Enap Escola Nacional de Administração Pública

Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos

Módulo 3 Fiscalização de Contrato

Brasília, 2014
Elaborado em: 2013.

Conteúdo para impressão

Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente
Paulo Sergio de Carvalho

Diretor de Desenvolvimento Gerencial
Paulo Marques

Coordenadora-Geral de Educação a Distância
Natália Teles da Mota

Conteudista:

Lucimar Rizzo Lopes dos Santos (2013)

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

© Enap, 2014

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

SUMÁRIO

3. Fiscalização de Contrato..... 5

3.1 Diante da importância de se realizar um correto acompanhamento do contrato, quem é o fiscal do contrato?..... 8

3.1.1 O servidor poderá se negar a exercer a função de fiscal de contrato?..... 13
3.1.2 O que se espera do servidor público imbuído do dever de fiscalização de contratos?..... 13

3.2 Cabe ao fiscal do contrato refletir sobre o seu papel e como pode desempenhá-lo com excelência! 14

3.2.1 E quais são os procedimentos que o fiscal do contrato deve adotar para a correta fiscalização e, consequentemente, para a obtenção de resultados com excelência?..... 15
3.2.2 E quando se tratar de Conrado de Prestação de Serviços com Dedicação Exclusiva de Mão de Obra? Como deve ser o procedimento do Fiscal de Contrato?..... 17

3.3 Na execução do Contrato, quais são os procedimentos práticos que a fiscalização deve adotar para evitar a Responsabilidade Subsidiária?..... 20

3.4 E quando surgirem dúvidas? Qual o procedimento fiscal?..... 23

3.5 E quais as medidas que devem ser tomadas quando a contratada estiver inexecutando pela contratada, com clara identificação dos signatários e devidamente assinados..... 23

3.6 E quais são as penalidades que podem ser aplicadas à empresa quando da inexecução do Contrato?..... 24

3.7 E a rescisão do contrato, quais são as situações que comportam?..... 26

3.8 Responsabilização do Servidor Público - Fiscal de Contrato 27

3. Fiscalização de Contrato

FUNDAMENTO LEGAL - Obrigatoriedade - Artigo 58, inciso III, c/c artigo 67 da Lei 8.666/93.

O acompanhamento e a fiscalização dos contratos é um **PODER-DEVER** da Administração Pública visto que objetiva assegurar-se de que o objeto contratado seja recebido ou executado a contento e as obrigações decorrentes sejam realizadas no tempo e modo devidos e que as cláusulas contratuais sejam rigorosamente observadas.

Importante se torna enfatizar que a gestão e a fiscalização de contrato são institutos diferentes, não podendo confundi-los. A gestão é o gerenciamento de todos os contratos; A fiscalização é pontual, sendo exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como exige a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato.

Realizar uma gestão e uma fiscalização contratual não envolve apenas o aspecto da legalidade, isto é, se as ações estão de acordo com a lei e os regulamentos pertinentes. Envolve também as dimensões de **eficiência, eficácia e efetividade**, ou seja, implica verificar se estão sendo produzidos os resultados esperados, a um custo razoável, se as metas e objetivos estão sendo alcançados e se os usuários estão satisfeitos com os serviços que lhes são prestados.

Os termos eficiência, eficácia e efetividade são utilizados na gestão/fiscalização dos contratos administrativos da seguinte maneira: **Eficiência** significa otimizar os recursos existentes; **Eficácia**, atingir os objetivos organizacionais; **Efetividade**, o resultado apresentado ao longo do tempo. Portanto:

Eficiência é:

- Fazer as coisas de maneira adequada,
- Resolver problemas,
- Salvaguardar os recursos aplicados,
- Cumprir o seu dever e
- Reduzir os custos.

Eficácia é:

- Fazer as coisas certas,
- Produzir alternativas criativas,
- Maximizar a utilização de recursos e
- Obter resultados.

Efetividade é:

- Manter-se no ambiente e
- Apresentar resultados globais positivos ao longo do tempo.

Os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública para a realização de obras, para a aquisição de bens ou para a prestação de serviços constituem um ponto bastante sensível. Não rara tem sido a frequência em que temos nos deparado com escândalos veiculados por toda a mídia a respeito dos processos de licitação e dos termos contratuais, a exemplo de obras públicas superfaturadas e inacabadas, compras de bens inadequados e com sobrepreço e envolvimento de agentes públicos. Além das constantes auditorias realizadas pelos órgãos de controle, a exemplo do TCU e da CGU que apontam inúmeras irregularidades na conta do gestor público.

SAIBA MAIS

De acordo com a CGU, a auditoria encontrou indícios de direcionamento de licitações realizadas (...); indícios de cartelização nos serviços de lavanderia, limpeza e conservação (...); superestimativa de quantitativos de equipamentos locados e alto custo dessas locações quando comparados à possibilidade de compra dos mesmos.

(...)a CGU constatou que a empresa (...) acabou contratada para prestar serviço de (...), por dispensa emergencial, "embora tenha apresentado preços unitários superiores em quase 180% aos apresentados por outra empresa concorrente". **Globo.com – 19/03/2012**

Na auditoria feita na (...) assinada pelo chefe da CGU (...) constataram-se desde contratos sem registros no sistema interno (...), passando por procedimentos licitatórios sem formalização de termos de referências, fracionamento de despesas, planilhas semelhantes em processo de coleta de preços (que deveriam ser diferentes e repetiam até erros de tabulação, conforme análise dos técnicos da CGU). Registram-se deficiências de capacidade gerencial, contratos sem identificação do contratado ou testemunhas ou sem aprovação do setor jurídico (....). **Jornal Extra de Alagoas online – 17/01/2013**

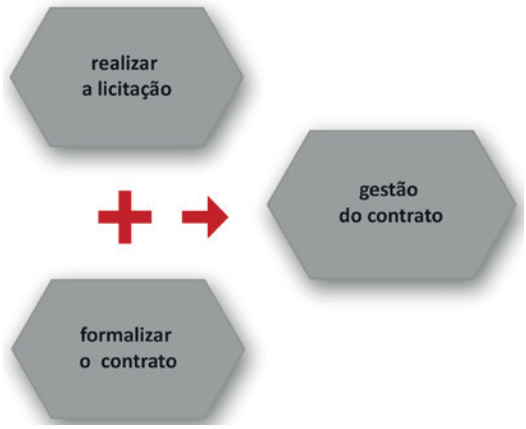
Uma investigação do Tribunal de Contas da União (TCU), iniciada em 2010, identificou irregularidades em um contrato firmado entre o (...) para serviços de (...). Em decisão publicada esta semana no Diário Oficial da União, o TCU determinou que o Ministério não renove o contrato, que se encerra em julho de 2013, e solicitou a abertura de um processo de tomada de contas especial para quantificar os possíveis prejuízos aos cofres públicos e identificar os responsáveis.

O contrato foi firmado em julho de 2009, para a prestação dos serviços pelo prazo de 24 meses, no valor global de R$ 13,25 milhões. Posteriormente, foram assinados termos aditivos, que aumentaram o valor para R$ 24,1 milhões (aumento de 81,84%). O contrato também foi prorrogado por mais 24 meses.

Em 2010, o TCU iniciou uma auditoria no contrato e identificou a possível ocorrência de atos antieconômicos (...). Também foi constatado que estavam sendo feitos pagamentos sem o rigor necessário, uma vez que os responsáveis pela gestão do contrato não estariam zelando convenientemente pela verificação do grau de qualidade exigido para cada serviço, nem, tampouco, atentando para a quantificação do respectivo limite máximo de homens/hora necessários à execução de cada um dos produtos ou subprodutos.
Uma decisão tomada pelo plenário do TCU em 2011 determinou que o (...) observasse a fiscalização com o devido rigor da execução do contrato e da qualidade e suficiência dos produtos gerados, de modo a prevenir diferenças entre os pagamentos e os serviços entregues pelo (...). **globo.com – 18/12/2012**

Enap

Muitas vezes há um procedimento perfeito durante o processo licitatório com resultados efetivos, porém, se não houver uma execução e uma **fiscalização eficazes, eficientes e efetivas, há grande chance de desperdício de recurso público.**



Tendo em vista que contratação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de aplicação de recurso público, o administrador público deve dedicar especial atenção ao acompanhamento e à fiscalização de sua execução, de modo que o objetivo da contratação seja plenamente alcançado e bem empregado o dinheiro público.

3.1 Diante da importância de se realizar um correto acompanhamento do contrato, quem é o fiscal do contrato?

O fiscal do contrato (ou comissão fiscalizadora) é o servidor da Administração a quem incumbe o dever de acompanhar a execução do contrato.

> ***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.*
> *(Lei Federal n° 8.666/93, grifo inexistente no original)*

Para melhor entendimento, importa conceituar algumas expressões, a exemplo de "acompanhada e fiscalizada; "**representante da Administração**" e ainda, "**permitida a contratação de terceiros**" para que possamos entender o espírito da Lei n° 8.666/93, qual seja:

Para os verbos "acompanhar e fiscalizar", de acordo com o dicionário Aulete, pode-se assim definir:

- **ACOMPANHADA** = **Acompanhar** = Dos inúmeros conceitos para esse verbo, pode-se destacar, para o contexto, o seguinte significado: "ocorrer ou fazer ocorrer, acontecer ou fazer acontecer simultaneamente e em relação com (fato, atividade, processo)".

- **FISCALIZADA** = **Fiscalizar** = "vigiar o funcionamento, uso ou conduta de; supervisionar; exercer vigilância sobre; examinar de maneira rigorosa; exercer a função de fiscal".

IMPORTANTE

Logo: a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo consistem na verificação da relação entre as obrigações contratadas e as executadas (modo, forma e tempo), e na adoção das providências que se fizerem necessárias para o perfeito cumprimento dessas obrigações.

REPRESENTANTE DA ADMINISTRAÇÃO - Interpretando os diplomas legais existentes, em especial, o artigo 37 da Constituição Federal, o inciso III do artigo 58 c/c o artigo 67, ambos da Lei n° 8.666/93, e, ainda, a Instrução Normativa da SLTI n° 02/2008, que dispõe de regras para a contratação de serviços continuados ou não, infere-se que o "**representante da administração**" deverá ter vínculo com a Administração Pública devendo, portanto, ser **servidor estável**, **comissionado** ou **empregado público**. É possível, também, de acordo com o entendimento do Ministério do Planejamento, a designação de servidores temporários (contratados pela Lei n° 8745/93).

Já a **indicação de terceirizados** para o exercício do cargo de fiscal de contrato **não é permitida**. Observar o disposto no Acórdão TCU 100/2013-Plenário, abaixo:

9.20. dar ciência à (...) quanto às seguinte falhas:
*9.20.1. (...) necessidade da **substituição de fiscais e auxiliares de fiscalização** dos contratos que **estejam na situação de terceirizados** ou outra análoga, não efetiva, por servidores do quadro de pessoal de Furnas e que não tenham participação direta ou indireta com a licitação que originou o contrato a ser fiscalizado, de forma a atender ao princípio de controle de segregação de funções e permitindo o aprimoramento do controle interno;*

PERMITIDA A CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS - O legislador permitiu, ou seja, facultou à Administração Pública, **nos casos necessários e em se tratando de informações especializadas que não possam ser supridas pelos próprios servidores da Administração, contratar terceiros para auxiliar na fiscalização do contrato** . Lembrando que o servidor designado para a fiscalização não poderá transferir sua responsabilidade ao terceiro contratado. O terceiro contratado também não poderá adotar as providências para a correção dos problemas surgidos, visto que essa atribuição continua sendo do fiscal do contrato.

Impende registrar que a contratação de terceiros deverá ser, obrigatoriamente, precedida de licitação.

Enap

Acórdão nº 1.930/2006 – TCU - Plenário

(...)

As ocorrências que dão ensejo à proposta de aplicação de multa a todos os responsáveis ouvidos em audiência prévia no processo são, como visto, as seguintes:

(...)

4. O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para assisti-lo. Assim, parece-me claro que o contrato de supervisão ***tem natureza eminentemente asssistencial ou subsidiária****, no sentido de que a* ***responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública****. Apesar disso, em certos casos, esta Corte tem exigido a contratação de supervisora quando a fiscalização reconhecidamente não dispuser de condições para, com seus próprios meios, desincumbir-se adequadamente de suas tarefas, seja pelo porte ou complexidade do empreendimento, seja pelo quadro de carência de recursos humanos e materiais que, não raro, prevalece no setor público.*

IMPORTANTE

O fiscal de contrato, mesmo com a assistência do terceiro contratado, deve, necessariamente, adotar todas as medidas para sanear os problemas encontrados na execução contratual. Nessa situação, ao receber do terceiro contratado a indicação de alguma irregularidade, **deve atuar imediatamente**, sob pena de responsabilização por desídia e por negligência quanto à adoção de providências para sanar irregularidades apresentadas. Importa colacionar o entendimento do Tribunal de Contas da União especificamente sobre esta situação.

Acórdão nº 1919/2012 – TCU – Plenário

(...)

Esse conjunto de irregularidades constatadas revela a deficiência da fiscalização exercida na (...), em afronta aos princípios da eficiência, da economicidade e do dever de prestar contas insculpidos no "*caput*" do art. 37, e no art. 70, da Constituição Federal de 1988, e ainda em desacordo com as disposições contidas nos arts. 66, 67, 68, 69, 70, 72, 116, § 3º, inciso II, da Lei 8.666/1993, no art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 66, do Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

(...)

Essa situação encontrada constitui clara afronta aos arts. 67 e 69 da Lei 8.666/1993, no que se refere à fiscalização da execução dos contratos. Nesse caso, a Administração utiliza-se da faculdade constante do "*caput*" do art. 67 dessa lei para contratar um terceiro a fim de assisti-la e subsidiá-la, **porém não adota as medidas de sua responsabilidade no tempo devido**. Ou seja, **apesar de ser informado pela supervisora sobre as incorreções ocorridas, o órgão contratante não exigiu do (...) o reparo dos serviços em que houve vícios ou defeitos resultantes da execução dissonante** com o projeto, em total ultraje ao art. 69 da Lei de Licitações e Contratos. (grifo inexistente no original)

DESIGNAÇÃO DO FISCAL - A legislação não prevê de forma explícita qual o instrumento e qual a forma que devem ser utilizados para a designação/nomeação do representante da Administração para o exercício da atividade de fiscalização e de acompanhamento da execução do contrato.

No entanto, o Tribunal de Contas da União, assim como os doutrinadores, possuem posição solidificada que a designação/nomeação deverá ser por ato oficial específico da Administração e devidamente publicado, assim como juntado aos autos da contratação. É importante que seja nomeado mais de um representante para que os trabalhos possam ser divididos e, também, para que não haja lacuna no acompanhamento do contrato em razão de ausências legais do representante.

Poderá ser utilizada a Portaria ou outro instrumento equivalente para a nomeação/designação dos representantes, ressaltando que essa designação/nomeação deverá ocorrer anteriormente ou no início da vigência contratual ou ainda quando da sua assinatura. A ausência da designação ou a sua intempestividade são motivos ensejadores de ressalva por parte dos órgãos de controle. Ao longo dos anos, o Tribunal de Contas vem orientando sobre essa obrigatoriedade de forma preventiva e em alguns casos, fazendo constar ressalvas quando da aprovação das contas dos gestores. Alguns exemplos de acórdãos nesse sentido estão abaixo citados:

> Acórdão 256/2010 - Plenário
>
> Designe, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada.
> Acórdão 99/2013 - Plenário
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.2.5. não designação formal de um representante da administração para acompanhar e fiscalizar os contratos administrativos, identificada nos ajustes originados dos Contratos de (...), o que afronta o disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993.
>
> Acórdão 100/2008 - Plenário
>
> (...) Nomeie servidor para atuar na condição de fiscal de contrato, em atendimento ao disposto no art. 67 da Lei no 8.666/1993.
>
> Acórdão 670/2008 - Plenário
>
> (...) Mantenha fiscal formalmente designado durante toda a vigência dos contratos celebrados pela entidade, em atenção aos arts. 67 da Lei no 8.666/1993, e 6º do Decreto no 2.271/1997.
>
> Acórdão n° 634/2006 - TCU- 1ª Câmara
>
> (...) Deve-se, na execução de contratos, cumprir o preceituado no art. 67 da Lei nº 8.666/93, quanto à necessária nomeação de fiscais para os contratos celebrados, que deverá ser efetuada tempestivamente, evitando a emissão de portarias de nomeação após o início da vigência daqueles. (grifei)

Acórdão n° 483/2006 - Primeira Câmara

(...) Acompanhe tempestivamente a execução dos contratos firmados (...)

Como pode ser observado, a designação, pela Administração Pública, de servidor para o acompanhamento e para a fiscalização da execução contratual não é facultativa e, também, não é um ato discricionário. Consiste em um **DEVER** da Administração.

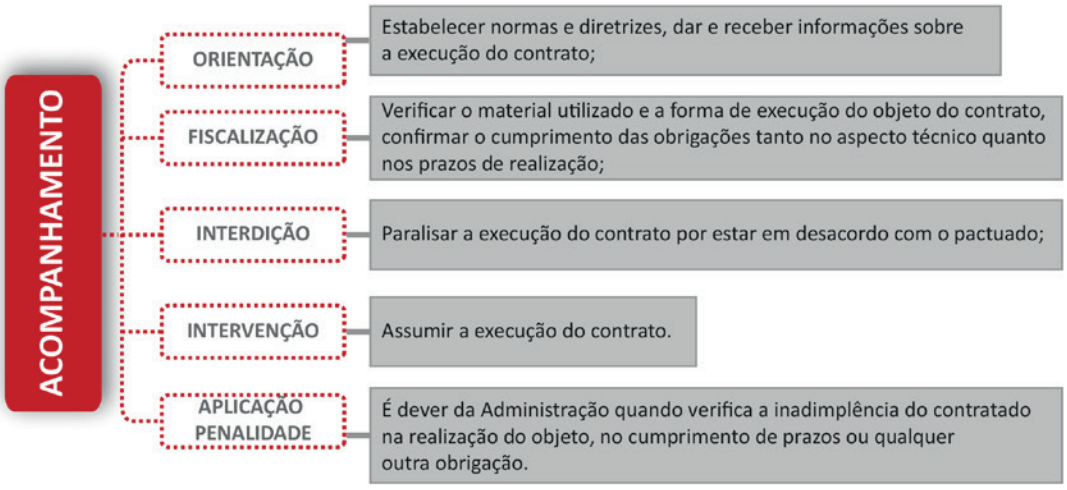
Igualmente, a empresa deverá indicar representante para atuar durante a execução do contrato. Esse representante tem a denominação de **PREPOSTO** . De acordo com o dicionário online Aulete, preposto significa: "*Aquele que representa, substitui, fica no lugar de outro*". O preposto também é uma obrigação constituída e um dever da empresa contratada, conforme se observa no artigo 68 da Lei n° 8.666/93:

(...)
Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Portanto, as figuras do fiscal de contrato e a do preposto são importantíssimas para a correta execução e gerenciamento do contrato. Lembrando que o preposto também deverá ser indicado por escrito.

Impende destacar que **o acompanhamento de um contrato não se resume em uma atividade formal**. É a garantia de que o serviço e/ou produto será prestado e/ou entregue de acordo com o previsto em contrato. Para que um contrato seja bem gerenciado, a informalidade não poderá se fazer presente, há que se ter atuação dentro dos limites estabelecidos, registrando e exigindo o cumprimento do que está contratado.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles, existem algumas fases que integram o **acompanhamento da execução do contrato pelo representante da Administração**, que são compreendidas pela **fiscalização** , pela **orientação** , pela **interdição**, **a intervenção e pela aplicação de penalidades contratuais**. Do seu ensinamento é possível extrair o seguinte entendimento para cada uma delas:



Diante da importância que se deve dar à fiscalização do contrato e ao seu acompanhamento e pela leitura dos dispositivos inseridos na Lei n° 8.666/93, percebe-se que o servidor responsável pelo acompanhamento e pela fiscalização do contrato deverá ter conhecimentos não só técnicos como administrativos também.

Há uma diversidade de conhecimentos em diferentes campos que devem ser conduzidos durante a execução contratual, a exemplo: **conhecimentos técnicos sobre o objeto contratado, conhecimentos fiscais, trabalhistas e previdenciários**, **além de orçamentários**. Assim, o servidor designado para o acompanhamento contratual deverá estar atento a todas essas particularidades.

O papel do "fiscal do contrato" se reveste de relevância para a Administração Pública. Exercer a função de fiscal de contratos, na esfera pública, exige capacitação e habilidade dos servidores públicos que se dedicam a essa atividade, além de toda uma estrutura que possa dar condições de trabalho e, principalmente, quantidade suficiente de servidores para que se possa realizar uma boa prática de fiscalização de contratos.

3.1.1 O servidor poderá se negar a exercer a função de fiscal de contrato?

Os servidores questionam essa atribuição por considerarem uma tarefa crítica. No entanto, de acordo com a **Lei 8.112/90**, o exercício da tarefa de fiscalização de contratos consiste em obrigação adicional, indicada entre os compromissos dos agentes públicos, senão vejamos:

(...)
***Art. 2º** Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.*
***Art. 3º** Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*
(...)
***Art. 116.** São deveres do servidor:*
***I -** exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;*
(...)
***IV -** cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;*

3.1.2 O que se espera do servidor público imbuído do dever de fiscalização de contratos?

Encontram-se identificados abaixo alguns dos atributos que se espera não só do fiscal do contrato, mas de todo e qualquer servidor público, seja na condição de servidor efetivo, comissionado, ocupante de função gratificada ou até mesmo de emprego da Administração.A tarefa de fiscalizar contratos é árdua e se soma às outras atividades, razão de o servidor, ao ser nomeado, ter o conhecimento de suas responsabilidades e de como deve, efetivamente, desempenhar a missão.

- Segurança em sua atuação;
- Cordialidade e bom relacionamento com o contratado;
- Zelo pelo interesse público;
- Integridade;
- Honestidade e responsabilidade;

- Colaborador (com seus superiores e seus pares);
- Disposição em prestar contas de seu encargo e ser avaliado;
- Capacidade de liderança;
- Ética;
- Ausência de timidez;
- Ter raciocínio ágil e manter postura isenta e equilibrada; e
- Saber lidar com críticas.

O fiscal do contrato deve, necessariamente, buscar a otimização dos recursos e manter a qualidade nos serviços prestados. Deve, também, saber orientar; defender direitos; manifestar-se motivadamente em todas as anotações que fizer no livro próprio de ocorrências; possuir organização, com vistas a cobrar o adequado cumprimento do objeto contratado.

3.2 Cabe ao fiscal do contrato refletir sobre o seu papel e como pode desempenhá-lo com excelência!

A **eficiência**, a **eficácia** e a **efetividade** de um contrato **estão diretamente relacionadas ao desempenho do servidor** quando do acompanhamento e quando da fiscalização da sua execução. Há algumas modalidades de fiscalização quanto à forma e no tempo. Vejamos:

I - QUANTO À FORMA

a) Ativa - quando a realização das etapas depende de um ato prévio da Administração, a exemplo: análise e aprovação de exames e ensaios. Deve estar prevista contratualmente.

b) Passiva - quando a Administração fiscaliza e acompanha a execução do contrato, sem interferir, ordinariamente, no curso do seu andamento. Cumpre ao fiscal apontar as impropriedades identificadas durante a execução contratual e propor (ou adotar) as providências necessárias ao resguardo do interesse da Administração.

II – NO TEMPO

a) Contínua – exercida pari passu à execução contratual. Mostra-se adequada e necessária quando da execução de obras e serviços, de maneira geral.

b) Periódica - exercida em prazo determinado, ocasião em que são avaliados os resultados de etapas ou procedimentos pactuados. Aplica-se aos casos de produtos entregues de forma parcelada.

c) Única - exercida somente por ocasião do recebimento do objeto contratual. Aplica-se em contratos de fornecimento de bens.

Na fiscalização da execução do contrato, existem, também, algumas técnicas que são ferramentas importantes para o sucesso das diversas fases da fiscalização do contrato:

a) Inspeção - verificação in loco da existência física de objeto ou item, ou ainda, o exame visual da qualidade do objeto. (Ex.: contagem de material, medição de obra, verificação da adequação do material ou técnica empregada).

b) Benchmark - avaliação de desempenho ou qualidade, por meio de comparação com valor padrão.

c) Testes - exame, verificação ou prova para determinar a qualidade, a natureza ou o comportamento de alguma coisa, ou de um sistema sob certas condições.

d) Análise de relatórios e documentos - verificação dos resultados, por meio da apreciação de relatórios, que podem ter origem no contratado ou nos usuários dos serviços, como no caso de levantamento de satisfação.

3.2.1 E quais são os procedimentos que o fiscal do contrato deve adotar para a correta fiscalização e, consequentemente, para a obtenção de resultados com excelência?

A primeira ação importante e essencial que deve ter o fiscal do contrato é a certificação da existência de alguns documentos imprescindíveis para o seu controle e para a gestão efetiva, que são:

- Emissão da nota de empenho;
- Assinatura do contrato e de outros instrumentos hábeis;
- Publicação do extrato do contrato;
- Publicação da portaria o nomeando como Fiscal;
- Verificação das exigências contratuais e legais para início da execução do objeto,
- Relação do pessoal que irá executar o serviço e a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada;
- Relação de materiais, máquinas e equipamentos necessários à execução contratual.

Deverá, ainda, manter em pasta específica cópia dos documentos abaixo identificados para que possa dirimir suas dúvidas originárias do cumprimento das obrigações assumidas pela contratada:

- Contrato;
- Todos os aditivos (se existentes);
- Edital da licitação;
- Projeto básico ou termo de referência;
- Proposta da contratada e planilhas de formação de custos.

Em relação às atribuições do fiscal de contrato, a legislação não as traz de forma completa e detalhada. No entanto, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 02/2008, dispondo sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, que posteriormente foi alterada pelas INs 03/2009, 04/2009, 01/2010 e 05/2010.

A Instrução Normativa traz nos artigos 31 a 35 importantes diretrizes, que devem ser lidas juntamente com o Anexo IV – Guia de Fiscalização.

Alguns órgãos já editaram manuais de fiscalização, trazendo todo o roteiro de como, quando e de que forma realizar um acompanhamento eficiente da execução do contrato, a exemplo do Ministério da Fazenda, do Superior Tribunal de Justiça, do Instituto Federal de Educação da Ciência e Tecnologia Farroupilha, do Ministério da Educação e do Tribunal de Contas da União, entre outros.

Entre as orientações fixadas na Instrução Normativa nº 02/SLTI e, ainda, nos Manuais dos órgãos referenciados, importante se torna elencar algumas que são fundamentais para que o fiscal de contrato possa conduzir eficientemente o processo de fiscalização. São elas:

a) Conhecer detalhadamente o contrato e as cláusulas nele estabelecidas, sanando qualquer dúvida com os demais setores responsáveis pela administração, objetivando o fiel cumprimento do contrato;

b) Conhecer a descrição dos serviços a serem executados (prazos, locais, material a ser empregado);

c) Acompanhar a execução dos serviços, verificando a correta utilização dos materiais, equipamentos, contingente em quantidades suficientes para que seja mantida a qualidade dos mesmos;

d) Solicitar, quando for o caso, que os serviços sejam refeitos por inadequação ou vícios que apresentem;

e) Sugerir a aplicação de penalidades ao contratado em face do inadimplemento das obrigações;

f) Verificar se a entrega de materiais, execução de obras ou a prestação de serviços será cumprida integral ou parceladamente;

g) Anotar em livro de ocorrências todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados;

h) Comunicar à autoridade superior eventuais atrasos nos prazos de entrega ou execução do objeto;

i) Zelar pela fiel execução do contrato, sobretudo no que concerne à qualidade dos materiais utilizados e dos serviços prestados;

j) Acompanhar o cumprimento, pela contratada, do cronograma físico-financeiro;

k) Estabelecer prazo para correção de eventuais pendências na execução do contrato e informar à autoridade competente ocorrências que possam gerar dificuldades à conclusão da obra ou em relação a terceiros;

l) Realizar, juntamente com a contratada, as medições dos serviços nas datas estabelecidas, antes de atestar as respectivas notas fiscais;

m) Não receber em mãos as notas fiscais, nem demais documentos, pois os mesmos deverão ser entregues no Setor de Protocolo;

n) Realizar a medição dos serviços efetivamente realizados, de acordo com a descrição dos serviços definida na especificação técnica do contrato e emitir atestados de avaliação dos serviços prestados.

Situação real

Exemplo de fiscalização de contrato executada de forma inadequada foi verificada pela CGU em análise de contrato firmado entre entidade pública e determinada empresa, no qual as folhas de ponto do pessoal da contratada não eram adequadamente verificadas pelo fiscal do contrato. Na análise das referidas folhas de ponto, pela CGU, foram verificadas diversas irregularidades como ausências, sem a devida substituição, de 25% da força de trabalho contratada. Em razão de deficiência na fiscalização do contrato, ocorreram prejuízos, de caráter continuado, em função da falta de reposição do pessoal da empresa contratada, que se encontrava em período de férias, além de prejuízos resultantes de deficiências na execução contratual, de caráter técnico-operacional, em função do preenchimento dos postos de trabalho em desacordo com as necessidades da administração.

A entidade foi orientada no sentido de promover adequada capacitação técnica aos servidores que fossem designados para a função de fiscal de contratos, além de melhorar a qualidade dos controles internos afetos à atividade, a fim de evitar prejuízos decorrentes de uma fiscalização deficiente.

3.2.2 E quando se tratar de Conrado de Prestação de Serviços com Dedicação Exclusiva de Mão de Obra? Como deve ser o procedimento do Fiscal de Contrato?

Preliminarmente, ressalta-se que a Administração Pública não poderá realizar licitação para a contratação de fornecimento ou locação de mão de obra. Nesse caso deve, necessariamente, por força da Constituição Federal, realizar concurso público (art. 37, II da CF).

Pode, também, efetuar nomeação para cargo em comissão (art. 37, V da CF) e realizar contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da CF). Também não poderá contratar atividades que façam parte da atividade-fim do órgão ou que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos, salvo se houver previsão legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

A utilização de mão de obra que não faz parte do quadro de pessoal da Administração Pública poderá ser objeto de contratação (terceirização), entretanto, **demanda extrema cautela e fundamentação jurídica.**

No âmbito da Administração Federal, a contratação desses serviços é regulada especificamente pelas seguintes bases legais e normativas: Lei 8.666/93; Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, § 7); Decreto nº 2.271/97 (art. 1º); IN/SLTI/MP nº 02/08 e suas alterações (art. 6º ao 13º) e IN/SLTI/MP nº 04/08. Além da Súmula 331 – TST e, apesar de não se constituir em norma, devem ser considerados também os entendimentos constantes das deliberações do TCU.

Os dispositivos legais acima identificados autorizam a Administração Pública a contratar, por meio de empresa, a prestação dos serviços e não diretamente a mão de obra. Os serviços caracterizados como atividade-meio e que podem ser contratados são: conservação, **limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos.** (artigo 7º da IN/SLTI nº 02/2008).

A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com a Administração. Dessa forma, alguns cuidados devem ser tomados, a exemplo: não incluir, nos editais e nos contratos, situações ou exigências que possam vir a caracterizar o vínculo empregatício por meio da satisfação dos requisitos da **habitualidade, subordinação, pessoalidade e remuneração.**

Enap

A contração de serviços com exclusividade de mão de obra se submete às regras e aos princípios do Direito Administrativo. No entanto, em muitos casos, ocorre fraude a direitos sociais do empregado da empresa prestadora de serviços. Dessa forma, vincula-se, também, esse contrato ao Direito do Trabalho.

Na hipótese de inadimplemento dos haveres trabalhistas dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizados, o Tribunal Superior do Trabalho já pacificou entendimento no sentido de responsabilizar o tomador de serviços com referência expressa à Administração Pública. O inadimplemento trabalhista, mesmo que a prestação laboral tenha sido realizada, constitui afronta aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

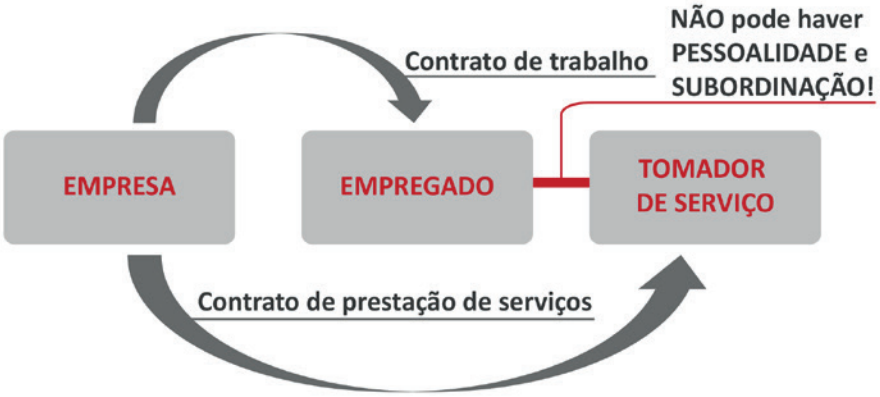
A atuação efetiva do FISCAL nos contratos que envolvem mão de obra é de fundamental importância para que o mesmo não seja responsabilizado.

É na fase do acompanhamento e da fiscalização contratual que eventuais omissões podem e devem ser evitadas a fim de que seja efetivo o cumprimento do contrato e afastadas futuras responsabilizações trabalhistas.

A Lei nº 8.666/93 em seu **artigo 71**, *caput* estabelece que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato é do contratado. Já os parágrafos 1º e 2º do artigo 71 assim estabelecem:

> ***§ 1º*** *A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*
>
> ***§ 2º*** *A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.*

Não obstante o § 1º indicar que a inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, são inúmeros os processos trabalhistas envolvendo a Administração como tomadora de serviços.



O Tribunal Superior do Trabalho aplica de forma irrestrita a **Súmula nº 331**, uma vez que o inciso V indica, de forma expressa, a **responsabilidade subsidiária da Administração Pública** enquanto tomadora de serviços, afirmando que essa responsabilidade é cabível quando houver o inadimplemento do empregador.

Súmula 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.

I - *A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).*
II - *A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).*
III - *Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.*
IV - *O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.*
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI - *A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifo inexistente no original)*

Enap

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), transcrita no parágrafo anterior, foi alterada em 24 de novembro de 2011. O entendimento do TST anteriormente à alteração da súmula era de que o tomador de serviço (Administração Pública) era **sempre responsável subsidiariamente** quando a empresa contratada não quitasse todos os encargos trabalhistas (FGTS, INSS, entro outros) de seus empregados, objeto do contrato.

A alteração foi em decorrência de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Distrito Federal. De acordo com o teor da ADC 16-DF, o Governo do Distrito Federal alegou que "*tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993*".

No julgamento, o plenário do STF julgou constitucional o artigo 71, entretanto, enfatizou que a responsabilidade do Estado ocorreu quando comprovada a omissão da Administração em relação à fiscalização.Para melhor entendimento, importa colacionar abaixo o resumo do entendimento do Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 extraído da notícia divulgada no site do STF.

De acordo com o entendimento do STF **NÃO É SEMPRE** que ocorrerá a transferência da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas à Administração Pública por inadimplência da empresa. Entretanto, eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar o contrato pode gerar responsabilidade.

A jurisprudência majoritária tem atribuído a responsabilidade ao tomador de serviços, com base na culpa in eligendo e in vigilando, ou seja, a Administração Pública, na contratação do terceiro, deve estar atenta à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, para não correr o risco de se configurar a culpa in eligendo, quanto na execução do contrato, para não incidir na culpa in vigilando. Essas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador. Em suma: **A Administração tem que contratar bem e fiscalizar corretamente!!!**

3.3 Na execução do Contrato, quais são os procedimentos práticos que a fiscalização deve adotar para evitar a Responsabilidade Subsidiária?

O fiscal deve, **necessariamente e obrigatoriamente**, adotar mecanismos próprios que o ajudem no acompanhamento da execução dos serviços que envolvam mão de obra, estabelecendo formas de controle da execução dos serviços e, principalmente, não permitindo, admitindo, possibilitando ou dando causa a atos que ensejem a caracterização de vínculo empregatício realizados junto ao preposto da empresa. Qualquer exigência ou observação a ser feita sobre os funcionários e/ou serviços deverá ser dirigida ao preposto para que o mesmo adote as providências necessárias.

A Instrução Normativa/SLTI nº 02, de 30 de abril de 2008, orienta em vários de seus dispositivos a forma como se deve proceder quando do acompanhamento e da fiscalização da execução dos contratos, em especial quando envolve a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

A fiscalização deverá exigir das empresas o cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais e em especial realizar as seguintes verificações (§ 5º da IN/SLTI nº 03/2008):

a) Recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o artigo 195, § 3º da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;

b) Recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior;

c) Pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior;

d) Fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível (nesse caso verificar se consta esse direito na Convenção Coletiva da Categoria);

e) Concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;

f) Pagamento do 13º salário;

g) Cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e

h) Cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Ainda, na Instrução Normativa/SLTI nº 02/2008 há no anexo IV alguns procedimentos que a fiscalização deverá adotar para os contratos de terceirização com dedicação exclusiva de mão de obra, transcritos abaixo:

1.Fiscalização inicial (no momento em que a prestação de serviços é inicida)

1.1 Elaborar planilha-resumo de todo o contrato administrativo. Ela conterá todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão, divididos por contrato, com as seguintes informações: nome completo, número de CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos e sua quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências, horas extras trabalhadas.

1.2 Conferir todas as anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados, por amostragem, e verificar se elas coincidem com o informado pela empresa e pelo empregado. Atenção especial para a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (importante esteja corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações) e todas as eventuais alterações dos contratos de trabalho.

1.3 O número de terceirizados por função deve coincidir com o previsto no contrato administrativo.

1.4 O salário não pode ser inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria (CCT). (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

1.5 Consultar eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas (por exemplo, se os empregados têm direito a auxílio-alimentação gratuito).

1.6 Verificar a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados equipamentos de proteção individual (EPIs).

2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

2.1 Elaborar planilha-mensal que conterá os seguintes campos: nome completo do empregado, função exercida, dias efetivamente trabalhados, horas extras trabalhadas, férias, licenças, faltas, ocorrências.

2.2 Verificar na planilha-mensal o número de dias e horas trabalhados efetivamente. Exigir que a empresa apresente cópias das folhas de ponto dos empregados por ponto eletrônico ou meio que não seja padronizado (Súmula 338/TST). Em caso de faltas ou horas trabalhadas a menor, deve ser feita glosa da fatura.

2.3 Exigir da empresa comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio-alimentação dos empregados.

2.4 Realizar a retenção da contribuição previdenciária (11% do valor da fatura) e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

2.4.1 Realizar a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores da contratada, caso exista autorização da empresa contratada, conforme definido no instrumento convocatório. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

2.5 Exigir da empresa os recolhimentos do FGTS por meio dos seguintes documentos: **a)** cópia do protocolo de envio de arquivos, emitido pela Conectividade Social (GFIP); **b)** cópia da Gguia de recolhimento do FGTS (GRF) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet; **c)** cópia da relação dos trabalhadores constantes do arquivo SEFIP (RE); d) cópia da relação de tomadores/obras (RET).

2.6 Exigir da empresa os recolhimentos das contribuições ao INSS por meio de: **a)** cópia do protocolo de envio de arquivos, emitido pela Conectividade Social (GFIP); **b)** cópia do comprovante de declaração à Previdência; **c)** cópia da guia da Previdência Social (GPS) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet; **d)** cópia da relação dos trabalhadores constantes do arquivo SEFIP (RE); e) cópia da relação de tomadores/obras (RET).

2.7 Consultar a situação da empresa junto ao SICAF.

2.8 Exigir a certidão negativa de débito junto ao INSS (CND), a certidão negativa de débitos de tributos e contribuições federais e o certificado de regularidade do FGTS (CRF), sempre que expire o prazo de validade.

3. Fiscalização diária

3.1 Conferir, todos os dias, quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções. Fazer o acompanhamento com a planilha-mensal.

3.2 Verificar se os empregados estão cumprindo à risca a jornada de trabalho. Deve ser instaurada uma rotina para autorizar pedidos de realização de horas extras por terceirizados. Deve-se combinar com a empresa a forma da compensação de jornada.

3.3 Evitar ordens diretas aos terceirizados. As solicitações de serviços devem ser dirigidas ao preposto da empresa. Da mesma forma, eventuais reclamações ou cobranças relacionadas aos empregados terceirizados.
3.4 Evitar toda e qualquer alteração na forma de prestação do serviço como a negociação de folgas ou a compensação de jornada. Essa conduta é exclusiva do empregador.

4. Fiscalização Especial

4.1 Observar qual é a data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT). Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos (verificar a necessidade de proceder ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de reajuste salarial).

4.2 Controle de férias e licenças dos empregados na planilha-resumo.

4.3 A empresa deve respeitar as estabilidades provisórias de seus empregados (estante, estabilidade acidentária etc.).

O fiscal deverá ter, **em todos os contratos, seja com ou sem mão de obra, atenção permanente** sobre as obrigações da contratada, definidas nos dispositivos contratuais e condições editalícias e, fundamentalmente, quanto à observância aos princípios e preceitos consubstanciados na **Lei nº 8.666/93.**

3.4 E quando surgirem dúvidas? Qual o procedimento fiscal?

O fiscal de contrato é independente e deve ter a responsabilidade de conduzir os trabalhos de acordo com os princípios da Administração Pública e, para tanto, deve ser capaz de tomar decisões equilibradas, harmônicas e válidas. As dúvidas surgidas durante a execução do contrato devem ser resolvidas com determinação e, quando não souber resolvê-las, deve, necessariamente, buscar ajuda.

No entanto, as questões que extrapolem as suas competências devem ser encaminhadas à autoridade competente, para que possam ser resolvidas. Esse procedimento deve ser célere, evitando-se possíveis complicações na execução do contrato.

3.5 E quais as medidas que devem ser tomadas quando a contratada estiver inexecutando total ou parcialmente o contrato?

O fiscal do contrato deve registrar todas as ocorrências, fazendo gestão para a fiel execução do contrato. O que não for possível resolver na sua instância deverá encaminhar para a autoridade responsável propondo a aplicação das penalidades previstas em lei, dentro do princípio da razoabilidade.

A anotação é realizada em registro próprio (em geral, livro de ocorrências), conforme determina o **§ 1º do artigo 67 da Lei n° 8.666/93:**

Enap

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

É de fundamental importância que a fiscalização registre oficialmente todas as tratativas firmadas com a empresa, devendo, necessariamente, conter todas as reclamações, impugnações e quaisquer outras informações consideradas relevantes pela fiscalização ou pela contratada, com clara identificação dos signatários e devidamente assinados.

As anotações que não forem oficialmente formalizadas (por escrito) impedem a aplicação de qualquer penalidade a que está sujeita à empresa, mesmo se tratando de um contrato cuja execução esteja ineficiente. **Para que a fiscalização não seja caracterizada como omissa, toda a gestão, junto à empresa, deverá ser registrada, principalmente as providências e recomendações que o fiscal tenha formulado.**

Igual procedimento deve ser adotado pela fiscalização quando realizar reuniões com a contratada. As reuniões deverão ser documentadas, e o fiscal deverá elaborar atas de reunião que deverão conter, no mínimo, os seguintes elementos: data; nome e assinatura dos participantes; assuntos tratados; decisões; responsáveis pelas providências a serem tomadas e prazo.

IMPORTANTE

O fiscal do contrato deve sempre se lembrar de que: **PALAVRAS VOAM, A ESCRITA PERMANECE (“VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT”)**

3.6 E quais são as penalidades que podem ser aplicadas à empresa quando da inexecução do Contrato?

Os artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93 estabelecem as penas passíveis de serem aplicadas quando da inexecução do contrato, quais sejam: **advertência, multa, suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade.**

Essas penalidades devem estar definidas no contrato administrativo e deve o fiscal ter critério ao propor a aplicação de qualquer uma delas, adotando a proporcionalidade e a razoabilidade e garantindo que seja adequada para o alcance dos fins almejados em sintonia ao que determina a Lei Federal nº 9.874/99, que regula o processo administrativo na esfera federal:

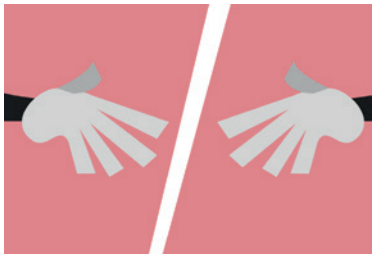
Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
(...)
***VI -** adequação entre meios e fins, **vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**. (grifo inexistente no original).*

Importante se torna enfatizar que não cabe à fiscalização a punição do contrato, apenas fiscalizar a execução dos serviços, determinando as correções que se fizerem necessárias, registrando os fatos e encaminhando relatório consubstanciado à autoridade superior devidamente fundamentado e sugerindo as penas cabíveis.

Desta forma, as penalidades podem assim ser conceituadas:

a) ADVERTÊNCIA (Artigo 87, I da Lei nº 8.666/93) – é a pena mais leve, ou seja, caracteriza por um aviso, um alerta para que o fato relatado pela fiscalização não seja reincidente.

b) MULTA (Artigo 87, II da Lei nº 8.666/93) – é uma sanção pecuniária. A multa pode ser de mora, por atraso na execução e sancionatória, por inexecução total ou parcial. Entretanto deve estar claramente definida no instrumento convocatório e no contrato. Pode ser aplicada cumulativamente com as demais penalidades.



c) SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMNISTRAÇÃO (artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93) - A pena é o impedimento de contratar com a Administração, restrito somente ao órgão/ entidade que aplicou a pena. Ver Acórdão/TCU nº 3439/2012-Plenário.

d) DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – (artigo 87, inciso IV da lei nº 8.666/93). É a pena mais severa. A contratada fica impedida de participar em procedimentos licitatórios e contratos de toda a Administração Pública (federal, estadual, distrital e municipal).

Importa em dolo da empresa contratada. Há que estar devidamente comprovado que praticou qualquer irregularidade ou ilegalidade na licitação ou na execução do contrato. A situação permanece enquanto durarem os motivos que ensejaram a punibilidade (art. 87, IV) ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade que a aplicou. A reabilitação somente pode ser requerida após 02 (dois anos) da aplicação dessa sanção (art. 87, §3º) e será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes da inexecução total ou parcial do contrato. A competência para a aplicação dessa penalidade é exclusiva do ministro de Estado, do secretário estadual ou municipal.

3.7 E a rescisão do contrato, quais são as situações que comportam?

De acordo com o artigo 79 da Lei nº 8.666/93, rescisão do contrato administrativo poderá ocorrer da seguinte forma:

a) unilateralmente, por ato escrito da Administração;

b) amigavelmente, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

c) judicial, nos termos da legislação.

A **rescisão unilateral** poderá ocorrer por:

a) "culpa" do contratado – incisos I ao XI e XVIII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93 – inadimplemento ou inexecução do contrato;

b) por interesse público – inciso XII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93;

c) pela ocorrência de caso fortuito ou força maior – inciso XVII do artigo 79 da Lei nº 8.666/93.

A rescisão amigável ou judicial – incisos XIII a XVI – ocorre quando há culpa da Administração, ou seja, quando essa descumpre o contrato ou impede que o contratado execute o contrato. Dessa forma, não há alternativa para o contratado senão buscar a rescisão contratual amigável ou judicial.

Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII (interesse público), XIII a XVI (culpa da Administração), ou XVII (força maior), **o contratado deverá ser ressarcido dos prejuízos houver sofrido, desde que comprovados**. Faz jus, também, à devolução de sua garantia e, ainda, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

IMPORTANTE

Sempre que ocorrer descumprimento das cláusulas contratuais por parte da empresa contratada, torna-se necessária a aplicação das penalidades descritas (previstas em contrato e na legislação vigente).

Lembrando que é indispensável a abertura de processo administrativo onde são juntados todos os documentos produzidos pela fiscalização do contrato, em que apontam e comprovam a inadimplência da empresa. **À empresa será concedido o direito ao contraditório e a ampla defesa.**

3.8 Responsabilização do Servidor Público - Fiscal de Contrato

O servidor público, no exercício das atribuições de fiscal de contratos, deve, obrigatoriamente, cumprir a lei, respeitar as normas procedimentais aplicáveis e o teor do contrato, a fim de evitar eventuais responsabilizações.

O fiscal do contrato que for omisso ou praticar qualquer ação que resultar em vantagem indevida ao contratado, ou ainda "admitir", "possibilitar" e "dar causa" a qualquer ato ilegal, responde **civil, penal e administrativamente** pelo exercício irregular das atribuições que lhe foram confiadas, conforme dispositivos insertos na Lei nº 8.666/93:

(...)
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.*

Pode-se concluir que o fiscal responde **ADMINISTRATIVAMENTE**, se agir em desconformidade com seus deveres funcionais, descumprindo regras e ordens legais. **PENAL**, quando a falta cometida for capitulada como crime, entre os quais se incluem os previstos na Seção III - Dos Crimes e das Penas, do Capítulo IV, da Lei nº 8.666/93. CIVIL, quando, em razão da execução irregular do Contrato, ficar comprovado dano ao erário.

Enap