4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE TOLEDO
PROMOTORIA DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

RECOMENDAÇÃO Nº 11/2.017
IC – MPPR-0148.17.001773-2

EMENTA: MUNICÍPIO DE TOLEDO – EVENTUAL DESIGNAÇÃO IRREGULAR DE CARGO EM COMISSÃO PARA EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE FISCAL DE CONTRATO – EXIGÊNCIA DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICA, INDEPENDENTE E AUTÔNOMA - INCOMPATIBILIDADE DE ATRIBUIÇÕES – RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA VISANDO REGULARIZAÇÃO DO CASO CONCRETO E OUTRAS SITUAÇÕES IDÊNTICAS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, por intermédio da **4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE TOLEDO – PROMOTORIA DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E À ORDEM TRIBUTÁRIA,** no exercício de suas funções institucionais previstas na Constituição Federal e na Lei Complementar Estadual nº 85/99, e

1) **CONSIDERANDO** a instauração do **INQUÉRITO CIVIL N°. MPPR-0148.17.001773-2,** para apurar eventual irregularidade promovida pelo **MUNICÍPIO DE TOLEDO/PR,** consistente na designação do servidor público André Luiz Flores Refosco, **ocupante do cargo comissionado de Diretor de Fiscalização de Obras Públicas**, vinculado à Secretaria do Planejamento Estratégico do Município de Toledo, para o exercício de função técnica de **fiscal de obras na sede do Consórcio intermunicipal de Saúde Costa Oeste do Paraná – CISCOPAR**;

Papel reciclado, menor custo ambiental.

2) **CONSIDERANDO** que o artigo 127 da Constituição Federal dispõe que *"o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"*;

3) **CONSIDERANDO** que o artigo 129 inciso II, da Constituição Federal, dispõe que cabe ao Ministério Público *"zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia"*;

4) **CONSIDERANDO** que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do patrimônio público, da moralidade, da legalidade e da eficiência administrativa, nos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal; artigo 114, *caput*, da Constituição do Estado do Paraná e artigo 25, IV, "a", da Lei Federal n.º 8.625/93;

5) **CONSIDERANDO** que o Ministério Público compete zelar pela defesa dos direitos assegurados na Constituição da República de 1.988 sempre que necessário for para garantia do seu respeito pelos poderes municipais, nos termos do artigo 27, inciso I da Lei 8.625/93;

6) **CONSIDERANDO** que o art. 58, inciso VII, da Lei Complementar Estadual n.º 85/99 dispõe que compete ao Ministério Público do Estado do Paraná *"expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública;*

7) **CONSIDERANDO** que o Ministério Público compete zelar pela defesa do patrimônio público e social, nos termos do artigo 129, inciso II da Constituição Federal, e, tendo em vista que dentro desta relevante atribuição ministerial, há de se exigir que o provimento de cargos em comissão no

Papel reciclado, menor custo ambiental.

âmbito da administração Pública respeite os princípios expostos no artigo 37 *"caput"* da Constituição Federal, sob pena de violação ao interesse público, ao regime de acessibilidade de cargos público e ao respeito e credibilidade dos poderes e instituições públicas;

8) **CONSIDERANDO** que a Constituição Federal impõe ao Poder Público a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput);

9) **CONSIDERANDO** que por disposição do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, consagrou-se o *"princípio do concurso público"*, como forma prioritária de acesso a cargos técnicos na Administração Pública, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional;

10) **CONSIDERANDO** que a Constituição Federal do Paraná igualmente prevê em seu artigo 27 que *"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, respeitada a ordem de classificação, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão"*;

11) **CONSIDERANDO,** portanto, que os cargos em comissão constituem forma excepcional de admissão no serviço público e, por assim dizer, exigem a estrita observância aos preceitos legais e constitucionais, sob pena de violar os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa.

12) **CONSIDERANDO** que o artigo 37, V, da Constituição Federal preconiza que os cargos em comissão são de ocupação transitória e seus titulares são nomeados em função da relação de

Papel reciclado, menor custo ambiental.

confiança; que se verifica na afinidade e comprometimento do nomeado com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental[1];

13) **CONSIDERANDO** que o referido dispositivo da Carta Magna (art. 37, V, CF) enfatiza que ***"os cargos em comissão se destinam apenas às funções de direção, chefia e assessoramento"***, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas, e que portanto devem ser tipificadas em texto legal, para fim de confirmação de que atendem os pressupostos constitucionais;

14) **CONSIDERANDO** que o entendimento jurisprudencial é no sentido de enfatizar as funções expostas na Constituição Federal acerca dos cargos comissionados e apontar como inconstitucional qualquer função aquém disto.[2]

15) **CONSIDERANDO,** ao mesmo tempo, a compreensão exposta sobre o significado de ***assessoramento***, aponta-se o entendimento jurisprudencial consolidado do Supremo Tribunal

1 DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos.** 2. ed. rev. e atualiz. de acordo com a CF/88. Sao Paulo: RT, 1992, p. 41.

2 *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI MUNICIPAL: CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DAS FUNÇÕES EXERCIDAS PELOS OCUPANTES DOS CARGOS EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE REINTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – **Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não tenham caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico.** Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal de origem quanto à natureza das funções exercidas pelos ocupantes dos cargos em comissão, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais locais, o que inviabiliza o extraordinário, a teor das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (ARE 753415 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12-11-2013 PUBLIC 13-11-2013).*

Papel reciclado, menor custo ambiental.

Federal de que se trata de cargo tido por qualificado, devendo conter funções que envolvam atividades complexas e de responsabilidade.

16) **CONSIDERANDO** que, mantendo a simetria normativa com as normas constitucionais, o artigo 128, inciso V da Lei Orgânica do Município de Toledo prevê expressamente que *"as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se **apenas** às atribuições de direção, chefia e assessoramento"*;

17) **CONSIDERANDO** que a autonomia política e administrativa dos entes federados não é absoluta, devendo ser observados os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, e Lei Orgânica, notadamente no que diz respeito ao regime jurídico do serviço público;

18) **CONSIDERANDO** as alterações procedidas na Lei Municipal nº 1.886/2005, no art. 5º, que excluíram do rol dos cargos comissionados todos os que não tinham ligação com o assessoramento, direção e chefia, e também estabeleceu rol específico de atribuições de cada qual dos cargos de livre nomeação e exoneração, em obediência ao pactuado no Termo de Ajustamento de Conduta nº 01/2.017, realizado por conta do inquérito civil nº MPPR-0148.17.17.00004-3 instaurado por este ente ministeral. A esse respeito, a referida norma municipal expressamente definiu como atribuições do cargo de Diretor de Fiscalização de Obras Públicas:

A) ***Chefiar e Coordenar*** equipe de arquitetos/engenheiros responsáveis pela fiscalização de obras públicas; fazer a gestão e o controle de Contratos de Obras Públicas; analisar e Justificar re-programações de Obras Públicas; elaborar Projetos de Urbanizações; dar suporte às Secretarias em levantamentos de obras e reformas (redação dada pela Lei nº 2.238, de 4 de julho de 2017 – destaque nosso).

Papel reciclado, menor custo ambiental.

19) **CONSIDERANDO**, que nos autos de Inquérito Civil nº 0148.17.001773-2, que propiciaram ensejo à presente Recomendação Administrativa, noticiou-se a designação de André Luiz Flores Refosco, exercente do cargo de Diretor de Fiscalização de Obras Públicas, para o exercício de função de ***fiscal de obras*** na sede do Consórcio Intermunicipal de Saúde Costa Oeste do Paraná – CISCOPAR.

20) **CONSIDERANDO** que um dos maiores problemas enfrentados pela Administração Pública nos contratos administrativos é a má execução contratual. Inclusive, a respeito da ineficiência da fiscalização dos contratos já afirmava NIEBUHR:

> A) *A impressão é que aos agentes administrativos parece que assinatura do contrato exaure suas atividades, como se não fosse necessário mais nada, como se o interesse público fosse cumprido com a assinatura dele. Essa percepção é equivocada, sobretudo porque apreende o processo de licitação pública e de contrato administrativo isoladamente, sem atentar que um e outro não passam de meios para a consecução do interesse público, finalidade maior que norteia todas as atividades administrativas. É fundamental que se perceba a licitação pública como meio para escolher a melhor proposta, o que é pressuposto para a celebração de contrato administrativo. Outrossim, o contrato administrativo também não passa de um meio para o fim consubstanciado no excelente e efetivo cumprimento do interesse público. O que ocorre com a construção de uma obra, a prestação de um serviço, a aquisição ou alienação de bens ou outra utilidade de interesse reclamado pela coletividade*[3].

21) **CONSIDERANDO** que a Administração Pública tem a prerrogativa da fiscalização dos contratos públicos (art. 58, III, Lei de Licitações)[4];

22) **CONSIDERANDO** que o artigo 67 da Lei de Licitações preconiza expressamente que *"a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da*

3 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. p. 471.

4BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm>. Acesso: 13 de outubro de 2.017.

Papel reciclado, menor custo ambiental.

Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição."

23) **CONSIDERANDO**, que "acompanhar" significa estar presente ou manter um sistema de acompanhamento da execução do contrato.

24) **CONSIDERANDO** que "fiscalizar" significa verificar se o contrato está sendo executado de acordo com o que foi pactuado, através de observações e ações junto ao preposto do contratado, tudo devidamente registrado e comunicado ao gestor do contrato nos casos de descumprimento do disposto no contrato. Logo, a fiscalização tem como pressuposto que o técnico responsável pela fiscalização tem elevado grau de conhecimento técnico, leitura de projeto, interpretação das especificações e conhecimento das normas técnicas e procedimentos de execução recomendados.

25) **CONSIDERANDO** que desta forma, o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato são obrigatórios para todos os contratos administrativos, inclusive aqueles que, sistemática e teleologicamente, se esgotem em um único ato.

26) **CONSIDERANDO** que gerenciar significa dizer executar de forma mais econômica e que atenda às necessidades de planejamento do cliente, o gerenciamento permite uma avaliação

Papel reciclado, menor custo ambiental.

correta dos prazos de execução, analisando prazos de entrega, tecnologias e equipamentos empregados, produtividades e, a cada passo, a avaliação do impacto no custo orçado, garantindo que o valor final esteja abaixo do esperado.

27) **CONSIDERANDO** portanto que a diferença entre o gestor do contrato, definido por aplicação analógica da Instrução Normativa nº 02/2.008 (Secretaria de Logistíca e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) *"servidor designado para coordenar e comandar o processo da fiscalização da execução contratual"*, enquanto que o fiscal técnico do contrato é o "servidor designado para auxiliar o gestor do contrato quanto à fiscalização do objeto do contrato". No mesmo sentido, observa-se o contido no art. 2º, itens II e V da Portaria TCU 297/2.012[5]. Observe-se, inclusive, que em relação àquele designado para acompanhar a execução

---

5Art. 2º Para os fins desta norma, entende-se por:

III – gestora do contrato: unidade ou subunidade da Secretaria do TCU, vinculada ou não ao objeto do contrato, responsável pela fiscalização da documentação comprobatória da contratada;

V – fiscal técnico do contrato: servidor formalmente designado para acompanhar a execução dos serviços terceirizados de natureza continuada que tenham sido contratados;

Art. 4º A fiscalização dos contratos de serviços terceirizados de natureza continuada será realizada por fiscais técnicos e gestoras de contratos.

Parágrafo único. Para cada contrato deve ser designado o fiscal técnico e identificada a gestora de contrato.

Art. 5º Ao fiscal técnico do contrato compete:

I – verificar a conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de acordo com o objeto do contrato;

II – atestar as notas fiscais e as faturas correspondentes à prestação dos serviços;

III – prestar informações a respeito da execução dos serviços e de eventuais glosas nos pagamentos devidos à contratada; e

IV – quando cabível, manter o controle das ordens de serviço emitidas e cumpridas.

dos serviços contratados, há inclusão de expressão de reforço para designar o agente como fiscal "técnico" do contrato;

28) **CONSIDERANDO** que nomeação de servidor estável oferece maiores garantias de permanência de exercício da atividade até a conclusão dos contratos.

29) **CONSIDERANDO** que a análise de diversos contratos administrativos informados no Portal da Transparência do Município de Toledo revelou que invariavelmente, por mais de um mandato de gestão governamental, estão sendo nomeados agentes públicos ocupantes de cargos em comissão para o exercício de fiscalização de contratos. A esse respeito, cita-se, exemplificativamente, os contratos públicos nº 1400/2012; nº 1351/2012[6]; nº 0933/2013[7]; nº 0157/2014[8]; nº 0806/2015[9]; nº 0651/2016[10];

30) **CONSIDERANDO** que a Administração possui responsabilidade solidária ao designar o agente, pois é sua obrigação precípua de fornecer todos os meios necessários para o fiel cumprimento das funções.

---

6 "As medições mensais deverão se basear nos serviços realizados e serão feitas pela Engenheiro Fiscal da Contratante, Engenheiro Filippo Piana Capello (que era Diretor do Departamento de Projetos e Desenvolvimento Habitacional da Secretaria de Habitação e Urbanismo, conforme portaria n. 554 de 17 de dezembro de 2012);

7 Geni Serafim - cargo comissionado de Diretora do Departamento de Desenvolvimento Agropecuário e Abastecimento da Secretaria da Agropecuária e Abastecimento (conforme portaria n. 36 de 2 de janeiro de 2013);

8 Designada para fiscalização e acompanhamento da execução do contrato a Sra. Palmira Cristina da Rocha, que exercia cargo em comissão de Diretora de Serviços Técnicos (conforme portaria n. 36, de 2 de janeiro de 2013);

9 Fica designada para fiscalização e acompanhamento da execução do contrato a Sra. Michele Cristine Krenczynski, no cargo em comissão de Diretora do Departamento Administrativo da Secretaria do Meio Ambiente (conforme portaria n. 42, de 3 de janeiro de 2013);

10 Designada para fiscalização e acompanhamento da execução do contrato a Sra. Michele Cristine Krenczynski, que exercia cargo em comissão de Diretora do Departamento Administrativo da Secretaria do Meio Ambiente, conforme portaria nº 42, de 3 de janeiro de 2013.

Papel reciclado, menor custo ambiental

31) **CONSIDERANDO** que o fiscal de contrato precisa ter autonomia, independência fiscalizatória e condições saudáveis para a realização da fiscalização. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU):

> A) Acórdão nº 140/2007 – Plenário (designação do fiscal e segregação de funções) *"Não faz sentido que o órgão executor e fiscalizador sejam o mesmo. Com fundamento no princípio da segregação de funções, como garantia da independência da fiscalização; é fundamental que o agente fiscalizador não seja ao mesmo tempo executor. Mais ainda, é essencial que o agente que fiscaliza detenha independência e não tenha compromissos ou relações com o órgão executor. Atribuir a execução e fiscalização a um mesmo agente seria ir contra todos esses princípios." (Trecho do Relatório do Min. Marcos Vilaça)*

32) **CONSIDERANDO,** que apesar da resposta do município de Toledo-PR ao ofício nº 638/2017, encaminhado por esta Promotoria de Justiça, esclarecendo que ANDRÉ LUIZ FLORES REFOSCO está atuando como Diretor de Fiscalização de Obras Públicas e, cumulativamente, como fiscal de obra, em vista da deficiência de engenheiros no setor para atender todas as obras em andamento e a impossibilidade de novas contratações devido ao limite prudencial estabelecido na lei, é necessário que essa atividade de fiscal seja cessada, pois pelas razões já expostas, é inconstitucional (fl. 68).

RECOMENDA

ao Senhor **LUCIO DE MARCHI, PREFEITO DE TOLEDO/PR**, a adoção de todas as providências que se fizerem necessárias, a contar de sua notificação dos termos deste documento, para que, em cumprimento às disposições legais e contratuais mencionadas, e em vista das circunstâncias ora apontadas:

Papel reciclado, menos custo ambiental

a) Em relação ao caso concreto, no prazo de 10 (dez) dias, a adoção das providências objetivando a revogação do ato que designou André Luiz Flores Refosco, ocupante do cargo comissionado de Diretor de Fiscalização de Obras Públicas, à função técnica de **fiscal de obras na sede do Consórcio Intermunicipal de Saúde Costa Oeste do Paraná – CISCOPAR**;

b) Diante da constatação de irregularidades de mesma natureza na fiscalização de outros contratos administrativos vigentes, no prazo de 30 (trinta) dias, promova a identificação de ocupantes de cargos em comissão que estejam nomeados para o exercício de função de fiscal técnico em outras contratações promovidas pelo Município de Toledo, ainda em vigor, seguindo-se à revogação dos respectivos atos administrativos que determinaram as designações, e subsequente substituição destes nomeados por servidores efetivos da Administração Pública municipal, por intermédio de ato oficial e revestido de publicidade.

c) No prazo de 15 (quinze) dias, contados do interregno constante do item "b", informe-se o Ministério Público a respeito das substituições realizadas (incluído o item "a"), com remessa de cópias dos respectivos atos de substituição de servidores para o exercício da função de fiscal de contrato, e dos respectivos contratos atingidos pelas alterações.

d) Doravante, para os contratos a serem celebrados a partir do conhecimento desta Recomendação Administrativa, sejam exclusivamente nomeados como fiscais de contratos servidores efetivos do Município de Toledo.

I – O Sr. Prefeito Municipal deverá informar se aceitará a presente Recomendação Administrativa, no prazo de 10 (dez) dias, contados de sua notificação.

Papel reciclado, menor custo ambiental.

II - Requer-se ainda ao gestor notificado a digitalização e inserção do documento no Portal da Transparência do Município de Toledo, a fim de conferir plena publicidade, permitindo deste modo o seu conhecimento, e fiscalização pelos próprios agentes públicos, inclusive no exercício de mandatos eletivos futuros, e controle pela população.

III - Assevera-se que em caso de não acatamento desta Recomendação Administrativa, o Ministério Público informa que adotará as medidas legais necessárias a fim de assegurar a sua implementação.

Sra. Oficiala de Promotoria:

i. Encaminhe-se cópia da presente Recomendação Administrativa à Presidência da Câmara de Vereadores de Toledo, para os fins do artigo 31 da Constituição Federal, bem como à Presidência do Observatório Social de Toledo (OST), objetivando conhecimento e eventuais providências ao âmbito de suas atribuições;.

ii. Publique-se esta Recomendação Administrativa, inclusive no átrio das Promotorias de Justiça.

iii. Registre-se este documento no sistema PRO-MP.

Toledo, 23 de outubro de 2017.

SANDRES SPONHOLZ
Promotor de Justiça

Papel reciclado, menor custo ambiental.