

Pesquisa CMA n. 524/2016

Solicitante: CMA

Data de Finalização: 14 de novembro de 2016

ADMINISTRATIVO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - FISCAL DO
CONTRATO - FUNDAMENTO LEGAL - NOMEAÇÃO E ATUAÇÃO -
ATRIBUIÇÕES E PODERES - FISCAL E GESTOR DO CONTRATO
- FISCAL DO CONTRATO E UNIDADE DE CONTROLE INTERNO -
RESPONSABILIDADE DO FISCAL DO CONTRATO E DA
ADMINISTRAÇÃO - FISCAL DO CONTRATO E SANÇÕES
ADMINISTRATIVAS APLICÁVEIS AO CONTRATADO

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, destaca que, ressalvados os casos excepcionais previstos em lei, as obras, serviços, compras e alienações realizados pela Administração Pública devem ser contratados mediante prévio processo de licitação, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento e a manutenção das condições efetivas da proposta.

A Lei de Licitações (8.666/93), em seu artigo 3º, estabelece que o procedimento licitatório destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, visando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme recente alteração legislativa, à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Assim, em tese, os objetivos pretendidos com o procedimento da licitação: garantir a isonomia entre concorrentes, selecionar a proposta que seja mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Selecionada a melhor proposta, ao final do procedimento licitatório, a Administração Pública e o vencedor do certame firmarão contrato, pelo qual assumirão obrigações recíprocas, materializadas, via de regra, na obrigação de pagar o preço, assumida pelo contratante, no dever de entregar o produto ou prestar o serviço, assumido pelo contratado.

Os contratos administrativos são regulados pela Lei de Licitações, por suas próprias cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se ainda, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54, Lei das Licitações). Para além dos traços jurídicos presentes em todo

trato obrigacional, o contrato administrativo representa, com ainda maior ênfase, a satisfação de um interesse coletivo, seja na aquisição de bens e na contratação de serviços utilizados para conservar e manter a estrutura operacional da Administração, seja na consecução direta de anseios comunitários, com a edificação de obras públicas, a pavimentação de vias e a execução de serviços terceirizados de interesse coletivo.

Neste contexto, observa-se que os contratos firmados pela Administração Pública devem ser claros e precisos quanto às condições de sua execução; e devem conter as cláusulas que definam os direitos e obrigações, bem como as responsabilidades das partes, de acordo com o procedimento licitatório e das propostas que os vinculam (art. 54, §1º, lei 8.666/93).

Assim, à medida que o trato operacionaliza e concretiza a realização de anseios coletivos, antecipadamente ou no início da execução do contrato administrativo, está obrigada a Administração Pública a acompanhar e fiscalizar a execução fiel do objeto contratado. É a partir deste momento que surge a figura do **fiscal do contrato**, prevista no artigo 67 da Lei de Licitações. Este servidor é designado especialmente para atuação em determinado contrato, por meio de ato próprio para certificar que as condições indicadas no edital e na proposta serão efetivamente cumpridas no decorrer da execução da avença.

Nestas breves linhas, demonstrar-se-á a relevância do fiscal de contratos para a correta execução do objeto licitado, as particularidades de sua nomeação, a distinção entre fiscal, gestor e terceiros contratados para auxiliar na fiscalização.

Tratar-se-á do papel do fiscal de contratos na liquidação das despesas, na responsabilidade da Administração Pública quanto aos débitos trabalhistas e a responsabilidade do fiscal por ação ou omissão, bem como a aplicação de sanções ao contratado por inexecução contratual.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

A Administração Pública, como tomadora dos serviços prestados por terceiros, tem na fiscalização instrumento imprescindível para acompanhar, de forma proativa, o adimplemento das obrigações constantes nas cláusulas contratuais, prevenindo eventuais desvios. Neste norte, Pereira Júnior e Dotti asseveram:

que a fiscalização consiste em acompanhar a execução, de forma proativa e preventiva, com os fins de observar o correto cumprimento, pelo contratado, das obrigações previstas nas cláusulas avençadas, e de prestar ao gestor do contrato as informações que sejam relevantes àquele acompanhamento, seja para atestar-lhes a fiel execução ou para apontar desvios que a comprometam. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A responsabilidade dos fiscais da execução do contrato administrativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGF*, Belo Horizonte, ano 10, n. 120, p. 926, dez. 2011).

A função de fiscalização da execução dos contratos administrativos é expressamente prevista na Lei de Licitações

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

[...]

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 anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 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.

Para Marçal Justen Filho, o mandamento contido no artigo 67 da Lei de Licitações, que versa sobre a fiscalização, não representa uma faculdade, mas sim um poder-dever da Administração Pública:

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade do outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever a ser exercitado para realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Marçal Justen Filho, 14ª Edição, São Paulo: Dialética, 2010, pg. 811/812)

Todavia, ressalta o autor supracitado: *“haverá casos nos quais será dispensável aplicação tão restrita do texto legal. A regra será atendida quando a atividade de fiscalização puder realizar-se satisfatoriamente no momento da entrega da prestação. Em outros casos, a fiscalização é inviável e o dispositivo não tem qualquer aplicação”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Marçal Justen Filho, 14ª Edição, São Paulo: Dialética, 2010, pg. 812)

Joel Niebuhr acrescenta que de nada adiantaria o procedimento licitatório e o contrato administrativo se houver omissão quanto à execução contratual, pois é nesta fase que efetivamente o interesse público é satisfeito. Entretanto, ainda que de extrema relevância a execução contratual, esta etapa é lamentavelmente descuidada pela Administração Pública:

A impressão é que aos agentes administrativos parece que assinatura do contrato exaure suas atividades, como se não fosse necessário mais nada, como se o interesse público fosse cumprido com a assinatura dele. Essa percepção é equivocada, sobretudo porque apreende o processo de licitação pública e de contrato administrativo isoladamente, sem atentar que um e outro não passam de

meios para a consecução do interesse público, finalidade maior que norteia todas as atividades administrativas. É fundamental que se perceba a licitação pública como meio para escolher a melhor proposta, o que é pressuposto para a celebração de contrato administrativo. Outrossim, o contrato administrativo também não passa de um meio para o fim consubstanciado no excelente e efetivo cumprimento do interesse público o que ocorre com a construção de uma obra, a prestação de um serviço, a aquisição ou alienação de bens ou outra utilidade de interesse reclamado pela coletividade. [...] De nada adianta receber proposta aparentemente excelente, firmar belíssimo contrato, se o interesse público, a demanda da Administração Pública, não for atendida e satisfeita. A eficiência, pois, depende da execução do contrato momento em que é possível mensurar se o interesse público realmente é ou não é atendido e satisfeito.

Por tudo e em tudo, de nada adianta a licitação pública e o contrato administrativo se a Administração Pública for omissa em relação à execução deste, porque é nessa fase que o interesse público efetivamente e concretamente é ou não é atendido e satisfeito. Daí a extrema relevância da fase de execução dos contratos administrativos – infelizmente desamparada e descuidada por grande parte da Administração Pública brasileira. (Direito Administrativo, Joel de Menezes Niebuhr, 2008, p. 471/472).

Por seu turno, Hely Lopes Meirelles sustenta que a fiscalização da execução do contrato tem como finalidade a verificação de material e do trabalho e correspondência destes com o projeto ou exigências da Administração Pública no que toca aos aspectos técnicos e aos prazos a serem realizados:

a fiscalização da execução do contrato abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é de assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares do serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existente. Nos grandes empreendimentos é conveniente o estabelecimento da rede PERT-CPM, que possibilita a verificação do desenvolvimento da execução do projeto em todas as suas fases. (PERT- Program Evaluation and Review Technique, tradução: Técnica de Avaliação e Controle de Programas CPM – Critical Path Method, tradução: Método de Percurso Crítico)

O resultado da fiscalização dever ser consignado em livro próprio, para comprovação das inspeções periódicas e do atendimento às recomendações feitas pela Administração. No livro devem ser anotadas também as faltas na execução do contrato que inclusive poderão ensejar sua rescisão (arts. 67, §1º, e 78, VIII).

Consigne-se, que por derradeiro, que a fiscalização não atenua nem retira as responsabilidades técnicas e os encargos próprios do contratado, salvo se expressamente ressalvados pela Administração, quando emite ordem diversa do contrato ou determina a execução de trabalho em oposição a norma técnica ou a preceitos ético-profissional, em circunstâncias excepcionais criadas por interesse público superior. (Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 33ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 230/231)

Di Pietro assinala que a Administração Pública tem na fiscalização um privilégio, pois permite sanar vícios ou defeitos na execução do contrato ou até mesmo rescindir o contato unilateralmente quando detectadas falhas na entrega do objeto:

Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no artigo 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 37, que exige seja a execução do contrato 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. A este fiscal caberá anotar em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores. O não atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VII), sem prejuízo das sanções cabíveis. (Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 28ª Edição, São Paulo: Atlas, 2015, pg. 318)

Contrapondo o pensamento de Di Pietro, José Anacleto Abduch Santos esclarece que *“a rigor, não se poderia qualificar a fiscalização da execução contratual como um privilégio ou como uma prerrogativa pública exorbitante [...] traduzindo-se como um dever inafastável para aferir a concretude da satisfação do interesse público [...]”*. (Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução. José Anacleto Abduch Santos. pg. 33)

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União segue nesta toada:

A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder dever porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos.

Assim, na execução de obras públicas, a presença efetiva do representante da Administração tem o desiderato de evitar a utilização de materiais não condizentes com o projeto ou fora das especificações anteriormente acordadas, tudo isso com vistas a assegurar a regular aplicação de recursos e a qualidade das obras públicas” (Acórdão nº 1.632/2009, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

Também:

“O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado.

Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e conformidade da quantidade e qualidade contratada e executadas.

Não há nenhuma inovação na exigência do acompanhamento da execução contratual. Inicialmente previsto no art. 57 do Decreto-Lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8666/93, que manteve a exigência em seu art. 67, esse registro é condição essencial à liquidação da despesa, para verificação do direito do credor, conforme dispõe o art.63, §2º inciso III, da Lei 4320/64. A falta desse registro, desse acompanhamento *pari passu*, propicia efetivamente possibilidade de lesão a erário (...) é passível de multa Responsável por fiscalização de obras que não cumpra as atribuições, previstas no parágrafo único do art.67 da Lei 8666/93”(Acórdão nº 226/2009.Plenário, rel. Min Walton Alencar Rodrigues)]

Igualmente é o entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina no que toca à obrigatoriedade de fiscalização dos contratos administrativos:

Prejulgado:2162

1. A alteração do contrato poderá ocorrer durante a sua execução, de modo unilateral pela Administração Pública ou por acordo entre as partes, na forma e nas hipóteses previstas no art. 65 da Lei n. 8.666/93;

2. Cabe as partes contratantes executarem fielmente o contrato, cabendo à Administração Pública realizar a efetiva fiscalização do contrato. De regra, o contrato administrativo não pode ser alterado unilateralmente pelo particular contratado;

3. Em caráter excepcional é possível a formalização da alteração contratual posterior à execução do serviço, desde que:

a) comprovada a falha na elaboração do projeto básico e/ou executivo que inviabilizasse o atendimento do interesse público, na forma prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei n. 8.666/93;

b) haja omissão ou atraso injustificável da adoção das providências a cargo da Administração;

c) o contrato ainda esteja em plena execução.

Processo: @CON-14/00300425

Parecer: COG - 226/2014

Decisão: 46/2015

Origem: Administração da Prefeitura Municipal de Campo Erê

Relator: Herneus de Nadal

Data da Sessão: 23/02/2015

Data do Diário Oficial: 13/03/2015

Acima de tudo, o acompanhamento e a fiscalização dos contratos administrativos podem detectar problemas que poderão comprometer a boa execução contratual, evitando, desta forma, que eventual desídia do contratado venha a causar prejuízos que por vezes apresentam-se irreversíveis ou de difícil ou dispendiosa reparação à Administração, a terceiros e ao próprio contratado.

Destarte, a fiscalização contratual apresenta-se como medida essencial para que o interesse público prevaleça, uma vez que possibilita à Administração Pública antecipar-se a possíveis defeitos que poderiam, em um futuro próximo ocasionar prejuízos, evitando-se, assim, adversidades e inconvenientes como rescisões, penalidades e em casos mais extremos ações judiciais, etc.

3. DO FISCAL DO CONTRATO

Depreende-se do artigo 67, *caput*, da Lei 8.666/93 que “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”. Em suma, o fiscal do contrato é um

servidor que a Administração Pública nomeia para ser responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução da avença.

Importante destacar que embora a Lei de Licitações não tenha estabelecido o conceito de **gestor do contrato**, as figuras do gestor e do fiscal não se confundem, porquanto enquanto este último é designado para acompanhar o cumprimento de especificações, cronogramas, ou outros termos ajustados no contrato, àquele compete acompanhar e tomar medidas essenciais ao processo contratual, como as revisões, prorrogações, alterações contratuais, entre outros aspectos dessa natureza. Nesse sentido, manifesta-se Niebhur:

o representante da Administração a que faz referência o caput do artigo 67 da lei nº 8.666/93 apenas acompanha e fiscaliza a execução dos contratos administrativos. Por isso, é equivocado chamá-lo de gestor de contratos, já que não recebeu em princípio, poderes de gestão. O correto é chamá-lo – se for necessário ou conveniente dar-lhe um apelido – de fiscal do contrato, expressão que melhor se harmoniza com as suas atribuições, conforme se depreende do próprio caput do artigo 67 da Lei 8.666/93e, especialmente, do seu §1º. (Direito Administrativo, Joel de Menezes Niebuhr, 2008, p. 474).

Lucas Rocha Furtado distingue as funções de fiscal e gestor do contrato do seguinte modo:

Ao fiscal do contrato, como observado, cumpre verificar a correta execução do objeto da avença, de modo a legitimar a liquidação dos pagamentos devidos ao contratado, ou, conforme o caso, para orientar as autoridades competentes acerca da necessidade de serem aplicadas sanções ou de rescisão contratual. O gestor do contrato, a seu turno, é aquele a quem incumbe tratar com o contratado. Ou seja, o gestor do contrato tem a função de conversar com o contratado, de exigir que este último cumpra o que foi pactuado, de sugerir eventuais modificações contratuais. (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 2. Ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 498-499)

O fato da Lei de Licitações não diferenciar as funções a serem exercidas pelo fiscal e pelo gestor do contrato não impede as unidades administrativas de fazê-lo, conforme prevê o artigo 115 da Lei 8.666/93:

Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.
Parágrafo único. As normas a que se refere este artigo, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial.

Há que se ponderar, ainda, que nos contratos que envolvam obras e serviços, é necessário que o fiscal tenha formação específica, como é o caso de engenharia (obras). Para José Anacleto Abduch Santos haveria quatro limites a serem observados para a nomeação do fiscal do contrato:

O primeiro limite para a designação de um servidor para fiscalizar a execução contratual decorre da lei. A fiscalização de certos objetos é de atribuição específica de determinada categoria profissional.

[...]

Somente pode ser designado para fiscalizar e acompanhar obras e serviços de engenharia um servidor público que tenha formação técnica e esteja habilitado para o exercício da profissão, na forma da lei (com inscrição no CREA, por exemplo). Como no caso da lei que rege as profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, há diversas outras atividades e atribuições profissionais que são privativos de determinado segmento técnico-profissional. Cabe à Administração Pública identificar qual o segmento técnico deve ser envolvido na fiscalização e aferir se tal segmento é de atuação privativa de uma determinada categoria profissional, pena de designar alguém para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato que atuará no exercício irregular da profissão, o que pode, em tese, inclusive se tipificado como contravenção penal.

O segundo limite é a regra da competência. Como regra, o servidor a ser designado para a fiscalização na forma da lei seria titular de cargo público ou de emprego público. Competência, já se viu antes, é o conjunto de atribuições, encargos, deveres e poderes que a lei ou a Constituição nomeiam para alguém, seja uma pessoa jurídica, seja uma pessoa física, ou mesmo órgão ou entidade pública despersonalizada.

O representante da Administração, para acompanhar e fiscalizar a execução do contato, será, invariavelmente, uma pessoa titular de cargo ou emprego público.

O terceiro limite para a designação de agente público para a função de acompanhamento e de fiscalização é a capacitação técnica específica. [...]

O quarto limite é de ordem mais subjetiva, mas não menos importante. O agente público que for designado para o acompanhamento e para a fiscalização travará inúmeras e por vezes complexa e difíceis relações intersubjetivas. É preciso então, que o agente público, para bem exercer a função de fiscalização seja portador de importantes características pessoais, como facilidade de comunicação e ao menos certa capacidade de liderança, entre outras. (Contrato Administrativos – formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. José Anacleto Abduch Santos; prefácio Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pg. 181/182)

O fiscal deve ser escolhido entre pessoas que detenham conhecimento técnico suficiente do objeto que está sendo fiscalizado, pois as falhas na fiscalização poderão alcançar inclusive o agente público que nomeou o fiscal por culpa *in eligendo*, conforme posicionamento do Tribunal de Contas da União:

86. O defendente era o superior hierárquico responsável pela equipe técnica que atestava os serviços. Assim sendo, não poderia se furtar da responsabilidade de vigiar, controlar e apoiar seus subordinados, buscando os meios necessários para a efetividade das ações afetas à Superintendência. Ao se abster dessa responsabilidade, agiu com culpa nas modalidades *in omittendo* e *in vigilando*. Se considerarmos, ainda, que os componentes de sua equipe não tinham competência e formação adequadas para as atividades que lhes eram afetas, pode-se suscitar que o defendente teria agido com culpa *in eligendo*. (TCU, Acórdão nº 277/2010, Plenário.)

Acerca da alegada inexperiência, arguida pelo querelante, aduzo às considerações da Serur o entendimento jurisprudencial deste Tribunal de Contas acerca da culpa *in vigilando* atribuível aos responsáveis na aplicação dos recursos públicos, consubstanciado no Voto condutor do Acórdão 1.190/2009-TCU-Plenário: "(...) Ainda que o ex-edil venha *a posteriori* invocar como eximente de culpabilidade o fato de não ter acompanhado diretamente a formalização e a execução do contrato, o então gestor municipal concorreu para o dano que lhe foi imputado por culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Como se depreende dos fatos, o ex-prefeito atrai para si a responsabilidade civil e administrativa também por não

ter bem selecionado agentes probos a quem delegou tais tarefas operacionais, bem como por não ter devidamente supervisionado e exigido dos seus subordinados o esmero no cumprimento da lei". (TCU, Acórdão nº 5.842/2010, 1ª Câmara.)

Neste sentido, a seleção do fiscal e a designação das funções que serão por ele exercidas são de suma importância para o bom andamento da execução do pactuado no contrato administrativo. Tanto é assim que a própria Lei de Licitações prevê a possibilidade de terceiros auxiliarem o fiscal no desempenho de suas funções, pois de nada adiantaria nomear servidor que não possui conhecimento suficiente sobre o objeto a ser fiscalizado ou não lhe oportunizar apoio técnico quando necessário ao bom andamento da fiscalização.

Destarte, a teor do artigo 67 da Lei 8.666/93, pode o servidor solicitar à Administração Pública a contratação de apoio de terceiros para assisti-lo quando necessárias informações técnicas referentes a determinados objetos contratuais ou quando as especificidades fugirem a sua alçada de conhecimento ou o objeto a ser fiscalizado seja complexo.

Desta feita, se a Administração Pública entender pela necessidade da contratação de terceiros para fornecer apoio técnico à fiscalização deverá proceder o devido processo licitatório, ainda que a empresa atuará tenha sido a mesma que elaborou o projeto básico ou executivo – embora, por óbvio, não a empresa contratada que esteja a executar a avença.

Por outro lado, a contratação de empresa para elaboração do projeto executivo não confere, por si só, direito subjetivo a que esta pessoa jurídica seja também contratada para prestação dos serviços de supervisão, pois os serviços de coordenação, supervisão e controle de obras, não se inserem nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de que trata a Lei de Licitações (TCU Acórdão 20/2007 – Plenário)

4. DA NOMEAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO

Será designado em ato administrativo geral ou específico um servidor especial para fiscalização a cada contratação efetuada pela Administração pública,. Tal designação deverá conter o nome e a qualificação do servidor público ou comissão competirá a fiscalização.

Tem-se que a nomeação de servidor para exercer as funções de fiscal do contrato, por tratar-se de ordem lícita, não poderia ser recusada. No entanto, pode o servidor explanar ao superior hierárquico as limitações e/ou deficiências que possam impedi-lo de cumprir o encargo diligentemente, consoante entendimento exarado no Acórdão 2.917/2010, Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, TCU:

[...]

5.7.5.O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato por um representante da Administração são tarefas obrigatórias fixadas no art. 67 da Lei nº 8.666/93. Em outras palavras, cabe ao fiscal do contrato acompanhar a fiel execução contratual, zelando pelo cumprimento de todos os requisitos necessários para a prestação dos serviços, em total conformidade com os termos do edital e

do contrato.

5.7.6. Acerca das incumbências do fiscal do contrato, o TCU entende que devem ser designados servidores públicos qualificados para a gestão dos contratos, de modo que sejam responsáveis pela execução de atividades e/ou pela vigilância e garantia da regularidade e adequação dos serviços (item 9.2.3 do Acórdão nº 2.632/2007-P).

5.7.7. 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 (itens 31/3 do voto do Acórdão nº 468/2007-P).

Acrescenta-se ainda:

O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, que anotará, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados. O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. Os “serviços apresentados como executados eram não apenas invariavelmente de custo superior ao efetivamente executado, como seus quantitativos estavam superdimensionados, conforme medições efetuadas pela equipe em uma amostra de um quilômetro de um trecho particularmente crítico da estrada” (Acórdão 1.448/2006 – Plenário, relatório) O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário.

É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratada e executada. E, nesses termos, manifesta-se toda a doutrina e jurisprudência. (Acórdão 767/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator)au

Neste ponto destaca-se a posição doutrinária no sentido de que, de modo a evitar intromissões indevidas na fiscalização, não seria recomendado a nomeação de fiscal do subordinado à figura do gestor do contrato, do mesmo modo que em atenção à divisão das funções, não se recomenda a atribuição das atividades de fiscal e gestor centralizadas no mesmo servidor, consoante é a lição de Furtado 2012, pg.440: *“Não obstante a não segregação dessas duas atribuições não possam ser consideradas ilegais, ela deve ser evitada”. Também assim, segundo referido autor deve-se evitar a nomeação de servidores que atuaram na comissão de licitações como fiscais do contrato.*”

Com efeito, a nomeação do fiscal deverá ocorrer antes ou de forma concomitante ao início da vigência do contrato consoante decisão do Tribunal de Contas da União exarada no Acórdão 380-5/11 – Plenário: “(...) 9.3.alertar o (...) quanto às ocorrências a seguir, apontadas nos itens 3.25 e 3.27 do relatório de fiscalização: (...) “9.3.7.ausência de nomeação de fiscal do contrato antes do início de sua vigência, decorrente do descumprimento da Lei 8.666/1993, art. 67”.

Assim, verifica-se que o gestor público deve preocupar-se com a nomeação de servidor que desempenhe as funções de fiscalização do contrato antes do início da vigência contratual, por meio de Portaria na qual estejam expressas as informações pormenorizadas do contrato e do agente fiscalizador:

Deve o gestor se preocupar com a escolha do fiscal do contrato antes da designação, pois deve ser um servidor que tenha capacidade técnica e conhecimento do objeto contratado. Por exemplo, no caso de obras e serviços de engenharia, o ideal é que o fiscal do contrato seja um engenheiro, pois este tem o domínio técnico do objeto contratado. Caso o gestor não possua em seu quadro de servidores um engenheiro, poderá contratar terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo na fiscalização do objeto contratado, considerando a relevância e o valor contratado pela Administração Pública. O primeiro passo é a especial designação de um servidor público para a fiscalização do contrato. Esta designação deverá ser feita por meio de Portaria, devidamente publicada, que contenha os dados do servidor e os do contrato administrativo que será fiscalizado (número, objeto, prazo, empresa contratada etc.) (<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/send/199-revista-controle-volume-xi-n-1-jan-jun-2013/2151-artigo-19-o-fiscal-do-contrato>. Acesso em: 31/10/2016)

E mais, o Tribunal de Contas da União recomenda, ainda, que o fiscal do contrato atue a partir da concepção inicial da contratação, fornecendo anotações e experiências em contratos anteriores à equipe de planejamento para o aprimoramento do instrumento contratual para as novas contratações (Acórdão 3016/2015 – Plenário).

A designação de fiscal e do gestor que atuarão na gestão e fiscalização de determinado contrato administrativo segundo a Cartilha da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP/2016, deve conter as seguintes especificações:

1. Obrigação de formalização do ato de designação:
2. Deve ser nomeado um fiscal específico para cada contrato
3. O fiscal deve ser formalmente cientificado, preferencialmente com aposição de ciência em documento a ser posteriormente juntado aos autos
4. A Portaria de designação do fiscal e gestor (ou ato normativo específico) deve definir, expressamente, as atribuições de cada um dos responsáveis pela fiscalização do contrato
5. Deve ser identificado um fiscal substituto para as ausências ou impedimentos do fiscal titular. (Cartilha da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP/2016, disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/cadernos_enap_36_fiscalizacao_de_contratos.pdf, acesso em: 06/11/2016).

5. ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DO CONTRATO

A ação original que o fiscal da execução do contrato deve proceder é certificar-se da existência de documentos imprescindíveis ao início do controle efetivo, quais sejam:

- Emissão da nota de empenho.

- Assinatura do contrato e de outros instrumentos hábeis.
- Publicação do extrato do contrato.
- Publicação da portaria o nomeando como Fiscal.
- Verificação das exigências contratuais e legais para início da execução do objeto.
- Relação do pessoal que irá executar o serviço e a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada.
- Relação de materiais, máquinas e equipamentos necessários à execução contratual. ((Cartilha da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP/2016, disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/cadernos_enap_36_fiscalizacao_de_contratos.pdf, acesso em: 06/11/2016).

No que tange ao controle das obrigações assumidas pela empresa contratada, deve o fiscal manter em pasta específica cópia do instrumento convocatório da licitação (edital); termo de referência ou projeto básico; orçamento e planilha de custos; cronograma físico-financeiro; necessidade a ser atendida e resultados esperados com o contrato; conhecimento da realidade do mercado respectivo; proposta da contratada; documento coletivo de trabalho da categoria envolvida na prestação dos serviços (convenção, acordo ou dissídio coletivo de trabalho); instrumento de contrato; documento de designação do preposto pela contratada; livro diário com registro de ocorrências, de preferência, assinado pelo preposto da Contratada; cópia de atas de reuniões realizadas com o preposto da contratada, a fim de discutir a qualidade da contratação. (Cartilha ENAP/2016, pg. 70/71).

Nesta linha, é o entendimento do Tribunal de Contas da União proferido nos Acórdãos 0748-10/11 – Plenário e 2605-38/12 – Plenário

O acompanhamento e controle dos contratos administrativos devem se dar por meio de processos organizados, inclusive com o rol de documentos necessários à verificação prévia aos pagamentos, bem como devem ser segregados os papéis e responsabilidades dos envolvidos na contratação, mormente as atividades a serem desenvolvidas pelos fiscais de campo e gestores do contrato. (AC-0748-10/11-P - UBIRATAN AGUIAR)

A Administração deve formalizar processo para acompanhamento da execução dos contratos, com a documentação física e financeira necessária, bem como incluir em sistema contábil, ou em outro sistema gerencial, informações sobre o contrato e/ou projeto ao qual está vinculado, a fim de aperfeiçoar sua gestão e atender ao princípio da eficiência. (AC-2605-38/12-P - MARCOS BEMQUERER)

Reunida a documentação supracitada, o representante da Administração Pública, já no exercício da fiscalização, deve anotar em registro próprio as ocorrências registradas no transcorrer da execução do contrato, instituindo o que for necessário à regularização de defeitos, falhas ou faltas observadas. Desta forma, as anotações efetuadas pelo fiscal do contrato constituem relevante ferramenta para o acompanhamento da execução contratual, servindo de base para eventual pedido de providências ao superior hierárquico

quando a tomada de decisão não for da alçada do fiscal do contrato (art. 67 §2º, Lei 8.666/93).

De outro norte, como corolário lógico dos dispositivos legais que tratam do contrato administrativo e do dever de fiscalizar seu adimplemento a cargo da Administração, é dever do contratado facilitar o exercício da fiscalização por parte da Administração, de modo a permitir amplo e fácil acesso ao objeto a ser executado, do mesmo modo que deve o contratado atender prontamente às solicitações realizadas pelo representante do Ente Público.

Compete ao fiscal verificar se o objeto está sendo executado conforme as especificações do contrato e o termo da proposta ou projeto básico apresentados no decorrer do procedimento licitatório; o acompanhamento do cronograma de execução, mormente no que toca aos contratos com prazo determinado (contratos de escopo), evitando, assim, o desrespeito ao cronograma da execução. Compete ao fiscal, ainda, a responsabilidade pelo recebimento do objeto provisório ou definitivamente salvo para as situações previstas no parágrafo 8º do artigo 15, e alínea “b” inciso I do artigo 73 ambos da Lei Licitações.

O recebimento provisório do objeto consiste na recepção da obra ou serviço com a transmissão da posse e todas as consequências jurídicas a ele inerentes para aferição da compatibilidade do que foi contratado e o que foi executado. É nesta fase, pois, que serão feitos exames, contrastes e avaliações do objeto entregue. Concluída a etapa de verificação do objeto e constatada a entrega integral e de modo satisfatório, a Administração Pública recebê-lo-á definitivamente mediante assinatura pelas partes de termo circunstanciado assinado em até 15 dias pelas partes, no caso de obras e serviços.

Do Tribunal de Contas da União destaca-se a decisão no Acórdão 1731/2009, Plenário:

Adote medidas para que a fiscalização dos contratos sob sua alçada esteja de acordo com o art. 67 da Lei nº 8.666/1993, de modo a garantir a qualidade do produto final e o pagamento apenas dos serviços efetivamente executados. Exija dos fiscais a elaboração de diário de obras, registrando tempestivamente as ocorrências relacionadas à execução do contrato (materiais, equipamentos e mão-de-obra utilizados, bem assim a localização precisa dos serviços executados etc.), em atenção ao § 1º do art. 67 da Lei nº 8.666/1993.

Também:

“a manutenção de diário nas obras, onde sejam anotadas todas as ocorrências relacionadas com a sua execução, de forma a se manter o registro atualizado do seu acompanhamento e fiscalização, consoante o disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/93”. (TCU, Decisão nº 835/2002, Plenário, Rel. Min. Benjamim Zymler, DOU de 3.07.2002).

É certo, também, que o fiscal do contrato especialmente designado para atuar especificamente em determinado contrato administrativo representa o mais importante

ator no processo de liquidação das despesas, pois é ele quem assegura que o pagamento efetuado corresponda à efetiva entrega do objeto. Por consequência, eventuais falhas cometidas pelo fiscal no momento da liquidação, dolosas ou culposas podem acarretar prejuízos à Administração Pública e o efetivo desvio de recursos públicos, à medida que serviços não prestados ou produtos não integralmente entregues sejam pagos pela Administração.

Nos termos do artigo 63 da Lei 4.320/64 “*A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito*”. Referida apuração é, de fato, atribuição conferida ao servidor indicado para fiscalizar a execução do contrato.

6. DÉBITOS TRABALHISTAS – DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A fiscalização ineficiente do fiscal do contrato pode gerar a responsabilidade subsidiária no que toca aos débitos trabalhistas da Administração Pública.

Com efeito, o artigo 71 da Lei 8.666/93 é claro ao atribuir toda a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, previdenciária, fiscal e comercial:

Art. 71.O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do .art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Em que pese o artigo 71 §1º da Lei 8.666/93 afaste a responsabilidade da Administração Pública no que toca aos débitos trabalhistas, previdenciários e comerciais, não adimplidos pelo terceiro contratado, em sentido contrário, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho emitiu o enunciado 331 – TST, o qual ignorava a regra contida na Lei de Licitações, de modo que, em 2010 o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADC 16, declarou a constitucionalidade do referido artigo, contudo, adotou a orientação no sentido da responsabilidade subsidiária nos casos em que comprovada a omissão por parte da Administração Pública na fiscalização da execução contratual, conforme pode-se verificar do voto da Ministra Cármen Lúcia:

26. (...) Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

Marçal Justen Filho comenta referida decisão:

[...] no julgamento da ADC 16, o STF reputou constitucional o artigo 71 da Lei 8.666/93 e assim estabeleceu que, nas hipóteses em que a empresa terceirizada não satisfizer todas as verbas trabalhistas devidas, poderá haver atribuição de responsabilização da Administração Pública somente mediante a comprovação de omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações pelo contratado.

[...] a jurisprudência trabalhista incorporou a nova orientação, reconhecendo o cabimento da responsabilização da Administração Pública em hipótese de ausência de adoção de providências apropriadas de fiscalização.

Posteriormente ao julgado supramencionado o Tribunal Superior do Trabalho alterou o enunciado 331 para impor responsabilidade subsidiária à Administração Pública nos casos de inadimplemento dos débitos trabalhistas da empresa contratada somente nos casos em que comprovada a culpa in eligendo ou in vigilando, ou seja, realçando o papel do fiscal do contrato. Nesse sentido, destaca-se o julgado do STF:

DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. Decisão reclamada que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração por débitos trabalhistas de suas contratadas, quando reconhecida a omissão da contratante na fiscalização da execução do contrato (*culpa in eligendo ou in vigilando*).

2. Inexistência de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 16.

3. Em reclamação, é inviável reexaminar o material fático-probatório dos autos, a fim de rever a caracterização da omissão do Poder Público.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Agravo Regimental na Reclamação 12.634 Rondônia, Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, jul. em 22/09/2015)

DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. Decisão reclamada que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração por débitos trabalhistas de suas contratadas, quando reconhecida a omissão da contratante na fiscalização da execução do contrato (*culpa in eligendo ou in vigilando*).

2. Inexistência de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 16.

3. Em reclamação, é inviável reexaminar o material fático-probatório dos autos, a fim de rever a caracterização da omissão do Poder Público.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Do TST colhem-se os julgados, após a alteração do enunciado 331:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC N.º 16. INEXISTÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO. Em recente julgamento, proferido nos autos da ADC n.º 16, o Supremo Tribunal Federal esteve diante da Súmula n.º 331, IV, deste TST, vindo a decidir que o art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 não exime a administração pública de responsabilidade subsidiária pelos créditos dos empregados das empresas

prestadoras de serviços quando houver incorrido na culpa *in vigilando*. Em face do entendimento adotado na Suprema Corte, coube a este TST proceder a uma releitura da Súmula n.º 331, IV, e modificar a linha decisória até então adotada, restringindo a aplicação do verbete sumular às hipóteses nas quais as premissas fáticas estabelecidas nas instâncias ordinárias revelem a existência da culpa *in vigilando* do ente público tomador de serviços, que se consubstancia na falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora. Na espécie, nota-se que o Tribunal a quo em nenhuma passagem consignou a existência de conduta culposa por parte da CONAB, o que, diante da nova interpretação dada à temática da responsabilidade subsidiária, importa na inaplicabilidade do item IV da Súmula n.º 331/TST. Recurso de Revista não conhecido. (PROCESSO N.º TST-RR-851900-39.2008.5.12.0037, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing)

RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC N.º 16 - JULGAMENTO PELO STF – CULPA *IN VIGILANDO* - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI N.º 8.666/93 – INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC n.º 16, considerou o art. 71 da Lei n.º 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei n.º 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional do Trabalho atestou que não houve a fiscalização, por parte do Município-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido. (Processo n.º TST-RR-26200-08.2007.5.08.0016, 1ª Turma, Relator Ministro Vieira de Mello Filho).

Nesse compasso, baseada na culpa *in eligendo* e *in vigilando* a jurisprudência trabalhista tem atribuído ao tomador de serviços – Administração Pública - a responsabilidade pelos débitos trabalhistas não adimplidos pelo contratado. Destarte, deve a Administração Pública estar atenta à ocorrência de qualquer irregularidade no tocante aos débitos tanto no ato da contratação com intuito de não configurar a culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato para afastar a caracterização da culpa *in vigilando*.

Deste modo, pode-se verificar que a ineficiência fiscalizatória pode causar prejuízo ao erário em razão da responsabilidade subsidiária no que toca aos débitos trabalhistas não honrados pelo contratado e por via de consequência a responsabilização nos termos do artigo 82 da Lei de Licitações do fiscal do contrato.

7. DA RESPONSABILIDADE DO FISCAL DO CONTRATO

Repisa-se que “a designação do representante para acompanhamento e fiscalização deve ser formal, por ato próprio ou por termos nos autos, a fim de que fique

claro quem será o responsável da Administração por qualquer falha no acompanhamento/fiscalização dos termos do contrato firmado". (Sobre as responsabilidades funcionais do fiscal do contrato. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênite nº 83, p.64, jan. 2001, seção Perguntas e Respostas)

O artigo 82 da Lei de Licitações assim estabelece:

os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Destaca-se que ao descumprir-se do dever de controlar a execução do contrato o administrador público, por inobservar dever legal, estaria a praticar uma das mais graves infrações que possam implicá-lo nesta seara. No caso do servidor público enquanto fiscal de contratos, que atua de forma lesiva, pode, em tese, responder por sua ação, culposa (negligência, imperícia, imprudência) ou dolosa, nas esferas civil (ressarcimento do dano), criminal (caso a conduta seja tipificada como crime), administrativa (nos termos do estatuto de sua submissão) e por improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

Segundo José Anacleto Abdusch Santos, haveria quatro possíveis protagonistas que poderiam ser responsabilizados no âmbito da fiscalização dos contratos:

a autoridade responsável pela contratação, o órgão de controle interno, o gestor e o fiscal do contrato, cada qual enfeixa deveres ínsitos à sua competência legal que devem ser exercidos com eficiência e eficácia. A primeira infração que podem cometer tais agentes públicos diz respeito à omissão em exercer a prerrogativa de controle da execução judicial. Os agentes públicos que detêm tal prerrogativa têm a obrigação legal de exercê-la. Se não exerce ou exerce de forma irregular, causando prejuízo ao patrimônio público e ao interesse público, por isso responderá. Pode responder por conduta comissiva (ação) ou por conduta omissiva (omissão). (Contrato Administrativos – formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. José Anacleto Abdusch Santos; prefácio Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pg. 183)

Vem a calhar, aqui, a menção ao órgão de controle interno da estrutura administrativa, cujo fortalecimento é foco, como se sabe, do Programa Unindo Forças, desenvolvido pelo MPSC. Com efeito, ao controlador interno não cabe, por força da diretriz da segregação de funções, efetuar a fiscalização direta dos contratos, tarefa a cargo de servidor indicado por portaria específica para este fim. Por outro lado, cabe à Controladoria Interna do ente público alicerçar, mediante atos concretos de auditoria e a produção de normas e instruções, a atuação de um sistema efetivo de fiscalização de contratos administrativos, talvez o segmento da atividade pública mais propenso à práticas corruptas.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo a contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização por si só não tem o condão de transferir a culpa por irregularidades na

execução do contrato, esta permanece com o Ente Público, no entanto, quando a assessoria restar ineficiente pode ocorrer a responsabilização do terceiro contratado, neste sentido já decidiu o Plenário do TCU no Acórdão 20/2007:

3. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos. [Acórdão 20/2007 – TCU – Plenário]

Destarte, o servidor incumbido de fiscalizar determinado contrato deve anotar toda e qualquer irregularidade na execução do contrato, e sendo de sua competência resolver a pendência ou solicitar a seus superiores as providências necessárias ao caso, pois uma atuação deficiente do fiscal do contrato pode causar prejuízo ao erário e atrair para si a responsabilização por eventuais irregularidades praticadas no âmbito de suas atribuições. Nesta linha os julgados do TCU:

Verifica-se, pois, que uma atuação deficiente do fiscal de contratos tem potencial para causar dano ao erário, o que atrai para si a responsabilização pela irregularidade praticada. A negligência do fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. (TCU, Acórdão nº 859/2006, Plenário)

Também:

Ao atestar notas fiscais concernentes a serviços comprovadamente não prestados, o agente administrativo [...] tornou-se responsável pelo dano sofrido pelo erário e, consequentemente, assumiu a obrigação de ressarcir-lo [...]. (TCU, Acórdão n. 2.512/2009, Plenário.)

Ainda:

[...] Diante do acima exposto, forçoso é concluir que a ausência da cautela e do zelo profissional requeridos de agentes administrativos, quando estão atuando na defesa dos interesses do erário, contribuiu significativamente para a ocorrência do prejuízo apurado nestes autos, o qual deverá ser ressarcido ainda que seja reconhecida a boa-fé do responsável. Afinal, a preservação do erário jamais poderia ficar a mercê do conhecimento sobre a intenção (animus) do agente causador do dano, de modo que a culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar a reparação do dano. Assim sendo, entendo que lhe deve ser imputada responsabilidade solidária pelos prejuízos decorrentes da inexecução parcial dos Contratos CFP nº 23/1999 e nº 52/1999, firmado pela Seter/DF e pelo IPEP. (Acórdão nº 468/2007-TCU-Plenário)

E mais:

Instrua os fiscais de contrato quanto à forma de verificar e medir a execução de serviços e o recebimento de bens, observando os preceitos dos arts. 73 e 76 da

Lei nº 8.666/1993, alertando-os para a responsabilidade pessoal pelos “atestos” emitidos. Exija das empresas contratadas, em atenção ao disposto nos arts. 63 da Lei nº 8.666/1993 e 4º, IV, do Decreto nº 2.271/1997, a designação formal de preposto a ser mantido no local dos serviços, para representá-las durante a execução do contrato de prestação de serviços. Envie, no âmbito de cada unidade do Ministério, esforços para implementar e utilizar efetivamente controles formais para os fiscais das execuções contratuais, de maneira a garantir o cumprimento de todas as cláusulas previstas nos contratos e de todos os normativos legais (Tribunal de Contas da União. Acórdão 1330/2008 Plenário)

Assim sendo, pode surgir a responsabilização do fiscal perante o respectivo Tribunal de Contas, que poderá imputar débito ao responsável, referente ao dano causado, determinar aplicação de multa e ainda inabilitá-lo para exercício de cargo ou função de confiança consoante é o Acórdão de Reexame 002.301/2006-2 – Plenário, no qual foi reconhecida a ineficiência fiscalizatória de engenheiro responsável por obras de pavimentação em estradas federais e aplicada multa pela infração cometida:

SUMÁRIO: LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DNIT. EXECUÇÃO CONTRATUAL. ACOMPANHAMENTO DEFICIENTE. MULTA. PEDIDO DE REEXAME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE DESCONSTITUIR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO.

– é passível de multa responsável por fiscalização de obras que não cumpra as atribuições previstas no parágrafo único do art. 67 da Lei 8.666/1993.

Do corpo do acórdão colaciona-se:

No entanto, na auditoria realizada no Programa Emergencial de Trafegabilidade e Segurança nas Estradas – Petse, no Estado do Paraná, nas obras da BR-476, entre o km 277,9 e o km 364,2, foi verificada a ausência de diário de obras; as empresas é que definiam os serviços realizados; não havia registro de serviços anteriores executados sobre o pavimento e não houve fiscalização da usina de asfalto.

O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração que anotará, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados.

O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. Os serviços apresentados como executados eram *“não apenas invariavelmente de custo superior ao efetivamente executado, como seus quantitativos estavam superdimensionados, conforme medições efetuadas pela equipe em uma amostra de um quilômetro de um trecho particularmente crítico da estrada.”* (extraído do relatório de auditoria)

O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas.

Não há nenhuma inovação na exigência do acompanhamento da execução

contratual. Inicialmente previsto no art. 57 do Decreto-lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8.666/1993, que manteve a exigência em seu art. 67, esse registro é condição essencial à liquidação da despesa, para verificação do direito do credor, conforme dispõe o art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964. A falta desse registro, desse acompanhamento *pari passu*, propicia efetivamente possibilidade de lesão ao erário.

Essa a motivação da multa, cujo simbólico valor, de R\$ 2.000,00, é proporcional à gravidade da infração cometida e representa pouco mais do que o valor mínimo fixado no art. 268, inciso I, do Regimento Interno.

Ante o exposto, acolho os pareceres e voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto ao Plenário. (TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, j. em 18/09/2009).

De outro norte, demonstrado que o responsável pela fiscalização da execução do contrato enfrentava condições precárias para execução de suas atividades ou de condutas omissivas de seus superiores, elidir-se-á sua responsabilidade do fiscal do contrato ou imporá responsabilidade solidária o agente nomeante:

Acórdão nº319/2010 – Plenário

(responsabilidade solidária daquele que designa o fiscal do contrato e não lhe dá os meios necessários para o exercício das suas atribuições)

As falhas detectadas no processo de seleção e contratação das entidades, bem como as irregularidades verificadas na execução dos contratos, apontam para quadro de descalabro administrativo, o qual decorreu, em grande parte, da conduta omissiva do então titular da Seter, que não forneceu a seus subordinados os meios materiais e o treinamento necessário ao fiel desempenho das atribuições daqueles servidores, nem deu cumprimento às seguidas determinações exaradas pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal. (Voto do Min-Rel. Walton Alencar Rodrigues)

“RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DE UM RECURSO. NÃO PROVIMENTO DOS DEMAIS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

1. Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade.

2. Comprovado que os responsáveis pela execução técnica do contrato objeto dos autos negligenciaram quanto à adoção de providências para sanar irregularidades apresentadas no curso da execução desse contrato, mantém-se, na íntegra, suas responsabilidades”. (Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 839/211 Plenário)

8. DAS SANÇÕES E PENALIDADES DO CONTRATADO

Sob outro prisma, se o fiscal do contrato atuar de forma diligente, a Administração Pública estará segura quanto ao cumprimento das obrigações a que o contratado pactuou ou caso detectadas irregularidades no decorrer da execução contratual em atenção à supremacia do interesse público sobre o privado pode o Contratante aplicar penalidades ao contratado ou mesmo rescindir unilateralmente o contrato administrativo.

O artigo 78 da Lei de Licitações estabelece um rol de situações que poderão,

motivar a rescisão unilateral pela Administração Pública:

- I-o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
 - II-o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
 - III-a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
 - IV-o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
 - V-a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
 - VI-a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
 - VII-o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
 - VIII-o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do §1º do art. 67 desta Lei;
- [...]

Do mesmo modo, a atuação regular do fiscal do contrato permite ao Ente Público contratante a possibilidade da aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei de Licitações – advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar e/ou contratar com a Administração Pública, quando da inexecução parcial ou total do contrato.

Assim, verifica-se ser de suma importância que o fiscal faça o registro em livro próprio das ocorrências diárias, pois desta forma haverá subsídios suficientes a embasar as falhas na execução do contrato administrativo. Não é, destaque-se, o próprio fiscal que conduzirá o processo administrativo ou decidirá pela aplicação de sanções, mas seus relatórios e registros serão fundamentais como elemento de convicção para deliberação da Autoridade Responsável, posto que traçarão todas as fases e eventuais percalços durante a execução do pacto.

Além disso, a recente promulgação da Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013, que versa sobre a responsabilidade judicial e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos lesivos contra a Administração, traz novas luzes sobre a figura do fiscal do contrato, visto que considerável número de exemplos de atos lesivos trazidos pelo art. 5º da Lei Anticorrupção versam sobre desvios da pessoa jurídica contratada quando da execução do contrato administrativo.

9. CONCLUSÃO

Diante do exposto, essencial que não só a Administração proceda à nomeação de representante para fiscalizar a execução de seus contratos, mas que o servidor ou terceiro execute sua função com zelo e dedicação para o qual foi nomeado.

Ademais, verifica-se que o acompanhamento eficiente na fiscalização do contrato traduz-se, como regra, na economia de recursos públicos e na eficiência na prestação de serviços por parte do Ente Público, reprimindo, inclusive possíveis prejuízos ao erário e propiciando ao fim da execução do contrato a obras e serviços públicos de melhor qualidade e muito mais satisfatórios ao interesse público.