ingredients and motivations of decisions, and hence far greater opportunity to ferret out discrimination." KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass R. Discrimination in the Age of Algorithms, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 10, p. 163, 2018.

36. Sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. Inteligência artificial e as decisões administrativas, *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 5, n. 3, 2022. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/327/251>>. Acesso em: 10.10.2023. De acordo com o Grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial (GPAN IA), criado pela Comissão Europeia em junho de 2018, os requisitos para implantação da IA de confiança são, por exemplo: a) ação e supervisão humanas, b) solidez técnica e segurança, incluindo a resiliência perante ataques e a segurança, os planos de recurso e a segurança geral; c) privacidade e governação dos dados, com o respeito da privacidade, a qualidade e a integridade dos dados e o acesso aos dados; d) transparência, garantida a rastreabilidade, a explicabilidade e a comunicação; e) diversidade, não discriminação e equidade, com a prevenção de enviesamentos injustos, a acessibilidade e a participação das partes interessadas; f) bem-estar

A implementação da Administração Pública digital no cenário brasileiro apresenta, ainda, intensos desafios, especialmente pela dificuldade de democratização ampla do acesso à internet e as limitações de determinados Entes federados, especialmente Municípios, na realização de investimentos e utilização efetiva de ferramentas tecnológicas, o que pode ser parcialmente superado a partir da disponibilização, por parte da União, de sistemas abertos que possam ser utilizados, gratuitamente, pelos demais Entes federados interessados.

## 7 Conclusão

A partir dos tópicos analisados no presente artigo, verifica-se a preocupação da NLLC com a fiscalização dos contratos administrativos, constituindo-se dever-poder da Administração Pública na busca da maior eficiência e integridade das contratações.

Trata-se de papel que não pode ser negligenciado, uma vez que a adequada fiscalização contratual é fundamental para minimizar os riscos de inadimplemento contratual e eventual extinção prematura da avença, com prejuízos ao interesse público.

Não é suficiente, contudo, a previsão legislativa que reconhece a relevância da função de fiscalização dos contratos administrativos. É imperiosa a implementação concreta das promessas normativas, com a instituição de medidas concretas e planejadas para incremento de qualidade da atuação dos fiscais, destacando-se a implementação da gestão por competências, com a necessidade de capacitação permanente dos agentes públicos; a elaboração pela Administração Pública de manuais de fiscalização e outros instrumentos; incentivos econômicos e extraeconômicos para o desempenho da função; entre outras medidas.

A contratação sem fiscalização efetiva pode ser comparada à embarcação à deriva que não sabe, ao certo, o local e o momento da ancoragem. Nas contratações públicas, os fiscais representam os olhos da Administração Pública na verificação de que o objeto executado segue justamente aquilo que foi pactuado e que é necessário para o atendimento do interesse público.

No contexto atual, revela-se imperiosa a substituição da Administração Pública analógica pela Administração Pública Digital no âmbito da fiscalização das contratações públicas, com a mudança da fiscalização formalista e analógica (“fiscal dos carimbos”) por uma fiscalização digital e eficiente (“fiscal da tecnologia e da inteligência artificial”).

O processo de mudança não é simples, especialmente no ordenamento jurídico pátrio que é marcado pela heterogeneidade dos Entes da federação, com a dificuldade de investimentos em novas tecnologias por diversos Municípios que, em razão das reconhecidas limitações orçamentárias, estão presos à Administração, predominantemente, analógica. A União, nesse cenário, possui papel fundamental na condução da mudança, com a criação de sistemas abertos que possam ser utilizados, gratuitamente, pelos demais Entes federados interessados.

## Referências

BINENBOJM, Gustavo. Inteligência artificial e as decisões administrativas, *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 5, n. 3, 2022. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/327/251>>. Acesso em: 10 out. 2023.

societal e ambiental; g) responsabilização, com a auditabilidade, a minimização e a comunicação dos impactos negativos, as soluções de compromisso e as vias de recurso. UNIÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial. Bruxelas, 2019. Disponível em: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>>. Acesso em: 10.10.2023. A OCDE aponta cinco princípios que garante a administração confiável da IA: a) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; b) valores centrados no ser humano e justiça; c) transparência e explicabilidade; d) Robustez, segurança e proteção; e e) responsabilização e accountability. OCDE. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. 21.05.2019. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>>. Acesso em: 10 out. 2023.

COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Controle Externo: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 11-34, jan./jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estrutura geral da nova Lei: abrangência, objetivos e princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass R. Discrimination in the Age of Algorithms, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 10, p. 113–174, 2018.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Estatuto jurídico da inteligência artificial*, Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 100, p. 159, out.-dez. 1988.

MOTTA, Fabrício. Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OCDE. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. 21.05.2019. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>>. Acesso em: 10 out. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 12 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; Agentes de contratação na nova Lei de Licitações. *Solução em Licitações e Contratos*, v. 64, p. 37-46, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: Os Estados-Membros na Vanguarda. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira; ACOCELLA, Jéssica (Org.). *Governança Corporativa e Compliance*. 3ªed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. O Self-Cleaning e a sua aplicação sob a perspectiva da Lei nº 14.133/2021. *Solução em Licitações e Contratos – SLC*, v. 51, p. 39-52, jun. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. Administração pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras. *Boletim de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 19, n. 217, p. 412-421, maio 2023.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases, *Social Research: An International Quarterly*, Vol. 86, Number 2, p. 499-51, Summer 2019.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 12 ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial. Bruxelas, 2019. Disponível em: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>>. Acesso em: 10 out. 2023.

VALE, Luís Manoel Borges do; PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. *Teoria geral do processo tecnológico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.