

Fundação João Pinheiro
Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho
Curso de Administração Pública

FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
Orientações básicas e procedimentos para a Administração Pública.

Lucas Vilas Boas Pacheco

Belo Horizonte - MG
2009

Lucas Vilas Boas Pacheco

**FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
Orientações básicas e procedimentos para a Administração Pública.**

Monografia apresentada ao XVII Curso de Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Administração Pública.

Orientadora: Prof. Mestre Maria Isabel Araújo Rodrigues

**Escola de Governo
Fundação João Pinheiro
Belo Horizonte
2009**

Lucas Vilas Boas Pacheco

Fiscalização dos contratos administrativos: orientações básicas e procedimentos para a Administração Pública.

Monografia apresentada ao XVII Curso de Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Administração Pública.

Aprovada na Banca Examinadora

Maria Isabel Araújo Rodrigues (Orientadora), Mestre, FJP

Mestre Andréa D'Assunção Ferreira

Mestre Isabella Virgínia Freire Biondini

Belo Horizonte, 4 de novembro de 2009

AGRADECIMENTOS

Agradeço,

À Professora Maria Isabel Araújo Rodrigues, orientadora, pela sabedoria, pelas grandes contribuições, e pela disposição em ajudar a tornar o presente trabalho possível.

Aos meus familiares, pelo incentivo e apoio incondicional nos momentos difíceis.

Aos amigos e colegas, pelo encorajamento e apoio para a concretização do trabalho; em especial à Júlia e à Dany, pela compreensão e suporte.

À Diretoria de Logística e Manutenção da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, pelo auxílio na realização do estudo.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo o estudo da demanda por fiscalização para os contratos firmados entre Administração Pública e Terceiros, a fim de garantir o fiel cumprimento contratual por parte do particular, e não lesão ao erário, assim como ao interesse público.

Nesse estudo, buscou-se identificar atribuições pertinentes e responsabilidades envolvidas no acompanhamento e fiscalização, importantes para orientar a Administração Pública quanto à atuação do fiscal de contratos. Buscou-se, ainda, apresentar a natureza dos procedimentos compatíveis com a sistemática da fiscalização de contratos administrativos.

Para tal, realizou-se análise da legislação pertinente, assim como de várias decisões jurisprudenciais que deliberaram sobre o tema, a fim de identificar a dimensão da demanda por fiscalização. E diante de tal identificação, pretendeu-se ser capaz de orientar a Administração Pública na realização da atividade fiscalizatória para seus instrumentos contratuais.

Após toda essa análise, percebeu-se a necessidade de elaboração de uma normatização própria, adequada à organização interna da entidade administrativa, com procedimentos e rotinas de fiscalização e acompanhamento, a fim de assegurar uma adequada e eficiente fiscalização contratual que seja compatível à expectativa legal.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Fiscalização contratual. Contratos administrativos. Execução contratual.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the legal obligation for monitoring contracts between the Public Administration and Others, in order to assure that the contracted will abide by the terms of the contract, protecting public resources and interests.

Identifications were made in way to distinguish attributions and responsibilities between the agents involved in the execution of the contract, important so the duty of the contract auditor can be oriented. And the nature of procedures was presented, related to the configuration of contract monitoring.

For all that, researches at legislations were made, as many judicial decisions about the topic here referred, so the amplitude of the demand for monitoring could be identified. And so the Public Administration has something in order to orient the monitoring of its contracts.

After all this research and analysis, the necessity for the determination of a specific legal norm, compatible with the configuration of the organization, with procedures and routines, was identified.

Keywords: Administrative Law. Contract monitoring. Public contracts. Contract execution.

LISTA DE SIGLAS

ANA – Agência Nacional de Águas

CF – Constituição Federal

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

IN – Instrução Normativa

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

TCDF – Tribunal de Contas do Distrito Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

UFV – Universidade Federal de Viçosa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 - DISCIPLINA LEGAL DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1 Princípios constitucionais informativos da disciplina legal dos contratos administrativos.....	12
1.2 Legislação e competência legislativa.....	17
2 – A DEMANDA POR FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	21
2.1 Requisito legal	21
2.2 A atividade fiscalizatória	22
2.3 Necessidade de fiscalizar	25
2.4 O agente fiscalizador	29
2.5 Fiscal x Gestor.....	36
3 – NORMATIZAÇÃO INTERNA E PROCEDIMENTOS REFERENTES À FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Cabe à União a competência para legislar sobre normas gerais de contratos administrativos, reservando-se aos Estados e Municípios a possibilidade de legislarem supletivamente, conforme dispõe o art. 22, XXVIII, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98 (BRASIL, 1988). A competência para regulamentação da matéria é, então, repartida entre as entidades da federação, estando limitada a competência da União à edição de normas gerais, e, assim sendo, aos demais entes é conferida a competência para editar normas específicas.

Quanto à disciplina legal, os contratos administrativos são regulados basicamente pela Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei Federal que dispõe sobre as normas gerais para licitações e contratos administrativos (BRASIL, 1993).

E é pela égide da Lei supracitada que fica determinado o dever por parte da Administração Pública de fiscalizar suas contratações, conforme reza o artigo 67, ao dispor que um representante da Administração, especialmente designado para tal, deve acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos realizados pela Administração, sendo a execução do contrato uma fase que se situa entre o contrato efetivamente assinado e o recebimento do seu objeto (BRASIL, 1993).

Pagamento de faturas em desacordo com o contrato, falta de ciência sobre as cláusulas acordadas e até mesmo aceitação de material ou serviço de qualidade ou característica diversa ao especificado no documento contratual são ocorrências as quais a Administração Pública está suscetível quando a fiscalização de seus contratos não é realizada por meio de metodologia eficaz e controle efetivo. O problema da falta de procedimento ou de uma rotina incipiente de controle pode afetar o Estado de maneira crítica, caso não se atente ao cumprimento da regulamentação supracitada durante o acompanhamento dos contratos administrativos.

Há que se primar pela eficiência nas contratações públicas, e ponto crucial para garanti-la é o do acompanhamento e fiscalização pelo correto cumprimento dos acordos contratuais celebrados pela Administração.

É diante de tal necessidade que o trabalho aqui proposto busca identificar as exigências em se tratando de fiscalização contratual. No âmbito da Administração Pública, é a Lei que orienta a conduta do agente público, o qual não pode se desviar dela, extrapolar suas definições ou deixar de cumprir suas exigências.

E compreendida a demanda por fiscalização, cabe abordar aspectos relativos à conduta administrativa ao acompanhar e fiscalizar a execução contratual. Aspectos sobre a determinação de competências e nomeações, procedimentos a serem observados, enfim, configurar a atividade fiscalizadora que será exercida pelo fiscal de contratos.

Se o Direito Administrativo possui como fonte as leis, jurisprudências, e doutrina, para definir os preceitos da fiscalização contratual para entidades públicas, aqui também se busca orientação nessas mesmas fontes, na ordem exposta, como tentativa de gerar, por meio do presente trabalho, uma ferramenta efetiva não só para a fiscalização de contratos, que propicia maior clareza e balizamento para tal rotina, mas também servir de referencial para que as contratações públicas possam gozar de uma maior segurança, transparência e presteza.

Assim, para alcançar o objetivo ora proposto, realizou-se um levantamento documental da legislação e jurisprudência referente à fiscalização de contratos. Visando preencher as lacunas deixadas pela legislação e jurisprudência buscou-se realizar uma revisão bibliográfica da literatura disponível sobre o tema. Tudo ponderado e considerado a fim de se desenvolver uma base sólida e justificada para dissertar sobre a questão aqui abordada.

O trabalho está dividido em três seções, além das considerações finais. A primeira seção, *Disciplina Legal das Contratações Públicas no Direito Brasileiro*, aborda os

princípios constitucionais e legislação que compõe o ordenamento jurídico regulamentador das contratações firmadas pela Administração Pública.

Na segunda seção, *A Demanda por Fiscalização dos Contratos Administrativos*, é trabalhado especificamente o dever imposto à Administração de fiscalizar seus contratos. Busca-se compreender a que corresponde essa atividade fiscalizatória, sua importância, além do sentido e formato dado pela legislação para tal atividade, abordando ainda a idéia de gestão contratual e como tal se relaciona à fiscalização, esta exigida explicitamente pela lei.

E na terceira seção, *Normatização Interna e Procedimentos Referentes à Fiscalização de Contratos*, é tratada a necessidade de que entidades administrativas regulamentem especificamente, estabelecendo procedimentos e rotinas, as definições da norma geral sobre fiscalização. Estabelecendo procedimentos e rotinas referentes à fiscalização de seus instrumentos contratuais, além de determinar as atribuições e responsabilidades dos diversos agentes envolvidos na execução contratual.

1 - DISCIPLINA LEGAL DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Princípios constitucionais informativos da disciplina legal dos contratos administrativos

A Constituição, como a base fundamental da ordem jurídica, vincula por meio de seus princípios a todos os entes e agentes estatais, sejam eles administradores, legisladores ou juízes. E os seus princípios têm como principal função ser um norteador à elaboração, interpretação e aplicação das normas, não apenas do Direito Constitucional, mas dos vários ramos do Direito. É o que aponta Miranda (1997, p. 17), o qual ainda afirma que *“através dos princípios a Constituição irradia para todo o ordenamento”*, ou seja, envolve todas as funções do Estado.

Reconhecido a influência e norteio que a Constituição exerce, como ocorre em todo o ordenamento jurídico, sobre o Direito Administrativo, cabe antes de abordar especificamente a legislação que disciplina as contratações realizadas pela Administração Pública tratar dos princípios constitucionais informativos dos contratos administrativos. Até porque o Direito não é feito apenas de leis, que são por ele envolvidas e ultrapassadas, a Lei é uma das expressões do Direito em um determinado instante.

E se o Direito não é feito apenas por leis, há que se distinguir tais preceitos, ou regras jurídicas dos princípios jurídicos, visto que ambos são normas jurídicas e hão de produzir algum tipo de eficácia no mundo do Direito, embora com diferenças na amplitude e intensidade.

Buscando a compreensão dessas diferenças que distinguem o conteúdo entre esses dois tipos de norma, Neto (2003) afirma que:

... a lei jurídica (preceito ou regra) é predominantemente preceptiva de uma espécie de conduta humana concreta, o princípio jurídico é predominantemente indicativo de um gênero de condutas, que serão concretamente prescritas pelas leis que dele derivem. (NETO, 2003, p. 74)

Princípio jurídico, então, é norma indicativa de um valor ou um fim que deve ser genericamente alcançado pelas leis. E por isso possuem importância como estruturantes de um ordenamento jurídico, conferindo sentido valorativo e finalístico às normas, e propiciando coerência na aplicação das diversas normas.

Como normas portadoras dos valores e dos fins genéricos do Direito que são os princípios, violá-los é ofensa de repercussão muito mais ampla e grave que a infração de uma regra específica estabelecida pelo legislador. E de fato a Constituição vincula o legislador, que sob pena de incidir no excesso de poder legislativo, não poderia deixar de observar os princípios constitucionais ao legislar acerca dos contratos administrativos.

Ao editar a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – o legislador procurou atender aos princípios constitucionais. Claro que estes são também vinculativos aos atos administrativos decorrentes (vinculam os agentes administrativos) e em relação aos juízes, a quem informam as decisões. (PALU, 2005, p. 5)

A Constituição, e seus princípios, além do legislador, vincula também o Administrador Público. Sua atuação deve sempre refletir os preceitos de tais princípios, sob pena de realizar conduta viciada, atos impróprios para um agente público pela inconformidade com o Texto Maior.

Neto (2003) ainda aponta a não necessidade de que tais princípios venham expressos explicitamente na ordem jurídica, bastando que nela sejam expressos implicitamente. Mas pondera que a positivação de um princípio, sua expressão explícita, é sempre benéfica e desejável ao dar relevo e nitidez aos valores, ao sentido e aos fins que tal princípio guarda.

E por ter a Constituição Federal enunciado alguns princípios básicos para a Administração Pública, tais são considerados expressos, para distingui-los daqueles outros que, mesmo não estando explicitamente expressos, são aceitos pela doutrina, e que são denominados de reconhecidos, sendo essa a classificação utilizada por Carvalho Filho (2007).

É no Capítulo VII, do Título III – Da organização do Estado, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estão consagradas as normas básicas regentes da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E, no art. 37¹, expressa os princípios constitucionais “*essenciais para a probidade e transparência na gestão da coisa pública*” (MORAES, 2007, p. 81), que são apontados em seguida.

Primeiramente é apontado o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição, e que se aplica na Administração Pública, porém de maneira mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíbe. Condiciona Carvalho Filho (2007) a legitimidade da atividade do administrador público única e exclusivamente à compatibilidade com o disposto na norma de direito.

O princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. A Administração deve mirar exclusivamente o interesse público frente ao privado, e por isso reflete ao princípio da finalidade, como lembra Meirelles (1989), na afirmação que:

o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (artigo 37, caput), 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 objeto do ato, de forma impessoal. (MEIRELLES, 1989, p.81)

A impessoalidade, então, traduz a idéia de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo para manifestação da vontade estatal e, portanto, as execuções

¹ Eis os termos do 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...”.

administrativas não são do agente político, mas da entidade pública em nome da qual ele atua.

O princípio da moralidade atrela o administrador público aos preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Carvalho Filho (2007) ensina que o administrador, para cumprir tal princípio, deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade, e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

A conduta do administrador público que desrespeita ao princípio da moralidade administrativa configura os denominados atos de improbidade, previstos no artigo 37, §4º, da Constituição Federal. Atos que podem ser sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e intensidade previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Pode o Ministério Público propor ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92, de forma que o Poder Judiciário venha exercer o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

E para identificar a ofensa ao princípio da moralidade, ensina Di Pietro que:

não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem fala no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidade despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade. (DI PIETRO, 1991, p.111)

Outro princípio expresso é o da publicidade, que zela pela divulgação de atos públicos, para conhecimento dos administrados, possibilitando o controle e dando legitimidade a conduta dos agentes administrativos. É em observância a esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas.

E para concluir o rol de princípios expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição, tem-se o princípio da eficiência, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/98, que no projeto de Emenda era denominado qualidade do serviço prestado, conforme observa Carvalho Filho (2007).

O uso do termo eficiência, assevera Carvalho Filho (2007), transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. No mesmo sentido ensina Di Pietro que o princípio da eficiência *“impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”* (DI PIETRO, 2000, p.73), e ressalta Moraes (2007) que:

a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum dele, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito. (MORAES, 2007, p.93)

Com tal princípio, expõe Carvalho Filho (2007), busca-se produtividade e economicidade e, ainda, a exigência de reduzir os desperdícios para com os recursos públicos, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Como já mencionado, além dos princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outros princípios reconhecidos, possuidores de mesma relevância que aqueles.

Entre os princípios reconhecidos, pertinente chamar atenção, e aqui a base são os ensinamentos de Carvalho Filho (2007), ao: princípio da autotutela, que trata não apenas de uma faculdade, mas de um dever para a Administração de rever seus atos e

corrigir situações de irregularidades; princípio da segurança jurídica, que se dirige essencialmente a estabilizar relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos com vício de legalidade²; princípio da indisponibilidade, pelo qual os bens e interesses públicos pertencem à Administração, e não são de livre disposição por parte de seus agentes, aos quais cabe apenas geri-los; além do princípio da continuidade dos serviços públicos, que zela, via de regra, pela não interrupção da prestação de serviços essenciais à coletividade.

Passados alguns norteios trazidos por princípios às atividades administrativas do Estado, parte-se para a abordagem da competência legislativa, a quem compete normatizar sobre a execução dos contratos administrativos, e da legislação regulamentadora de tais instrumentos.

1.2 Legislação e competência legislativa

A Constituição de 1988 prestigia o uso do contrato administrativo ao adotar o princípio da livre iniciativa, no *caput* do art. 170, e ao afirmar a excepcionalidade da intervenção do Estado no domínio econômico, *caput* do art. 173, ainda mais quando da citação de entidades que explorem atividades econômicas, art.37, XIX. Mas o Instituto não foi sempre favoravelmente recepcionado em ordenamentos jurídicos:

A utilização do contrato administrativo já resistiu, no passado, a muitas restrições políticas e doutrinárias, particularmente no que respeita à espécie concessional de transferência de execução de serviços públicos. No Brasil, porem, tem sido tradicional, em nossas Constituições, a sua admissão ampla, como meio de obter os bens e serviços de que o Estado necessita (NETO, 2003, p. 168)

E, conforme ainda ressalta Neto (2003), de fato, pelo contrato o Estado se beneficia: de um lado, pelas vantagens da livre concorrência na busca de melhores condições

² Art. 54 da Lei nº 9.784 de 29.01.99: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

para execução de obras, serviços, fornecimentos em geral; e de outro, pelo alívio burocrático e orçamentário que o acordo representa, tudo isso resultando em maior eficiência em suas prestações. Além de que, pelo contrato, até mesmo empresas privadas se beneficiam com a demanda do Estado, por meio de suas contratações, que servem de impulso de crescimento e desenvolvimento a essas empresas.

Quanto à competência legislativa, a Constituição reservou à união a competência para legislar sobre normas gerais de contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais dela própria, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no tocante a obras, serviços, compras e alienações, conforme art. 22, XXVII.

Há, portanto uma exceção quanto ao princípio da autonomia político-administrativa das unidades da Federação³. Assim, sobre as contratações:

à União não compete mais que (...), na linha do instituto da competência concorrente limitada, de origem alemã, estabelecer uma moldura subprincipiológica (Rahmenvorschrift), dentro da qual caberá aos Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecerem amplamente suas peculiaridades e respectivas legislações administrativas. (NETO, 2003, p. 169)

E, sobre risco de ferir o princípio da autonomia federativa⁴, é preciso atentar que a referida competência se limita à edição de normas gerais, e, sendo assim, às demais entidades da federação foi conferida a competência para editar normas específicas, conforme alerta Carvalho Filho (2007, p. 161).

Portanto, a União legisla especificamente, esgotando as hipóteses, quando regula as contratações da Administração no âmbito federal, e legisla genericamente, sem descer a regras específicas, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a não lhes invadir a reserva de competência constitucional para regularem suas contratações, conforme bem sintetiza Neto (2003, p.169).

³ Art. 18, *caput* da Constituição Federal de 1988.

⁴ Art 18, *caput* da Constituição Federal de 1988.

A legislação federal que basicamente regula as contratações da Administração é a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. E quanto à expressão constitucional aqui empregada: contratação para as administrações públicas⁵, cabe esclarecimento sobre sua abrangência. Nessa questão esclarece Neto (2003) que:

o simples cotejo com o conceito fundamental de administração pública contido no art. 37, caput, da Carta Magna, está a evidenciar que contratações de interesse público é conceito mais extenso que contratação feita pelas pessoas administrativas (art. 37, caput), e mais extenso ainda que contratos administrativos, no sentido estrito, ou seja, aqueles nominadamente caracterizados em lei. Em todos os casos, por existir e onde se encontrar o interesse público, a regra que deverá prevalecer haverá de ser a pública. (NETO, 2003, p. 170)

Diante de tais considerações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 se dirige aos contratos da administração pública, entendidos pelo sentido constitucional abordado acima, sentido pautado na presença do interesse público. Regula sobre: as cláusulas necessárias de tais contratos - art. 55; seu regime jurídico próprio - art. 58; sua formalização - art. 60 e seguintes; sua alteração - art. 65; sua execução - art. 66 e seguintes; e sua inexecução e rescisão - art. 77 e seguintes. E estabelece tal regulamentação sem que, em suas normas, se configure uma tipicidade cerrada que venha a restringir novas definições.

E se a lei supracitada, também conhecida de Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas, segundo Carvalho Filho (2007), regula de maneira geral, sem esgotar todas as hipóteses de atuação, e estabelecer procedimentos ou rotinas para a atividade contratual, cabe às entidades da Administração, no que for conveniente e se fizer necessário, estabelecer norma específica própria, condizente com a norma geral.

Nesse sentido, cabe apontar, entre outras, uma orientação específica estabelecida para a norma geral de fiscalização, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal. Trata-se da Instrução Normativa nº2, de 30 de abril de 2008, possuidora de aspectos importantes que servem de exemplo e orientação

⁵ Art 22, XXVII, CF.

quanto à conduta a ser seguida, e procedimentos a serem observados, na realização da fiscalização contratual. Tal IN configura importante instrumento orientador mesmo para entidades administrativas que não apresentam subordinação a tal normatização, mas que podem adotar alguns de seus preceitos.

Abordada a legislação pertinente, é tratada na próxima seção a norma geral trazida pelo artigo 67 da Lei 8.666/93, o dever de fiscalização, e o que tal representa para a Administração.

2 – A DEMANDA POR FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Requisito legal

Das disposições trazidas pelo Diploma Legal que regulamenta as licitações e contratos da Administração Pública, a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, cabe destacar primeiramente o inciso III do artigo 58, situado no Capítulo III, Seção I, em que são abordadas as Disposições Preliminares para a regulamentação dos contratos administrativos. O artigo dispõe sobre o regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela Lei aqui referida, das prerrogativas da Administração se tratando de tais contratos. E ao lado de prerrogativas como a de modificar ou ainda rescindir tais ajustes unilateralmente, aplicar sanções ao acordante, ou mesmo ocupar e utilizar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados a certo contrato, rescindido, necessários à continuação de algum serviço essencial, a lei institui a prerrogativa da Administração de fiscalizar a execução dos contratos firmados⁶.

Há que se destacar também outro artigo, este contido na Seção IV do mesmo Capítulo III apontado acima, seção que dispõe Da Execução Dos Contratos. Trata-se do artigo 67, que determina que *“a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração (...)”* (BRASIL, 1993).

Ao configurar o regime jurídico da relação emanada do acordo contratual firmado, é conferido à Administração o poder de fiscalizar, e dispor da execução do contrato, a lei trata não apenas do dever da Administração em acompanhar tal execução, obviamente não se pode firmar um acordo e então negligenciá-lo, não observá-lo até que esteja finda a prestação do objeto acordado, mas além do acompanhamento, a ordem jurídica é também pelo dever de fiscalizar a execução. E nesse sentido que Braga Neto e Itani (2001, p.8) afirmam ser *“o controle e fiscalização da execução (...) poder-dever da Administração...”*.

⁶ Eis os termos que se quer destacar do art. 58: *“O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) III – fiscalizar-lhes a execução; ...”*

Cabe esclarecer, execução compreende o período entre a celebração do ajuste até a satisfação da última prestação acordada entre as partes. Meirelles citado por Braga Neto e Itani (2001, p.6) esclarece que executar o contrato é *“cumprir as cláusulas pactuadas, de acordo com a comum intenção das partes contratantes, manifestadas no momento da formalização”*.

Mesmo o artigo 66 da Lei 8.666/93 expõe que o contrato *“deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas”*, e de acordo também com as demais normas presentes nessa lei. Assim, se do ordenamento jurídico vem a demanda pelo acompanhamento e fiscalização, é do próprio contrato que vem a determinação do que deve ser acompanhado e fiscalizado, em se tratando do objeto a ser fornecido.

2.2 A atividade fiscalizatória

Entendido que, pela lei, é poder e dever da Administração fiscalizar a execução de seus contratos, e a que se refere à execução de um contrato, cabe agora tratar o que configura a atividade de fiscalização.

Jacoby (1999) esclarece que a atividade de fiscalização é uma faceta significativa do poder de polícia do Estado, e se fundamenta citando Bandeira de Mello:

... cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização dos pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas.

Do mesmo modo a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e casas de pasto, a vistoria de veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização de caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são entre outras numerosíssima, manifestações fiscalizadoras próprias da polícia administrativa. (MP/TCDF. PARECER 3.0244/99. PROCESSO nº 2.818/91)

Jacoby (1999) explica que a ação de fiscalizar, bem como o próprio poder de polícia, tem em sua essência a necessidade de conter o interesse do particular em confronto com o interesse da coletividade, e tal ação é traduzida pelo ato concreto de conformar o comportamento do particular em face das exigências legais e regulamentares preexistentes.

No contrato estão presentes as exigências legais preexistentes e também as cláusulas acordadas entre as partes, regulamentando o acordo celebrado, em face das quais deverá ser conformado o comportamento da parte que pactua com a Administração, a fim de traduzir a exigência legal do artigo 67. Também a fiscalização contratual corresponde à atividade de fiscalização abordada acima por Jacoby (1999).

Ainda tratando do conceito de fiscalização administrativa, Jacoby (1999) cita De Plácido e Silva:

FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. Assim se entende toda ação dos poderes públicos no sentido de vigiar e inspecionar certa ordem de serviços ou de negócios, mesmo de caráter individual, em virtude do interesse que possam trazer às coletividades.

Semelhante fiscalização pode ser efetivada em sentido generalizado, isto é, sem ser dirigida diretamente a determinada instituição ou empresa, como pode ser particularizada a certa soma de negócios desempenhados por empresas ou companhias.

No primeiro caso, encontram-se a fiscalização dos gêneros alimentícios, a fiscalização para manutenção da ordem pública, a fiscalização para o cumprimento das leis sociais, e outras dessa ordem, destinadas sempre a manter o respeito às instituições públicas ou aos princípios legais, que estabelecem obrigações ou deveres sociais.

Nas do segundo caso, compreendem-se a fiscalização das companhias de seguros, fiscalização bancária, fiscalização do ensino, fiscalização de empresas ligadas por contrato ou concessão aos poderes públicos.

As primeiras podem ser ditas propriamente de fiscalização pública, porque têm por objeto a vigilância e inspeção de fatos de interesse geral e de ordem legal. (MP/TCDF. PARECER 3.0244/99. PROCESSO nº 2.818/91)

A fiscalização administrativa, como força coercitiva para moldar a conduta de certo particular ao interesse público, é também aquela realizada pela Administração ao

apurar a conformidade de certa obra ou prestação, por parte de alguma empresa, para com o estabelecido em contrato. Na fiscalização contratual o interesse público se satisfaz pelo efetivo cumprimento do contrato firmado com a Administração, que precisa da prestação do objeto contratual para realização de seus fins, ou então sequer teria realizado o contrato.

Assim, como desenvolve De Plácido e Silva no trecho reproduzido acima, a modalidade de fiscalização direcionada a determinada instituição ou empresa, e não generalizada, pode não se enquadrar como fiscalização pública, mas não deixa de estar contida no mesmo grupo de fiscalização administrativa. Empresas ligadas por uma relação contratual à Administração estão sujeitas à ação fiscalizadora que, conforme apontado acima, tem a mesma essência coercitiva do poder de polícia do Estado.

Corroborando todo esse raciocínio tem-se o mesmo artigo 58 da Lei 8.666/93, com o qual foi iniciada essa discussão, em seu inciso V anuncia a prerrogativa da Administração de:

Art. 58 (...)

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado,... (BRASIL, 1993)

Como se observa, a atividade de fiscalização pode levar até mesmo à tomada do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, caso necessário a fim de apurar e precaver faltas contratuais que poderiam ameaçar a continuidade de prestação do objeto do contrato.

Chega-se a importante ponto sobre a extensão do conceito da atividade fiscalizatória, que não pode ser entendida como mera realização de atividades burocráticas. Assim, segundo Jacoby (1999) descabe entender “o conceito de atividade do fiscal (...) como arquivamento de segundas vias de documentos, expedição de documentos, elaboração de relatórios, encaminhamento de documentos para assinatura ou mesmo assiná-los”.

De fato, o ato de fiscalizar se encerra no ato de interditar uma obra, aplicar uma multa, editar um regulamento, apreender um veículo, e assim por diante.

Algo semelhante seria dizer, por exemplo, que os nobres Conselheiros do Tribunal julgam, então sua assessoria, que auxiliou e instrumentalizou a preparação dos votos – atividade de apoio, também estaria praticando atos de julgamento. Como se vê, os conceitos têm que ser entendidos no limite do razoável. (MP/TCDF. PARECER 3.0244/99. PROCESSO nº 2.818/91)

Não bastam típicas atividades secretariais, meramente burocráticas, como as ilustradas acima, para atender a demanda legal por fiscalização. É preciso que o ato da fiscalização do contrato seja completo e eficaz no sentido de não apenas cumprir formalidades e demonstrar o acompanhamento do agente frente à execução de um contrato, mas sim, como insistidamente aqui afirmado, assegurar que o comportamento do pactuante seja compatível com o acordado, ou que ele sofra as consequências por descumprir o pacto.

2.3 Necessidade de fiscalizar

Pelo princípio da legalidade, conforme já explicitado, o agente público é fiel aplicador da lei, fazendo tudo que nela lhe é imposto e nada além do que por ela lhe é permitido. A exigência pela fiscalização administrativa de seus contratos está na lei, e isso basta para que o administrador público não tenha opção senão a de atender a determinação legal.

Motta (2002), diante dessa determinação trazida pelo artigo 67 da Lei 8.666/93, afirma que, sendo inaceitável o contratado omissivo ou relapso, assim como a atitude do contratante que deixe de aplicar sanções devidas por tolerância ou negligência do agente público, a Administração contratante não pode renunciar ao dever-poder de fiscalização a ela imposto, e para corroborar seu raciocínio cita trecho do voto do Desembargador José Fernandes Filho, na Rescisória 770, TJMG, DJ de 19/4/82:

Não tendo vontade – porque sua vontade é a lei, de quem é escrava – a pública Administração não pode agir quando para tal não autorizada, nem deixar de agir quando sua omissão, mascarando generosa tolerância, contraria o interesse público. Ao contrário do que ocorre na área particular, a [sic] Administrador Público, fiel ao compromisso da investidura, carrega o pesado fardo dos chamados poderes-deveres, a lhe imporem, permanentemente,

procedimento que acuda aos superiores interesses da coletividade.
(FERNANDES FILHO *apud* MOTTA, 2002, p.489)

E várias foram as ocasiões em que, deliberando sobre o tema, o Tribunal de Contas da União se posicionou pela necessidade de fiscalização dos contratos administrativos; das quais são destacadas:

Observar a Lei nº 8.666/93, quando da realização de licitações e contratos, em especial: (...) e) o disposto no artigo 67 da Lei nº 8.666/93, quando da execução dos contratos, designando representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato; (TCU. PROCESSO nº 625.185/98-6. ACORDÃO nº 19/1999 – PLENÁRIO)

Designar formalmente para acompanhar e fiscalizar a execução de todo e qualquer contrato firmado (...) representante da Administração, o qual deverá anotar em registro próprio todas as ocorrências relativas ao contrato, bem como adotar medidas com vistas à regularização das falhas ou defeitos observados, em cumprimento ao que dispõe o art. 67, caput e seus parágrafos, da Lei nº 8.666/93; (TCU. RELAÇÃO 244/2004 – GAB. DO MIN. LINCOLN M. DA ROCHA – SEGUNDA CÂMARA)

Importante ressaltar que, referente à exigência legal de fiscalizar os contratos administrativos, muito mais que um preciosismo legal, obedecer a essa exigência, pelo contrário, remete ao interesse dos administrados pela eficiência na atuação da Administração⁷. Com mesma linha de raciocínio, em seu Manual de Licitações e Contratos, o Tribunal de Contas da União afirma que:

o acompanhamento e fiscalização do contrato é instrumento poderoso que o gestor dispõe para a defesa do interesse público. É dever de a Administração acompanhar e fiscalizar o contrato para verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus aspectos.
(TCU, 2006, p.346)

⁷ Eficiência que é princípio constitucional para a Administração Pública, conforme Constituição Federal, em seu Capítulo VII, Título III – Da Organização do Estado.

De fato, a fiscalização é poderoso instrumento, aliado do administrador público, capaz de precaver e apurar situações de ilegalidade e ineficiência na utilização de recursos públicos a que a Administração está suscetível, tal como pode ser ilustrado pela situação relatada por Braga Neto (2001), em breve relato de experiência vivenciada no serviço público:

Em um prédio de determinado órgão, foi verificada a desativação de quatro andares, que passaram a ser ocupados por órgão diverso do contratante, mas cujos serviços de limpeza continuaram a ser pagos indevidamente. A Contratada recebia sem prestar os serviços. O órgão que passou a ocupar os andares contratou outra empresa limpadora e passou a pagar pelos serviços de limpeza. Portanto, o pagamento do mesmo local era ilegalmente pago duas vezes por órgãos e para empresas diferentes. (BRAGA NETO e ITANI, 2001, p.14)

De um aparentemente simples contrato de serviço de limpeza, como o da situação acima, aos mais complexos acordos que a Administração executa diariamente com os mais diversos fornecedores, são inúmeras as situações problemas que podem ocorrer inusitadamente. Situações que, por serem inusitadas, por maior que seja o zelo do agente na contratação e elaboração do contrato, só podem ser de fato controladas, evitadas e remediadas com um acompanhamento e fiscalização contínua e específica para cada acordo estabelecido pela administração.

Contínua para que eventos relevantes da execução não passem despercebidos sem a devida apuração por parte do Estado, e específica porque o acompanhamento deve atender para as peculiaridades acordadas e natureza da prestação do contrato que se está a fiscalizar.

Cada acordo tem suas cláusulas, que variam dependendo da negociação ocorrida entre contratante e contratada, para acertar a maneira como se dará a prestação que se contrata, de acordo com as vontades e expectativas de ambas as partes refletidas no contrato. E cada prestação tem suas características próprias peculiares ao tipo de fornecimento que se está acordando; serviços de limpeza, como no exemplo acima, recapeamento de uma rodovia, ou mesmo serviços de consultoria ou capacitação, o Estado se relaciona com as mais diversas linhas de fornecimento e cada relação

formada com determinado fornecedor, instrumentalizada no contrato, irá refletir em seus termos as peculiaridades do tipo de fornecimento contratado.

A Administração, por lidar com diferentes formas de prestação, já que suas atividades para atender as demandas dos Administrados são as mais diversas, indo de educação a saúde, passando por transportes, além de diversas outras áreas, está diante de uma complexidade em sentido amplo. Uma dificuldade geral em lidar simultaneamente com todos os seus acordos firmados, ocasionada pela heterogeneidade de naturezas de prestação em tais acordos.

E existe, além dessa complexidade ampla mencionada, outra que também desafia a boa prestação administrativa diante do interesse público, esta específica de cada instrumento contratual em si. Não se trata da complexidade de lidar com vários contratos diferentes entre si, mas a que envolve a execução contratual singular de determinado contrato, o desafio de acompanhar determinado contrato específico e garantir que sua execução ocorra como esperado.

Referindo a essa segunda complexidade, a da execução contratual em si, interessante o seguinte trecho inspirado em uma decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e transcrito por Braga e Itani (2001):

A execução do contrato administrativo é etapa das mais complexas que enfrenta o Poder Público e na qual, com frequência, aparecem as maiores irregularidades e ilegalidade; superior, muitas vezes, ao momento da contratação e até mesmo da realização dos procedimentos licitatórios. É na implementação das medidas administrativas, na fase de execução, que a Administração Pública brasileira apresenta enormes vícios e imperfeições, pois, na fase precedente, da licitação, há disputa e os concorrentes se autofiscalizam.

O contrato deverá ser executado obedecendo-se ao pactuado e à lei, respondendo o Gestor e o contratado, pelas suas falhas na inexecução total ou parcial. (BRAGA e ITANI, 2001, p.7)

Entendido que a fiscalização não é apenas uma escolha legal, é requisito também de eficiência para as contratações públicas, cabe abordar pontos trazidos pelo trecho acima ao afirmar que “o Gestor” responde pelas falhas na inexecução total ou parcial do contrato. De fato, o contrato demanda a determinação de um responsável pela

fiscalização, nos moldes exigidos pela Lei, que está sujeito à responsabilização caso exerça de maneira irregular a fiscalização, seja negligente ao acompanhar a execução do contrato. Tal responsabilização, assim como a designação do agente responsável pela fiscalização, é o que será tratado em seguida.

2.4 O agente fiscalizador

Reza o artigo 67 da Lei 8.666/93, como já mencionado, pelo dever de fiscalização. Mas não só estabelece tal dever como também determina que a fiscalização deva ser exercida por um representante da Administração especialmente designado para tal. Eis os termos do artigo:

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (BRASIL, 1993)

Primeiro ponto, então, a ser abordado é que a fiscalização é exercida por um agente específico. Tal competência de representar o interesse da Administração será designada a um indivíduo específico, ficando este encarregado de garantir a execução do contrato ao qual foi designado. Não cabe, pelo disposto no artigo, que seja feita uma designação genérica a certo órgão.

É o que ensina o Tribunal de Contas da União, em decisão proferida no Acórdão 430/2005 – Plenário, referente a auditoria em obra da Câmara dos Deputados, que foi orientada a inserir, em processos, o ato de designação do representante da Administração encarregado do acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, em consonância com o artigo 67 da Lei 8.666/93. A Câmara alegou que designava um órgão de sua estrutura administrativa, a que atribuía as funções de órgão fiscalizador. Esse órgão, representado por seu titular ou substituto, funcionava como representante da Administração, e exercia a fiscalização e o acompanhamento dos contratos. Afirmou que a figura do gestor, então, era desnecessária, que um servidor não é capaz de substituir todo um órgão, e ainda que tal procedimento estava

disciplinado em normas internas que adaptou as normas legais ao funcionamento da Casa. Eis a análise do Tribunal:

A atividade de fiscalização e acompanhamento dos contratos é um dever-poder da Administração, que visa resguardar o interesse público contra possíveis defeitos da atuação do particular contratado.

No procedimento adotado pela Câmara dos Deputados, fica evidente que o Representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos é o titular ou substituto da unidade que detém a competência de gerenciar a obra ou serviço prestado pelo particular.

Como regra geral, pensamos que a formalização da indicação de um agente da administração não deve ser prescindida, especialmente para obras, serviços de engenharia ou outras contratações especializadas. (...)

Obviamente, não há que se esperar que o titular de uma unidade administrativa, ou seu substituto, que detém a gerência administrativa de vários contratos, seja polivalente o suficiente para centralizar toda a atividade de acompanhamento e fiscalização. Com certeza, na sistemática vigente na Câmara dos Deputados, haverá delegações das funções para os servidores lotados nas respectivas unidades administrativas, mediante ordens verbais. Portanto, havendo necessidade de apuração da atuação funcional em caso de fiscalização e acompanhamento de determinado contrato, como responsabilizar o chefe, ou seu substituto, se a responsabilidade foi dissipada entre diversos servidores da unidade administrativa? Conclui-se, então, que essa delegação deverá ser formalizada, mediante a designação prevista pela Lei 8.666/93. (...)

No caso de obras ou serviços de engenharia, por exemplo, há que se ter um servidor representante da Administração, com formação suficiente, especialmente designado para acompanhar todas as fases da execução do contrato, sob pena de não se detectar tempestivamente defeitos de execução ou utilização de materiais fora do padrão convencionado. (...)

A determinação expressa na alínea 'd' do item 8.1 da decisão vergastada ordena que seja juntado aos autos do certame o ato de designação do representante da Administração. Essa juntada possibilita a atuação do controle, quer seja interno ou externo, em vista da identificação clara do representante da Administração no contrato, que poderá ser consultado sobre a fiscalização e acompanhamento exercidos durante a vigência do pacto.

Ademais, os argumentos trazidos pelo Recorrente, tais como o fato de que a Casa Legislativa estruturou suas unidades administrativas, definindo suas competências, e portanto, a figura do gestor é desnecessária, não são suficientes para afastar a exigência posta no artigo 67 da Lei 8.666/93, que é clara ao requerer a nomeação de um representante da Administração.

Em face do exposto, pensamos que não deve prosperar a argumentação do Recorrente nesse ponto específico. (TCU. PROCESSO Nº 005.838/2001-2. ACÓRDÃO 430/2005 – PLENÁRIO)

Superado este primeiro ponto, cabe breve abordagem sobre o ato de designação do representante da Administração, o fiscal do contrato. Pela decisão acima se percebe que a designação deve ser formal, visto que requer juntada do ato de designação aos autos do processo. E de fato, várias outras decisões do Tribunal são determinadas quanto à necessidade que a designação seja formal⁸.

Percebe-se também que tal designação não precisa ser feito, segundo entendimento do Tribunal, no próprio contrato. Obviamente, sendo o contrato o instrumento que regulamenta a relação firmada, é pertinente e cabível cláusula com designação expressa do servidor que será encarregado da fiscalização. Mas é compreensível que no decorrer da execução pode ser necessária a mudança do fiscal, dada alteração de alocação de servidores em algum órgão ou mesmo por conveniência de distribuição de tarefas no órgão. Assim, estando a designação expressa no contrato, tal mudança, sempre que ocorrer, demanda alteração contratual, quando um termo de designação formal, em separado, incluído ao processo satisfaz por completo a demanda legal.

Compartilha esse entendimento Ferreira Júnior (2008, p.46), para o qual *“sua designação (do fiscal) pode estar prevista no próprio instrumento contratual ou formalizada em termo próprio”*.

⁸ Vide exemplo: Processo 825.125/96-0. Acórdão 584/97 – Plenário; Processo 014.662/2001-6. Acórdão 2.521/2003 – 1ª Câmara; Processo 006.796/2000-7. Acórdão 93/2004 – Plenário; Processo 625.185/98-6. Acórdão 19/1999 – Plenário; Processo 006.116/2004. Acórdão 1.938/2004 – 1ª Câmara; e Processo 018.117/2002-0. Acórdão 1.453/2003 - 1ª Câmara.

Resumindo, há que se nomear formalmente um servidor a quem incumbe o dever de acompanhar a execução do contrato. E já foi aqui apontado que execução contratual é fase complexa, e várias podem ser as peculiaridades técnicas de determinada prestação que foge do conhecimento comum, é o que Ferreira Júnior (2008) retrata como regras técnicas, científicas ou artísticas previstas no instrumento contratual as quais o fiscal deve apurar o cumprimento a fim de garantir a execução e os resultados esperados para determinado contrato. Por isso que *“a designação do fiscal recairá sobre o titular da unidade que tenha conhecimento técnico do objeto do contrato”* (FERREIRA JÚNIOR, 2008, p.45).

Ciente da necessidade de tal expertise do fiscal, para que este seja efetivamente capaz de fiscalizar a execução a que foi designado, e que muitas vezes pode ocorrer de, no quadro de servidores da entidade, não estar disponível agente qualificado com os conhecimentos técnicos específicos requeridos pela atividade que se demanda fiscalização, a Lei de licitações e contratações prevê⁹ a possibilidade de contratação de terceiro para assistir o fiscal, subsidiando-o de informações pertinentes a essa atribuição.

Outro ponto relevante a ser considerado ao definir o fiscal, além da qualificação do servidor, se adequada ao posto, é referente ao princípio da segregação de funções. De acordo com tal princípio, nenhum servidor ou seção administrativa deve sozinho deter funções de autorização/aprovação, operação/execução, controle e contabilização, ou seja, controlar todas as fases inerentes a uma operação. Cada fase deve, preferencialmente, ser executada por pessoas e setores independentes entre si, possibilitando a realização de uma verificação cruzada. Essa é a explicação de Fernandes (2009, pp. 194 a 197) que resume: *“quem controla não executa, quem executa não controla”*.

⁹ Art. 67 da Lei 8.666/93.

Tal princípio deriva da moralidade da Administração Pública¹⁰, prezando pela idoneidade no desempenho de certas funções da Administração. O entendimento consubstanciado pelo Tribunal de Contas da União sobre a matéria é:

Separação de funções – princípio básico de controle interno que consiste na separação de funções, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações. (TCU. PORTARIA Nº 63/96, GLOSSÁRIO)

Como consequência tem-se a impossibilidade da fiscalização ser realizada pelo órgão jurídico da entidade, conforme determinou o Tribunal de Contas da União: “... *abstenha-se de delegar à sua Procuradoria as funções de seleção e fiscalização do contrato, observando-se o princípio da segregação de funções*”. (TCU. RELAÇÃO 45/2005 – GAB. DO MIN. SUBST. AUGUSTO SHERMAN – PRIMEIRA CÂMARA)

Seguindo similar fundamentação o Tribunal de Contas do Distrito Federal recomendou, na Decisão nº10368/96, que se evite nomear para compor a Comissão Permanente de Licitação servidores responsáveis pela execução de contratos ou aqueles, que devido ao exercício da função tenham relacionamento direto e frequente com fornecedores de bens ou serviços, atendendo, dessa forma, o princípio da segregação de funções.

Tratada a obrigatoriedade de se indicar um servidor para o exercício de acompanhar e fiscalizar a execução de um contrato firmado pela Administração com algum particular, avança-se agora para a responsabilidade conferida ao agente derivada de tal nomeação, que pode ensejar inclusive responsabilização de ordem administrativa, civil e penal, como alerta Ferreira Júnior (2008).

Murakami (2009) esclarece que o Fiscal de Contratos poderá ser responsabilizado a indenizar o Estado por prejuízos causados, com ou sem intenção, abrangendo as hipóteses de imperícia, imprudência e negligência, e que responde por seus atos nas esferas administrativa e judicial. Responsabilidade não restrita aos crimes previstos na

¹⁰ Art. 37 da Constituição Federal.

Lei de Licitações e Contratos, mas também aos crimes típicos do servidor público e os gerais imputáveis ao cidadão comum. Trata-se da responsabilidade administrativa/funcional, civil e penal sobre os atos que praticar.

E várias vezes o Tribunal de Contas da União tem, sem receio, condenado fiscais de contrato, diante de irregularidades em suas condutas como: atestos de faturas relativas ao contrato sem a apresentação de elementos comprobatórios por parte da contratada e a devida verificação da regularidade da execução; omissão diante de indícios de irregularidades; negligência na fiscalização e verificação da execução do contrato em geral. Além de multas e débitos para repor danos causados ao erário, o agente pode ainda ficar inabilitado por certo período a ocupar cargo público¹¹.

Interessante apontar que, conforme entendimento do Tribunal, não é necessário a apuração de qualquer dano ao erário público para a condenação do fiscal negligente:

Igualmente inaceitável é a falta de acompanhamento pelo responsável pela geração dos dados que resultaram nos pagamentos do empreiteiro. Tal negligência denota desídia administrativa e falta de zelo para com a res pública. Tanto que, embora não tenha sido apurado qualquer dano ao Erário, é legítima, legal e bem merecida a multa aplicada ao gestor. (...) Concernente à assertiva do recorrente de que "... nos atos perpetrados, tidos como irregulares, não se identificam qualquer indício de dolo e má-fé...", configurando-se, no seu dizer, "... em falha de natureza meramente formal", é preciso deixar assente que, em processos de fiscalização, se não elidido o fundamento da impugnação (irregularidade), o Tribunal aplicará ao responsável multa. (...) Não se faz distinção entre culpa e dolo, muito menos exigência de dolo para condenação, mas leva em conta o nexos de causalidade ou liame da conduta do responsável para com a falha/irregularidade consumada. (TCU. PROCESSO Nº 600.394/1997-2. ACÓRDÃO Nº 1908/2004 – SEGUNDA CÂMARA)

¹¹ Vide TCU: Processo 011.291/2003-9. Acórdão 1577/2004 – Plenário; Processo 003.089/2001-9. Acórdão 1.693/2003 – Plenário; Processo 006.796/2000-7. Acórdão 93/2004 – Plenário; Processo 003.813/2000-6. Acórdão 32/2001 – Plenário.

Observa-se clara determinação do Tribunal, além do cabimento de multa mesmo sem dano ao erário público, da não necessidade de dolo para que ocorra a responsabilização. Basta que se configure, então, a culpa *stricto sensu*. Explica o Tribunal que “*age com culpa quem atua com imperícia (relativa à falta de habilidade, de capacidade técnica), imprudência (ligada a ações temerárias) ou negligência (relacionada com ações desidiosas ou com omissões)*” (TCU. PROCESSO Nº 003.089/2001-9. ACÓRDÃO Nº 1.693/2003 – PLENÁRIO). Há que se analisar a conduta do fiscal a fim de auferir se seus atos estão ou não configurando uma dessas modalidades de culpa, se está presente o nexo de causalidade.

E diante das responsabilidades derivadas da função de fiscal, é natural que servidores apresentem resistência a serem designados como fiscais. Sucinta e esclarecedora é a orientação de Ferreira Júnior (2008) sobre a possibilidade de o agente tentar recusar a atribuição de fiscal:

muitas vezes, alegando que não prestou concurso para ser fiscal de contrato. Ledo engano: as designações advindas da Administração Pública, em decorrência de dispositivo legal, não conferem ao servidor atribuição que não estava prevista por ocasião do concurso de ingresso ao cargo.

São deveres do funcionário, cumprir as ordens superiores, exceto quando forem manifestamente ilegais. O raciocínio para a designação de fiscal de contrato é o mesmo aplicável para o caso de nomeações para comissões de sindicantes, estando também incumbido de realizar este mister. Trata-se de obrigação adicional, indicada entre os compromissos dos agentes públicos, não havendo, portanto, possibilidade de ser recusado o encargo.
(FERREIRA JÚNIOR, 2008, pp. 50-51)

Por fim cabe esclarecer que nem sempre o agente encarregado da fiscalização é chamado de Fiscal. No trabalho aqui apresentado, é empregada a denominação Fiscal, mas em algumas citações trazidas acima, é possível observar o emprego da expressão Gestor se referindo à mesma figura aqui abordada, se referindo ao agente

representante da Administração que acompanha e fiscaliza a execução do contrato. É o que se aborda em seguida.

2.5 Fiscal x Gestor

Não existe uma única denominação para se referir ao agente responsável pela fiscalização. O Tribunal de Contas da União, em sua jurisprudência, utiliza muito o termo Gestor, ou mesmo Executor do Contrato, para se referir a esse agente. Já alguns autores, como por exemplo Maryberg Braga Neto, empregam a junção Fiscal/Gestor, por saber que ambas as expressões são, muitas vezes, empregadas se referindo à mesma figura.

E existem aqueles autores que trabalham sobre a fiscalização de contratos, como Léo da Silva Alves, e utilizam a denominação Fiscal. No trabalho aqui apresentado optou-se pela utilização do termo Fiscal, não por acaso, mas sim, primeiramente, porque esse termo é de fácil associação à atividade requerida pela Lei aqui abordada, qual seja, uma atividade de fiscalização, além de que qualquer doutrinador ou estudioso da área, mesmo não optando por tal expressão, a reconhece como legítima de ser utilizada ao se tratar do tema. E em segundo, porque se opta pela utilização do termo Gestor para outra figura também relacionada à execução dos contratos da Administração, mas diversa da do fiscal.

Introduzida, então, na abordagem aqui realizada, essa nova figura, a do Gestor de Contratos, e não custa ressaltar, que não se confunde com a do Fiscal de Contrato, primeiro cabe dissertar sobre a função do Gestor, e como tal função diverge e se relaciona com a do Fiscal, para então ser feita abordagem sobre quem, na estrutura organizacional do órgão da Administração, será esse Gestor.

Não é por acaso que foi feita referência acima ao fiscal do contrato, no singular, e ao gestor de contratos, no plural. Essa é a primeira diferença básica, o fiscal está atrelado a um contrato específico, sobre o qual se espera que tenha conhecimentos especializados referentes à prestação que é feita por tal instrumento e que

acompanhe e fiscalize de perto a execução, representando a Administração e garantido o fiel cumprimento do acordado nas cláusulas contratuais, assegurando que não seja realizado pagamento sobre prestação não cumprida ou cumprida de maneira diversa ao esperado. Já o gestor, este está atrelado a uma cartela de contratos, sua visão e acompanhamento é mais ampla, sobre um determinado grupo de contratos que se encontra sobre sua gerência.

Não se confunda GESTÃO com FISCALIZAÇÃO de contrato. A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; a fiscalização é pontual. Na gestão, cuida-se, por exemplo, do reequilíbrio econômico-financeiro, dos incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle de prazos de vencimento, prorrogação etc. É um serviço administrativo propriamente dito, que pode ser exercido por uma pessoa ou por um setor.

Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato. (ALVES, 2008, p.3)

Distinção essa, feita basicamente da mesma forma, também por: Ferreira Júnior (2008), empregando os termos Gestão Administrativa e Fiscais Técnicos; e Raimundi (2007), que emprega Gerenciamento dos contratos e Fiscalização da execução dos contratos.

É de comum entendimento dos estudiosos acima mencionados que a gestão é geral dos contratos. Poderá ser exercida por um setor ou por um funcionário e trata de questões amplas, ligadas a aspectos econômicos dos contratos, assim como questões de conveniência pela realização, prorrogação, ou encerramento de acordos. Trata ainda da realização de planejamento para alcançar benefícios de ordem econômica e administrativa, como previsão de demanda e atendimento dessas por um menor número de acordos ao invés de vários acordos diversos, como meio de auferir, por exemplo, menores custos, ou evitar retrabalho. O gestor é o encarregado sobre questões de amplitude geral que, por vezes, extrapolam o âmbito de um único contrato.

Esclarece Alves (2008) que é o gestor quem nomeia o fiscal específico de cada contrato, e que cabe a ele adotar as providências necessárias quanto a incidentes cuja solução não possa ser realizada diretamente pelo fiscal, conforme parágrafo 2º do artigo 67¹².

Já o fiscal, ensina Alves (2008), é quem verifica o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus aspectos. Vai zelar pela qualidade da prestação contratual, receber e dirimir reclamações dos setores da Administração atingidos pela prestação, além de orientar a contratada sobre a correta execução do contrato, notificá-la sobre situações temerárias, já que sua postura é também preventiva, recomendando medidas e estabelecendo prazo de resolução para a contratada.

Enquanto o fiscal é escolhido, tendo em vista sua capacidade técnica de entender e acompanhar a prestação a que fiscaliza, o gestor geralmente já está definido pela organização da estrutura da entidade administrativa. Gestor é aquele titular do órgão a que os contratos estão vinculados ou subordinados, seja pela figura do ordenador de despesa, aquele que autoriza a contratação, ou por meio de uma resolução de competências interna da entidade que estabelece e divide chefias ou unidades que são responsáveis pelas contratações referentes a determinada área de atuação ou que recebam recursos de determinada dotação ou origem orçamentária.

Essa distinção, nos moldes aqui abordados, é corroborada por posicionamento do Tribunal de Contas da União na já aqui mencionada decisão contra a Câmara dos Deputados, que tentaram alegar que seus gestores contratuais eram também fiscais contratuais. O Tribunal, com propriedade, afirmou que:

Obviamente, não há que se esperar que o titular de uma unidade administrativa, ou seu substituto, que detém a gerência administrativa de vários contratos, seja polivalente o suficiente para centralizar toda a

¹² Art. 67, §2º: “As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante (fiscal) deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes”.

atividade de acompanhamento e fiscalização... (TCU. PROCESSO Nº 005.838/2001-2. ACÓRDÃO 430/2005 – PLENÁRIO; grifo nosso)

Vê se que o Tribunal reconhece na chefia da unidade administrativa a gerência administrativa, e que é incompatível a tal chefia a fiscalização que, como exaustivamente já mencionado, deve ser específica, de acompanhamento e fiscalização detalhado.

A gestão também representa o interesse da Administração e, segundo o próprio Tribunal¹³, relaciona-se mais com a eficiência, eficácia e economicidade da ação administrativa, relativa a suas contratações em geral. Já a fiscalização, que é a ênfase do trabalho aqui realizado, zela pela qualidade da prestação e, conseqüente, não lesão do erário e do interesse da Administração no contrato específico.

Ainda tratando da distinção de atribuições entre fiscal e gestor, se o fiscal é aquele que acompanha a prestação de perto a fim de assegurar a observância de aspectos técnicos relativos a quantidade, qualidade e regularidade na prestação de um certo instrumento contratual, aspectos da gerência administrativa desse certo instrumento, e não só dele, mas do quadro de instrumentos contratuais da entidade, é atribuída ao gestor.

Gerência administrativa aqui referida remete ao controle de documentos, arquivo, controle de prazos, enfim, atividades administrativas de rotina e semelhantes para todos os contratos firmados. Tais atividades não correspondem à capacidade dos fiscais, e finalidade de sua presença nas execuções contratuais. Tais atividades, inclusive, demandam uma continuidade e execução centralizada a fim de gerar estabilidade e segurança em sua execução.

E, se a fiscalização é um agente, a gestão não é exercida unicamente por uma pessoa, pode ser exercida por um órgão. Não se pode esperar que o gestor, ao qual compete atribuição de diversos contratos, seja capaz de acompanhar e realizar todas as tarefas administrativas referentes aos seus contratos, para tal contará com o auxílio de uma

¹³ Vide TCU: PROCESSO nº 625.185/98-6, ACORDÃO nº 19/1999 – PLENÁRIO.

equipe cuja função seja exatamente realizar tarefas administrativas relativas à gerência contratual. E as realizam sobre orientação do gestor, que é a quem compete a atribuição de decidir sobre o contrato, ou contratos sobre sua competência.

Esse também é o entendimento expresso por Alves (2008), que em sua detalhada análise do tema, determina que para realização da gestão contratual, deve ser constituído um núcleo de serviço, composto por um gestor, e funcionários de apoio.

Sem discordar de Alves (2008), pelo contrário, complementando seu raciocínio, cabe ressaltar que tais funcionários de apoio, que realizam atividades da gerência administrativa acima citada, realizam tal atividade sobre orientação e autoridade do gestor quanto às questões contratuais, mas não precisam necessariamente estabelecer um núcleo de serviços próprio entre gestor e seus funcionários de apoio. Entende-se que, para entidades administrativas de maior porte, por exemplo, onde existam vários gestores contratuais, determinados e diferenciados quanto à competência, tais funcionários de apoio não precisam atender unicamente a um gestor, em que seriam necessários vários núcleos de apoio realizando as mesmas atividades administrativas. Para tais entidades, interessante é um único grupo de apoio, especializado em realizar as tarefas administrativas da gerência contratual, que atenda a todos os gestores, o que configuraria um setor de contratos.

Tal setor, além de atender as demandas dos gestores para seus contratos, ainda é capaz de orientar o fiscal de contrato quanto às suas atribuições, e responder a questionamentos que tal venha a se deparar durante a realização da fiscalização, sobre questões legais ou procedimentais de contratos.

Entendidas as naturezas da função do fiscal e do gestor, e ainda apontada a pertinência de um setor de contratos, cabe alertar que pouco importa a denominação utilizada, o que determina se tratar de uma figura ou outra são as características aqui apontadas para cada uma dessas figuras. Não interfere a denominação dada ao agente designado a exercer a fiscalização, requerida pelo art. 67 da Lei de Licitações e Contratos. Se é o representante da Administração encarregado de fiscalizar a

execução, terá que atentar aos atributos de sua função aqui apontados, seja ele chamado de fiscal, gestor, executor, etc.

E qual denominação será empregada, como demais peculiaridades e procedimentos referentes à fiscalização, deverão ser orientados por normatização específica elaborada pela unidade administrativa. É o tema da próxima seção a necessidade de elaboração de normas internas que detalhem os procedimentos e rotinas de acompanhamentos de contratos para a entidade, da maneira que lhe seja conveniente e compatível com sua estrutura.

3 - NORMATIZAÇÃO INTERNA E PROCEDIMENTOS REFERENTES À FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

A Lei 8.666/93, conforme repartição de competências entre entes da Federação, dispõe sobre as normas gerais para Licitações e Contratos. Diante de norma geral, cabe às unidades administrativas regulamentarem para si normas internas e rotinas que detalhem e sistematizem os procedimentos gerenciais e de fiscalização para os seus contratos.

Não só cabe, como é recomendável. É o que tem orientado o Tribunal de Contas da União, em decisões proferidas, como em um processo contra a Agência Nacional de Águas do Ministério do Planejamento do Governo Federal, em que determinado à entidade que: *“envide esforços no sentido de desenvolver e concluir o normativo interno que detalhe os procedimentos e rotinas de acompanhamento de contrato”* (TCU. RELAÇÃO 45/2005 – GAB. DO MIN. SUBST. AUGUSTO SHERMAN – PRIMEIRA CÂMARA).

O artigo 67 da Lei 8.666/93 é a norma geral de fiscalização, trata do dever de fiscalização, mas não orienta sobre a forma como tal fiscalização deve ser exercida. Tal definição, sobre o procedimento pelo qual deve ser exercida a fiscalização, foge da competência de uma norma geral, e é específica de cada entidade. Deve ser estabelecida observando as peculiaridades e configuração próprias da entidade.

E diante da complexidade presente na execução contratual, os diversos agentes envolvidos, com atribuições e competências diversas que a princípio podem não ser claramente distinguidas, e ainda a rotatividade desses agentes, no caso dos fiscais, que se alteram para cada contrato, ou mesmo em um mesmo contrato no decorrer do tempo, faz-se mister, como tem se posicionado o TCU, que a entidade administrativa realize uma normatização interna, capaz de orientar a gerência contratual e correta fiscalização da execução contratual.

Tal normatização determinará procedimentos e rotinas relativas à fiscalização contratual, ou toda sua gerência, identificando e diferenciando as atribuições e competências de cada órgão ou agente envolvido na execução contratual, e podendo ainda, além de orientações básicas, estabelecer modelos ou roteiros de conduta para

os agentes envolvidos. Tal norma, específica à entidade, enquanto complementa a norma geral, é capaz assim de orientar o acompanhamento contratual e determinar competências de acordo com a configuração e características próprias dessa entidade.

E sobre esses procedimentos relativos à fiscalização, algumas condutas não podem deixar de ser observadas, como, por exemplo, o registro próprio por parte do fiscal de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, conforme determina o § 1º do art. 67, da Lei 8.666/93. Trata-se do diário de obras, ou registro de ocorrências, conforme denomina o TCU¹⁴.

De maneira geral, a conduta do fiscal se direciona a garantir a regular execução do contrato, e remuneração da contratada por parte da Administração apenas pelo que foi efetivamente realizado, além de, caso necessário, providenciar correções e sanções a desvios de conduta da contratada.

Os procedimentos a serem executados na fiscalização deverão, assim, serem voltados a atingir tais objetivos. Quanto à regularidade da execução, por exemplo, o fiscal pode requerer que a contratada mantenha as condições de habilitação para contratar com a Administração, incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e Fazenda Pública. Deve assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, como recolhimento da contribuição previdenciária¹⁵, FGTS, pagamento do salário estabelecido no acordo, no prazo e com os benefícios estabelecidos, dentre outras comprovações.

Será necessário também que venha a agir de forma a apurar e garantir a qualidade do objeto que está sendo prestado, conforme o que esteja estabelecido em acordo. Sendo, inclusive, a quem reclamações quanto a qualidade da prestação devam ser direcionadas, já que o fiscal será capaz de identificar se de fato a contratada está prestando objeto inferior ao acordado, e orientar as adequações que se fizerem

¹⁴ TCU. Processo nº TC-006.061/2004-6. Acórdão nº 552/2005 – 2ª Câmara.

¹⁵ Artigo 195, §3º da Constituição Federal.

necessárias, e mesmo punir caso tais adequações não sejam atendidas pelo particular que pactuou com a Administração.

E ainda mesurar o que foi de fato cumprido e realizado quanto ao objeto do contrato, por meio de análise da conformidade dos faturamentos apresentados pela contratada para pagamento e, assim, realização da remuneração acordada com a contratante. É o fiscal quem atesta as faturas apresentadas pelas empresas contratadas para pagamento por meio do erário público. Atesta assegurando que a cobrança do particular é justa e fundada, o que está sendo apresentado foi de fato realizado, protegendo, assim, os recursos financeiros públicos.

Essas são, de maneira geral, as três naturezas de demanda de atuação para o fiscal de contrato administrativo, e os procedimentos que realizar devem se enquadrar, objetivar satisfazer algum dos pontos acima abordados. Cabendo ainda, para finalizar, apontar que se trata de tarefa crítica de fiscalização, da qual podem originar responsabilizações e penalidades para a contratada, ou mesmo motivar sanções para agentes da Administração, quando omissos em fiscalizar a execução contratual, e assim sendo, tudo o que for realizado referente à fiscalização de contratos deve ser formalmente registrado e anexado ao processo do contrato que está sendo fiscalizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na legislação levantada, assim como jurisprudência e doutrina, foi possível orientar sobre a demanda legal por fiscalização dos contratos administrativos e, ainda, realizar proposta sobre quais moldes a atividade fiscalizadora deve ser realizada.

Entendeu-se que todo e qualquer contrato deve ser fiscalizado. Fiscalização que deve ser regularmente exercida, ser contínua a fim de garantir efetiva apuração da realização do objeto por parte da contratada. Até mesmo porque, como foi abordado, a fiscalização não se refere apenas a atestar faturas e apurar o que foi executado, há que atentar para sua natureza preventiva, de evitar que erros da contratada ou danos ao interesse público ocorram.

É por isso que, conforme foi tratado, é papel do fiscal orientar a contratada quanto à execução do contrato. Trata-se de função ativa que, inclusive, não apenas demanda a identificação de vícios, mas também a tomada de providências no sentido de saná-los ou então apurar as devidas responsabilidades e penalizar os culpados.

Formou-se uma definição do que é um fiscal de contrato, agente que representa a Administração na relação contratual e acompanha a prestação do fornecedor, que age preventivamente e busca assegurar os resultados esperados pela realização do acordo contratual.

Ressalta-se a importância da fiscalização, que orientada por regras claras, possibilita maximizar resultados, minimizar riscos econômicos e jurídicos, assegurando que os objetos de contratação sejam prestados atendendo aos padrões de qualidade e quantidade fixados no acordo firmado entre Administração e Particular.

Orientou-se sobre a designação do fiscal, sua formalidade necessária e ainda, segundo orientação do princípio da segregação de funções, incompatibilidade de certos agentes já atrelados à execução contratual de serem designados como fiscal de contrato.

E foi tratada ainda a diferenciação entre Fiscal e Gestor, ambos resguardando interesses da Administração, mas com focos diferentes. O primeiro, de maneira específica sobre determinado contrato, assegura a qualidade e conformidade da

prestação a que fiscaliza. O segundo, gerencia vários contratos, e busca garantir eficiência nas contratações do Estado.

Diante da norma geral de fiscalização, disposta na Lei de Licitações e Contratos, foi demonstrada a orientação por elaboração de norma específica interna que estabeleça rotina sobre a fiscalização e acompanhamento dos contratos. Para que a entidade administrativa seja, de fato, capaz de realizar a atividade fiscalizatória, de maneira eficiente, é preciso que um estudo seja realizado a fim de estabelecer para tal entidade uma normativa própria que regulamente a norma geral. Regulamentação que trás atribuições e competências, procedimentos e rotinas, enfim, orienta a fiscalização contratual no contexto da entidade administrativa.

Como foi abordado, vários são os agentes envolvidos na fiscalização contratual, realizada muitas vezes por técnicos sequer familiarizados com atuações da área meio da administração, e ainda é alta a rotatividade desses fiscais. Além dos fiscais, vários outros agentes ainda estão envolvidos na execução contratual, responsáveis pela contratação, confecção contratual, gerência de tais instrumentos, análise legal e auditoria, recebimento do objeto contratado, entre outras. E a execução contratual, como mostrado, é atividade das mais complexas e problemáticas com que lida a administração pública.

Faz-se mister, então, para a entidade, o estudo e elaboração de normativa própria capaz de maneira clara orientar o processo de fiscalização, ou, pelo menos, adote alguma normatização de outra entidade com estrutura semelhante à sua para a orientação de sua atividade fiscalizatória.

Até mesmo porque, para fiscalizar, o fiscal não responde apenas a normas que tratem sobre fiscalização. Ao garantir a execução, e que tal se proceda regularmente conforme o acordo, o fiscal vai além de mensurações de qualidade e quantidade prestada, e deve atentar para as demais normas que venham a exigir alguma conduta de terceiros ao contratar com a Administração, como legislações trabalhistas, previdenciárias ou de seguridade social, por exemplo. Trazendo esses requisitos a uma única instrução, na determinação de roteiros e rotinas, se subsidia de maneira clara a

atividade do fiscal, para que este saiba como garantir a regularidade do contrato sobre sua fiscalização.

Outro ponto importante trazido pelo estudo aqui realizado é quanto à natureza das atribuições que deve receber o fiscal. Como foi retratado, o fiscal é escolhido e trazido pelos conhecimentos técnicos que possui, a fim de garantir a conformidade da execução contratual ao acordado, assegurando a qualidade da prestação, e a remuneração apenas sobre o que foi de fato realizado. Não cabe ao fiscal, por tal raciocínio, a realização de atividades administrativas relativas à gerência contratual, até porque o fiscal o é temporariamente, e para um único contrato. Necessário então perceber essa diferença de natureza de atribuições, que deve ser o principal norteador na diferenciação de atuação e responsabilidades entre a gestão e a fiscalização dos contratos.

E para concluir, mas não menos importante, é a constatação de que a atividade fiscalizatória não deve ser mera apuração e mensuração do realizado pela contratada, a fim de atestar faturas e reportar irregularidades efetuadas. O fiscal deve ser ativo em evitar que a conduta da contratada se desvie do acordado em contrato, e ainda garantir as devidas sanções à conduta do particular, quando cabível.

Se a empresa que contrata com o Estado, conforme dispõe o Estatuto de Contratações e Licitações, deve estabelecer um preposto para se relacionar com a Administração durante a execução contratual, pelo lado da Administração, o fiscal é o agente responsável em se relacionar com a contratada, e orientar esta quanto à execução do contrato, fornecendo normas e diretrizes para a execução da contratada, conforme o que estiver estabelecido no contrato. É diante da orientação do fiscal que a contratada operacionaliza a execução.

A fiscalização é ação indispensável a fim de assegurar eficiência e legalidade nas contratações públicas, e por meio das orientações aqui trazidas espera-se que seja possível a toda e qualquer unidade administrativa exercer e atender ao poder-dever de fiscalizar seus contratos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leo da Silva. "Manual Fiscalização Contratos." *Da Silva e Alves Consultoria em Gestão Governamental*. 10 de Outubro de 2008.
<http://www.leodasilvaalves.com/Manual%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20Contratos.pdf> (acesso em 23 de Julho de 2009).
- . *Prática de gestão e fiscalização de contratos públicos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BARBOSA ALVES, Ricardo. "Aditamentos, revisões e prorrogações contratuais e reajustes de preços." In: *Ensaio de Cidadania 1: Licitações*, por José Benedito Tarifa, 353-381. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.
- BRAGA, Maryberg, e Elza Emi ITANI. "Gestão de Contratos de Prestação de Serviços." *Cadterc - Cadastro de Serviços Terceirizados*. Maio de 2001.
<http://www.cadterc.sp.gov.br/Maio-2001> (acesso em 11 de Julho de 2009).
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Centro Federal de Educação Tecnológica de São Paulo. "Manual do Fiscal de Contratos." *Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia - SP*. Janeiro de 2007.
<http://www.ifsp.edu.br/publisher/MostraAnexo?anexold=93&key=PrX6OlaD1UPuPKJyZY6fUDm> (acesso em 18 de Julho de 2009).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- . *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2009.

—. *Tribunal de Contas no Brasil: jurisdição e competências*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA JUNIOR, Francisco de Araújo. *Manual de Gerenciamento de Contratos*. Manaus: SEFAZ - Amazonas, 2008.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. São Paulo: Malheiros, 2001.

FURTADO, Madeline Rocha. "Gestão de Contratos Administrativos - importância do artigo 67 da Lei nº 8.666/93." *Clubjus*. 26 de Outubro de 2007. <http://www.clubjus.com.br/?content=2.11190> (acesso em 05 de Agosto de 2009).

JÚNIOR, Antônio de Souza. "Gestão contratual administrativa: modelo aplicado." *DireitoNet*. 18 de Janeiro de 2009. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4890/Gestao-contratual-administrativa-modelo-aplicado> (acesso em 2 de Julho de 2009).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo I*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MURAKAMI, Elizabeth. "A fiscalização dos contratos administrativos." *Prefeitura Municipal de Colombo / PR - Portal de Transparência*. 30 de Maio de 2009. http://www.colombo.pr.gov.br/downloads/fiscalizacao_dos_contratos_administrativos.ppt (acesso em 20 de Julho de 2009).

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAÇO, André Medeiros do. "Crimes previstos pela Lei Nacional nº 8.666/93 e seus aspectos processuais." In: *Ensaio de Cidadania 1: Licitações*, por José Benedito Tarifa, 335-352. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. "Princípios constitucionais informativos da disciplina legal das licitações e dos contratos administrativos." In: *Ensaio de Cidadania 1: Licitações*, por José Benedito Tarifa, 3-22. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

RAIMUNDI, Loreni João. "Gestão de Contratos na Administração Pública - Fiscalização de Contratos Administrativos." *Sindicato dos Auditores de Finanças Públicas do Rio Grande do Sul*. 2007.
<http://www.sindaf.com.br/Downloads/Arquivo/Artigos/Contratos%20na%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica.doc> (acesso em 22 de Julho de 2009).

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. "Contratos Administrativos." In: *Ensaio de Cidadania 1: Licitações*, por José Benedito Tarifa, 268-334. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3. ed. Brasília: TCU. Secretaria de Controle Interno, 2006.

Universidade Federal de Viçosa. *Manual de Gestão de Contratos*. Viçosa: Gráfica Universitária, 2008.