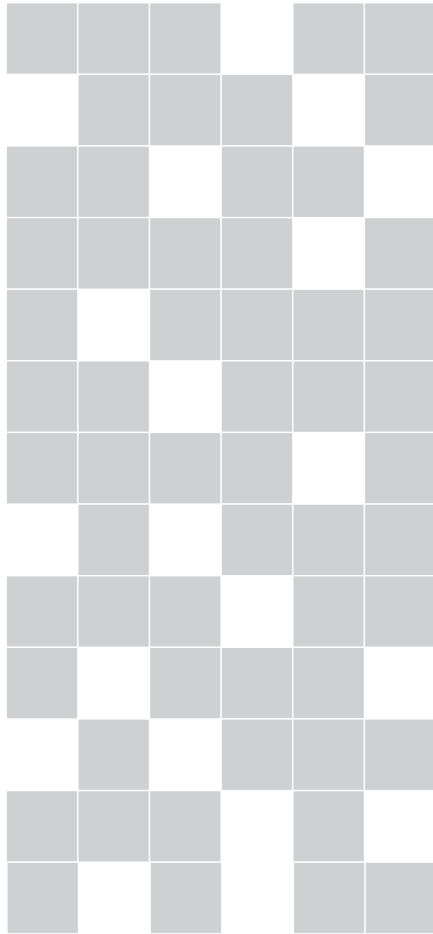


# Fiscalização contratual: “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos

Carlos Wellington  
Leite de Almeida



Carlos Wellington Leite de Almeida é servidor do Tribunal de Contas da União. É mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), especialista em Programação e Análise Financeira pelo International Monetary Fund Institute (EUA), especialista em Economia e Orçamento de Defesa pelo Center for Hemispheric Defense Studies (EUA), bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR) e bacharel em Ciências Navais pela Escola Naval.

## 1. INTRODUÇÃO

A fiscalização contratual constitui-se em um dos mais relevantes temas da gestão pública contemporânea, no Brasil. Verdadeiro “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos, não são raros os casos em que boas licitações e bons contratos são perdidos em seus fins devido a deficiências na fiscalização ou mesmo à ausência desta. O presente texto trata do assunto e procura lançar algumas luzes sobre o controvertido labor do fiscal de contratos. São definidos, inicialmente, o conteúdo da fiscalização da execução contratual e os deveres do fiscal de contratos. Logo após, são tratados assuntos pertinentes como a terceirização de serviços, a instituição obrigatória de preposto, a responsabilidade pelos encargos previdenciários e trabalhistas, as alterações contratuais e a subcontratação. Em seguida, recebem atenção os temas da liquidação da despesa e das penalidades contratuais. Finalmente, conclui-se pela necessidade de se implementar medidas efetivas de fiscalização contratual e pela caracterização da atividade de fiscalização como uma questão de postura profissional do servidor incumbido.

## 2. FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL

A fiscalização da execução contratual é obrigatória para todos os órgãos e entidades públicos. Não se insere na esfera de discricionariedade do gestor a decisão de fiscalizar ou não, sendo o não-exercício desse poder-dever uma falta grave. O fundamento dessa obrigatoriedade encontra-se na Lei nº 8666/1993, cujo artigo 67 define que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. No que se refere à contratação de terceiros para assistência à fiscalização, é importante deixar claro que a responsabilidade primária pela fiscalização é sempre da Administração, o que, necessariamente, envolve o fiscal do contrato.

**Acórdão nº 1930/2006-TCU-P:** O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para assisti-lo. Assim, (...) o contrato de supervisão tem natureza eminentemente assistencial ou subsidiária, no sentido de que a responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública.

A fiscalização do contrato administrativo é a parcela da gestão contratual que focaliza a exigência do cumprimento contratual por parte das contratadas. Distingue-se da gestão contratual, que é a condução integral do processo de contratação, desde a identificação das necessidades da Administração até o fim da execução do contrato, com o seu devido encerramento. E distingue-se, ainda, da auditoria contratual, que consiste na verificação das ações de gestores e fiscais, de maneira a permitir a avaliação geral dos procedimentos implementados, tanto do ponto de vista estritamente legal quanto do ponto de vista da qualidade da gestão e da fiscalização. A fiscalização dos contratos administrativos encerra diferentes aspectos e deveres, entre os quais se destacam:

- a) registrar em livro próprio todos os atos e fatos relacionados à execução contratual;
- b) preferencialmente, fazer o preposto assinar os registros das ocorrências;
- c) manter um livro de ocorrências para cada contrato;
- d) manter postura exigente em relação a todos os itens da execução contratual, demandando o cumprimento de todas as obrigações;
- e) promover ou propor ajustes contratuais, quando se fizerem necessários; e
- f) aplicar ou propor a aplicação das penalidades.

A Lei nº 8666/1993 refere-se ao fiscal de contrato como o “representante da Administração”. O artigo 67 estabelece a base de sua atuação. Seu parágrafo 1º define a obrigação de anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução contratual, e determinar o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos. O parágrafo 2º assevera que as decisões e providências que ultrapassem a competência do representante deverão ser, por ele, solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas apropriadas. A omissão na tomada de providências constitui falta punível administrativamente, o que dá tom ao esperado bom desempenho dos fiscais.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTJ:** Art. 31. O acompanhamento e 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 exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

O fiscal é a mão forte do dirigente do órgão ou entidade e o mais importante agente da Administração no que se refere ao contrato que supervisiona. Deve manter uma postura isenta e equilibrada, de forma a cobrar o adequado cumprimento do objeto contratado. Ocupa uma posição de autoridade sobre o executor e deve atuar, sempre, em prol da garantia de qualidade na execução contratual. O fiscal de contratos, em suma, é aquele servidor especialmente designado que:

- a) identifica necessidades a serem atendidas pela empresa contratada, no âmbito do contrato;
- b) redige ou auxilia o setor encarregado na redação de cláusulas contratuais, tanto no contrato original quanto nos aditivos;
- c) exige cumprimento do contrato, observando o menor dos detalhes, tendo em mente que um contrato cumprido em quase 100% é, na verdade, um contrato descumprido;
- d) toma providências com vistas ao ajuste ou à melhoria dos contratos; e
- e) acompanha as ocorrências de execução, procede aos registros escritos e promove a documentação.

A terceirização de serviços constitui-se em um dos mais importantes fenômenos contemporâneos da Administração, seja de negócios privados, seja na seara da gestão pública. Consiste na transferência de atividades-meio de uma organização para outras pessoas (terceiros), permitindo concentração nas atividades finalísticas e nas atividades-meio consideradas estratégicas (VIEIRA, 2006). No Brasil, o fenômeno da terceirização surge com o Decreto-Lei nº 200/1967, é instensificado com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (1995), e consagra-se, atualmente, em normas diversas, tais como a Lei nº 9.632/1998, o Decreto nº 2271/1997 e o Decreto nº 4.547/2002 (extinção de cargos). A terceirização nos



leva à necessidade de identificar novos conceitos, entre os quais são especialmente relevantes os de:

**Contratante ou tomador de serviços:** pessoa jurídica ou natural que recebe os serviços do terceiro, mediante contrato. No caso em foco, o órgão ou entidade da Administração Pública.

**Terceiro:** pessoa jurídica (normalmente) ou profissional autônomo (excepcionalmente) que, mediante contrato, assume responsabilidade pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços.

**Empregado terceirizado:** é pessoa natural (trabalhador) subordinado ao Terceiro, que desempenha atividades sob suas ordens e não tem, nem pode ter, vinculação com a contratante.

A postura do gestor e do fiscal da Administração contratante é essencial para garantir que as vantagens da terceirização, que efetivamente existem, não se revertam em ônus e problemas para o órgão ou entidade, tais como: desabastecimento, queda de qualidade, dependência do contratante, elevação de custo e problemas judiciais. Fundamental esclarecer, ainda, que a terceirização atinge apenas a atividade-meio das organizações, nunca a sua atividade-fim. Por isso, não poderão ser terceirizadas atividades inerentes às categorias funcionais do plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou no caso de cargo extinto, total ou parcialmente. No caso de cargo parcialmente extinto, as terceirizações somente poderão ocorrer na mesma medida em que os cargos originais são efetivamente encerrados.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELT:** Art. 9º É vedada a contratação de atividades que: I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Uma das características essenciais da terceirização é a ausência do vínculo de subordinação entre o tomador dos serviços (órgão ou entidade contratante) e o empregado terceirizado. Este

último subordina-se ao terceiro, isto é, à empresa com que mantém vínculo empregatício e que é contratada pelo órgão ou entidade para a prestação de serviços. O vínculo do empregado terceirizado com a Administração contratante faz-se por meio indireto e a ocorrência eventual de subordinação direta constitui irregularidade grave. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabelece importantes parâmetros a respeito do assunto.

**SÚMULA 331 TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO 256.**

I) A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).

II) A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com órgãos de Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III) Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

### 3. ADMINISTRAÇÃO E PREPOSTO

Como já mencionado acima, a formação de vínculo de subordinação entre o órgão ou entidade pública e o empregado terceirizado constitui-se em um dos mais graves problemas que podem surgir quando da terceirização de serviços. A subordinação é típica da relação laboral com vínculo empregatício, sendo terminantemente vedada no caso de terceirização. Caracteriza-se pelo exercício de poder por parte do contratante diretamente sobre o empregado terceirizado. A sujeição indireta é a que caracteriza a relação terceirizada, e é admitida pela Justiça do Trabalho, sem configurar vínculo empregatício. Na terceirização, a relação empregado-administração dá-se na figura do preposto (VIEIRA, 2006).

A Lei nº 8.666/1993, no artigo 68, define que o contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato. O preposto é o responsável pela orientação da conduta do pessoal terceirizado, devendo os integrantes do órgão ou entidade contratante absterem-se de fazê-lo. Essa postura é de capital importância para que não se gere o vínculo de subordinação. A não ser quando o funcionário da empresa contratada está cometendo falta realmente grave, que justifique a interferência direta e imediata do fiscal, ou de outro servidor, todo contato com o pessoal terceirizado deve ser feito por intermédio do preposto.

#### 4. ENCARGOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS

Quando da terceirização, os órgãos e entidades contratantes devem dedicar especial atenção aos encargos trabalhistas e previdenciários relacionados com o contrato de serviços. Isto porque, no caso dos encargos trabalhistas, configura-se a responsabilidade subsidiária da Administração. Já no caso dos encargos previdenciários, a situação é ainda mais grave, configurando-se responsabilidade solidária do órgão ou entidade contratante. É dever específico do fiscal de contratos adotar as providências com vistas à supervisão da adimplência da empresa terceirizada quanto aos encargos trabalhistas e previdenciários.

As obrigações trabalhistas abrangem parcelas pagas diretamente ao empregado, tais como salário, horas extras, 13º salário, férias, insalubridade e periculosidade. Forma-se, como já dito, a responsabilidade subsidiária da Administração pelas obrigações trabalhistas. Deve-se estabelecer fiscalização periódica, no mínimo, por amostragem, do cumprimento dessas obrigações. É recomendável, quando da elaboração dos contratos, inserir permissivo de auditoria das obrigações trabalhistas.

**SÚMULA 331 TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO 256.**

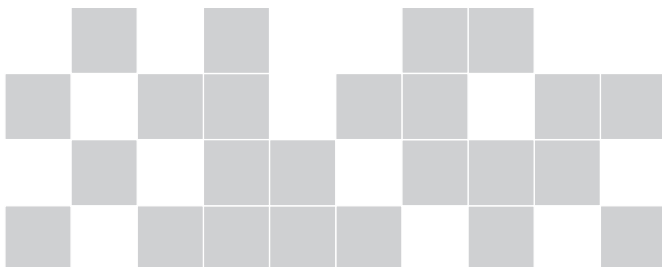
IV) O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei 8.666/93).

Quanto aos encargos previdenciários, ensejadores da gravosíssima responsabilidade solidária, a ação administrativa demanda a retenção dos encargos previdenciários, no momento do pagamento das faturas. Nos casos de cessão de mão de obra, isto é, de disponibilização ao contratante, em suas dependências ou de terceiros, de segurados que realizam trabalho contínuo, a Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 31, define que o contratante deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura e recolher a importância aos cofres da Previdência Social.

**Acórdão nº 089/2000-TCU-Plenário:** o pagamento de multas por atraso na entrega de documentos ou recolhimento de tributos não se justifica. A jurisprudência do Tribunal é no sentido de que o fato seja evitado, pois, se verificada culpa ou dolo, o pagamento de multas, juros e correção monetária caracterizará débito, ficando o responsável obrigado ao seu ressarcimento.

Tão grave é a responsabilidade solidária da Administração em relação aos encargos previdenciários, que o recolhimento dos 11% referidos independe, mesmo, do efetivo pagamento à empresa terceirizada. É dizer, se o pagamento à empresa for obstado, por exemplo, por sua situação irregular junto ao fisco, ainda assim, o órgão ou entidade contratante deverá recolher os encargos previdenciários, a fim de evitar a incorrência em multa. A orientação para a administração do Tribunal de Contas da União (TCU) é bem clara nesse sentido, e, a responsabilidade pelo cumprimento compete ao fiscal do contrato.

**Infosemat 02/2008 - Retenção de Contribuição Previdenciária (orientação interna do TCU):** quando se verificar a ocorrência de pendências que impedem o pagamento, não se deve deixar de encaminhar a nota ou fatura ao setor competente para retenção da contribuição previdenciária. Para que não haja a incidência de multa e encargos por atraso no recolhimento do tributo, recomenda-se a todos os fiscais de contratos que, ao receberem a nota fiscal ou fatura, certifiquem-se da correção do documento e, ainda que haja pendência que impeça o pagamento, o encaminhe para retenção da contribuição previdenciária. Realizada a retenção, o fiscal do contrato tomará as providências necessárias para o saneamento das pendências junto à contratada, a fim de liberar o pagamento.



## 5. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Os contratos administrativos, como os contratos celebrados à luz do Direito Civil, podem sofrer alterações ao longo de sua execução. Embora dentro de limites mais rígidos do que aqueles relativos ao Direito Civil, não há a pretensão normativa que um ajuste entre a Administração e a contratada seja inalterável. São diversos os motivos que podem levar a alterações no contrato (FERNANDES, 2006).

Quanto à iniciativa, as alterações podem ser unilaterais ou por acordo, sendo as unilaterais uma possibilidade deferida apenas à Administração. Quanto ao alcance, as alterações dos contratos administrativos podem ser qualitativas, quando dizem respeito a características inerentes do objeto contratado, sem subverter-lhe a natureza, ou quantitativas, quando alteram o volume de serviços, fornecimentos ou aquisições, mantidos os custos unitários. Alteração quantitativa é a que muda as quantidades de produto ou de serviço, aumentando-as ou reduzindo-as, dentro de limites legalmente definidos. Os custos unitários são mantidos, no que se diferenciam, em essência, as alterações quantitativas das alterações de preço que serão vistas adiante. Os limites legais às alterações quantitativas, previstas na Lei nº 8.666/1993 são:

**De forma unilateral:** acréscimos e supressões devem obedecer ao limite de 25% do valor atualizado do contrato, por ato unilateral da Administração, limite de 50% se se tratar de reforma em edifício ou equipamento, do valor atualizado do contrato.

**Por acordo:** supressões podem, desde que por acordo das partes, exceder os limites de 25% ou 50%, conforme o caso. Acréscimos permanecem restritos aos limites acima definidos.

As alterações de prazo devem ser sempre justificadas de forma expressa, pois não podem servir para afastar culpa do contratado. Além disso, devem respeitar os limites definidos na Lei nº 8.666/1993, art. 57, e nunca incorrer em renovação. A renovação trata da extensão de contrato já com a vigência expirada, caracterizando, na verdade, um novo contrato. É instituto jurídico inválido, por burlar a regra geral da licitação.

As alterações de preço podem ocorrer de três formas: reajuste de preço, repactuação de preço ou revisão de preço. O reajuste do preço, forma mais simples, consiste na alteração do valor inicial do contrato, com periodicidade e índice previamente fixados, destinado apenas à preservação do valor inicial do contrato, devendo ter periodicidade mínima de 12 meses e ser formalizado mediante simples apostilamento.

A repactuação do preço consiste na alteração do valor de maneira pactuada entre as partes, com periodicidade previamente fixada, mas não vinculada a índices prévios, devendo ser levada em conta a efetiva variação de custos e encargos na execução. Como o reajuste de preços, deve ter periodicidade mínima de 12 meses, mas sua formalização dá-se mediante aditivo contratual, sendo insuficiente o simples apostilamento. O período mínimo de um ano já era previsto na Instrução Normativa MARE nº 18/97 e continua na recente Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTI.

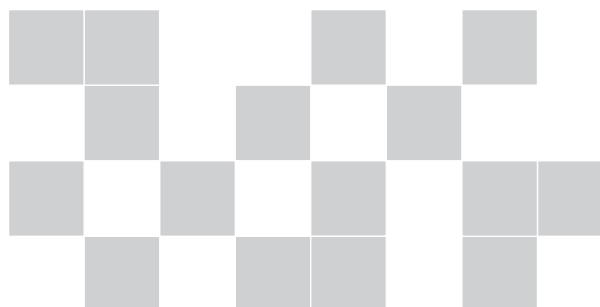
**Instrução Normativa MARE nº 18/97:** será permitida a repactuação do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação.

**Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTI:** Art. 37 Será admitida a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano.

Os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecido no art. 3º da Lei nº 10.192/2000 e no art. 5º do Decreto nº 2.271/1997. No caso dos incrementos de mão de obra ocasionados pela superveniência da data-base, a data do orçamento a partir da qual correrá o prazo mínimo de um ano será a data do acordo, convenção, dissídio coletivo ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta. Essa orientação decorre do Acórdão nº 1563/2004-TCU-P e foi incorporada pela Instrução Normativa 02/2008-MPOG/SELTI.

**Acórdão nº 1563/2004-TCU-P:** os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua **não se constituem em fundamento** para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro; (...) no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano (...) conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, **considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta**, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

A revisão de preço faz-se necessária quando de fato imprevisível ou previsível, mas de consequências imprevisíveis/incalculáveis, após a definição do preço. Tem natureza extraordinária e não é limitada a valores certos. A Lei nº 8.666/1993 define que os contratos poderão ser alterados para restabelecer a relação inicialmente pactuada, na hipótese de fatos imprevisíveis/incalculáveis, retardadores/impeditivos, força maior, caso fortuito, fato do príncipe de álea econômica. No que se refere a questões de ordem tributária, especificamente, no artigo 65, o mesmo diploma estabelece que quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como superveniência de disposições legais, após a apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão contratual, para mais ou para menos, conforme o caso.



## 6. SUBCONTRATAÇÃO

A subcontratação ocorre quando o contratado entrega parte da obra, serviço ou fornecimento a terceiro que executará parcela do objeto contratual em seu nome. É importante notar que a subcontratação tem caráter excepcional, sendo vedada por regra e somente aceita quando expressamente prevista em edital e contrato. Outra característica importante da subcontratação é a manutenção do vínculo de responsabilidade, de forma exclusiva, entre a Administração e o contratado original, que continua a responder integralmente perante o órgão ou entidade, ainda que a subcontratação haja sido autorizada e realizada dentro dos limites do ato convocatório e do contrato.

A subcontratação, quando autorizada pela Administração somente poderá ser parcial, nunca total. A subcontratação total consiste na sub-rogação contratual e trata-se de instituto terminantemente vedado nos contratos administrativos. O órgão ou entidade contratante poderá, sendo mesmo recomendável, estabelecer, já no edital, percentuais máximos do objeto permitidos para a subcontratação. Ou, se for o caso, inserir cláusula que vede a subcontratação. A prática, pelo contratado original, de subcontratação não autorizada constitui motivo para a rescisão contratual.

Em qualquer caso, a Administração deve resguardar-se do direito de avaliar previamente as condições da empresa a ser subcontratada. Essa avaliação inclui as condições jurídica, financeira, de regularidade fiscal, de regularidade com obrigações trabalhistas e a capacidade técnica para execução do contrato, a qual deve ser, no mínimo, igual à da contratada original. A Administração deve reservar-se, ainda, o poder de não autorizar a subcontratação<sup>1</sup>.

## 7. LIQUIDAÇÃO DA DESPESA

A liquidação, segunda fase do ciclo da despesa orçamentária (empenho, liquidação e pagamento), constitui-se no momento mais delicado da fiscalização dos contratos administrativos. O fiscal de contratos, servidor especialmente designado pelo órgão ou entidade contratante, é o mais importante ator desse importantíssimo ato da gestão administrativa. O fiscal é de fundamental importância para a garantia de que o pagamento corresponda à efetiva entrega do objeto (bem ou serviço). As falhas cometidas pelo fiscal no momento da liquidação trazem consequências negativas mais do que preocupantes para a Administração e são falhas de difícil reversão em momentos futuros. É no momento da liquidação da despesa que o fiscal de contratos deve mostrar o máximo de seu valor profissional.

A liquidação, nos termos da Lei nº 4.320/1964, artigo 63, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Tem por fim apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. Constituem base da liquidação o contrato, a nota de empenho, os comprovantes de entrega do material ou prestação do serviço, e, de fundamental importância, a verificação *in loco* do cumprimento do objeto. Quando da liquidação da despesa devem ser observados pelo fiscal, rigorosamente, os seguintes elementos:

- a) regularidade fiscal;
- b) regularidade previdenciária;
- c) conformidade do objeto descrito na nota com contrato e empenho e com efetiva entrega;
- d) conformidade do período de faturamento;
- e) condições de habilitação e qualificação; e
- f) atestação do objeto, isto é, a confirmação, pelo fiscal, de que o bem foi efetivamente entregue ou os serviços efetivamente prestados.

É importante ressaltar que essas verificações devem ocorrer, obrigatoriamente, a cada pagamento realizado. A manutenção das condições de habilitação, por exemplo, não se limita à fase licitatória da habilitação ou ao momento da assinatura do contrato. Trata-se de obrigação cometida ao contratado durante toda a vigência contratual. Outra observação relevante é a de que a verificação dos elementos acima também não é restrita ao momento da liquidação, com vistas à realização do pagamento. Pode o fiscal exigir a comprovação de sua adimplência a qualquer momento, atitude esta que é mais do que recomendável.

## 8. PENALIDADES CONTRATUAIS

Faz-se importante destacar a íntima relação existente entre a fiscalização contratual e a aplicação de penalidades pelo órgão ou entidade ao contratado. O regime dos contratos administrativos, informado que é pelos princípios da superioridade do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, confere à Administração a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado, pela inexecução total ou parcial dos contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993, artigo 58, inciso IV). Embora a Lei não reprima somente condutas dos contratados, mas, também, dos agentes da

Administração, a prerrogativa de aplicar penalidades é deferida exclusivamente à parte pública no ajuste. As seguintes penalidades podem ser aplicadas ao contratado (Lei nº 8.666/1993, art. 87):

- a) Advertência;
- b) Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e
- d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção de Suspensão temporária.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de rescisão contratual. Embora a rescisão unilateral não esteja listada no dispositivo que enumera as penalidades contratuais, na verdade, trata-se de penalização do contratado, em boa parte dos casos. A doutrina do Direito Administrativo costuma dividir as possibilidades de rescisão unilateral do contrato em “rescisão penalidade” e “rescisão não-penalidade”.

Entretanto, embora goze a Administração de prerrogativas especiais no âmbito dos contratos administrativos, como tem o dever constitucional de zelar pela justiça, não pode simplesmente impor sua vontade, aplicando penalidades sem adequada fundamentação, apropriada proporção e, sobretudo, sem a precisa caracterização da ocorrência da irregularidade a ser penalizada (FERNANDES, 2006). É aí que entra em cena a figura do fiscal do contrato, personagem crucial de cujo labor depende, em essência, a caracterização das irregularidades cometidas pelo contratado. Da correta anotação dos livros de contratos, da juntada tempestiva de informações e documentos comprobatórios das ocorrências, resultará a possibilidade de exercício do poder sancionador pela Administração.

Por fim, merece registro a possibilidade de declaração de inidoneidade pelo TCU, com fulcro na Lei nº 8.443/1992, artigo 46, no caso de fraude



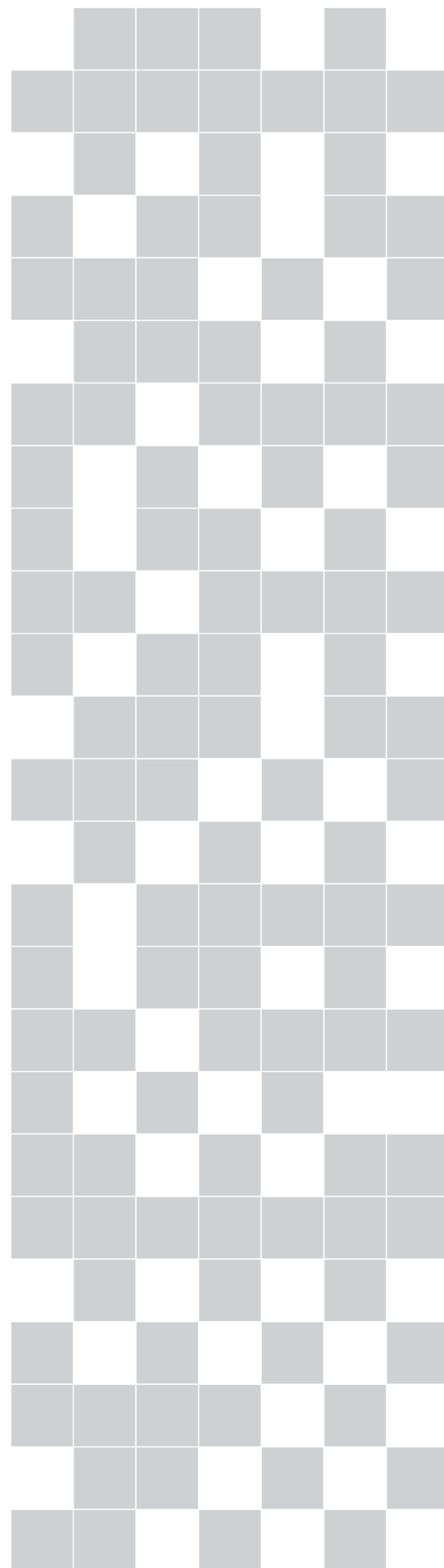
comprovada a processo licitatório. Licitantes assim apenados estarão impossibilitados de contratar com a Administração Pública Federal por um período de até 5 (cinco) anos. Contudo, não se trata de penalidade contratual, aplicada pelo contratante ao contratado faltoso, mas de penalidade de caráter jurisdicional, aplicada pela Corte de Contas quando do exercício do Controle Externo.

## 9. CONCLUSÃO

A fiscalização constitui parcela importante da execução dos contratos administrativos. O correto exercício da fiscalização contratual representa muito da possibilidade de uma contratação atingir verdadeiramente seu propósito ou não. Não são raros os casos em que um processo de gestão caracterizado por uma licitação bem conduzida, culminando em um contrato bem elaborado, termina por malograr como resultado de deficiente fiscalização contratual. A fiscalização contratual, nesse sentido, constitui, de fato, verdadeiro “Calcanhar de Aquiles” da execução dos contratos administrativos.

Temas como a liquidação da despesa, a aplicação de penalidades, a subcontratação e as alterações contratuais, entre outros, devem constituir preocupação constante dos gestores públicos. Tratam-se de assuntos em constante evolução. As terceirizações, por exemplo, trouxeram novas e importantes realidades para o universo das contratações administrativas. Questões relativas à responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e à responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas, no caso de terceirização, merecem a mais dedicada atenção dos servidores públicos envolvidos na condução contratual das unidades gestoras.

Os danos provocados por uma fiscalização contratual deficiente são, por si mesmos, evidentes. Desperdício de recursos generalizado, perda de objeto, punições de servidores que poderiam ser evitadas, e, mesmo, penalidades aplicadas desnecessariamente a boas empresas contratadas são apenas algumas das mazelas que resultam da ausência ou da insuficiência da atuação dos fiscais de contratos. Os ordenadores de despesa devem estar cientes dessa realidade e fazer incorporar à gestão dos órgãos e entidades que dirigem uma adequada cultura de fiscalização, na qual servidores especialmente designados e adequadamente capacitados conjuguem ao seu conhecimento profissional a necessária postura quando do exercício da fiscalização de contratos administrativos. Exercer a atribuição de fiscal de contrato é, antes de tudo, uma questão de postura.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.547, de 27 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a extinção de cargos efetivos no âmbito da Administração Pública Federal. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4547.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4547.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento diferenciado e simplificado para as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública Federal. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. 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. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998. Dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9632.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9632.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). Instrução Normativa MARE nº 18, de 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18\\_97.htm](http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/anexos/instrucao-normativa-no-02>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 89/2000, Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Sessão 16/10/2002. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1563/2004, Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 06/10/2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1930/2006, Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Infosemat nº 02/2008. Retenção de Contribuição Previdenciária. Orientação interna do TCU. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços, legalidade, revisão do Enunciado nº 256. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez 1993 e 04 jan 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3.ed., rev., atual.e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ISBN 85-8914-898-X

VIEIRA, Antonieta Pereira e outros. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. ISBN 85-7700-003-6

## NOTA

- Entretanto, é importante destacar que o Decreto nº 6.204/2007, que regulamenta o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, dedica-se a incentivar a possibilidade de subcontratação em favor desse tipo de empresa. O artigo 7º do referido diploma, em seu caput, seus incisos e parágrafos, trata dessa faculdade deferida aos órgãos e entidades.

