

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202117645001760

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE CULTURA

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 1846/2021 - GAB

EMENTA: 1. DIREITO ADMINISTRATIVO. 2. CONSULTA JURÍDICA. 3. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR A COLABORADOR TEMPORÁRIO O ENCARGO DE GESTOR OU FISCAL DE CONTRATOS. 4. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL. 5. CARÁTER DE EXCEPCIONALIDADE. 6. VIABILIDADE JURÍDICA. 7. ELEIÇÃO DO DESPACHO COMO REFERENCIAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 170-GAB/2020-PGE. 8. MATÉRIA ORIENTADA.

1. Trata-se de consulta jurídica formulada pela Gerência de Apoio Administrativo e Logístico, via **Despacho nº 713/2021 - GAAL** (000024414888), quanto à viabilidade jurídica de atribuir a colaborador temporário o encargo de gestor ou fiscal de contratos.

2. Instada a se manifestar, a Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado de Cultura exarou o **Parecer PROCSET nº 180/2021** (000024433119) sustentando ser *“possível atribuir o encargo de Gestor ou Fiscal de contratos ao servidor temporário, tendo em vista a necessidade inadiável e urgente de se designar servidores para acompanharem e fiscalizarem a execução dos contratos e convênios realizados por esta Secretaria, com respaldo no fato de não haver servidores efetivos e comissionados em número suficiente para desempenharem tal função, bem como, e principalmente, de inexistir vedação expressa em lei nesse sentido”*.

3. Na esteira do art. 7º da Portaria nº 127/2018 - GAB c/c alínea "a" do § 1º e caput do art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE, o sobredito opinativo foi submetido à apreciação do Gabinete desta Casa.

4. Em síntese, é o relatório. À manifestação.

5. Preliminarmente, assiste razão à Procuradoria Setorial ao opinar pela possibilidade jurídica de se atribuir o encargo de gestor ou fiscal de contratos administrativos a colaboradores temporários da Pasta. Isso porque, conforme bem pontuado pelo opinativo em apreço, de fato não há dispositivo legal asseverando impedimento para tanto, uma vez que o art. 51 da Lei estadual nº 17.928/2012 **aduz que apenas deve ser indicado preferencialmente ocupante de cargo de provimento efetivo ou emprego público**, assim como o art. 67 da Lei nº 8.666/93 apenas elenca o dever de fiscalização da execução contratual por representante da Administração Pública, sem nenhuma restrição expressa acerca do representante.

6. Nesse passo, ressalte-se que além de não haver impedimento legal expresso que constitua óbice à conduta almejada pela consulente, doutrinariamente também não há corrente que confronte tal conclusão. Nesse sentido, merece destaque as lições do doutrinador Lucas Rocha Furtadoⁱ e trecho do artigo da Revista do TCU nº 127ⁱⁱ, que discorrem sobre a matéria de fundo sem pontuar qualquer limitação nesse sentido.

7. Apenas a título de complementação, vale mencionar que no âmbito da Administração Pública Federal foi editada Instrução Normativa nº 02/2008ⁱⁱⁱ, que dispõe sobre as regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, onde também não se veicula proibição do desempenho de gestão ou fiscalização por colaboradores temporários, limitando-se a asseverar genericamente que *“devem pertencer aos quadros da Administração Pública”*.

8. No entanto, é inconteste ponderar que esta não é a situação mais recomendável, haja vista que o vínculo temporário não ostenta a mesma robustez que o vínculo efetivo ostenta por sua própria natureza, mas não se pode ignorar a real necessidade da Administração Pública e a situação fática indicada pela pasta de origem no que pertine à falta de servidores.

9. Nesta senda, é imperioso reforçar que a conclusão ora chancelada possui **caráter excepcional**, com amparo na falta de servidores efetivos ou empregados públicos para o desempenho das mencionadas funções. O dever de fiscalização impede que a execução e fiscalização dos instrumentos formalizados com a Administração Pública fiquem à deriva, esperando a “condição ideal” quanto à presença suficiente de servidores efetivos ou empregados públicos disponíveis para exercer tal múnus. Vale ressaltar, por oportuno, o que o diz a doutrina^{iv} acerca do tema, no sentido de que:

“Em decorrência da supremacia do interesse público, não pode a Administração assumir posição passiva e aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais. Não pode a Administração esperar o fim do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objetivo foi cumprido. Durante a própria execução do contrato deverá ser verificado se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato. Essa forma de agir preventiva apenas benefícios traz para a Administração.”

10. Em outras palavras, sendo a fiscalização um dever - e não mera faculdade -, é certo que as dificuldades reais do gestor devem ser sopesadas, reputando-se viável que mediante justificativa expressa da Pasta de origem, a designação de colaboradores temporários ou comissionados seja considerada regular. Em última análise, por esta perspectiva, verifica-se a aplicação prática do que dispõe o art. 22 da LINDB, que tratou da interpretação de normas sobre gestão pública.

11. Outrossim, vale destacar o *distinguishing* firmado no item 12 da peça opinativa, segundo o qual o entendimento ora assentado relativo a colaboradores temporários e comissionados não se estende aos trabalhadores terceirizados, pois “[d]iferentemente, no âmbito do Tribunal de Contas da União são encontrados acórdãos proibitivos do exercício dessas funções apenas por terceirizados, mas não por temporários e comissionados (vide Acórdão 690/2005-TCU; Acórdão 100/2013-TCU) (...)”.

12. Isso porque, em suma, o trabalhador terceirizado é pessoa que possui vínculo celetista (de direito privado, portanto) com a empresa contratada pelo Poder Público para executar, de maneira indireta, serviços e outras atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias. Ou seja, não possui nenhum liame jurídico com a Administração Pública, que apenas se beneficia, de fato, com o seu labor.

13. Situação diversa ocorre com a contratação temporária que, aliás, tem fundamento mediato de natureza constitucional (art. 37, IX, CR/88) e legal (Lei estadual nº 20.918/2020). Celebrado o contrato temporário (fonte jurídica imediata do vínculo), a Administração e o trabalhador formam entre si, diretamente, uma relação de direito administrativo^v da qual dimana um estado de sujeição especial e verticalizado entre Poder Público e contratado que, portanto, o equipara em muito aos servidores públicos investidos em cargos públicos. Tanto é assim que o art. 10, *caput*, da Lei estadual nº 20.918/2020 dispõe que:

“[...] aplicam-se, no que couber, as disposições do Título V – Capítulos I a V [Do Regime Disciplinar: Dos Deveres, Das Penalidades, Das Proibições, Da Acumulação e Das Responsabilidades], e do Título VI – Capítulos I a VII, da Lei nº 20.756, de 28 de janeiro de 2020 [Do Processo Disciplinar]”.

14. Essa linha de pensamento encontra ressonância na aclamada doutrina de Marçal Justen Filho^{vi}, que classifica os servidores públicos, quanto à titularidade de cargo público, em: a) servidores investidos em cargo público; ou b) pessoal contratado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a quem denomina de “servidores com regime jurídico especial”^{vii}. Segundo seus ensinamentos doutrinários^{viii}:

*“14.9.2.1.2 - Os servidores: já os agentes servidores públicos são os vinculados ao Estado segundo regime jurídico próprio, que impõe sua atuação permanente, contínua e **sob subordinação hierárquica**, com remuneração proveniente dos cofres públicos. A Constituição de 1988 chegou a impor um regime jurídico único para todos esses servidores, mas a solução foi retirada da Carta posteriormente (muito embora, como visto, o STF tenha suspenso a eficácia da alteração que eliminou o regime único). Durante a vigência da EC 19/1998 (que se prolongou até 02.08.2007), surgiram diversos regimes jurídicos, sendo costumeiro diferenciar o regime dito estatutário daquele não estatutário. **O regime não estatutário compreende a contratação temporária autorizada pelo art. 37, IX, nas hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público (que, no âmbito da União, está disciplinada pela Lei 8.745/1993, que foi alterada pela Lei 12.314/2010).** É usual considerar que o regime não estatutário compreende também o emprego público, o que não representa, em rigor, um entendimento equivocado. Apenas se deve destacar que o emprego público não envolve um vínculo jurídico de direito público, mas se subordina ao direito do trabalho.”*

15. Portanto, de forma objetiva, conclui-se pela viabilidade da conduta almejada pela Pasta, devendo ser observado o item 16 da peça opinativa para que a designação de colaboradores temporários em caráter excepcional seja justificada, já que a Lei estadual nº 17.928/2012 claramente dispõe pela preferência destas funções aos servidores efetivos ou empregados públicos.

16. Ante o exposto e com os acréscimos ora delineados, **aprovo o Parecer PROCSET nº 180/2021** (000024433119), onde oriento pela possibilidade de designação de colaboradores temporários ou servidores comissionados para desempenhar as funções de fiscal ou gestor de contratos administrativos, em caráter excepcional, mediante justificativa em relação à impossibilidade de sua atribuição preferencialmente a servidores efetivos ou empregados públicos.

17. Orientada a matéria, restitua os autos à **Secretaria de Estado de Cultura, via Procuradoria Setorial**, para ciência e providências ulteriores. Antes, porém, cientifiquem-se do teor desta orientação referencial (instruída com cópia do **Parecer PROCSET nº 180/2021** e do presente despacho) os Procuradores do Estado lotados nas **Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta** e no **CEJUR** (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 - GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão orientar, diretamente, a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria no 170-GAB/2020-PGE.

JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE

Procuradora-Geral do Estado

i Igualmente relevante observar que a função de gestor deve ser exercida necessariamente por servidor do quadro da unidade administrativa contratante, não se admitindo sua terceirização. Em relação às atribuições voltadas especificamente à fiscalização do contrato, que também podem ser executadas por servidor do quadro, é admitida a contratação de empresa especializada ou de profissional. (LUCAS, Rocha Furtado. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 6º ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Forum, 2015, p. 607)

ii O fiscal de contrato é a pessoa pertencente aos quadros da Administração, formalmente designada para acompanhar a execução do contrato, anotando em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e determinando o que for necessário para regular as faltas ou defeitos observados. O gestor de contrato, por sua vez, também deve pertencer aos quadros da Administração, tem as atribuições de tratar com o contratado, exigir o cumprimento do pactuado, sugerir eventuais modificações contratuais, comunicar a falta de materiais, recusar o serviço (nesse caso, geralmente subsidiado pelas anotações do fiscal).

(Aspectos gerais sobre o fiscal de contratos públicos Revista do TCU nº 127. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/3>)

iii Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm>.

iv LUCAS, Rocha Furtado. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 6º ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Forum, 2015, p. 604.

v Embargos de declaração em conflito de competência. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Contrato temporário. Regime jurídico-administrativo. Determinação de manutenção dos autos na Justiça comum. Precedente ADI-MC 3395/DF. 4. Agravo

regimental a que se nega provimento.

(CC 7889 ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015)

EMENTA Agravo regimental. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Ausência de argumentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo regimental não provido. 1. Competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. 2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente. 3. Agravo regimental desprovido.

(Rcl 7109 Agr, Relator(a): MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-02 PP-00315 RDECTRAB v. 16, nº 182, 2009, p. 121-128 LEXSTF v. 31, nº 368, 2009, p. 257-265)

EMENTA: RECLAMAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.395. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes do inc. XXIII do art. 19 da Lei nº 9.472/97 e do inciso IX do art. 37 da Constituição da República. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 5171, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2008, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00078 RTJ VOL-00207-01 PP-00266 RT v. 98, nº 879, 2009, p. 154-162)

[vi](#) JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[vii](#) Op. cit.

[viii](#) Op. cit.

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 17/11/2021, às 16:44, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000025178689** e o código CRC **205C1E64**.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20, ESQ. COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER -
Bairro SETOR OESTE - GOIANIA - GO - CEP 74110-130 - .



Referência: Processo nº 202117645001760



SEI 000025178689