



Universidade de Brasília

Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade

Departamento de Administração



Tribunal de Contas do Distrito Federal

nine Núcleo de Estudos e Pesquisas
em Inovação e Estratégia

SIZENANDO PINTO COELHO

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: OS
LIMITES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO FISCAL/GESTOR DE CONTRATOS NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Brasília – DF

2017

SIZENANDO PINTO COELHO

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: OS
LIMITES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO FISCAL/GESTOR DE CONTRATOS NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

**Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao Departamento de
Administração como requisito parcial à obtenção do título de especialista em
Gestão Pública.**

Professor Orientador: Leonardo José Alves Leal Neri

Brasília – DF

2017

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
1.1 Contextualização do Assunto	7
1.2. Formulação do problema.....	8
1.3 Objetivo Geral	9
1.4 Objetivos Específicos	9
1.5 Justificativa.....	9
2. REFERENCIAL TEÓRICO.....	11
2.1 Contratos de Terceirização na Administração Pública	11
2.1.1 Processo de Execução dos Contratos de Terceirização	14
2.1.2 Princípios da Administração Pública Aplicáveis à Fiscalização dos Contratos	18
2.2 O Papel de Gestores e Fiscais de Contrato	24
2.2.1 Diferença entre Gestor e Fiscal.....	32
2.3 Responsabilidade do Gestor e Fiscal do Contrato	35
3. MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA	40
3.1 Tipo e descrição geral da pesquisa.....	40
3.2 Caracterização da Organização, setor ou área	41
3.3 População e Amostra	41
3.4 Caracterização dos Instrumentos de Pesquisa	41
3.5 Procedimentos de coleta e de análise de dados	41
4. RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	42
5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....	47
REFERÊNCIAS.....	49
APÊNDICES	52

LISTA DE SIGLAS

Art - Artigo

CF/88 - Constituição Federal de 1988.

EPIs - Equipamentos de Proteção Individual

DEC - Decreto

GFIP - Cópia do Protocolo de Envio de Arquivos - Conectividade Social

GRF - Cópia da Guia de Recolhimento do FGTS

MPOG - Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

Scielo - *Scientific Electronic Library Online*

SPELL - *Scientific Periodicals Electronic Library*

TCDF - Tribunal de Contas do Distrito Federal

TCU - Tribunal de Contas da União.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - 240 Jurisprudencias	37
Gráfico 2 - Multados	42
Gráfico 3 - Execução de verbas trabalhistas pela contratada	43
Gráfico 4 - Cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada	44
Gráfico 5 - Juntada de documentos para a liquidação contratual	44
Gráfico 6 - Requisitos para a execução contratual pelos agentes	45
Gráfico 7 - Fiscalização dos EPI pelos executores	45
Gráfico 8 - Responsabilização por falha contratual	46
Gráfico 9 - Ciência sobre ocorrência de responsabilização de gestor ou fiscal por falha na execução de contrato.	46

RESUMO

O trabalho consiste em averiguar quais são os limites de responsabilidade dos agentes públicos investidos na função de gestor e/ou fiscal de contratos administrativos de terceirização. O foco específico são os contratos de serviços terceirizados do TCDF. Para a investigação e alcance do objetivo foram mencionados conceitos que definem os papéis exercidos pelos atores envolvidos na consecução de contratos de terceirização do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), bem como as possíveis formas de responsabilidade que as normas dispõem para reprimir os eventuais desvios de funções e acordos contratuais por parte dos agentes em direção à prestação de contas com o Poder Público. E, para obter o panorama da conduta de gestores e fiscais foram apresentados os resultados de uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Contas da União (TCU) e de um questionário aplicado junto aos executores de 9 (nove) contratos de terceirização, junto ao TCDF. Baseando-se na pesquisa jurisprudencial do TCU e aplicação de questionário no TCDF, buscou-se identificar traços contemporâneos da atuação de gestores públicos e a partir disso apontar melhorias para a execução de contratos públicos e o comprometimento dos gestores com o manejo da coisa pública. A pesquisa visa, ainda, a economia de recursos públicos, através da abordagem de prevenção do cometimento de ilícitos.

Palavras-chave: Controle externo; contratos de terceirização; contratos administrativos; responsabilização de agentes públicos; fiscal de contratos e gestão de terceirização.

1 – INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização do Assunto

A gestão e a fiscalização de contratos administrativos no âmbito da administração Pública são funções exercidas por agentes públicos, sob ordem proativa e preventiva, portanto visam à execução das obrigações contraídas pelas cláusulas firmadas e à prestação de informações convenientes, que atestem o correto cumprimento contratual. Assim, os entes federados, União, Estados e Municípios, delegam as funções públicas aos seus agentes, funcionários que, ante atos contrários e omissões no cumprimento das suas obrigações, estão sujeitos às sanções civis, administrativas e penais (GARCIA, 2007).

A descentralização das atividades-meio na Administração Pública, ou terceirização, tem amparo legal pela Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994 e pela Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008. Toda a atuação dos agentes públicos está subjacente às prerrogativas das funções por eles exercidas. Então, sob a perspectiva legal, há dois tipos de terceirização em relação à Administração Pública, a de serviços públicos e atividades atribuídas aos serviços públicos (BARRAL, 2016).

A hipótese de prática de crimes por agentes públicos, quando no exercício de suas funções, recebe a tipificação de crimes contra a Administração Pública. Neste caso, toda a atividade estatal recebe a tutela, isto é, em conjunto com “a atividade legislativa ou jurisdicional”. (GARCIA, 2007, p. 141). A responsabilidade do agente público está inserida em três esferas, civil, penal e administrativa, conforme previsto nos artigos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BARRAL, 2016).

Não obstante as três instâncias punitivas somam-se a estas as reprimendas contidas na Lei nº 8.429, de 1992, em função de atos de improbidade administrativa e na Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1995). Além disso, sob a aplicação do Tribunal de Contas da União existem ainda as penalidades relativas à infringência da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

No que concerne à responsabilidade civil do agente público, pode-se dizer que se trata de “ato ilícito a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que provoque dano ao patrimônio de terceiro”, tal como disposto no Código Civil - CC, no art. 186. Nestes termos, o artigo 927 do CC requer o reparo do ato pelo

agente. Para tanto, há requisitos que ensejam a constatação da responsabilidade civil, são elas: conduta, dano, nexos de causalidade, culpa ou dolo do agente causador (MOTTA, 2011; PELUSO, 2016).

A responsabilidade penal dos agentes públicos depende de expressa previsão legal, como aponta a Carta Magna, artigo 5º, inc. XXXIX, ao afirmar que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*. Nesse sentido, o Código Penal dedica capítulo especial aos servidores públicos, bem como a Lei nº 8.666/93 dá ênfase à questão penal dos atos de agentes públicos em seus artigos 89 a 96 (BRASIL, 1993).

Por sua vez, a responsabilidade administrativa resulta de ato comissivo ou omissivo no percurso da execução e fiscalização de contratos. A omissão do agente, em regra, pode ocorrer por ausência ou deficiência da atuação fiscalizatória, por exemplo. Ou ainda, por ato irregular do agente (BARRAL, 2016).

Há distinção entre gestor e fiscal de contratos, de acordo com a leitura do artigo 67 da lei Geral de Licitações, embora por vezes ambas as funções sejam confundidas. O fiscal *“zela pela higidez da execução do contrato, visto que a ausência do acompanhamento à correta aplicação do contrato configura descaso com as normas”*. Superada a competência do fiscal, cabe ao gestor decidir e tomar providências, junto às peculiaridades contratuais (JÚNIOR e DOTTI, 2012, p. 266).

Há casos em que a empresa contratada pela Administração Pública, não cumpre com o aventado nos contratos, em sede de contratos administrativos de terceirização de serviços, aspecto que orienta à possível corresponsabilidade da Administração Pública, junto ao agente que infringir regras, tendo em vista que as tarefas em fiscalizar o fiel cumprimento dos contratos são de agentes investidos na função pública.

1.2. Formulação do problema

Os princípios que regem a Administração Pública, a saber, o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, são verdadeiros balizadores das ações pertinentes ao âmbito das negociações que se efetuam para contratar serviços. Os limites impostos por esses princípios devem ser observados estritamente pelos agentes públicos de qualquer seara ou hierarquia, relativamente a sua área de atuação. Assim, a atuação do fiscal e gestor de contratos da

Administração Pública pauta-se na adequação aos princípios e normas da Constituição Federal de 1988 e leis.

O correto funcionamento das atividades que apoiam o desempenho Institucional do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) às vezes se vê ameaçado, frente ao não cumprimento de obrigações constantes de contratos de serviços terceirizados, por empresas contratadas para prestar tais serviços, o que gera a seguinte questão de pesquisa: *O fiscal e o gestor podem figurar como corresponsáveis pela infringência contratual de terceiros, em desfavor da administração Pública e quais são os limites dessa responsabilidade?*

1.3 Objetivo Geral

Verificar por meio da aplicação de pesquisa de campo no TCDF, a ocorrência de hipóteses de responsabilidade de gestores e fiscais, frente ao descumprimento de contratos de serviços, por parte das empresas contratadas. Como objetivo geral tem-se também a pesquisa jurisprudencial, junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), de forma a denotar a relevância da materialidade da responsabilidade administrativa desses atores.

1.4 Objetivos Específicos

- Expor conceitos, leis e princípios que regem a Administração Pública e atos administrativos de gestores e fiscais de contratos
- Avaliar, por meio de questionário, a execução de nove contratos de prestação de serviços terceirizados no TCDF.
- Verificar a aplicabilidade dos princípios que regem a Administração Pública por gestores e fiscais de contratos de terceirização de serviços públicos.

1.5 Justificativa

A atuação governamental tem como dever atender aos valores norteadores das funções públicas. Por igual, ao contratar serviços para a satisfação do bem comum, elevam-se os princípios da moralidade e legalidade, enquanto requisitos para suprir interesses gerais públicos, em lugar de privilegiar particulares.

Durante a execução de contratos em favor do Estado, prevalece, integralmente, o interesse público, por isso um fiscal deve ser nomeado para

constatar a licitude das atividades realizadas. Sendo assim, acaso o fiscal não atenda às prerrogativas para o qual fora eleito, então lhe é aplicada a responsabilidade no âmbito civil, administrativo e penal. Entretanto, a responsabilidade não cabe somente ao fiscal, tendo em vista que do governo também é a obrigação em fornecer os meios para que sejam cumpridas as prerrogativas inerentes ao bem comum. Há casos em que a recusa por parte do fiscal nomeado ocorre por falta de preparo técnico, a ser concedido ao agente público pelo Estado, para fiscalizar a execução de contratos.

Além disso, a falta de elaboração de um bom projeto básico do objeto para a contratação de bens e serviços pode comprometer o processo de execução, independentemente da idoneidade do fiscal nomeado para acompanhar o cumprimento das prerrogativas contratuais. De acordo com o regulamento normativo das contratações é importante um bom projeto básico, um projeto executivo viável, pois este se alinha ao do trabalho do fiscal.

A partir do exposto, em que se vislumbram problemas de ordem funcional e também, por vezes até mesmo técnica, em sede da contratação pública de serviços terceirizados, é importante discutir tal questão, na seara do Instituto da Responsabilidade do Gestor Público, pois no caso delimitado desse estudo, postula-se a responsabilidade à Administração e ao gestor, face à execução defeituosa desses ajustes.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Contratos de Terceirização na Administração Pública

O fenômeno da terceirização do serviço público está diretamente implicado com a descentralização das funções públicas e o feito indireto das obras e serviços, assim, favorecendo à Administração Pública direta e indireta a aquisição de prestação de serviços, para complementar tarefas realizadas por gestores (REBICKI, 2011).

Consoante o Ministério do Trabalho e Emprego, a terceirização significa “a contratação de serviços por meio de empresa, intermediária entre o tomador de serviços e a mão de obra, mediante contrato de prestação de serviços”.

Sendo o Estado o tomador de serviços, a contratação de empresa prestadora de serviços requer a submissão do desempenho de encargos ao crivo da administração pública, para atestar o fiel cumprimento contratual, previamente pactuado. Com efeito, as atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e demais similares atendem aos pressupostos da execução indireta (BRASIL, 1970).

A Lei de Responsabilidade Fiscal posiciona-se a favor da terceirização no serviço público, tanto que define o montante em despesas a serem despendidas em prol dos contratos de terceirização de mão-de-obra. Em nível de Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional podem ser terceirizados os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações (BRASIL, 1997).

A Lição de Delgado (2014, p. 45) traz o seguinte ensinamento:

“A terceirização de serviços é a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços (empresa cliente) descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividade-atividade), para terceirizantes (empresa fornecedora), pela utilização de mão-de-obra terceirizada (empregado terceirizado), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas.”

A execução indireta de serviços visa, sobretudo, obstar o incremento desmedido da máquina administrativa, ficando a Administração com a realização

material de tarefas executivas, dentre as quais, planejamento, coordenação, supervisão e controle. Quando se socorre da terceirização o Estado busca o desempenho de funções que estejam alinhadas à efetividade dos princípios da administração, em conformidade com o disposto no artigo 37 da CF\88, a saber, a eficiência e economicidade.

A requisição da execução indireta de tarefas pelo Estado ocorre mediante licitação e contrato, dispensando-se a licitação nas hipóteses previstas em lei.

Colhe-se da norma, em caráter infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 200/1967, artigo 10, parágrafo 7º:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre, que possível à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

É necessário que a empresa contratada para prestar serviços esteja plenamente capacitada para atender aos encargos e adimplir com as obrigações firmadas.

Conforme o entendimento firmado pelo art. 3º da Lei 5.645/70: “Art. 3º. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º do Dec. 200/67” (BRASIL, 1970; BRASIL, 1967).

A relação estabelecida entre a terceirização aplicada ao Direito Administrativo e o particular demanda a prestação de atividades, sendo o prestador, mero executor, o que o destitui de qualquer Poder Público. A Administração Pública admite a terceirização de serviços somente quando não afeta as atividades-fim.

Acaso se disponha de cargo ou emprego que realize a atribuição objeto da contratação, a terceirização é ilícita. Logo, a atividade objeto da terceirização como atividade meio não preenche por si só os requisitos para que se vislumbre a ocorrência da terceirização, vez que também se faz necessária a identificação do plano de cargos, empregos e funções na Instituição Pública (BRASIL, 2010).

São requisitos para a admissão da terceirização na Administração Pública: a) tratar-se de atividade-meio; b) não constante do quadro de cargos, empregos e

funções do órgão ou entidade; e c) inexistentes a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação direta. Portanto, a terceirização configura-se como de fundo excepcional, em sede da administração direta, autárquica e fundacional, restringindo-se apenas aos serviços considerados comuns.

Pontua-se como vantagem da terceirização para a administração pública o fato de que ao transferir parte de suas atividades, que não a principal, a máquina administrativa desonera-se de alguns gastos com a sua organização, ao passo que ganha tempo, economiza recursos pessoais e financeiros. Além disso, a Administração Pública insere-se em nível mais elevado de competitividade mercadológica, visto a oportunidade de maiores investimentos em tecnologia e, assim obtém o barateamento de preços dos produtos ou serviços ofertados.

A terceirização ocorre sob os seguintes critérios: forma, estágio, objeto e finalidade. Ante a forma, a terceirização é interna ou externa. A interna requer a divisão e execução das atividades no mesmo ambiente do tomador de serviços. A externa exige que as atividades sejam repassadas e executadas fora da empresa contratante. Respectivamente ao estágio, a terceirização é inicial, intermediária ou avançada, o que significa que as atividades são repassadas pela empresa a terceiros de modo indireto às atividades da empresa (MARTINS, 2005).

A terceirização com base no objeto, tal como explanado por Saratt (2008):

Terceirização de serviços – o objeto do contrato é exclusivamente a execução de serviços e a responsabilidade do prestador limita-se à realização das atividades contratadas. b. Terceirização de serviços e materiais – o objeto do contrato é a execução de serviços mais os insumos necessários para sua realização e o terceiro agora passa a ser um gestor da atividade, com maior exigência quanto à garantia de qualidade, motivado pela inclusão do insumo. c. Terceirização de serviços e equipamentos – o objeto inclui, além da prestação dos serviços, o fornecimento de maquinário e dos demais equipamentos fundamentais à correta e eficiente execução do contrato, visando viabilizar o serviço que está sendo oferecido. d. Terceirização plena ou transferência de atividades e tecnologia.

Leiria (2008) ensina que existe a terceirização lícita e a ilícita. No caso ilícito, as atividades serão fiscalizadas pelo tomador, o que implica em locação de mão-de-obra, assim constitui contratação ilegal de trabalhadores, sob a iniciativa de empresa interposta. Nesse caso, o risco fica por conta da contratada, pois ao tomador interessa apenas o objeto do contrato.

Quanto à natureza jurídica o contrato de terceirização pode ser de prestação de serviços, de empreitada, de locação de serviços, dentre outros (MARTINS, 2005). Outrossim, o contrato de terceirização encontra respaldo no direito civil, comercial ou administrativo, cuja finalidade é gerar bens ou prestação de serviços.

2.1.1 Processo de Execução dos Contratos de Terceirização

Os contratos, em sua maioria, são oriundos de procedimentos licitatórios regidos pela Lei 8.666/93, em razão da necessidade de se observar o princípio da isonomia entre os interessados em contratar com o poder público. Assim, a partir da seleção da proposta mais vantajosa, bem como da execução do contrato, ao longo do tempo previsto, aplicam-se os princípios da imparcialidade e moralidade (MELLO, 2013).

Para a correta execução das obras e serviços é necessário haver planejamento adequado dos serviços a serem contratados, sendo que os documentos que contém tal planejamento são denominados “projeto básico e/ou executivo”, conforme o artigo 7º da Lei 8.666/93:

Art.7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

Além da Lei de Licitações nº 8.666/93 ser respaldo para a execução de contratos no âmbito da Administração Pública, há dispositivos que igualmente são suportes para tal, destacam-se o Decreto Federal 2.271/97, IN nº 2/2008 – SLTI e suas alterações, além da Súmula 331 – Tribunal Superior do Trabalho. Estes últimos não são normas em sentido estrito, mas conformam o entendimento dos procedimentos de terceirização na Administração Pública.

Mais recentemente, surgiu a “terceirização gerenciada” ou “quarteirização”, que nada mais é do que uma empresa especialista em algum departamento da Administração Pública e trabalha em prol da melhoria da gestão da empresa tomadora. A “terceirização gerenciada” ou “quarteirização”, em regra, ajuda na

fiscalização de vultosas obras, tal como edificação de pontes ou prédios, a partir de conhecimentos especializados.

Não existe a contratação direcionada somente à atividade-meio, na Administração Pública, o que de fato se constata, conforme o entendimento de Martins (2005), é a proibição da prática de ilícitudes nos atos contratuais. O conceito de atividade-meio (atividade acessória à principal) e atividade-fim (atividade principal da empresa) norteia o entendimento acerca da evolução da legislação que ampara o processo de execução da terceirização (DI PIETRO, 2009). Hodiernamente, à luz da concepção de Martins (2005) é possível materializar casos em que se verifica a terceirização de atividades-fim:

[...] a indústria automobilística e a construção civil. No primeiro exemplo as peças são fabricadas por terceiros, conforme padronização imposta pela montadora e somente a montagem do automóvel ocorre na tomadora e no segundo, atividades essenciais da empresa construtora, como eletricidade e fundação são transferidos para empresas terceirizadas.

A execução dos contratos está implicada na gestão do serviço público, na qual esta é gerenciada, a partir de três níveis, a saber: gestão estratégica, gestão operacional e execução material. No primeiro nível estão os objetivos empresariais; na operacional o que se busca é a maneira da realização das tarefas; e a material contêm os serviços específicos, os quais são objeto precípua da terceirização. A gestão operacional e estratégica, vale dizer, não se direcionam à terceirização. Disso se extrai o entendimento acerca da diferença entre concessão e terceirização, qual seja, a concessão se vale de todo um serviço público e a terceirização tem como objeto apenas uma atividade específica.

Sendo o contratado um mero executor das atividades, as tarefas lhes são atribuídas pelo gestor operacional, além de ser este quem paga pelo contrato. A execução de atividades pelo contratado, para os efeitos legais, figura como atividades acessórias ao serviço público, vez que não há vínculo contratual entre o contratado e beneficiários do serviço público.

Sob a perspectiva da execução dos contratos públicos terceirizados cabe abordar os seus limites. Pois bem, somente é admissível a contratação que está prevista em dispositivos normativos, vez que do contrário, o ato se mostra com vício e, portanto, se queda ilegal, recaindo, então, a responsabilidade sobre quem o

provocou. Acresce-se que as formas de terceirização, reforça-se, devem ocorrer sob o manto da licitação pública (MARTINS, 2005).

O artigo 45 da Lei nº 8.666/93 traz os tipos de licitação, com exceção da modalidade concurso, em acordo com os ensinamentos de Zymler (2012, p. 67-68):

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I- a de menor preço, quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II- a de melhor técnica;

III. a de técnica e preço;

IV- a de maior lance ou oferta- nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas e após obedecido o disposto no § 2º do artigo 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso de licitação do tipo menor preço, entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos.

§ 4º Para a contratação de bens e serviços de informática, a Administração observará o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo.

§ 5º é vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

Em consonância com o que dispõe o artigo 23, § 7º da Lei nº 8.666/93, a seleção das propostas segue o critério do atendimento à demanda da licitação. Faz-se igualmente importante observar que consta do artigo 46 dessa Lei a oportunidade em que a “melhor técnica” e “técnica e preço” serão utilizados pela Administração Pública. A melhor técnica abrange os serviços intelectuais, com ênfase em feitura de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e engenharia consultiva na integralidade. Com efeito, a melhor técnica impõe que a Administração fixe, conforme previsto em edital, o preço máximo a ser pago pelo Poder Público (ZYMLER, 2012).

O cumprimento mais simplificado dos princípios legais nas licitações públicas ocorre através da modalidade de Pregão. Inclusive, ao inovar a Lei Geral de Licitações Públicas, a Lei 8.666/93, o Pregão foi capaz de reformar a legislação sobre licitações. O Pregão figura, perante a necessidade de negociar da Administração Pública, para contratar serviços comuns e adquirir bens como ato de grande valia, tendo em vista que faz a execução financeira e orçamentária da Administração de forma eficaz (MELLO, 2015).

A consagração do Pregão na atualidade faz-se obrigatório na forma eletrônica por força da Lei nº 8.666/93, portanto é veículo desse dispositivo normativo geral de licitações. As propostas e lances no Pregão eletrônico são feitas via computador-internet, por iniciativa de pregoeiros e licitantes, em sessão pública, oportunidade em que são apresentadas as propostas, lances, classificações.

A Administração Pública admite as seguintes formas de terceirização: Contratação temporária de servidores (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.745/1993), Concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995), Execução de serviços de saúde e ensino pela iniciativa privada (artigos 199 §1º e 209 da Lei Magna). Todas as formas de terceirização seguem os princípios da legalidade, eficiência e economicidade para delimitar o campo de ação.

Cabe aos Tribunais de Contas a tarefa eminente de controle e fiscalização, ao nível de auditoria, relativamente à regularidade das contas, pertinente à aplicação de recursos públicos.

Nem sempre a terceirização na Administração Pública se mostra eficiente, haja vista, por vezes, a ocorrência de “monopólio (gerando ineficiência e onerosidade), corrupção, custos adicionais com a fiscalização, além de maior rotatividade e pouco investimento de pessoal na empresa terceirizada” (ABDALA, 2009).

Conforme dispõe a Lei 8.666/93, são exemplos de atividades terceirizáveis: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais. A execução dos contratos, como exigido pelo artigo 67 da Lei 8.666/93, ocorre sob a fiscalização e acompanhamento de agente administrativo. Tal perspectiva concorre também para os contratos que se esgotam em um só ato, quer sistematicamente, quer teologicamente (FURTADO, 2009).

2.1.2 Princípios da Administração Pública Aplicáveis à Fiscalização de Contratos

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios da Administração Pública, a partir do seguinte excerto: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia e eficiência” (GASPARINI, 2005, p. 20).

Um exame mais profundo acerca dos princípios que asseguram o Direito Fundamental da Administração Pública foi trazido por Freitas (2009, págs. 42-43):

“Princípio do interesse público genuíno e a correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade; princípio da proporcionalidade ou da simultânea vedação de excessos e omissões causadoras de danos juridicamente injustos; princípio da legalidade temperada ou nuançada; princípio da imparcialidade (ou da impessoalidade), derivado do princípio geral de igualdade, que veda discriminações negativas e determina discriminações inversas positivas; princípio da moralidade pública e o subprincípio da probidade administrativa; princípio da publicidade ou da máxima transparência; princípio da segurança jurídica e da confiança legítima; princípio da motivação; princípio da ampla sindicalidade e o princípio da participação; princípio da unicidade da jurisdição e conseqüente não cerceamento do acesso ao Poder Judiciário em casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos do cidadão ou da administração Pública; princípio da eficiência, da eficácia e da economicidade; princípio da legitimidade, princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos, sempre subjetiva a responsabilidade do agente público; princípios da precaução e da prevenção; princípio do desenvolvimento sustentável”.

Conhecer dos princípios cabe à orientação doutrinária. Consoante Ricardo Coelho (2009), a legalidade traz a lei para a prática em posição suprema, aspecto que afirma, de fato, o Estado Democrático de Direito. O escopo do princípio da legalidade é afastar arbitrariedades sob a responsabilidade do governo.

O princípio do interesse público, para Filho (2005), enuncia que o Poder Público não se confunde, sob hipótese alguma, com o interesse do Estado, do Governo ou do agente. Concebe-se que o interesse público repercute supremamente sobre os demais interesses, tanto que age de forma difusa. O interesse público é a própria tutela da dignidade da pessoa humana, assim, submete os interesses particulares aos direitos fundamentais.

Com cerne no Direito administrativo o princípio da proporcionalidade irradia para os demais direitos e se destina a ofertar limites às operações da Administração

Pública. De forma a evitar excessos, ou evidente violação no agir do Poder Público é que o princípio da proporcionalidade mostra-se controlável jurisdicionalmente. O não atendimento ao princípio da proporcionalidade implica em conduta omissiva que provoca dano jurídico injusto (FREITAS, 2009). O princípio da proporcionalidade trabalha em direção a evitar que um direito não sopesse outro.

O princípio da imparcialidade é o mesmo que impessoalidade, onde o dever é tratar desiguais em igual. Mister classificar o princípio da imparcialidade como a negativa a qualquer ação que atente contra os direitos fundamentais. É que, tratando todos em igualdade ocorre o combate às assimetrias que ainda acomete o ideal de justiça do Direito. O princípio da imparcialidade está implícito na previsão contida no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 e, portanto veda qualquer promoção pessoal dos agentes em detrimento da supremacia do bem público.

A saber, o princípio da imparcialidade defende a igualdade de oportunidades, o tratamento isonômico, quais sejam, as ações na Administração Pública deverão estar destituídas de privilégios e motivações pessoais. Dessa forma, ao agente público exige-se a isenção pessoal ao praticar atos públicos, vez que os projetos de ordem pública devem sempre ser priorizados. O princípio da imparcialidade encontra respaldo no artigo 37, caput da CF\88, artigo 37, da CF, inciso XXI, artigo 175 da CF e artigo 19, inciso III também da Carta Magna (BRASIL, 1988).

O princípio da moralidade requer a conduta do agente público em conformidade com os padrões éticos de probidade, decoro e boa fé. Destarte, condutas moralistas e intolerantes são repudiadas pelo princípio da moralidade. Julga-se, assim, o dever em agir de forma honesta, da mesma forma que se almeja ser tratado. Sobretudo, o dever de moralidade é referencial precípua da Carta Magna.

O princípio da moralidade guarda fundamento legal no artigo 37 e 5º, LXXIII, da CF/88. A partir dessa prerrogativa, a Administração Pública está proibida de provocar danos morais. Quantos aos seus desdobramentos, o princípio da moralidade permite a proteção autônoma por meio da ação popular. O princípio da moralidade guarda, ainda, a probidade administrativa como subprincípio. O ato ímprobo configura hipótese de crime de responsabilidade até mesmo do Presidente da República.

As relações administrativas estão resguardadas pelo princípio da segurança jurídica, a fim de que os projetos públicos sejam executados sob a confiança

regulatória. O grau de investimento na aquisição de recursos públicos passa pela avaliação da segurança jurídica das relações que se respaldam no princípio da segurança jurídica. A julgar pelas lições trazidas à prática, vê-se que muitos investimentos foram, por vezes, fraudulentos e, assim culminou em dívida pública. Todavia, muitos contratos acabam por não serem executados como deveriam (FREITAS, 2009).

O princípio da motivação conforma o bom entendimento acerca de que a escolha de ações da Administração Pública deve ocorrer somente por meio de justificáveis motivos e vinculadas a princípios, objetivos e direitos fundamentais. O ato público, então, deve revestir-se de margem de discricionariedade e juridicidade. Grosso modo, o princípio da motivação está implicado no da legalidade. Prevalece desse modo, o direito fundamental a boa administração pública.

É sabido que existem quatro grandes espécies de controle dos atos administrativos: interno, externo, social e jurisdicional. Assim, o princípio da sindicabilidade implica, na prática, o efetivo controle dos atos públicos, que ecoam em favor do bom funcionamento da Administração Pública. O entendimento acerca de como funciona o controle dos atos do Poder Público, depende da fiscalização que cada poder exerce, qual seja, conforme o artigo 74 da CF\88: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (BRASIL, 1988).

Em constatando irregularidades cabe aos Poderes dar ciência aos Tribunais de Contas, pois do contrário incorre em responsabilidade solidária. As providencias deverão, então, serem tempestivas, para corrigir falhas do sistema. Em vista do princípio da sindicabilidade, a conduta do agente público requer ação de forma sistemática em contenção de impulsos destrutivos, a partir dos contornos internos da Administração Publica e externos também.

À luz do princípio da unicidade jurisdicional, o controle sistemático exercido pelas relações administrativas não possui o condão de afastar o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, aliás, deste é a palavra final, dentro do interesse do processo. A unicidade jurisdicional é cláusula pétrea com previsão no artigo 5º, XXXV e significa que os direitos individuais e coletivos são intangíveis. Outrossim, vale dizer, que está afeto ao Poder Judiciário, sem motivo de exclusão, a apreciação de lesão ou ameaça a direito. Evocando o princípio da proporcionalidade, o Judiciário não pode substituir a Administração em punição à conduta ilícita, mas

pode sugerir a aplicação de penas menos severa, qual seja, proporcionalmente ao delito cometido.

Bandeira de Mello (2013) ensina que a legalidade lastreia todo e qualquer ato da Administração Pública, sem o que é inviável a legitimidade de procedimentos públicos. Visto que os atos são destinados à coletividade e não ao agente que os pratica, por certo, não podem estar viciados de privilégios pessoais.

O princípio da impessoalidade nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2016):

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

A finalidade do ato administrativo se ajusta apenas ao fim legal, a que se destina, jamais em nome do funcionário que o pratica. Destarte, são os órgãos públicos o alvo dos atos administrativos. Nesse mesmo interesse, não é demais observar que, não obstante o atendimento aos princípios da legalidade e impessoalidade emerge na seara legal o princípio da moralidade, que deve ser referenciado, tendo em vista que nele também repousa a atuação da Administração Pública.

Indiscutível que os atos administrativos devem ocorrer em acordo com a honestidade e, portanto, moral, do contrário macula o erário e a consecução das atividades da Administração Pública. Outrossim, dispõe-se da publicidade como dever da Administração em levar ao conhecimento da coletividade atos ou fatos decorrentes dos negócios firmados pela máquina administrativa (FERNANDES, 2011). De posse da publicidade efetivada pelo governo, em sede de negociação administrativa, a coletividade tem a oportunidade de controlar a normatividade contida em variados atos do governo.

A respeito do princípio da isonomia Mello (2013) traz o seguinte amparo doutrinário:

“O conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelas constituições em geral é que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos”.

O princípio da eficiência, da economicidade guarda relação com a racionalidade da Administração Pública, ao empregar os tributos arrecadados, tudo

com a finalidade de atingir o sucesso dos negócios realizados. Logo, a administração de recursos deve ser empregada em tempo razoável e de modo apropriado. Por sua vez, a economicidade prevê que o agente público deve trabalhar mais com menos custos, qual seja, deve evitar o desperdício.

Com respaldo no artigo 70 da CF/88 o princípio da legitimidade orienta à confirmação de todos os princípios que regem a Administração Pública. A legitimidade dá razão à discussão de direitos, por exemplo, decorrente do recurso administrativo, das razões de mérito face ao processo administrativo, sobretudo examina as razões e motivos dos atos administrativos.

Está expresso no artigo 37, § 6º da Carta Magna de 1988 o princípio da Responsabilidade da Administração Pública e, dos agentes que nela estão investidos. Trata-se da responsabilidade extracontratual objetiva da Administração Pública o que dispõe o artigo 37, § 6º da Carta Magna, em que pesa a seguinte redação: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (FREITAS, 2009).

No viés da responsabilidade estatal quanto à prestação de serviços terceirizados cabe observar que o Estado tem a responsabilidade subsidiária e não solidária quanto ao inadimplemento de verbas trabalhistas/previdenciárias (Súmula 331 do TST).

Entretanto, a respeito da fiscalização estatal, não se deve confundir as atividades delegadas com as que são privadas. Por igual, se deve considerar que face aos abusos causados por agentes investidos em cargo público, a responsabilidade da Administração Pública em reparar o ato lesivo decorre do direito fundamental que a Administração tem em ver seus direitos sem mácula.

A lesão à discricionariedade então preconizada pela norma constitucional pode se manifestar por abusividade (excesso de má fé) e inoperância (omissão) do agente. Face aos abusos contraídos junto à gestão pública o crime está em quebrar a proporcionalidade que regula os limites de atuação de agentes públicos.

O interesse do legislador ao instituir os princípios da Administração Pública, é resguardar as normas constitucionais, sobretudo defender o interesse social, já superado pela Carta constitucional de 1988. Em que pese o artigo 37 da

Constituição Federal de 1988 a Administração obriga-se a submeter-se aos princípios que a regem, em sede de processo licitatório:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A negativa aos princípios que enaltecem o bom funcionamento da Administração Pública, especialmente, a consecução dos contratos, pressupõe dificuldades na desenvoltura dos contratos, até mesmo para a fiscalização contratual. Visto que a atividade da Administração é eminentemente de execução, a responsabilidade então é de sustar, de posse dos princípios, os atos que contrariem a execução contratual.

A contratação no âmbito da Administração ocorre como cumprimento do princípio da descentralização. Por isso, o exercício do controle gerencial dos Tribunais de Contas. Deve estar claro ao fiscal que a relação contratual deve seguir repousando no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, visto a necessidade da conservação do equilíbrio econômico- financeiro do contrato.

Sob a ótica dos princípios é imperioso afirmar que à fiscalização dos atos administrativos é ofertada a instrumentalidade para o controle dos atos públicos, enquanto sinônimo da regência do Estado Democrático de Direito, em sede das relações administrativas. Assim, é possível a eficiência da Administração Pública em decorrência da participação dos seus agentes junto à eficácia da gestão pública (FREITAS, 2009).

2.2 O Papel de Gestores e Fiscais de Contrato

Não é raro encontrar a tarefa árdua que compete aos que são nomeados para fiscalizar contratos na Administração Pública, tendo em vista que o servidor público nomeado fiscal também realiza outras atividades da sua condição de servidor efetivo. Muito embora a Lei Federal de Licitações Públicas não tenha definido o perfil do fiscal de contrato, ao servidor público investido nessa função são atribuído alguns pré-requisitos, conforme explanado em um manual do Ministério da Cultura (2013):

a) Gozar de boa reputação ética e profissional; b) possuir conhecimentos específicos do objeto a ser fiscalizado; c) não estar, preferencialmente, respondendo a processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar; d) não possuir em seus registros funcionais punições em decorrência da prática de atos lesivos ao patrimônio público, em qualquer esfera do governo; e) não haver sido responsabilizado por irregularidades junto ao Tribunal de Contas da União; f) não haver sido condenado em processo criminal por crimes contra a Administração Pública, capitulados no Título XI, Capítulo I, do Código Penal Brasileiro, na Lei 7.492/1986 e na Lei 8.429/1992.

O papel do fiscal decorre de prerrogativas constantes na seara da Administração Pública, notadamente dos contratos administrativos, das cláusulas exorbitantes, repousando na determinação legal contida no artigo 58, em associação com o artigo 67 da Lei 8.666/93, qual seja, é assegurado à Administração Pública o direito em fiscalizar os negócios pactuados.

A contratação de serviços continuados encontra-se amparada pelas normas: artigo 37 da Constituição Federal, o inciso III do artigo 58 c/c os artigos 66 e 67, da Lei Geral de Licitações Públicas 8.666/93. A instrução normativa da SLTI nº 02/2008 é medida legal relevante para que o servidor seja requisitado para a função de fiscal de contratos, porquanto vislumbra os requisitos a serem preenchidos pelo representante da Administração Pública.

Com efeito, é necessário que o agente público tenha vínculo com a Administração Pública, tenha estabilidade, seja estável, comissionado ou empregado público. Obrigatoriamente, a designação do fiscal deverá ocorrer por meio de portaria, de iniciativa de autoridade competente. Nestes termos vale citar o disposto no artigo 67 da Lei Federal nº 8.666/93:

“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” (BRASIL, 1993).

O contrato de terceiros para auxiliar o fiscal é cabível nos casos em que o fiscal identificar a necessidade para tal, como por exemplo, a ausência de treinamento específico

Com efeito, a figura do fiscal de contrato permite inferir que ele representa os interesses da Administração Pública, portanto sua tarefa de fiscalização deve apresentar-se de forma pró-ativa e preventiva, face à observação do cumprimento pela contratada das regras pactuadas no instrumento contratual.

Por igual, a Administração Pública admite servidores temporários, mas não autoriza a contratação de fiscal por indicação de terceirizados. O dever-poder em nomear um agente da Administração Pública proporciona a fiscalização e acompanhamento da execução contratual, do início ao fim, sob anotações em livro próprio dos fatos, falhas e ocorrências arroladas no processo contratual.

As providências cabíveis ao fiscal do contrato são baseadas nos resultados previstos no contrato. Assim, providências e decisões que não forem afetas à competência do fiscal, cabe aos superiores tomar ciência, respeitando o tempo, a fim de que sejam tomadas as medidas corretas.

A nomeação do fiscal e substituto atende à Portaria, em que constem o(s) contrato(s) sob sua responsabilidade e tem como objeto informativo os servidores que trabalham no departamento onde o serviço será executado. A nomeação de fiscal é obstada aos que: a) exercem função incompatível com a fiscalização de contratos; ou b) possuem relação de parentesco com a administração da empresa Contratada.

As responsabilidades do fiscal de contrato no exercício da profissão são de natureza administrativa/funcional, civil e penal no âmbito da Administração Pública. Visando não ser responsabilizado por atos que maculem a ordem pública, o fiscal deve tornar a Administração Pública ciente de qualquer obstáculo que enfrentar no cumprimento de obrigações. Por certo, a autoridade superior tem que tomar ciência de todo e qualquer deslize ou dificuldade enfrentada pelo fiscal, além de providências e sugestões ofertadas pelo fiscal.

A fidelidade das ações relativas ao correto cumprimento contratual é da responsabilidade da vigilância do fiscal de contratos. A responsabilidade do fiscal se estende também à vigilância sobre a qualidade dos serviços públicos e produtos

ofertados. Então a lógica da atuação do fiscal de contratos consiste em acompanhar, fiscalizar, certificar as aquisições, a execução das prestações, objeto contratual, além de promover glosas das faturas, recibo ou termo circunstanciado que seja o bastante para o recebimento de objeto contratual. A contraprestação feita mediante o recibo ou termo circunstanciado, pelo fiscal, ao Gestor do contrato tem o prazo de 2 (dois) dias úteis para ocorrer e o preço combinado ser pago, tal como previsto em contrato.

O cumprimento das obrigações adimplidas pela contratada é atestado pelo fiscal mediante a análise dos seguintes instrumentos:

- a) termo contratual;
- b) todos os aditivos, se existentes;
- c) edital da licitação;
- d) especificação técnica, projeto básico ou termo de referência;
- e) proposta da Contratada;
- f) relação de faturas recebidas e pagas;
- g) toda correspondência com a Contratada.

Cabe ao fiscal a elaboração de nota técnica dando ciência acerca da qualidade na realização dos serviços prestados, sobretudo as ocorrências aos setores competentes. A partir disso, a atribuição será da Área de acompanhamento responsável pelo Controle dos Contratos, a fim de que as demais providências possam ser tomadas.

A pertinência da realização de nova licitação pública, em nome da continuidade dos serviços compete à submissão feita pelo fiscal de contratos à autoridade, o bastante, da área requisitante. Sendo constatada a necessidade de nova licitação, esta depende da elaboração de projeto básico ou Termo de Referência, a ser informado ao Gestor do contrato, em tempo hábil à próxima contratação. Além do informe acerca do fiel cumprimento de procedimentos técnicos, é da responsabilidade do fiscal informar sobre o descumprimento dos acordos pactuados, o que poderá levar à aplicação de sanções.

Devido à função do fiscal de contratos é que se verificam junto aos contratos públicos, as seguintes atividades, no seguinte consenso de Leiria (2008):

- a) Conferir os dados das faturas antes de atestá-las, promovendo as correções devidas e arquivando cópia junto aos demais documentos pertinentes;
- b) Controlar o saldo do empenho em função do valor da fatura, de modo a possibilitar reforço de novos valores ou anulações parciais;
- c) Anotar todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, informando ao Gestor do Contrato aquelas

que dependam de providências, com vistas à regularização das faltas ou defeitos observados; d) Acompanhar e controlar, quando for o caso, as entregas e o estoque de materiais de reposição, destinados à execução do objeto contratado, principalmente quanto à sua quantidade e qualidade; e) Formalizar, sempre, os entendimentos com a Contratada ou seu Preposto, adotando todas as medidas que permitam compatibilizar as obrigações bilaterais; f) Manter o controle nominal dos empregados da Contratada vinculados ao contrato, bem como exigir que se apresentem uniformizados, com crachá de identificação e bom comportamento; g) Avaliar constantemente a qualidade da execução contratual, propondo, sempre que cabível, medidas que visem reduzir gastos e racionalizar os serviços; h) Observar rigorosamente os princípios legais e éticos em todos os atos inerentes às suas atribuições, agindo com transparência no desempenho das suas atividades; i) Promover os registros pertinentes no módulo do SIASG destinado à fiscalização do contrato.

A fim de que sejam realizados os contratos prestação de serviços continuados, com a requisição de alocação de pessoal, cabe ao fiscal de contrato como primeiro procedimento a elaboração de uma planilha, constante os seguintes dados: nome completo, CPF, cargo exercido, remuneração e suas alterações, planejamento de férias e outros dados pertinentes. Até mesmo a quantidade de pessoal prestador de serviços deve coadunar com o previsto no contrato, sobretudo deve confirmar o que dispõe o projeto básico\ Termo de Referência e proposição da licitação.

Por força da função do fiscal de contratos, os aspectos trabalhistas deverão ser observados a partir da conferência dos registros nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social – CTPS dos empregados, em confronto com o que dispõe a contraprestação da empresa e legislação pertinente. A solicitação de comprovantes como o da entrega, aos empregados, de uniformes, Equipamentos de Proteção Individual – EPIs, à contratada, é de responsabilidade do fiscal de contratos. Para tanto, vislumbra-se a descrição completa dos itens e período de reposição, a fim de justificar o que o projeto básico e as leis mandam.

O fiscal solicita, ainda, à empresa contratada os itens constantes de planilha, a serem utilizados na execução do contrato. Dentre os itens a serem descritos, destacam-se quantitativos e marca, assim como a previsão de seu tempo de duração e reposição. Igualmente relevante são informações quanto à programação de férias dos empregados da contratada pela Administração Pública. Relativamente

ao material empregado, ordem das ações e tipologia do trabalho, há relatório mensal a ser apresentado pelo fiscal de contratos.

Por meio da cópia da folha de pontos da contratada, o fiscal pode verificar a quantidade de pessoal contratado, a lotação deste, o cumprimento da jornada de trabalho, sobretudo atribuições, o que conforma os aspectos trabalhistas a ser constatado pela fiscalização. Há outras constatações igualmente cabíveis ao fiscal de contratos:

A comprovação de realização de exames médicos admissionais, periódicos e demissionários, quando de sua ocorrência; c) o adequado pagamento de salários no prazo legal estabelecido; d) o correto fornecimento de vales transporte e alimentação/refeição, quando cabíveis; e) a efetiva quitação do 13º salário, que deverá ocorrer até o fim do mês de dezembro de cada ano, em observância à legislação vigente; f) a concessão de férias e o pagamento do adicional de 1/3 legal devido; g) realização de treinamentos e/ou reciclagem, quando cabível; e h) cumprimento de eventuais direitos trabalhistas contidos nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho.

Em seus aspectos previdenciários da fiscalização de contratos, é crucial agir no sentido de verificar o “controle da lista dos Trabalhadores, a cópia do Resumo das Informações à Previdência Social; cópia do Comprovante de Declaração das Contribuições a Recolher à Previdência Social e a Outras Entidades e Fundos FPAS (Fundo da Previdência e Assistência Social); cópia do Protocolo de Envio de Arquivos - Conectividade Social (GFIP); cópia da Guia de Recolhimento do FGTS (GRF) e INSS (GPS) com autenticação mecânica ou acompanhada de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet, que deverá ser coincidente com os valores contidos na documentação acima indicada” (MINC, 2013).

A idoneidade da contratada pode ser conferida por meio da expedição de certidões negativas, junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, Débitos de Tributos e Contribuições Federais e o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF); oportunidade em que serão verificados se há pendências dessa ordem. Junto à nota fiscal/fatura deve ser investigado pelo fiscal se há retenção da contribuição previdenciária. Igualmente oportuno é a fiscalização observar se consta da nota fiscal/fatura a indicação do valor da retenção de tributos e contribuições incidentes em cima da prestação do serviço. O imposto ISS é

passível de constatação junto a nota fiscal/fatura, em acordo com as leis do local onde houve a prestação dos serviços.

A nota fiscal enviada mensalmente para liquidação, tem que ser a original, com certificação no verso e validada pelo fiscal. Seguem junto com as notas fiscais, comprovantes do cumprimento das obrigações contratuais adimplidas e notas técnicas com a devida assinatura. Ante o rol de documentos fiscais deve ser adicionado o atestado do fiscal afirmando que a documentação está de acordo com o pactuado no contrato.

Todavia, cabe ao fiscal de contratos, em um primeiro instante, a certificação das seguintes providências:

Prévia emissão da nota de empenho; b) cópia do contrato devidamente assinado ou outros instrumentos hábeis; c) publicação do extrato do contrato; d) verificação das exigências contratuais e legais para início da execução do objeto, tais como: a correta prestação de garantia; apresentação, por parte da Contratada, da relação do pessoal que irá executar o contrato e a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada; relação de materiais, máquinas e equipamentos necessários à execução contratual, em acordo com o edital e a proposta apresentada etc.; e) abertura do documento (livro, caderno, folhas) apropriado para Registro das Ocorrências durante a execução do contrato, como, por exemplo, falhas, atrasos e interrupções, com termos de abertura e encerramento devidamente assinados pelos representantes do Ministério e pelo Preposto da Contratada, e com folhas numeradas e rubricadas pelas partes; f) abertura do processo de pagamento contendo os documentos listados nas alíneas a), b) e c), como também a respectiva portaria de designação;

De modo mais explicativo, entenda-se que faz parte das ações recorrentes do fiscal de contrato, nos dizeres do MINC (2013) os seguintes aspectos:

Manter planilha atualizada do valor do contrato, com seus aditivos, se houver quantitativos contratados e seus respectivos saldos, bem como valores já pagos, em especial quanto aos contratos executados por demanda, a exemplo de passagens aéreas, chaveiro, etc.; b) identificar em planilha as cláusulas do contrato que necessitam e permitam acompanhamento; c) ocorrência de subcontratação, quando não permitida ou quando permitida, atentando para seus limites e condições; d) qualificação dos empregados da Contratada, em conformidade com o contido no edital, proposta ofertada e contrato assinado; e) qualidade dos materiais empregados e dos serviços executados, que deverão ser verificados no momento de sua entrega e utilização nos serviços, de forma a se assegurar o cumprimento da qualidade nos serviços prestados; - 17 - f) quantidades dos materiais empregados e dos serviços executados, para evitar acréscimos e supressões desnecessários e que venham

a representar descumprimento das obrigações contratuais; g) quando constatadas irregularidades o Fiscal do Contrato deverá comunicar ao Gestor do Contrato e ao Fiscal Administrativo do Contrato, representante da Unidade da estrutura organizacional do MinC, responsável pelos procedimentos licitatórios e contratações as eventuais ocorrências que poderão ensejar a aplicação de penalidades contratuais. h) manter entendimentos com os responsáveis pelas áreas que prestam apoio administrativo, quando o objeto do contrato for a manutenção preventiva e corretiva em equipamentos, com vistas ao controle de: - peças substituídas, com identificação do equipamento, para fins de garantia; - periodicidade da manutenção; e - inclusões e exclusões de equipamentos, atentando para a limitação do § 1º, art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993; i) responsabilização da Contratada pelos eventuais danos causados ao Ministério ou a terceiros; j) verificação e atestação do recebimento do material e/ou execução de obras ou serviços; k) efetivação dos procedimentos de “liquidação da despesa”, que se caracteriza pela aceitação do serviço, e verificação do pagamento; l) o recebimento do objeto do contrato – provisório e/ou definitivo – Artigo 73, da Lei nº 8.666, de 1993; m) a correta instrução processual quando de seu encaminhamento à área de contratos para emissão do termo de encerramento de contrato, liberação da garantia e atestado de capacidade técnica, depois de cumpridas as obrigações contratadas e recebimento definitivo do material, equipamento, obra ou serviço.

É indiscutível a complexidade das ações que competem à atuação do fiscal de contratos da Administração Pública, visto a exigência de ações e responsabilidades que não coincidem com as do gestor, cabendo, assim, breve abordagem das atribuições conferidas ao Gestor de contratos públicos.

O Gestor do contrato é o servidor que investido em cargo público recebe a nomeação por autoridade superior, com base na capacitação técnica e gerencial, para atuar junto à execução de contratos e diversas providências afetas ao bom funcionamento da Administração Pública.

A nomeação do Gestor do Contrato far-se-á mediante Portaria firmada e constando os contratos em que o servidor deverá agir. A finalidade principal do Gestor do Contrato é conhecer da real consecução dos apontamentos do edital, do projeto básico ou similar, dos instrumentos legais capazes de substituir o contrato, em oportunas modificações, tudo com o objetivo de perseguir o fiel cumprimento contratual.

O trabalho do Gestor do Contrato não se dissocia das atividades executadas pelo Fiscal do Contrato, vale dizer, a gestão requer fornecer subsídios para que a fiscalização contratual seja coordenada e as providências necessárias sejam tomadas. Faz parte das obrigações e deveres do Gestor promover anotações

relativas às ocorrências pertinentes à consecução contratual, especialmente no que compete ao saldo contratual. Por isso, o pagamento de faturas ou notas fiscais depende da ação do Gestor, após a validação das mesmas pelo fiscal do contrato.

As unidades da Administração Pública ao demandarem serviços, requerem que a figura do Gestor comunique e justifique nos seguintes termos MINC (2013):

Alteração contratual, para melhor adequar seus termos, qualitativa ou quantitativamente, às necessidades do órgão, em especial ao observar que o saldo contratual restante será insuficiente para atender as expectativas de utilização; - rescisão do instrumento de contrato, por perda do objeto ou conveniência da - Administração; e - abertura de novos procedimentos licitatórios, desde que com antecedência mínima de 7 (sete) meses do término contratual, ou assim que for detectada a necessidade, em decorrência da inadequação ou insuficiência do atual para atender as expectativas do órgão ou em razão da impossibilidade de prorrogação do contrato, inclusive inabilitação da empresa que a impeça de contratar com a Administração.

Superado o tempo de relação contratual entre a Administração Pública e as empresas contratadas, o Gestor deve informar à unidade que acompanha o trâmite, respeitando o prazo de 4 (quatro) meses, anteriores ao término da avença, se há necessidade de prolongar tal relação, respaldando-se legalmente. A atuação do Gestor suscita, ainda, a obrigação em encaminhar à unidade de acompanhamento contratual, requisições da contratada, dentre as quais, reajustes, repactuações e reequilíbrios econômico-financeiros (PEREIRA JÚNIOR, 2008).

Face à solicitação de laudo referente à capacidade técnica de fornecedores, executantes de obras e prestadores de serviços é o Gestor quem elabora o documento e apresenta à unidade de acompanhamento, para que esta emita atestado. As situações de inadimplemento da contratada serão em um primeiro instante da responsabilidade do fiscal do contrato e, se permanecer são encaminhadas à unidade responsável pela gestão do contrato. Para tanto, o fiscal notifica a contratada para solucionar eventuais inadimplementos quanto à execução do contrato, antes de submeter à unidade de gestão.

Visando à consecução do objeto da contratação, notadamente a economicidade dos preços e ajuste de valores de contratação, o gestor auxilia o fiscal no que concerne às pesquisas mercadológicas. Tal assertiva se adéqua sempre que houver prorrogações de contrato, repactuações, reajustes. Cumpre ainda afirmar que há providências que fogem ao conhecimento e à capacidade

técnica do Gestor, assim, requer seja encaminhada solicitação de reparo ao setor de acompanhamento (MINC, 2013).

Tendo em vista as competências que o Gestor de Contratos deve possuir para o exercício de sua função, dentre as quais a proatividade, estar a par das conjunturas, para que os problemas da Administração sejam antecipados e, solucionados, ocorrências que podem causar reflexos negativos na execução do contrato podem ser evitadas. Com esse tipo de gerenciamento o Gestor descarta a possibilidade de perda de tempo e recursos financeiros (SEKIDO, 2010).

As atitudes proativas do gestor se verificam, por exemplo, em casos que há necessidade de certificação da entrega de um produto, cabendo então, ao Gestor do Contrato, além de enviar solicitação ao setor responsável, perseguir esse objetivo, junto ao responsável pela execução do ato. Não cabe ao Gestor a resolução de todo e qualquer problema técnico, mas diligenciar as ações técnicas que possam suprir as necessidades. Grosso modo, é da competência do Gestor Público, solucionar as questões do âmbito contratual por meio da interação com quem tem o conhecimento técnico e dispõe, portanto, dos meios para viabilizar a entrega do objeto contratual. Para tanto, é viável que o trabalho do Gestor seja feito em equipe (PEREIRA JÚNIOR, 2007).

2.2.1 Diferença entre Gestor e Fiscal

A Lei de Licitações Públicas, artigo 67, não menciona a figura do Gestor, apenas a do Fiscal de contratos Públicos. Embora as atribuições do Gestor e do Contrato apresentem similitudes em alguns pontos, em sua maioria, em outros diferem, dependendo do tipo de contrato em que atuam. Aos cuidados da orientação de Maria Luiza Machado Granziera (2007) há atribuições que se referem tanto ao Fiscal quanto ao Gestor:

Planejar a execução do contrato (por meio de reuniões periódicas e reunião inicial com o preposto), conhecer as tarefas que deverá realizar naquele contrato e se preparar para elas programando, por exemplo, o prazo, como e com a ajuda de quem irá para executá-las; conhecer em detalhes o objeto do contrato, para que possa aferir com precisão se o objeto foi entregue ou prestado conforme especificado no edital; transformar e formalizar toda e qualquer negociação e planejamento no processo administrativo aberto para a contratação, pois o processo de contratação é de natureza formal e a documentação servirá como um histórico do contrato, contendo explicações, justificativas que poderão inclusive no futuro ser

solicitada por órgãos de controle. Também devem ser anexados ao processo de contratação e-mails, contatos telefônicos que foram importantes nesse processo, para que se possa compreender futuramente como elas ocorreram. Demonstrar tecnicamente o motivo de alterações no objeto, explicitando uma possível inadequação e mostrando a vantajosidade da alternativa escolhida; verificar a situação trabalhista como a anotação na carteira de trabalho, o gozo de férias e o uso de equipamentos de segurança, principalmente em contratos que envolvem realização de obras. Mesmo que esses itens constem do contrato ou do edital, o gestor deve se certificar que está sendo cumprindo, sob pena de ser negligente; registrar a história do contrato, contendo os problemas detectados durante a contratação para que se possa aperfeiçoar o próximo edital, conseqüentemente a gestão dos próximos contratos, evitando cometer os mesmos erros. A anotação servirá para que caso haja mudança de gestor, o próximo saibam identificar as melhorias a serem feitas para que a Administração evolua para melhor.

Ao Gestor cabe o conhecimento sobre o universo ao qual o contrato fora direcionado, ao passo que o Fiscal tem o dever de, em campo, constatar se há verossimilhança entre o que foi pactuado e a execução. Outrossim, o exercício da função do Gestor deve ser exclusiva, com o fito de ser bem executada. O fiscal está diariamente nas obras, para manter a vigilância *in loco*, enquanto o Gestor cuida do nível da fiscalização, visto que a sua visão é ampla, relativamente aos “prazos de execução contratual, prazo de entrega do objeto, tecnologias, equipamentos, o que foi produzido, mensuração da repercussão do custo planejado”. Por ter a visão ampla, é que ao Gestor, por vezes, pode ser atribuída à gestão de variados tipos de contratos (PEREIRA JÚNIOR, 2007).

Os fundamentos do gerenciamento, por sua vez, requerem o arranjo de custos, prazos contratuais, atendendo aos princípios da economicidade e direitos fundamentais de planejamento da clientela. Importante, então, o fiscal à medida que a qualidade da execução contratual torna-se segura. Entretanto, se o técnico responsável não for dotado de “elevada cultura, ciência do projeto, interpretação das especificações, técnicas e procedimentos preconizados, não é possível estar investido na função de fiscal” (HAHN, 2017).

As funções atribuídas ao Gestor e ao Fiscal de Contratos fazem parte da Teoria do procedimento ideal de fiscalização. Sabendo das prerrogativas da Administração, o Gestor tem ciência acerca de como usá-las e em que momento, para tanto, deve dispor de uma equipe que vá ao campo para acompanhar a execução contratual (PEREIRA JÚNIOR, 2012).

A nomeação do Gestor do contrato deve ser precedida de planejamento, tendo em vista a necessidade do candidato ao cargo conhecer do contrato em que irá atuar. Logo, “o momento ideal para a assinatura é o da autorização do processo licitatório, vez que dessa forma ele acompanha o processo de contratação, tenha contato com a elaboração do contrato, desde a fase inicial até a final, momento em que deve sugerir a melhor forma de contratar” (LEIRIA, 2008).

O gestor do contrato é o agente e chefe do fiscal, assim, nas suas atribuições de gestor lhe cabe autorizar a feitura de licitações, dar fé em contratos, admitir o aditamento destes, aplicar penalidades, despachar pagamentos à empresa contratada, promover rescisões à avença. Reza a IN nº 04/2010 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG e PORTARIA-TCU Nº 297, de 14 de novembro de 2012:

Art. 2º Para os fins desta norma, entende-se por:

(..).

III – gestora do contrato: unidade ou subunidade da Secretaria do TCU, vinculada ou não ao objeto do contrato, responsável pela fiscalização da documentação comprobatória da contratada;

(...)

V – fiscal técnico do contrato: servidor formalmente designado para acompanhar a execução dos serviços terceirizados de natureza continuada que tenham sido contratados;

E, continua Leiria (2008) ao lecionar sobre a diferença entre o Gestor e o Fiscal do contrato:

Gestor é aquele que acompanha e toma as decisões sobre a gestão do negócio, enquanto o fiscal tem atuação mais focal, cuja função é gerar informações para o gestor. Ele realiza a fiscalização, que deve preferencialmente ter caráter de especialização, admitindo-se inclusive diversos fiscais com competências diferentes para um

mesmo contrato, em respeito aos princípios da eficiência e da especialização.

Igualmente às funções de Fiscal e Gestor compete, nos casos em que houver dúvida ou a providência ultrapassar os limites de suas competências, anotarem, registrar e solicitar aos superiores que seja esclarecida a pendência. A inércia diante das situações que não podem ser sanadas pelo Gestor e Fiscal lhes atribui a Responsabilidade no que couber, conforme os limites enaltecidos pela Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1992).

2.3 Responsabilidade do Gestor e Fiscal do Contrato

Reputa-se responsabilidade aos agentes públicos nos casos de má gestão pública dos contratos, destacam-se, assim, os erros mais corriqueiros, nas palavras de Pereira Júnior (2008):

Ausência de fiscal designado ou a precariedade de sua atuação ocasionando, lacuna de controle sobre a execução, falta de sanção ao contratado que executa cláusula, pagamento realizado sem a necessária aferição dos serviços, contraprestação de bens e serviços por agentes que não tem conhecimento técnico acerca do objeto contratado e dificuldades em apurar responsabilidades do agente que recebe o objeto em desacordo com os termos e condições contratados.

Pontua-se que, corriqueiramente, os agentes acumulam a função de fiscal, ou agente com outras funções que não se referem ao contrato em que atuam, em função da precariedade de pessoal disponível para distribuir as funções. Sendo assim, a execução contratual, vale dizer, sofre prejuízos diversos, devido à falta de espaço para os agentes serem preparados e atuarem nas suas funções. Há casos em que as funções de fiscal e agentes do mesmo contrato são acumuladas.

A Administração Pública não dissocia suas ações, ao longo da execução contratual, da busca da segurança, qualidade e boa atuação, vez que do contrário a Lei 8.666/93 prevê em seu artigo 82 as devidas sanções aos agentes:

Art. 82. 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.

Da explanação de Pereira Júnior (2007) colhe-se o seguinte entendimento:

Não se instauram mais procedimentos apuratórios de irregularidades de gestão tendo por alvo apenas a figura do ordenador de despesas. Chamam-se à colação para responder à apuração todos aqueles agentes que participaram naquele processo para a geração da despesa que se repute inadequada, imprópria, ineficiente, ineficaz, antieconômica.

A Lei 8.666/93 dispõe dos seguintes dispositivos para a responsabilização do Servidor Público:

(...) Art. 82. 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. Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. (...) Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

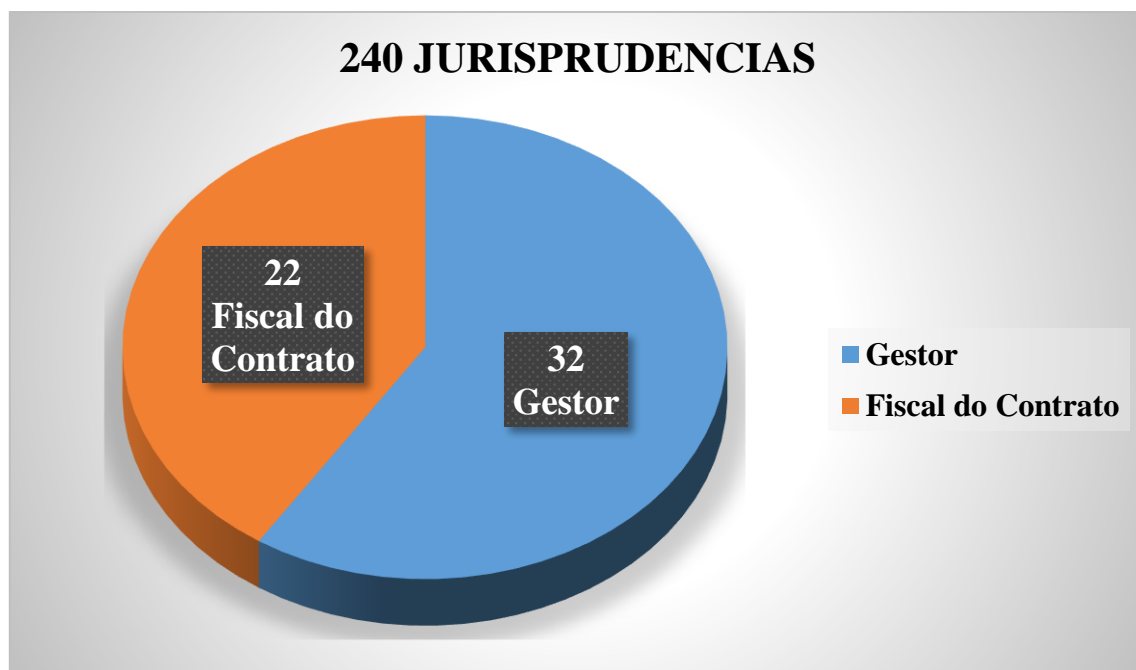
O entendimento que decorre do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 não diverge da Lei geral de Licitações, vez que consta do seu § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No entanto, a obrigação de reparar é subjacente à existência de dano que resulte de conduta comissiva do Estado, ou ainda de uma ocorrência proporcionada pelo Estado. Assim, é necessário que o Estado participe da conduta danosa, a fim de que o direito de reparar venha a existir. Corroborando com esse entendimento, Vantuil Abdala (2009) diz a respeito do ato de contratar da Administração Pública: a Administração Pública deve se utilizar da terceirização com cautelas, tendo em vista os litígios.

Outro não é o entendimento das Jurisprudências do TCU que são objetos de litígios propostos em desfavor de servidores autuados por irresponsabilidade perante a execução dos contratos públicos (Gráfico 1).

Gráfico 1 - 240 Jurisprudências



Fonte: própria, Coelho (2017).

De forma complementar e com o escopo de responder aos objetivos desse estudo foi acessado o sítio eletrônico do TCU e realizada uma pesquisa quantitativa por meio de análise às decisões de um grupo de 240 Acórdãos julgados no ano de 2016. Os acórdãos do TCU versam sobre serviços de Terceirização do serviço público e que submetidos ao crivo da auditoria, visam constatar irregularidades praticadas por agentes públicos investidos nas funções de fiscais e gestores. O pesquisador priorizou na análise aos achados: a) a quantidade de multas aplicadas aos agentes, com discriminação de gestores e fiscais; b) se os gestores e fiscais incorporam o princípio da legalidade (conformidade) e da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade; e c) os limites de responsabilização dos agentes públicos.

À luz do artigo 70 da Constituição Federal Brasileira nas palavras de Barros (2014):

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. No art. 71 consta que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

A coisa pública no âmbito federal, é fiscalizada pelo TCU há 127 anos, vez que essa Corte está inserida nas Organizações das Entidades Fiscalizadoras

Superiores dos Países do Mercosul, Bolívia e Chile, assim figura como Entidade Fiscalizadora Superior (EFS) no Brasil (BARROS, 2014).

Ao verificar os 240 Acórdãos do TCU todos julgados no ano de 2016, constatou-se percentual elevado de penalizações conforme discriminado fisicamente no gráfico 1, respectivamente aos gestores. Foi verificada a quantificação de penalizações aplicadas a fiscais de contratos e agentes de terceirização, em função de irregularidades verificadas na prestação de contas. Assim, foram penalizados 32 gestores, o que superou o total de fiscais, visto que apenas 22 fiscais receberam o ônus da multa por infração na prestação de contas.

Dentre os Acórdãos em que houve penalização por multa aos agentes, a Auditoria evidenciou, junto à prestação de contas, despesas que não foram comprovadas, pois os agentes não apresentaram documentação comprobatória específica. Dessa forma, o Poder Público postulou como condenação aos agentes infratores o recolhimento das quantias referentes aos contratos que não foram liquidados (TCU, 2016). Nesse sentido, é importante afirmar que ante o não cumprimento de obrigações previamente conhecidas pelos agentes públicos, o ônus recai sobre a Administração Pública e sobre o agente.

Cabe então observar que a multa como procedimento condenatório é deduzida do salário do agente e requer a disposição de margem consignatória de 30%. As contribuições doutrinárias de Barros (2014) são oportunas: “para que surja a obrigação de reparar é necessário somente que haja dano decorrente de conduta comissiva do Estado ou de uma situação criada pelo próprio Estado.”

Com efeito, existe no âmbito da União, o limite de 10 (dez) contratos por gestor ou fiscal. Entretanto, há casos em que o funcionário público extrapola a quantidade permitida de contratos, o que orienta à infração e o que é pior à má gestão contratual. Assim, são motivos para a responsabilização do agente, de acordo com o TCU (2013):

- a) A execução de atividades pelo gestor e fiscal em desacordo com o disposto no artigo 7º da Lei 8.666/93: projeto básico; projeto executivo; execução das obras e serviços.
- b) O não atesto do fiscal de contrato das medições, das ressalvas na prestação do serviço em seus registros, a não exigência de glosas nos pagamentos.
- c) A forma desatenta dos agentes no acompanhamento da execução do contrato, na prestação do serviço, na entrega do bem, na realização da obra, aspectos que compõe a liquidação da despesa.

d) O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador.

d) O não cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, relativamente à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Ainda que o fiscal não tenha agido com dolo (intenção de delinquir), mas que em sentido estrito seja culpado, negligente, imprudente é o bastante para que a Administração seja responsabilizada subsidiariamente. Vale dizer, então, que é necessário o fiscal acompanhar rigorosamente o cumprimento de obrigações pela Administração Pública, junto à contratada, principalmente se os encargos trabalhistas estão sendo pagos.

A atuação deficitária dos agentes de contratos, tanto do gestor quanto do fiscal pode causar dano ao erário, daí a responsabilização desses atores em função do ato irregular praticado. Nestes termos já se encontra consolidado em jurisprudência do TCU o seguinte mandamento:

A negligência de 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. [Acórdão 859/2006 – TCU – Plenário]. Ao atestar notas fiscais concernentes a serviços comprovadamente não prestados, o agente administrativo [...] tornou-se responsável pelo dano sofrido pelo erário e, conseqüentemente, assumiu a obrigação de ressarcir-lo [...] [Acórdão 2512/2009 – TCU – Plenário].

Reza o artigo 82 da Lei 8.666/1993 que a frustração desse dispositivo, ou seja, causar óbice aos objetivos da licitação incorre em sanções dos tipos responsabilidade civil ou criminal. A aplicação das sanções aos agentes que agem de forma lesiva ao erário, respondem de forma culposa ou danosa, nas esferas civis e criminais. No que concerne à devolução do débito pelo agente infrator, a responsabilização é de ordem dos Tribunais de Contas, sob a forma de multa ou a inabilitação ao exercício de função. (BRASIL, 1993; COSTA, 2013)

3. MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA

3.1 Tipo e descrição geral da pesquisa

A obtenção de informações para a pesquisa bibliográfica ocorreu com base em índices indexados nas bibliotecas eletrônicas *Spell*, *Scielo* e *Google Acadêmico*, onde se encontram hospedados artigos científicos de alta fidelidade técnico-científica. A consulta à biblioteca *Scielo*, *Spell* e *Google Acadêmico* foi realizada nos meses de outubro de 2016 a abril de 2017.

A relação das palavras-chave de pesquisa utilizada foi formada a partir da pertinência do tema e pela combinação de duas ou mais palavras associada ao delineamento da pesquisa. As palavras-chave foram as seguintes: controle externo; contratos de terceirização; contratos administrativos; responsabilização de agentes públicos; fiscal de contratos e gestão de terceirização.

Concomitantemente com as palavras-chave de pesquisa, foram lançados os seguintes filtros: período de publicação, janeiro de 2007 a dezembro de 2016; tipo de documento; artigo; idioma. Visto a escassez de artigos que tratassem acerca da temática de pesquisa, foram considerados para inclusão os que publicados a partir de janeiro de 2007. Assim, o objetivo era dispor de materiais suficientes ao item pesquisado.

Posteriormente, foi verificada a pertinência dos artigos em relação ao tema da pesquisa, a partir da análise do título dos achados, resumo, conteúdo e palavras-chave. Como critério de exclusão foram desconsiderados os artigos que não tinham pertinência ao tema. A partir dos achados selecionados, foram analisados seus resumos e conteúdos pelo pesquisador.

A pesquisa às jurisprudências (tabela 3) foi realizada junto ao sítio eletrônico do TCU, a partir dos descritores: Fiscal de contratos, acórdãos, ano 2016. Para a pesquisa empírica foi elaborado um questionário (apêndice 1), contendo 7 questões do tipo fechada e foi aplicada junto aos fiscais de nove contratos de terceirização de serviços do TCDF. A listagem dos fiscais que foram alvos da pesquisa empírica foi obtida através da consulta aos contratos de terceirização do TCDF. Este procedimento teve como objetivo verificar os limites de responsabilização dos Gestores\Fiscal de contratos no TCDF, em algumas situações.

3.2 Caracterização da Organização, setor ou área

Foram considerados como critérios de inclusão para compor a lista de contratos de terceirização investigados os serviços mais relevantes no âmbito do TCDF, conforme descrição: 1) contrato de limpeza; 2) Contrato de Vigilância; 3) Contrato de manutenção predial; 4) Contrato de recepcionistas; 5) Contrato de locação de veículos; 6) Contrato de jardinagem; 7) Contrato de brigada de incêndios; 8) Contrato de apoio a usuários de TI; e 9) Contrato de copa.

3.3 População e Amostra

Responderam ao questionário nove fiscais de contrato, os quais foram selecionados a partir de uma listagem obtida junto à Secretaria de Licitação, Material e Patrimônio do TCDF.

3.4 Caracterização dos Instrumentos de Pesquisa

A pesquisa é do tipo descritiva e bibliográfica. Descritiva porque pretendeu expor os princípios e conceitos de terceirização, bem como fazer relações com a terceirização no setor público e discorreu sobre a responsabilidade de agentes públicos em contratos administrativos. Por sua vez, a bibliográfica porque o estudo foi desenvolvido com base em material já publicado sobre o assunto em livros, revistas, internet (base *SPELL* e *Scielo*), bem como legislações pertinentes ao assunto. Enfim, tudo que forneceu instrumento teórico ao desenvolvimento do estudo.

3.5 Procedimentos de coleta e de análise de dados

O instrumento de coleta de dados (Apêndice 1) foi estruturado em seis etapas para preenchimento: número do processo, número do contrato, objeto, Fiscal, empresa contratada e respostas a 7 (sete) questões. O questionário foi elaborado pelo próprio pesquisador. Os dados foram analisados e tratados por meio do auxílio de planilha do programa Excel.

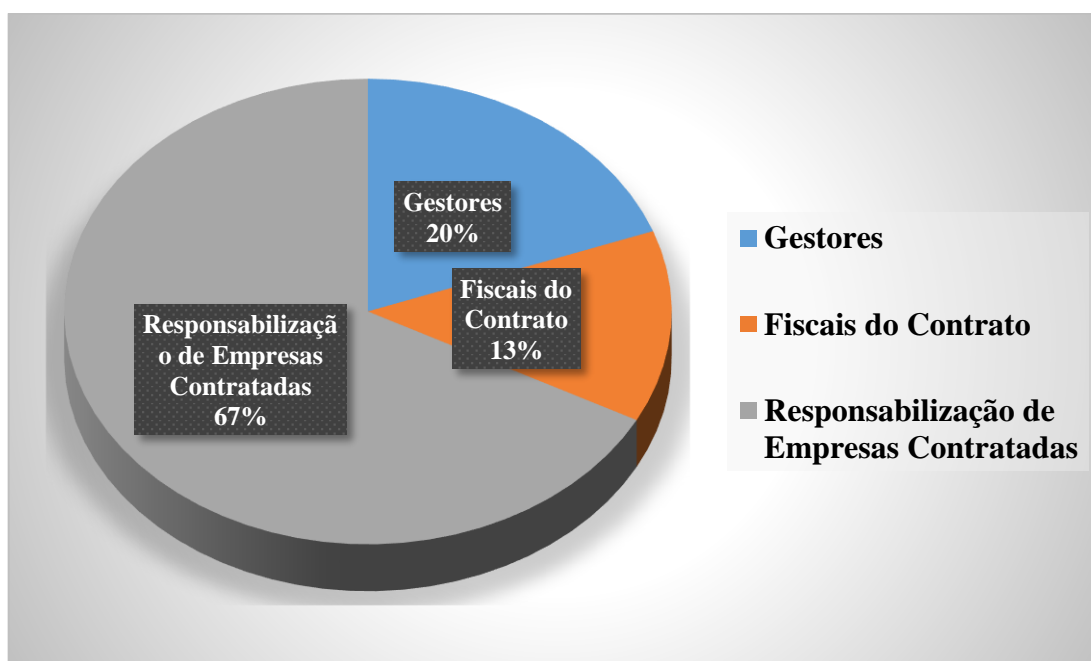
4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A análise das pesquisas jurisprudenciais e respostas dos executores junto, respectivamente ao TCU e TCDF, deu-se de modo quantitativo. Além deste tipo de análise foi necessário usar também outra técnica, a qualitativa, tendo em vista maior adequação ao trabalho. Neste sentido, Bardin (2009) ensina:

A abordagem quantitativa funda-se na frequência de aparição de determinados elementos da mensagem. A abordagem não quantitativa recorre a indicadores não frequenciais susceptíveis de permitir inferências; por exemplo, a presença (ou a ausência) pode constituir um índice tanto (ou mais) frutífero que a frequência de aparição.

Assim, visando obter resposta ao objetivo da pesquisa que é “Verificar por meio da aplicação de pesquisa de campo no TCDF, a ocorrência de hipóteses de responsabilidade de gestores e fiscais, frente ao descumprimento de contratos de serviços, por parte das empresas contratadas, assim como efetuar pesquisa jurisprudencial, junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), de forma a denotar a relevância da materialidade administrativa desses atores, constatou-se em relação à pesquisa jurisprudencial o seguinte:

Gráfico - 2 Multados



Fonte: própria, Coelho (2017)

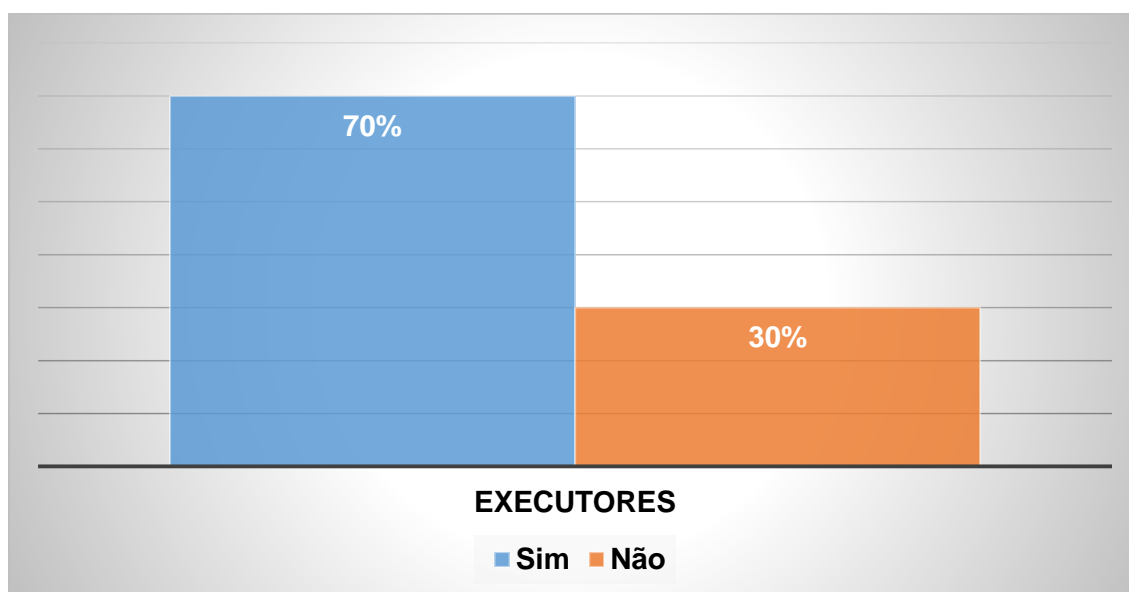
Foram analisadas 240 jurisprudências do TCU e concluiu-se que os gestores possuem o maior percentual de recebimento de sanções. Dessa forma, não estão garantindo a materialização dos objetivos contratuais, o que compromete a correta execução contratual. (TCU, 2014)

De outra banda, de acordo com os resultados da pesquisa, parece que os fiscais estão cumprindo com as obrigações contratuais, ainda que a diferença de penalizações tenha sido em 7%. De fato, é patente que ambas as funções carecem de revisão quanto ao labor e comprometimento para cumprir com o objeto pactuado em nome da Administração Pública.

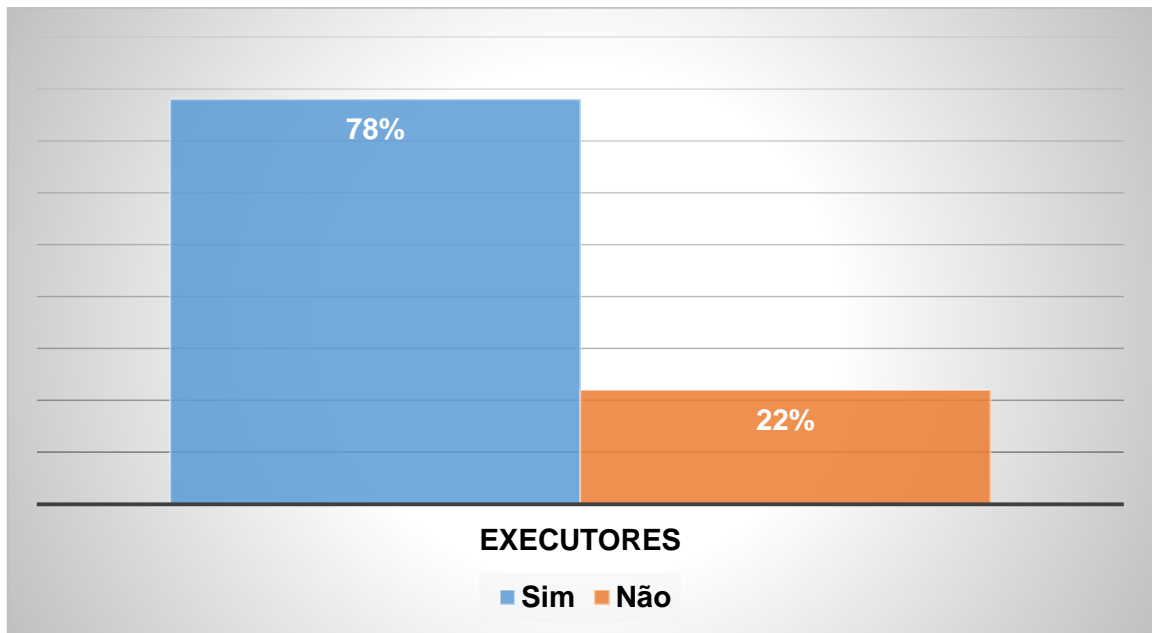
Por sua vez, os resultados dos questionários aplicados aos executores de contratos do TCDF apresentaram os seguintes resultados:

Questão 1: A maioria dos executores (70%) afirmou que a empresa contratada não atrasa o pagamento de verbas trabalhistas, tais como: salários, férias, 13º salário, VA e VT

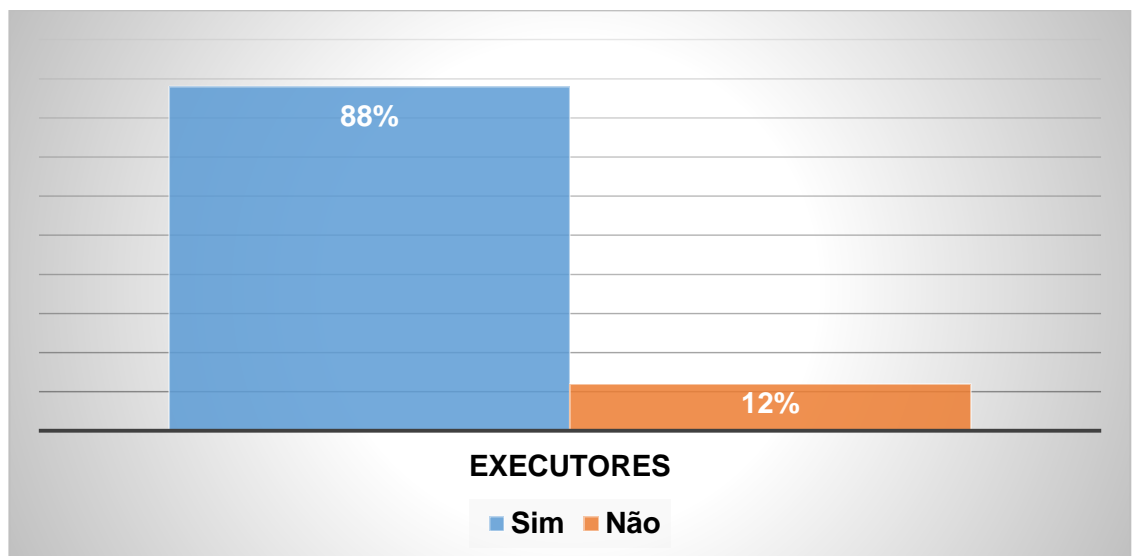
Gráfico 3 - Execução de verbas trabalhistas pela contratada



Questão 2- Apesar da maioria dos executores terem relatado que a empresa contratada cumpre com as obrigações trabalhistas, 22% ainda denuncia que não e, com relação às providências tomadas, afirmaram que foi relatado o caso às autoridades, a fim de que a contratada fosse penalizada.

Gráfico 4 - Cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada

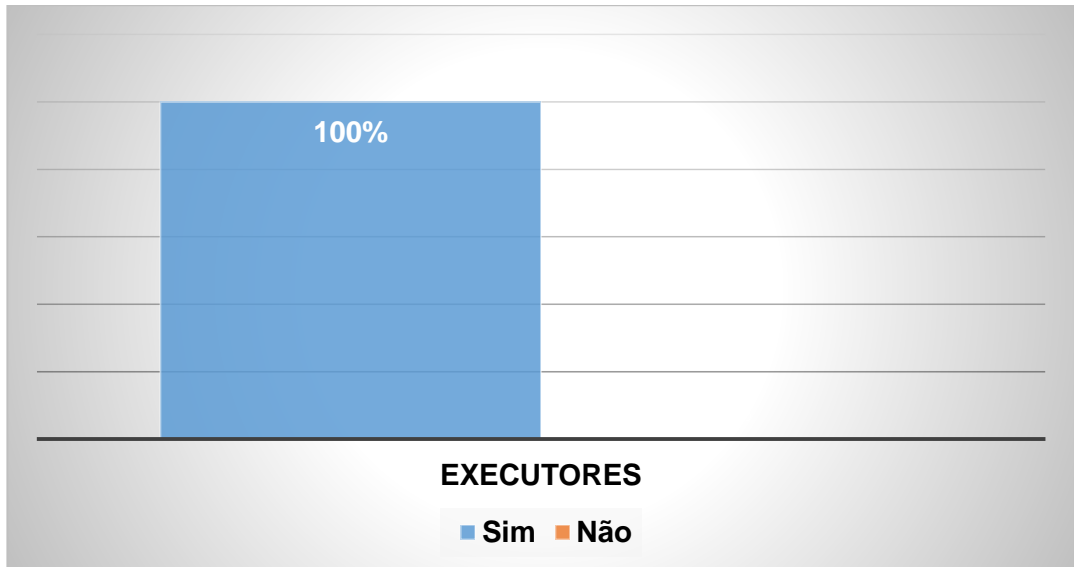
Questão 3- A maioria (88%) afirmou que são juntados os documentos previstos no edital e contrato, para liquidação do contrato, enquanto parcela mínima (12%) disse que não, valendo-se da justificativa de que os pagamentos são vinculados aos resultados e não a postos de serviços.

Gráfico 5 - Juntada de documentos para a liquidação contratual

Questão 4- Todos os executores de contrato (100%) ao ser nomeado para a execução do contrato tomaram conhecimento das especificações dos serviços (leu o

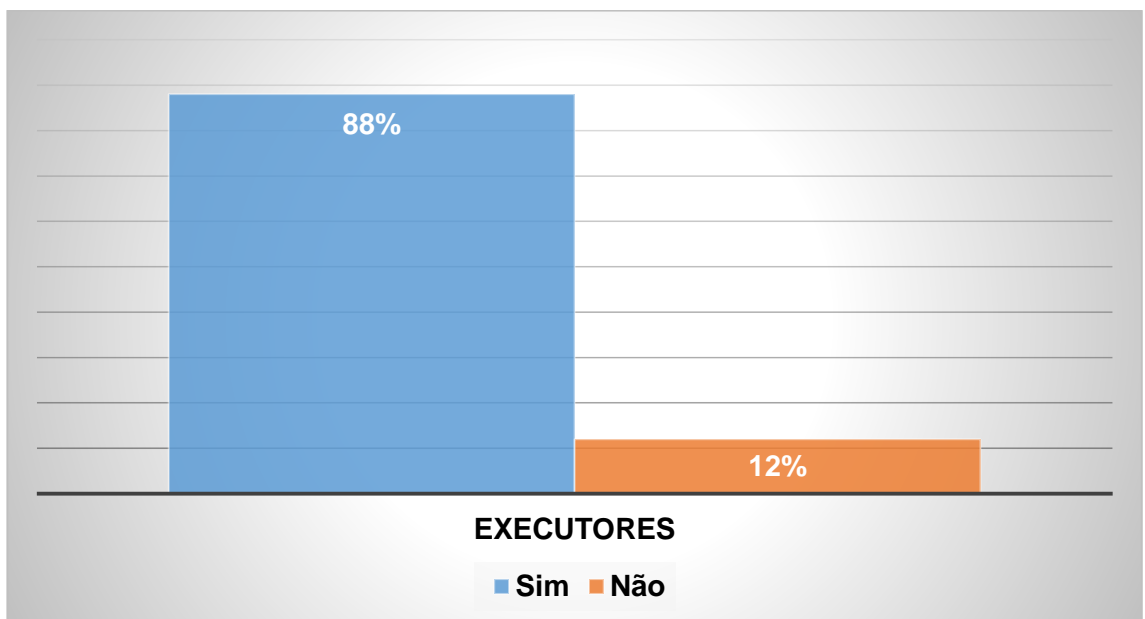
edital, anexos e contratos), elaborando *check-list* para conferência da execução contratual mensal.

Gráfico 6 - Requisitos para a execução contratual pelos agentes



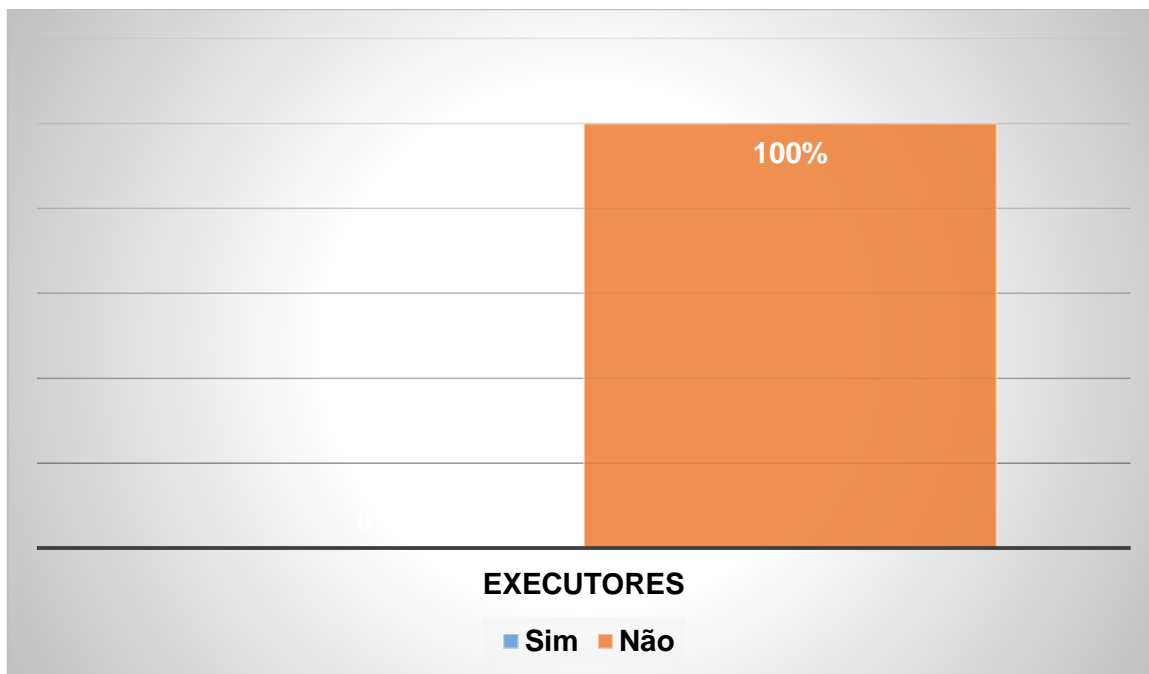
Questão 5- A maioria (88%) considera que fiscaliza o emprego de equipamentos de segurança (EPI), ao passo que 12% deu resposta negativa, valendo-se do argumento de que não há necessidade do uso dos EPIs.

Gráfico 7 - Fiscalização dos EPI pelos executores



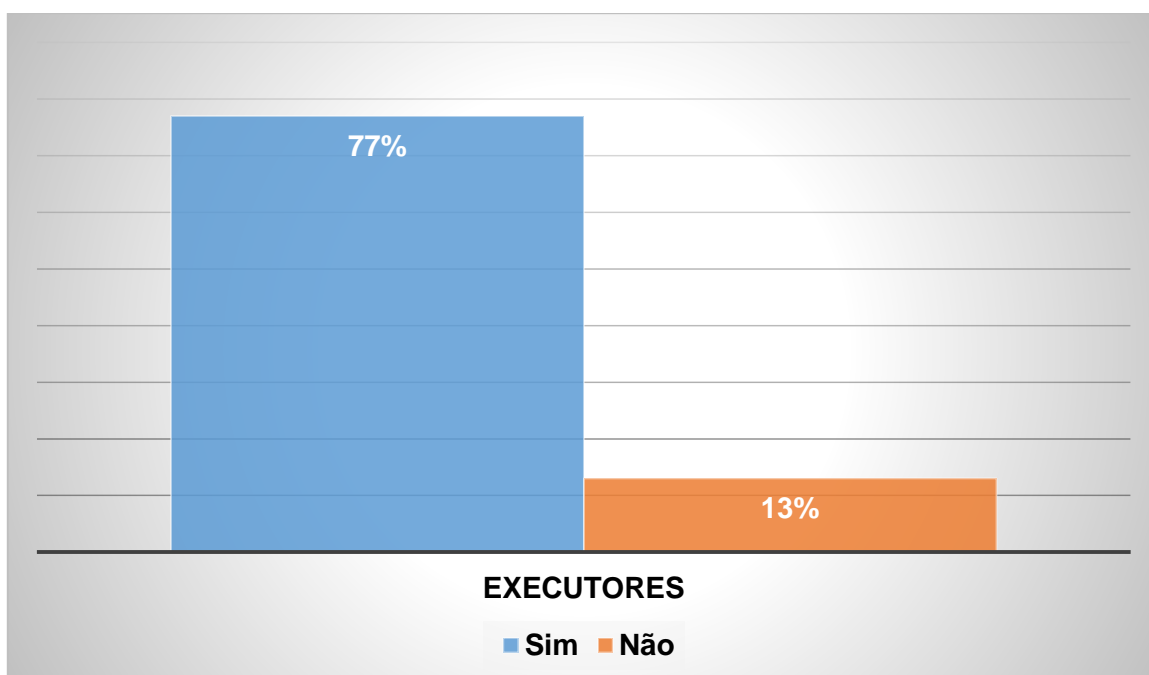
Questão 6- A maioria (100%) relatou que não respondeu a algum processo/procedimento em razão das falhas na execução contratual.

Gráfico 8 - Responsabilização por falha contratual



Questão 7- A maioria dos executores (77%) teve/tem conhecimento de situações de responsabilização do gestor/fiscal de contratos, na prática profissional. E, 13% relatou que não tem ou teve conhecimento de algum caso.

Gráfico 9 - Ciência sobre a ocorrência de responsabilização de gestor ou fiscal por falha na execução de contrato.



5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Os limites de responsabilização, que se dá administrativamente e penalmente, estão bem delimitados pelas previsões contidas em dispositivos legais que pertencem à seara do Direito Administrativo e Código Penal Brasileiro relativamente às formas de culpabilidade, se por intenção ou não do agente público, vez que este se encontra investido em cargo público. A importância legal que disso decorre é o ônus que a Administração Pública adquire face às práticas irresponsáveis dos que delinquem em nome do Poder Público e, o que é pior obsta a propositura da execução contratual de modo eficaz.

Visando responder ao objetivo precípuo do presente trabalho monográfico que é verificar os limites de responsabilização do gestor e do fiscal de contrato frente à execução de contratos de terceirização em todas as suas etapas, desde a licitação à liquidação, ou melhor, da criação da obrigação da contratada ao crédito devido pela Administração Pública, foi constatado que a atuação do gestor e do fiscal é essencial. Entretanto, a reprimenda prevista para esses atores, contida em dispositivos normativos, não inibe e não tem o real sentido pedagógico para regular e coibir a má fiscalização da execução contratual.

A julgar pelos resultados da pesquisa, tanto jurisprudencial, quanto as respostas aos questionários aplicados pelo pesquisador, viu-se que a incidência de ocorrência de irresponsabilidade é alta. Especificamente junto à consulta das jurisprudências o pesquisador verificou que a maioria dos delitos, refere-se a não apresentação de documentos que conformam a prestação de contas ante a Administração Pública, documentos estes que deveriam ter integrado a realização das atividades contratuais. Então, não obstante os dispositivos legais que comungam no sentido de inibir práticas desvirtuantes à contratação de auxílio às atividades-meio da Administração Pública, a dinâmica de atuação de fiscais e gestores carecem ainda de maior ajuste em suas condutas.

A abordagem bibliográfica permitiu distinguir as atribuições entre o gestor e o fiscal, pois em muitas situações ocorre a confusão de papéis, visto a exigência que as atividades contratuais requerem no cotidiano. Nesse mesmo interesse destaca-se que muitas razões para as irregularidades perpetradas por agentes públicos nascem no âmbito da Administração Pública, por se tratar de meio propício ao desvio de

funções, de forma que um dado agente pode acumular o gerenciamento do número de contratos a mais do que permitido, bem como pode ocorrer por questões políticas, a nomeação de pessoa que não tem preparo para a função, ainda que no ato da investidura o agente tenha tomado ciência de seus deveres e obrigações nas suas funções, enquanto representante do Poder Público.

Vale dizer ainda que sendo o agente representante da Administração Pública e tendo sido julgado administrativamente, com direito de resposta, uma vez confirmada a sua culpa, ainda que sem dolo, a Administração Pública responde pelos atos do agente. Essa possibilidade se dá principalmente com relação ao pagamento de verbas trabalhistas, na hipótese de inadimplemento pela empresa contratada, inclusive a esse respeito, as jurisprudências brasileiras são consolidadas quanto à cobrança de direitos de trabalhadores terceirizados.

No que tange à pesquisa feita no âmbito do TCDF, ressalta-se que, em relação às respostas aos questionários, a média alcançada em todas as questões foi superior a 70% (setenta por cento), demonstrando que os gestores estão capacitados e aptos a exercerem a função a eles confiada, e que, quando houve descumprimento do contrato por parte da empresa contratada, o fato foi relatado e encaminhado à autoridade competente para a aplicação das devidas penalidades.

Cabe ainda observar que, especificamente quanto à questão do uso de EPIs, aspecto que configura a gestão de riscos quanto à responsabilização dos fiscais na execução de contratos, foi verificado que uma parcela mínima disse não ser necessário o uso de EPIs, o que indica ausência de comprometimento com as funções para as quais foram nomeados, pois ainda que não achem necessário, as normas de segurança orientam no sentido de seu emprego.

Por fim, cabe destacar que a Administração Pública deve sempre se pautar pelo princípio da eficiência, o que demanda uma contínua capacitação e especialização de seus agentes, uma vez que, em última instância, são estes os responsáveis pela correta aplicação dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização, anomia inadmissível**. Revista do Direito trabalhista, v.15, n.2, p.18, fev., 2009.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2009.

BARROS, Célio da Costa. **O impacto da Auditoria de Governança na Administração Pública Federal Brasileira: O caso do Acórdão/TCU 1.603/2008. 2013/2014**. Disponível em: portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId. Acesso em: 30-03-2017.

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

BRASIL. **Lei nº 5.645 de dezembro de 1970 dispõe sobre as diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em: 30-03-2017.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 30-03-2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, H. S. **A Inconstitucionalidade da Terceirização na Atividade-Fim das Empresas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 75-89, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. RDC- **Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Gestão dos contratos administrativos, a figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas**. **Boletim de direito administrativo**, v. 23, n.4, p. 409 - 416, abril, 2007.

HAHN, Simone Justo. **A responsabilidade dos Fiscais dos Contratos Administrativos: conflitos da relação entre o procedimento ideal de fiscalização e a ação eficiente de fiscalizar**. 2017. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/6864923 Acesso em: 30-03-2017

LEIRIA, Jerônimo Souto. **A responsabilidade dos gestores e fiscais de contratos de órgãos da administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista**. **BLC: Boletim de licitações e contratos**, v.21, n.8, p.796-802, ago., 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E; BURLE, C. R. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Pareceres do direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos**. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas**. **Boletim de direito municipal**, v. 23, n.3, p. 191-201, março, 2007.

PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Gestão dos contratos administrativos. BLC: Boletim de licitações e contratos**, v. 21, n.1, p.1-12, janeiro, 2008.

PEREIRA Júnior, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação**. 1ª ed. São Paulo: Editora NDJ. 2012.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Manole, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

REBICKI, Rafael Antonio. **A terceirização pela administração pública - a nova súmula 331 do TST**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10873>. Acesso em: 30-03-2017.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **Instrução normativa Nº 02/08: um novo marco regulatório para as contratações de prestação de serviços**. Revista Zênite : ILC : Informativo de licitações e contratos, v.15, n.171, p.486-489, maio, 2008.

SARATT, Newton Dorneles. **Gestão Plena da Terceirização: O Diferencial estratégico**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane. **Terceirização na Administração Pública: a gestão e a fiscalização dos contratos**. Monografia (Especialização) – Universidade Gama Filho, Brasília, 2010.

Zymler, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

APÊNDICES

Questionário

Processo nº _____

Contrato nº _____

Objeto _____

Fiscal _____

Contratada _____

1 – No âmbito da fiscalização do contrato, a empresa contratada já atrasou o pagamento de verbas trabalhistas, tais como: salários, férias, 13º salário, VA e VT?

() Sim () Não

2 – Se sim, quais os procedimentos adotados?

() Relatou o problema para apuração dos fatos e possível penalização da contratada.

() Não fez nada e deixou a situação resolver por si.

3 – Para fins de pagamento do contrato são juntados os documentos previstos no edital e contrato?

() Sim () Não

4 – Ao assumir a execução do contrato, o executor tomou conhecimento das especificações dos serviços (leu o edital, anexos e contratos), elaborando check-list para conferência da execução contratual mensal?

() Sim () Não

5 – Na execução do contrato você fiscaliza o emprego de equipamentos de segurança (EPI)?

Sim Não

6 – Você já respondeu algum processo/procedimento em razão das falhas na execução contratual?

Sim Não

7 – Ao longo da sua experiência profissional você teve/tem conhecimento de situações de responsabilização do gestor/fiscal de contratos?

Sim Não