



Edson Braz dos Santos

Pós-graduando em Licitações e Contratos pela Faculdade Polis Civitas. Especialista em Direito para a carreira da Magistratura pela Emeron. Graduado em Direito pela Associação de Ensino Superior da Amazônia e em Matemática pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Servidor efetivo do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, atuando na gestão e fiscalização de contratos administrativos de aquisição de bens e serviços. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Administrativo. (CV-Lattes)

QUALIFICAÇÃO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA DESIGNADOS PARA ATUAREM NA FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Edson Braz dos Santos

RESUMO

O artigo analisa as diretrizes estabelecidas pelo Poder Judiciário do Estado de Rondônia na qualificação de seus servidores designados para atuarem na função de fiscal de contratos administrativo. Discorrendo sobre suas atribuições e responsabilidades disciplinadas em norma interna, orientações da doutrina, jurisprudência e recomendações do Tribunais de Contas da União e do Estado de Rondônia.

Palavras-chave: Contrato Administrativo. Fiscal. Qualificação.

1. Introdução

A Constituição Federal/88 estabelece em seu artigo 37, XXI, que a Administração Pública deverá nos procedimentos de aquisição, contratação e outros, realizar licitação, obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, surgiu para regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Referida lei trouxe procedimentos à ser observado nos atos de

contratação, estabelecendo responsabilidade aos servidores públicos atuantes nos processos de licitação, os quais deverão atuar nos estritos ditames da Constituição Federal e normas jurídicas correlatas.

Atender à legislação pertinente a contratação pública é um desafio para todos os entes da federação, principalmente, no que se concerne a fiscalização dos contratos administrativos.

Nessa seara o Poder Judiciário do Estado de Rondônia, por meio de Instrução Normativa, estabeleceu o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos, disciplinando ainda as atribuições e responsabilidades dos envolvidos na fiscalização dos contratos.

A dinâmica legislativa para editar leis urge em velocidade que ultrapassa as possibilidades humanas de acompanhamento para um estudo estruturado e por menores, surgindo a necessidade de qualificação para conhecimento específico das inovações legislativas, jurisprudenciais, entendimentos que alterem a fiscalização e que necessitem de melhorias de conhecimento do recurso humano.

2. Fundamentação Teórica

Desde a antiguidade clássica ,a palavra licitação tem sido empregada, ora no sentido de cobrir lance, arrematar em leilão, comprar por meio de leilão, ou com o significado de avaliar, estimar. A Constituição Federal/88 estabelece em seu artigo 37,XXI, que a Administração Pública deverá nos procedimentos de aquisição, contratação e outros, realizar licitação, nos seguintes termos:

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

...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições

a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As obrigações constitucionais para a Administração Pública impõem princípios fundamentais para a correta contratação de bens e serviços.

De acordo com Carvalho (2018, 441),

A Administração Pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta por seus órgãos e agentes. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvinculadas do interesse coletivo.

Efetuando uma breve análise dos artigos 1º e 2º da Lei n. 8666/93, licitação é um procedimento administrativo vinculado, mediante o qual a Administração Pública, assegurando iguais oportunidades a todos os interessados, busca, a final, a eleição da melhor proposta para celebração de contrato de seu interesse.

Referida lei trouxe procedimentos à ser observado nos atos de contratação, estabelecendo responsabilidade aos servidores públicos atuantes nos processos de licitação, os quais deverão atuar nos estritos ditames da Constituição Federal e normas jurídicas correlatas.

A atuação dos servidores públicos envolvidos diretamente no procedimento de contratação é fundamental para que sejam atingidos os objetivos e finalidades propostas na licitação.

Desta feita, a própria Lei de Licitações, estabeleceu a necessidade de qualificação dos servidores públicos para atuação na gestão e fiscalização dos contratos.

3. Contratos Administrativos

O Estado necessita realizar contratos para a aquisição de bens e serviços para manter o funcionamento da máquina pública, observando os princípios norteadores da Administração Pública, bem como deve propor meios para que os servidores designados para atuar na fiscalização de contratos administrativos possam receber de forma periódica treinamento e qualificação profissional.

O expressivo poder de compra do Estado para a manutenção da máquina pública é alvo de crítica pautada no desvio de finalidade, dado o pouco incentivo de qualificação aos servidores públicos atuantes na função de fiscal dos contratos administrativos. Esse poder de compra estatal faz com que as empresas privadas estejam sempre atenta as mudanças de mercado e na qualificação técnica de seus empregados para atuarem perante a Administração Pública.

Matheus Carvalho (2018, 539) destaca que os contratos administrativos gozam de prerrogativas exclusivas da Administração Pública, nos seguintes termos:

A primeira grande característica, utilizada pela definição dos contratos administrativos é o fato de que estas avenças, regidas pelo direito público, apresentam-se com uma característica singular, qual seja, a possibilidade de haver tratamento desigual entre a Administração (que atua com prerrogativas públicas) e o contratado, a exemplo de haver a possibilidade de a Administração extinguir o contrato unilateralmente.

Essa característica dentre outras inerentes ao poderes da administração decorrem da supremacia do interesse público, a qual prevalece as vontades da Administração em detrimento ao particular. Caracteriza-se um contrato administrativo por ter como conteúdo a execução de um serviço público, pela existência de cláusulas exorbitantes ou por ser assim denominado pela própria lei.

De acordo com Alexandrino (2012, 526),

A prerrogativa, que possui a administração, de controlar e fiscalizar a execução do contrato administrativo é um dos poderes a ela

inerentes e, por isso, a doutrina assevera estar esse poder implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. De qualquer forma, a Lei 8.666/93 expressamente enumera como prerrogativa da administração a fiscalização da execução dos contratos administrativos (art. 58, III).

Esse poder de fiscalizar decorre da obrigação legal da Administração Pública, pautado nos princípios constitucionais e das regras estabelecidas na lei de licitações.

Os contratos administrativos constituem tema medular do Direito Administrativo e, haja vista a substância polêmica que eles encerram, também um dos capítulos mais instigantes dessa área do Direito¹.

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (MEIRELES, 2008).

Administração Pública pode celebrar contratos de direito privado e contratos administrativos. O contrato administrativo consiste em uma relação jurídica decorrente de acordo de vontades firmado pelo Estado, como autoridade, com pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público, para o desenvolvimento de finalidades de interesse da coletividade, observando o regime jurídico de direito público. Matheus Carvalho (2018, 539) ensina que,

Os contratos administrativos são as manifestações de vontade entre duas ou mais pessoas visando à celebração de negócio jurídico, havendo a participação do Poder Público, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando sempre à persecução de um fim coletivo. Este contrato é regido pelo direito público, sendo inerentes a ele todas as prerrogativas e limitações de Estado.

É inerente aos contratos administrativos celebrando pela Administração Pública a existência de cláusulas exorbitantes, previstas

1 D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. Origem da noção de contrato administrativo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3293, 7 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22163>>. Acesso em: 2 set. 2018.

no artigo 58 da Lei de Licitações, e presentes em todos os contratos administrativos.

A Lei 8.666/93 regulamenta três espécies de contratos administrativos, quais sejam os contratos de execução de obras, os de prestação de serviços, bem como os contratos de fornecimento de bens. Por outro lado, a doutrina e legislação pertinente, apontam a existência de contratos de concessão, permissão de serviços públicos e os contratos de gestão.

A Instrução n. 007/17-PR disciplina a atuação e responsabilidade do fiscal para os contratos de serviços terceirizados, engenharia e de tecnologia da informação e comunicação,

Trazer à baila o conceito de contrato administrativo, sua principal característica é fundamental para atuação do fiscal no âmbito de atuação, bem como as diretrizes básicas de sua atuação e responsabilidades.

4. Designação dos fiscais

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 (art. 67, Lei Licitações).

Na interpretação desse dispositivo compreende-se que a designação de servidor, para atuar como gestor ou fiscal do contrato, é realizada pela autoridade competente da Administração.

Isso decorre do poder hierárquico, uma vez que este possibilita que a Administração organize e distribua funções, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores/empregados do seu quadro de pessoal.

Hely Lopes Meirelles (2008, 124) ensina que,

Pela hierarquia se impõe ao subalterno a estrita obediência das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem ampliação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais.

Nesse sentido, prevê o art. 154 da Lei Complementar n. 68/922, que são deveres do servidor a observância das normas legais e regulamentares e a obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.

Na ordem constitucional o artigo 5º, em seu inciso II estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, intitulando como o Princípio de Legalidade.

Há muitos questionamento de servidores quanto a obrigação legal de recusa ao exercício das funções de fiscal de contratos administrativos, e diante da previsão legal, eventual insubordinação nesse sentido poderá implicar na responsabilização funcional do servidor. Assim, diante do descumprimento injustificado aos comandos da autoridade do órgão, caberá à Administração analisar o caso concreto para eleger a consequência cabível.

Por outro lado, a Administração Pública deve propor condições materiais e funcionais para que os servidores tenham segurança em sua atuação na gestão e fiscalização dos contratos administrativos. Assim, a qualificação funcional constitui quesito obrigatório para que a Administração possa exigir de seu representante uma atuação eficiente.

Hely Lopes Meirelles (2008, 231) ensina que:

A fiscalização da execução do contrato abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares de serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existente.

2 Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civil do Estado de Rondônia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais e dá outras providências, publicada no DOE n. 2674, de 09/12/92 – suplemento 2.

Entra aqui a necessidade de um eficiente serviço de gestão e de fiscalização de contratos, afinal, de nada resolverá uma licitação juridicamente segura e economicamente vantajosa se, na execução, ocorrer o absoluto descontrole.

Nesse contexto os servidores atuantes na função de fiscal de contratos administrativos devem receber, de forma, periódica, qualificação funcional para o melhor desempenho nas atividades de execução, proporcionando ao Poder Judiciário Estadual eficiência nas contratações e aquisições.

Em observância ao disposto no artigo 67 da Lei de Licitações o Poder Judiciário do Estado de Rondônia, institucionalizou de forma precária a figura do Gestor de Contratos, por meio da Instrução n. 3/98-PR, de 02 de junho de 1998. Disciplinou em apenas seis artigos normas gerais de atuação do gestor, destacando que o acompanhamento implicará na melhoria e confiabilidade de todas as fases de execução do contrato, determinando o que for necessário ao fiel cumprimento do contrato e regularização das faltas ou defeitos observados.

A figura do Fiscal do Contrato, no âmbito do Poder Judiciário Estadual, foi criada por meio da Instrução n. 1/2009-PR, de 29 de janeiro de 2009³, tendo como função primordial subsidiar o gestor do contrato. Na nova Instrução houve um avanço significativo para atuação do gestor e fiscal do contrato, no entanto, disciplinou de forma explícita tão somente as atribuições do gestor.

Art. 2º Fiscal de Contrato, doravante denominado Fiscal, representante da Administração especialmente designado ou pessoa física ou jurídica contratada, tem a atribuição de subsidiar o Gestor em suas funções e de comunicar todas as ocorrências que possam prejudicar a execução do contrato.

Parágrafo único. A indicação do Fiscal deverá ocorrer no Projeto Básico/Termo de Referência ou quando a Administração achar conveniente.

No direito as normas gerais passam por alterações com velocidades exorbitantes, principalmente no que concerne à

³ Instrução n. 1, de 29 de janeiro de 2009, publicada no Diário da Justiça n. 20, de 30 de janeiro de 2009, revogou a Instrução n. 3/98-PR.

Administração Pública. O Poder Judiciário Estadual diante das novas realidades jurisprudenciais e recomendações dos órgãos de controle externo, editou a Instrução n. 007/2017-PR4, na qual dispõe sobre as atribuições e responsabilidades dos gestores e dos fiscais de contratos firmados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Art. 1º As atribuições e responsabilidades concernentes à gestão e à fiscalização dos contratos firmados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia(TJRO) observarão o disposto na presente Instrução.

Referida norma teve uma preocupação maior com a atuação do gestor e fiscal dos contratos estabelecendo o Programa de Capacitação Continua de Gestores e Fiscais de Contratos.

5. Programa de qualificação de fiscais de contratos administrativos no âmbito do Poder Judiciário Estadual

A formação pessoal dos fiscais de contratos é obrigação legal para o atingimento dos objetivos da licitação. Ronny Charles enfatiza essa obrigação nos seguintes termos:

É muito importante que o servidor responsável pela gestão ou pela fiscalização do contrato seja qualificado e capacitado para exercer tal função. Infelizmente, alguns órgãos, muitas vezes por carência de pessoal, outras por motivos inconfessáveis, preferem a indicação de servidores que pouco conhecem a matéria, verdadeiramente incapazes de realizar os devidos questionamentos e a competente fiscalização e acompanhamento da execução contratual (2015, p. 348).

A norma editada pelo Poder Judiciário Estadual disciplina de forma ordenada regras gerais de gestão e fiscalização dos contratos e de forma minuciosa as atribuições de gestor e fiscal dos serviços terceirizados, contratos de engenharia, contratos de tecnologia da

4 Revogou a Instrução n. 1/2009, e foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico n. 9, de 26 de maio de 2017, p. 1 a 14.

informação e comunicação, bem como o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos.

No artigo 23 da Norma Interna disciplina que:

Art.23. Os gestores e fiscais de contratos devem ser permanentemente atualizados, capacitados e treinados em face, dentre outros, da evolução legislativa, do mercado, da técnica e das boas práticas, tendo em vista resguardar os interesses da Administração e zelar pela regularidade dos procedimentos e metodologias de atuação.

§ 1º Para atendimento do caput deste artigo, fica aos cuidados da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (Emeron) a elaboração de Programa de Capacitação Contínua de Gestores e Fiscais de Contratos do PJRO, para execução a cada exercício financeiro, devendo o programa ser submetido à Presidência no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da publicação desta Instrução.

§ 2º A elaboração do Programa de Capacitação Contínua de Gestores e Fiscais deverá levar em consideração os seguintes parâmetros, em rol exemplificativo:

- a) simplificação e desburocratização de procedimentos;
- b) elaboração participativa, em consenso com as Unidades Gestoras de Contratos no âmbito do PJRO;
- c) qualidade das capacitações, cursos e treinamentos;
- d) objetividade, razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista atender a demanda de capacitação conforme a respectiva necessidade e adequação, moralizando os gastos públicos, mas sem desprestigiar a qualidade;
- e) planejamento orçamentário para execução a cada exercício financeiro, de forma a assegurar a continuidade das capacitações;
- f) eficiência, eficácia e efetividade.

§ 3º Semestralmente, em janeiro e julho de cada exercício, a DIC encaminhará à Emeron relação dos Gestores e Fiscais para fins de capacitação.

A expertise na fiscalização dos contratos administrativos tem como fundamento o artigo 67 da Lei de Licitações atrelado aos princípios

que regem a Administração Pública, destacando o foco na eficiência, eficácia e efetividade.

O acompanhamento eficiente dos contratos administrativos é fator fundamental para o alcance dos melhores resultados da contratação. Para isso, o fiscal ou gestor do contrato deve ter conhecimento preciso das regras jurídicas e procedimentais que regulam a execução contratual, bem como ter clareza sobre as suas responsabilidades e competências nas variadas situações que podem se apresentar durante a execução do contrato.

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, no julgamento do Processo n. 4.120/2016-TCE/RO5, determinou ao Chefe do Poder Executivo Municipal de Porto Velho, que adote medidas para sanar diversas irregularidades, dentre as quais ausência de normatização/orientação que discipline a fiscalização do serviço de transporte escolar e inexistência de avaliação de controle de qualidade do serviço ofertado.

Desta feita, cabe ao Administrador, gerir a res publica da melhor maneira possível, atendendo aos princípios norteadores da Administração Pública, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros, mas conduzindo, qualificando e possibilitando meios para que o seu capital humano possa exercer o seu mister por mais singelo que seja, sob pena de ser responsabilizado pelos órgãos de controle⁶.

O Tribunal de Contas da União, recomendou que para o disposto no artigo 67 da Lei n. 8.666/3 proceda à indicação de servidor para acompanhar a fiscalizar contratos sob sua responsabilidade, destacando que, de preferência, a fiscalização deveria ser feita por técnico da área da qual está sendo executado o serviço, tendo em vista que o atesto por alguém sem o devido conhecimento pode gerar prejuízo à Administração Pública (Acórdão n. 4/2006 – 1ª Câmara).

Um dos grandes equívocos cometidos por aqueles que designam fiscais de contratos e, até mesmo, pelos próprios designados é

5 10ª Sessão Ordinária – Tribunal Pleno – de 22 de junho de 2017.

6 PINTO, Ives Samir Bittencourt Santana. *Da necessidade de qualificação dos servidores para uma efetiva fiscalização dos contratos administrativos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3101, 28 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20740>>. Acesso em: 2 set. 2018.

pensar no desempenho da função como ato de simples condução. Ao contrário, o servidor encarregado deve ser detentor de conhecimento apurado da legislação e da jurisprudência que norteiam a temática das licitações públicas, bem como das especificidades técnicas inerentes ao objeto contratado.

No mesmo sentido o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 1007/2018, deliberou:

9.3. Determinar ao Hospital Universitário Clementino Fraga Filho que elabore, sob supervisão da Universidade Federal do Rio de Janeiro, plano de ações, com prazos, metas e responsáveis, com vistas a equacionar definitivamente as disfunções e deficiências identificadas no âmbito do Serviço de Licitações e Contratos e que levaram ao uso excessivo de dispensas emergenciais de licitação, com inclusão de medidas como as seguintes, se ainda não implementadas:

...

9.3.2. Adoção de programa continuado de treinamentos dos profissionais que atuam na área e em outras unidades correlatas, inclusive quanto ao correto uso dos sistemas operacionais aplicáveis;

O Relatório Técnico que auxiliou na decisão proferida pelo Acórdão supra mencionado, destaca que muito embora o responsável demonstre suposto aprimoramento quanto à reestruturação do setor e otimização dos processos internos, não ficou demonstrada efetiva implementação de suas rotinas, haja vista as dispensas de licitação em caráter emergencial terem ocorrido de forma recorrente e sistemática para municiar o hospital de boa parte dos insumos necessários à prestação dos serviços assistenciais de saúde, assim como caracterizam tais contratações a prática adotada pela unidade hospitalar de se valer costumeiramente, para prover o suprimento rotineiro de insumos, de dispensas emergenciais, em vez de promover os competentes certames licitatórios.

A prática administrativa, com o aumento da complexidade das relações contratuais pactuadas pelo Poder Público, vem exigindo que esse acompanhamento seja dividido em funções de gestão e de fiscalização.

De acordo com Torres (2015, 642),

O Gestor do Contrato coordena e comanda a execução do contratual, representando a Administração na tomada de decisões. Em contratos mais complexos, a função de fiscalização pode ser dividida entre o fiscal técnico, fiscal administrativo e fiscal operacional do contrato, podendo esta descentralização de funções chegar a níveis mais detalhado.

Nos termos do artigo 2º da Instrução n. 001/2017-PR a figura do gestor e fiscal ficou descentralizada da seguinte forma:

IV -Gestor de Contrato: servidor, vinculado ao TJRO, designado pela autoridade competente para acompanhar a execução dos contratos firmados pelo Tribunal e promover as medidas necessárias à fiel execução das condições previstas no ato convocatório e no instrumento de contrato;

...

V - Fiscal do Contrato: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos operacionais, técnicos e administrativos, dentre outros, sendo que, a depender da complexidade da contratação ou de outros fatores devidamente descritos no termo de referência ou projeto básico, a fiscalização de um mesmo contrato poderá ser distribuída a pessoas distintas, para atuarem como fiscal demandante, fiscal de obra, fiscal técnico, fiscal administrativo ou outro fiscal com atribuições específicas;

VI - Fiscal Demandante/Fiscal de Obra: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos operacionais, incluindo a fiscalização “in loco”;

VII - Fiscal Administrativo: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos administrativos, conforme as rotinas e procedimentos estabelecidos pelo PJRO e as cláusulas do contrato ou instrumento equivalente;

VIII - Fiscal Técnico: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos técnicos, conforme o respectivo regramento técnico aplicável;

É importante que a fiscalização seja efetiva. Por conta disso, o TCU tem recomendado que nas contratações de serviços relativos à tecnologia da informação, sejam estabelecidos mecanismos para que a fiscalização seja realizada com participação das áreas administrativas e de tecnologia da informação, bem como dos setores requisitantes dos serviços (TCU – Acórdão n. 1.453/2009-Plenário)⁷.

Ronny Charles destaca que cada unidade deve regular a atuação do gestor e fiscal de acordo com sua realidade, e a necessidade de qualificação dos envolvidos:

Importante ponderar que a utilização dessas funções está relacionada às atividades complexas, de maneira que, em contratações mais simples, é comum a utilização apenas de um fiscal. Ademais, algumas unidades Administrativas regulam de forma diversa, a atuação do gestor ou fiscal, adaptando essas funções às peculiaridades locais. De qualquer forma, é muito importante que o servidor responsável pela gestão ou pela fiscalização do contrato seja qualificado e capacitado para exercer tal função. Infelizmente, alguns Órgãos, muitas vezes por carência de pessoal, outras por motivos inconfessáveis, preferem a indicação de servidores que pouco conhecem a matéria, verdadeiramente incapazes de realizar os devidos questionamentos e a competente fiscalização e o acompanhamento da execução contratual. (2015, p. 642)

A descentralização dos fiscais, por meio de suas habilidades e competências, da forma definida na norma interna do Poder Judiciário Estadual, possibilita a identificação do responsável por cada etapa do processo de fiscalização, podendo haver auxílio recíproco dos envolvidos caso haja necessidade de conhecimento técnico.

Ao se dividir a atividade de fiscalização, continua-se a ter um fiscal único para cada particularidade do contrato. Assim, por exemplo, em um contrato de obras a fiscalização das etapas técnicas sejam executadas por engenheiro (encarregado da fiscalização técnica), enquanto que a parte administrativa do contrato seja realizada por

7 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 588.

servidor detentor de formação acadêmica mais afeta à esta seara (contador, advogado, economista, administrador, etc.).

A norma estabelecida pelo Poder Judiciário Estadual preconiza o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos, além de outras definições, sendo necessário ainda uma pesquisa quanto ao seu efetivo cumprimento e os resultados alcançados⁸.

6. Atribuições e responsabilidades do fiscal

A fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercido pelo gestor do contrato, que poderá ser auxiliado pelo fiscal técnico e fiscal administrativo do contrato, conforme estabelecido no art. 31 da Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017, editada pelo Tribunal de Contas da União.

O fiscal deve acompanhar a execução do contrato e de seus aditivos, zelando por seu fiel cumprimento, de forma que o objeto seja entregue dentro do custo e prazo estabelecidos, e com a qualidade desejada, bem como subsidiar o gestor em suas funções, emitir relatórios, realizar verificação in loco, apontar as irregularidades, avaliar a qualidade dos bens ou serviços, verificar a regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária, dentre outras, conforme disciplina o artigo 12 e seguintes da Instrução n. 007/17-PR.

Art. 12. O fiscal deve acompanhar a execução do contrato e de seus aditivos, zelando por seu fiel cumprimento, de forma que o objeto seja entregue dentro do custo e prazo estabelecidos, e com a qualidade desejada, bem como:

⁸ Por meio de solicitação formal a EMERON, registrada no SEI n. 0017579-04.2018.8.22.8000 foi requerido o Programa de Capacitação Contínua de Gestores e Fiscais de Contratos do PJRO, relação de cursos oferecidos voltados para Gestores e Fiscais de Contratos (2017-2018), quantitativo de participantes, dentre outras. Porém até a finalização deste trabalho não houve resposta.

Ronny Charles ensina que a fiscalização abrange tanto a identificação de falhas na execução, como também, ao resultado alcançado.

Outrossim, em contratações de serviços ou mesmo em aquisições, as anotações do fiscal sobre irregularidades cometidas devem ser registradas formalmente. O representante da Administração deve promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais (2015, p. 644)

Embora seja admitida a contratação de terceiros, a função destes deverá ser, no máximo de assessoramento técnico do fiscal do contrato. Não se admite a terceirização da função de fiscal do contrato. Neste sentido o TCU tem criticado a indicação de terceirizado para o exercício do encargo de fiscal de contrato (TCU – Acórdão n. 3.464/2007 – 2ª Câmara).

Essa formação inicial dos servidores é essencial para que futuramente não seja penalizado no exercício de funções. Nesse sentido a Lei Complementar 68/92 estabelece que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 160. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 161. A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo que importe em prejuízo do patrimônio do Estado ou terceiros.

Art. 162. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputados ao servidor, nessa qualidade.

Art. 163. A responsabilidade administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho de cargo ou função.

Art. 164. A responsabilidade administrativa não exime a responsabilidade civil ou criminal, nem o pagamento da indenização elide a pena disciplinar.

Assim, se for constatado que o fiscal de contratos administrativos

agiu em desconformidade com seus deveres funcionais, descumprindo regras e ordens legais ou se omitindo do desempenho de suas atribuições de fiscalizador, o servidor estará sujeito a responsabilização e a possível penalidade.

A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa estabelece em seu artigo 9º:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

...

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

A Lei de Licitações estabelece em seu corpo as diretrizes para a atuação do gestor e fiscal do contrato, com as respectivas penalidades, reforçando o crime intitulado no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

A atuação do Poder Judiciário na aplicação das penalidades em âmbito criminal têm demonstrado à sociedade a importância de um acompanhamento sério pelo fiscal do contrato.

Nesse sentido:

Apelação criminal. Crime de responsabilidade. Licitação. Fraude. Elemento subjetivo. Dolo. Configuração.

Os crimes de responsabilidade definidos no DL 201/67 demandam a comprovação do dolo do agente. Demonstrada, por meio de fartas provas documentais e testemunhais, a existência de fraude à licitação, com a certificação de conclusão de obra inacabada e a realização do seu integral pagamento, configurado está o elemento subjetivo do delito, com o desiderato de desviar verbas públicas.

Negado provimento ao recurso.

Apelação, Processo nº 0020073-91.2006.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Odivanil de Marins, Data de julgamento: 14/09/2017. Apelação. Improbidade Administrativa. Não conhecimento de recurso. Licitação montada. Anulação administrativa. Efeitos. Pagamento feito de forma ilícita.

...

3. Autorização legislativa de pagamento, em razão da natureza, não vincula o prefeito, tampouco o exime, como gestor, de responsabilidade pelo pagamento feito ao arrepio da Lei de Licitações.

4. O gestor está vinculado aos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, o que, convenha-se, lhe impede reconhecer dívida relativa à venda concretizada à margem da lei, mesmo que precedida de autorização legislativa.

Apelação, Processo nº 0000370-67.2012.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Gilberto Barbosa, Data de julgamento: 24/02/2017

Nos termos do artigo 22 da Instrução n. 001/2017-PR poderá ensejar a responsabilidade dos gestores e fiscais:

Art. 22. A inobservância da presente Instrução poderá ensejar responsabilização administrativa, cível ou criminal, conforme o respectivo enquadramento legal, observada a ampla defesa e o contraditório.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 82, faz previsão expressa sobre a possibilidade de responsabilizar os agentes:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação o sujeitam-se as sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

A legislação é farta na imputação de responsabilidades civil, criminal e administrativa do servidor no execução de suas atribuições

funcionais e no desempenho da função de fiscal de contrato administrativo. O Código Penal Brasileiro, a título de exemplo, preceitua os Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral.

As decisões do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não têm passado despercebidas aos ditames de sua missão institucional, ao realizar a auditoria para aferir a regularidade na execução contratual de fornecimento de refeições prontas às unidades prisionais de Guajará-Mirim, objeto do Processo n. 00970/15 - TCE-RO, determinou à Secretaria Geral de Controle Externo que leve em consideração, nas futuras fiscalizações a serem realizadas na SEJUS, o necessário acompanhamento do fiel cumprimento dos cardápios aprovados, de forma que o acompanhamento seja realizado em períodos regulares, direta e pessoalmente nas unidades prisionais, com a produção de relatórios, bem como o estrito cumprimento do Manual de Alimentação por parte da empresa fornecedora da alimentação.

A importância do desempenho da função de fiscal de contratos foi debatido no julgamento da ADC 16, de 2010, pelo STF, com a sequente declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, excluindo a responsabilidade subsidiária do Estado pelos débitos trabalhistas da empresa. Ocorre que, se o não pagamento aos empregados não for fiscalizado pelo ente público, daí surge a responsabilidade por omissão⁹.

Com esse entendimento o pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou o posicionamento anterior em relação ao enunciado de sua Súmula 331, votando alterações que se fizeram adequadas ao entendimento da ação constitucional.

Alterações da Súmula 331. Nova redação do item IV. Acrescenta os itens V e VI. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

⁹ No julgamento do RE 760931/DF, em 2017 o Plenário da Suprema Corte, por 6 votos a 5 "Anotou que a imputação da culpa "in vigilando" ou "in elegendo" à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido."

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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. 8.666/93, 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.

Esse novo entendimento do TST não é unânime na doutrina, tendo como fundamento violação da decisão do STF, ora em comento, a qual possui elementos suficientes para um estudo mais aprofundado da responsabilidade do gestor e fiscal que tenha agido por dolo ou culpa.

Por fim, a fiscalização é exercida necessariamente por servidor especialmente designado como representante da Administração, como preceitua a lei, e cuidará pontualmente das particularidades da execução de cada contrato, no estrito atendimento à especificidade do objeto contratado, conforme a redação do art. 67 da Lei 8666/93, adotando-se as diretrizes estabelecidas na norma interna do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Instrução n. 007/17-PR, e demais normas legais.

7. Conclusão

Buscou-se por meio de referências bibliográficas e jurisprudenciais a importância de qualificação dos servidores que atuam na fiscalização dos contratos administrativos, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

Demonstrando a evolução das normas internas de regulamentação

da atuação dos gestores e fiscais de contratos, ficando registrado que a fiscalização do contrato administrativo não é uma mera opção discricionária da autoridade administrativa. Trata-se de um dever. A lei impõe a obrigação de acompanhamento e fiscalização da execução do ajuste por uma pessoa especialmente designada pela Administração.

O preparo intelectual dos servidores públicos na fiscalização dos contratos administrativos é primordial para a Administração Pública, no intuito de atingir os objetivos e finalidades propostas na licitação.

O fiscal do contrato público tem papel fundamental para assegurar que seja efetivamente entregue o que foi contratado pelo poder público, sob pena de ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

Os Órgãos de Controle Externo, no exercício de suas funções institucionais, têm deliberado de forma mais impositivas aos demais órgãos fiscalizados.

Na atual conjuntura do Estado de Rondônia, o Poder Judiciário Estadual, editou norma interna estabelecendo o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos, além de outras definições, sendo necessário ainda uma pesquisa quanto ao seu efetivo cumprimento.

A capacitação não é apenas um poder, mas principalmente um dever do Administrador, pois uma equipe motivada e capacitada indica no bom controle administrativo na condução dos procedimentos administrativos, com vistas à uma fiscalização mais proativa, na prevenção de recebimento de objeto diverso do contratado no exato intento perseguido pela Lei de Licitações.

8. Referências

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em agosto/2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em agosto/2018.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura e PAVIONE, Lucas dos Santos. Improbidade administrativa. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011.

CARVALHO. Matheus. Manual de direito administrativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. Origem da noção de contrato administrativo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3293, 7 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22163>>. Acesso em: 2 set. 2018.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações públicas. Coleção JML consultoria. 3. ed. Curitiba: Ed. JML, 2014.