



ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 0007/2015	
UNIDADE ORÇAMENTÁRIA	TODAS UNIDADES ORÇAMENTÁRIAS QUE POSSUAM CONTRATOS DE OBRAS
ASSUNTO:	DECRETO Nº 2/2015 - FIM DA SUSPENSÃO - CONTRATOS DE OBRA - EXECUÇÃO - MEDIDAS PREVENTIVAS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cumprindo a missão institucional da Controladoria Geral do Estado de buscar qualidade, legalidade e responsabilidade fiscal na gestão dos recursos públicos no âmbito do Poder Executivo e em atendimento à Ordem de Serviço n.º 085/2015, apresentamos medidas que devem ser adotadas nos contratos de obras para garantir a correta continuidade da execução, visto que o prazo de suspensão confida no Decreto nº 2, de 2 de janeiro de 2015, atingiu o termo final.

Com fundamento na competência prevista no Artigo 66, III e V, da Constituição Estadual, o governador do Estado de Mato Grosso determinou por meio do Decreto nº 2, de 02/01/2015, a suspensão, pelo prazo de 90 (noventa) dias, dos contratos firmados com o Poder Executivo Estadual, cujo termo final deu-se em 02 de abril de 2015. Período em que cumpriu-se a execução de ações de auditorias sobre os mesmos.

Objetivou, com essa diretriz, apurar a regularidade e a licitude das despesas para o fim de justificar os respectivos pagamentos, em



estrito atendimento ao dever do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso em zelar pela fiel execução dos contratos.

2. RESULTADO DAS AUDITORIAS DO DECRETO Nº 002/2015

Considerando os motivos justificadores apresentados no Decreto nº 2/2015, as ações de auditoria identificaram série de irregularidades de níveis moderados a gravíssimos, mormente, atinentes aos contratos de obras e serviços de engenharia, que podem assim serem sintetizados (a relação detalha segue no Anexo I):

Falta de apresentação de documento de regularidade fiscal nas medições:

A Lei geral de Licitações e Contratos no seu no art. 55, inciso XIII, determina:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (G.n.).

Falta ou deficiência nas anotações no Diário de Obras:

Pertinente ao tema, as deliberações do TCU, seguem a seguinte linha:

*Exija dos fiscais a elaboração de diário de obras, registrando tempestivamente as ocorrências relacionadas a execução do contrato (materiais, equipamentos e mão de obra utilizada, bem assim a localização precisa dos serviços executados etc.), em atenção ao § 1º do art. 67 da Lei no 8.666/1993. **Acórdão 1731/2009 Plenário***



Importante asseverar que o diário de obras é documento indispensável, pois é previsto em cláusula contratual, regulado pelo CREA e CONFEA.

Erros nos cálculos dos valores de reajustes:

A Lei n.º 8666/93 dispõe:

*Art. 40. O **edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*

[...]

*XI – **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a **data** prevista para a **apresentação da proposta**, ou do **orçamento** a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela. (grifos nossos).*

Deficiência ou ausência de elementos elucidativos das medições (memória de cálculo):

A Orientação Técnica nº 64/2010 – AGE/MT, versa sobre o acompanhamento adequado da execução de contrato e/ou convênio cujo objeto seja **obra** ou **serviços de engenharia**:

...para a efetivação do pagamento a medição deverá conter:

- Folha de identificação com os dados do contrato – Anexo I*
- Ficha de medição – Anexo II*
- Memória de cálculo – Anexo III*
- Folha de medição – Anexo IV*
- Ficha de medições acumuladas – Anexo V*
- Ficha para medição do canteiro – Anexo VI*



- *Ficha para medição da mobilização (equipamentos) – Anexo VII*
- *Ficha dos índices pluviométricos (pluviometria) – Anexo VIII*
- *Registro fotográfico dos serviços executados - Anexo IX*
- *Diário de obras – Anexo X.*

Atrasos nos cronogramas pactuados. Não aplicação das penalidades administrativas decorrentes de culpa da contratada:

O Superior Tribunal de Contas da União assevera em sua manifestação - Decisão 736/2001 - Plenária, que o gestor público “*apure a ocorrência de atrasos na implementação do cronograma físico-financeiro das obras e serviços de responsabilidade da empresa, aplicando as sanções previstas contratualmente*”.

Termos Aditivos de valor. Cálculo dos valores de acréscimos e supressões. Extrapolação dos limites de alterações contratuais:

Referente à celebração de aditivos contratuais, a Lei 8.666/1993 (Licitações e Contratos Administrativos), art. 65, § 1º, dispõe:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os **acréscimos** ou **supressões** que se fizerem nas **obras, serviços** ou **compras, até 25%** (vinte e cinco por cento) do **valor inicial atualizado do contrato**, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (grifos nossos).

Medições NÃO Atestadas/Liquidadas por servidor designado pela fiscalização nem por empresa supervisora contratada:



As liquidações das medições de etapas da obra devem ser precedidas pela verificação daquele servidor designado formalmente para a função de fiscal e/ou por empresa contrata para supervisão-gerenciamento da obra (art. 67 da Lei 8.666/1993).

Estes atores deveriam, após inspeções *in loco* e das conferências dos cálculos, firmar suas assinaturas nos documentos que instruem o processo administrativo de pagamento.

A ausência desta manifestação ou manifestação de agentes não designados denotam ausência de fiscalização, conseqüente risco de pagamento irregular.

Descumprimento contratual já reportado pela fiscalização de contrato:

No uso do poder-dever de vigilância de seus contratos administrativos (art. 58, III, Lei nº 8.666/1993), foram identificadas anotações relevantes e contundentes dos atores responsáveis pela fiscalização (Fiscal da Administração ou Supervisora de Obras) de traços de inexecuções contratuais.

Casos inclusive em que recomendavam-se, reiteradamente, a necessidade de aplicação de penalidades (art. 67, §2º da Lei nº 8.666/1993), mas que ainda não foram efetivamente aplicadas.

Esses achados servem para alertar os gestores sobre os riscos das obras legadas pela gestão do governo passado, e daí a coerência do Decreto nº 002/2015 em impor cautela em sua continuidade.



3. LEGALIDADE e INTERESSE PÚBLICO

A cautela em paralisar obras deve ser equilibrada com a necessidade de fluidez dos serviços públicos a serem prestados, no caso em debate, as obras estruturantes (mobilidade urbana, rodovias, escolas, presídios) em andamento.

O interesse público em questão transita desde um aspecto individual, que envolve a dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito de ir e vir com segurança e conforto e ter aparelhos públicos adequados; a um aspecto coletivo, o desenvolvimento econômico do estado, mas também do país, uma vez que Mato Grosso responde por significativa parcela das exportações das *commodities* nacionais.

Assim, está-se diante do imperial equilíbrio entre a satisfação do interesse público imediato, realização das obras, do interesse público mediato, consistente na observância da legalidade dos atos de liquidação e pagamento das despesas.

Não por outra razão é que dedica-se esta Orientação Técnica com urgente medidas que visem salvaguardar o interesse público mas dentro dos padrões jurídico-legais mais seguros, assim executando obras de maneira legalmente correta mas não prejudicando a tempestividade de sua conclusão

É por este motivo que o alerta para a fase da liquidação da despesa constitui etapa anterior e imprescindível ao crédito em favor do



contratado. Nela se determina a importância exata que se deve pagar, conforme preconizam os artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

Trata-se da verificação do direito do credor, que em razão do adimplemento de suas obrigações contratuais passa a ser credor do preço ajustado no contrato, desde que o tenha executado fielmente, premissa geral presente no art. 66 da Lei nº 8.666/93.

De forma específica, o instrumento contratual e o ato convocatório são os documentos que devem ser examinados para se verificar a correta constituição do crédito decorrente da fiel execução do objeto pactuado, sem se esquecer das regras legais, previstas na Lei nº 8.666/93, aplicáveis à execução contratual.

Em razão de todo esse preâmbulo destes 3 capítulos, serão apresentados nos parágrafos que se seguem pontos que devem ser observados na gestão dos contratos de obras, que se encontravam suspensos em razão da ordem contida no Decreto nº 2, de 2 de janeiro de 2015.

4. ORIENTAÇÕES

4.1 – Da vigência contratual

Verificar se perdura a vigência do contrato de obra, haja vista que pendem ainda parcelas da execução do objeto, mas os prazos de vigência do pacto e o de entrega do empreendimento podem estar em vias de ter escoado.



A respeito desse tema trazemos a lição seguinte lição de Hely Lopes Meirelles:

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra dos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: **nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais;** nos segundos o prazo é de **eficácia do negócio jurídico contratado**, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público, ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato.

(...)

Nos demais contratos, como no de empreitada de obra pública, não se exige, nem se justifica cláusula de prorrogação, porque o contrato não se extingue pela fluência do prazo fixado, mas sim pela conclusão da obra. Nestes contratos o prazo é apenas limitativo do cronograma físico, e será prorrogado (com ou sem mora das partes) tantas vezes quantas sejam necessárias para a conclusão da obra independentemente de previsão contratual."

(Licitação e Contrato Administrativo, ed. RT, 10ª ed., pág. 230)

Portanto, como nos contratos de obras o que se busca é a entrega do empreendimento contratado, a prorrogação da vigência fica vinculada à sua conclusão. Dito de outro modo, a vigência deve ser sempre restabelecida para garantir segurança jurídica às partes e ato contínuo deve-se realinhar o cronograma físico-financeiro.

Ademais, na circunstância vivenciada pela Administração Estadual de suspensão de seus contratos por conta do decreto (interesse



público) há consequência natural de compensar-se no cronograma de execução o período paralisado em decorrência de sua ordem. É a regra que consta na Lei nº 8.666/93:

Art 79. (...)

§ 5º - Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

Por derradeiro esclarecimento, o transcurso do prazo da vigência não extingue diretamente a avença, mas pode ser determinante para o cabimento de sanção à parte que deu causa a letargia da execução.

Orienta-se assim que antes de expedir ordem de retomada da obra certifique que o prazo do contrato ainda vige, prorrogando-o no que for necessário e repactuando o cronograma físico-financeiro em etapas ritmadas ao interesse público, tudo por meio de regular aditivo.

4.2 – Da Garantia Contratual

Os efeitos da prorrogação da vigência e cronograma, em razão da suspensão determinada pela Administração Pública, não se restringem somente à esfera jurídica do contratante e contratado, pois há obrigações que o contratado assume com terceiros para poder viabilizar a celebração do contrato. Estamos a falar da garantia contratual, a qual pode ter ocorrido em uma das formas previstas no artigo 56 da Lei nº 8.666/93. Vejamos:



Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: [Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; [Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004](#)

II - seguro-garantia; [Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)

III - fiança bancária. [Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94](#)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. [Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. [Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.



Caso o contratado tenha optado por uma das modalidades de garantia previstas nos incisos II e III, ocorrem efeitos externos à relação contratado X contratante, uma vez que essas formas de garantia envolvem contratos celebrados com instituições financeiras, os quais serão acessórios ao contrato celebrado com a Administração Pública.

O gestor deve verificar qual forma de garantia foi oferecida pelo contratado e a sua adesão às regras presentes na legislação, no ato convocatório e no instrumento contratual, para exigir que a cobertura perdure até o recebimento definitivo da obra contratada.

Vale salientar que a medida de suspensão dos contratos levada à efeito pelo Decreto nº 2/2015 é legítima, encontrando escoro no inciso III do parágrafo 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

Deste modo, não pode ser alegado por nenhuma empreiteira de que as medidas tomadas pelo Estado impossibilitam a manutenção de garantia contratual, por exemplo, nova apólice de seguro junto a instituições bancárias.

A razão da imprescindibilidade do recolhimento da garantia contratual é por sua natureza de salvaguarda aos riscos naturais dos contratos. São as suscetibilidades de intercorrências em cláusulas não adimplidas por parte da Contratada e que em razão dos achados precedentes e relatados no capítulo 2 deste trabalho, ganha ainda mais relevo que cuide-se desta garantia.

Orienta-se assim que, antes de expedir ordem de retomada da obra certifique se a garantia contratual, seja qual a forma optada pela



Contratada, é ainda válida, caso contrário notifique estabelecendo prazo para sua providência sob pena de inviabilidade da expedição da Ordem de Reinício além de caracterizar inexecução contratual desencadeadora até de rescisão unilateral do pacto (art. 78, I, da Lei nº 8.666/93).

Em tempo, **orienta-se** que a base de cálculo da garantia deve ser o valor global do contrato, incluindo os eventuais aditivos existentes.

4.3 – Dos apontamentos precedentes do Fiscal, da Supervisora, da CGE e/ou do TCE

O gestor deve observar e dar providência aos apontamentos e recomendações trazidos por meio de relatórios ou documentos de efeito produzidos pelos atores que exercem controles dos contratos administrativos.

As tarefas desempenhadas não podem se tornar inócuas, devendo subsidiar tomadas de decisões como a que ora pende que é a expedição de Ordem de Reinício da empreitada.

Neste sentido, eventuais diagnósticos existentes que impliquem na necessidade de reparos, de refazimento, de glosas ou de sanções devem ser reportados pelo fiscal do contrato, que como é incumbido de vivenciar dia pós dia a obra e ser o “primeiro olhar” do Estado possui seguramente este histórico.

Particularmente quanto à aplicação de sanções



administrativas, estas decorrem de abalos à fiel execução do contrato, possuindo caráter repressivo e pedagógico.

O comando dos artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666 /93, impõem aos representantes do Estado o dever de tomar as providências cabíveis, instaurando o devido processo administrativo, a fim de aplicar as sanções preceituadas.

Trata-se a toda vista, de ato vinculado, de um Poder Administrativo, um dever poder, uma prerrogativa inerente aos Poderes da Administração, que deve ser exercida.

Orienta-se assim que antes de expedir ordem de retomada da obra certifique se já existem recomendações pontuais a este contrato. Em havendo, contemple no novo cronograma físico-financeiro um plano de ajuste de reparo, de refazimento e de glosas, de forma que vincule a permissão da retomada dos serviços com a recuperação dos níveis de qualidade, especificações, prazos e valores do contrato.

Sobre sanções, em existindo regular processo administrativo que tenha culminado em decisão pela aplicação, **orienta-se** que condicione a Ordem de Reinício ao recolhimento da pena pecuniária em uma das formas do artigo 87, § 1º da Lei nº 8.666/93.

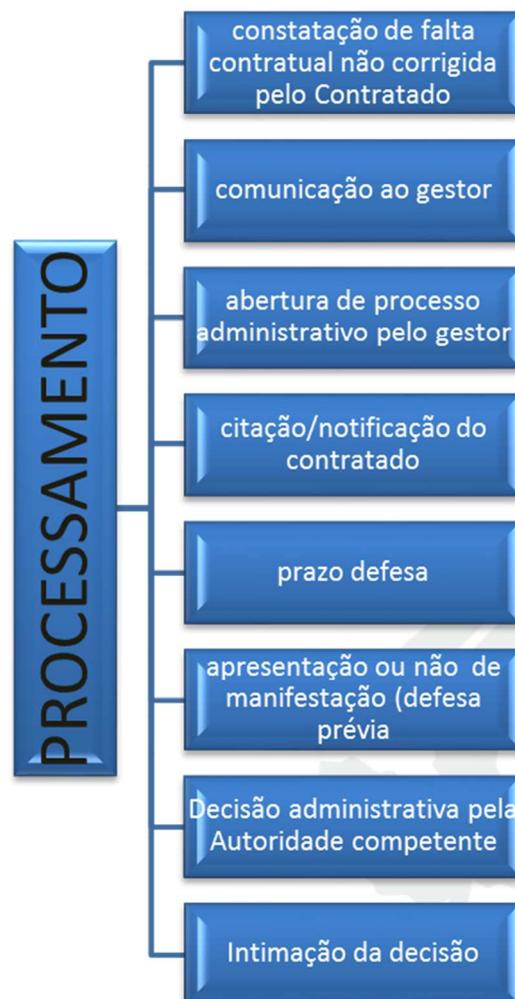
4.4 – Processo de sanção em tramitação ou concluído de maneira irregular

A regra é que processo administrativo com decisão pela sanção deve ser considerado.

Aos casos em que não se tenha decisão legada ou àqueles em que existam vícios em seus atos vale as orientações que se expõe.

Premissa basilar do regular processo administrativo, é o direito a ampla defesa do contratado, devidamente instaurado pela Administração, eis que previstas as garantias de defesa na Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LV), além das legislações infraconstitucionais, como o contido na Lei 8.666/93 (Art. 86 e 87, § 2º).

Ilustramos abaixo, passos a serem trilhados pela administração para o processamento do procedimento de aplicação de penalidade:





Logo, evitando futuras nulidades, o contratado deverá ser notificado para apresentação de defesa prévia, em obediência à Lei de Licitações.

Importante ressaltar que o prazo de 05 dias se inicia com a intimação, e não com a juntada do comprovante da notificação. Sugerimos ainda, não mencionar na notificação, a possível penalidade a ser aplicada, mas todas aquelas previstas no contrato e na legislação.

Após, respeitadas todas as etapas processuais, terá a administração meios para cumprir o seu dever de punir o infrator contratual, sem desrespeitar seus direitos, evitando nulidades futuras e, conseqüentemente, desperdícios de recursos públicos.

Passado o prazo de recurso ou de sua resolução, deverão ser adotados os procedimentos de execução da penalidade aplicada, podendo ser ela:

- a)** retenção da garantia para cobrança de multa (ex.: acionar a seguradora), desconto dos pagamentos pendentes e, se for o caso, pelo encaminhamento dos autos originais para inscrição em dívida ativa do Estado;
- b)** publicação no Diário Oficial do termo de rescisão unilateral, pena de advertência, suspensão temporária ou declaração de inidoneidade (artigo 109, § 1º, da Lei 8.666/93);
- c)** outras providências que se fizerem necessárias, como, por



exemplo, a contratação da segunda colocada ou outra empresa para prestar o serviço ou entrega do bem.

A aplicação efetiva da penalidade tem por escopo o interesse público: a uma, por conferir efetividade às normas da Lei 8.666/93 relativas à inexecução contratual; a duas, por ter efeito e caráter didático, obstando ações temerárias por parte dos pretendentes a contratar com a Administração Pública.

Por fim, e não menos importante, ressaltamos que o cálculo aritmético da multa a ser realizado para sua aplicação deverá ser aquele cuja fórmula encontra-se inserida no contrato.

Orienta-se assim que identifique se existe processo de sanção em curso. Passando a adotar os impulsos necessários até sua ultimação, perseguindo a justiça administrativa que quando tardia será falha, inócua.

4.5 – Do pagamento após emissão de Termo de Ratificação do fiscal, comissão de fiscalização e empresa Supervisora

Outro cuidado trazido pela norma regente é que atrasos em pagamentos que supere 90 (noventa dias) podem ser motivadores para rescisão unilateral pela Contratada (art. 78, XV da Lei nº 8.666/93).

Daí por que, deve-se ter atualizado o controle da linha do tempo da corrente do contrato, priorizando pagamentos de medições mais antigas, mas nunca olvidando os riscos de irregularidades como aquelas do capítulo 2 e aqueles preceitos legais exaustivamente



esclarecidos no capítulo 3 deste trabalho. A saber: artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64; artigos 66, 67 e 73 da Lei nº 8.666/93.

Na conjuntura atual, pagamentos pendentes remontam de época da antiga gestão governamental, mas a execução da obra quando ocorrida, em tese, foi acompanhada por fiscais ou por comissões de fiscalização ou por empresa supervisora, detentores da responsabilidade de reportar se de fato ocorreram por terem sido devidamente nomeados para tal feito.

Este *report*, tratando-se de obras, tem sido comumente materializado em simples assinatura em planilhas de medições, por vezes elaboradas pela própria empreiteira contratada.

Visando ampliar a segurança desta manifestação é que vale a remissão ao que dispõe o artigo 73, inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.666/93:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de **obras** e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante **termo circunstanciado**, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

Orienta-se assim que antes de expedir ordem de retomada da obra certifique se existe empresa Supervisora regularmente contratada para auxílio da vigilância daquele empreendimento.

Orienta-se ainda apurar se a obra possui medições inadimplidas por parte do Estado superior a 90 dias.



Em havendo, **orienta-se** que promova os pagamentos, mas que em decorrência do conjunto de achados estampados no capítulo 2, impõe-se ao gestor **requisitar aos fiscais, comissões e Supervisoras a ratificação** (por meio de termo que segue no Anexo II) dos atestos já efetuados, mesmo que tal controle já tenha sido exercido com zelo.

4.6 – Do Boletim de Fiscalização

Além do Termo de Ratificação, orientado anteriormente, acrescenta-se como condicionante ao pagamento a expedição do documento padrão nominado “Boletim de Desempenho” (Anexo III) que contém elementos de avaliação da execução do contrato, no qual são atribuídas notas que ao final gerarão um conceito quanto à qualidade dessa execução.

Trata-se de um dos documentos estabelecido desde a Orientação Técnica nº 006/2014/CGE, a qual está disponível no endereço: <http://www.auditoria.mt.gov.br/>, que deu diretrizes de boas práticas nas fiscalizações de contratos de obras (Anexo IV).

Orienta-se assim que para efetuar pagamentos pendentes também determine a cada fiscal que preencha o Boletim de Desempenho, caso ainda não tenha feito, pois ele é mais um mecanismo de verificação do correto acompanhamento e fiscalização do contrato.

4.7 – Da revisão da designação do fiscal ou comissão de fiscalização



A designação dos fiscais, em atendimento ao art. 67, da Lei n. 8.666/93, visa garantir a qualidade do contrato, ou seja, assegurar se o que foi pactuado é exatamente o que está sendo recebido pelo contratante.

É fundamental a interatividade entre o gerente de contrato e o fiscal de contratos, já que o servidor designado para acompanhar a execução do contrato precisa estar preparado para a tarefa. Ela envolve um nível de responsabilidade específica.

A interatividade é fundamental para o êxito do que impõe o § 2º, do art. 67 da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a comunicação de faltas relatadas pelo fiscal às autoridades da entidade para adoção de medidas convenientes.

Sendo, pra isso, necessário que o fiscal, ao ser nomeado, tenha conhecimento das suas responsabilidades; de como deve, efetivamente, desempenhar a missão, notificar quando necessário e denunciar problemas não sanados pelos contratados à autoridade superior.

Outro ponto perseguido é a racionalidade do órgão quando da designação dos fiscais para certa quantidade de contratos, devendo haver equilíbrio e não excessividade, a fim de se evitar qualquer ingerência nas atividades de fiscalização.

Ademais, a escolha do fiscal deve recair sobre pessoa que tenha um conhecimento técnico suficiente do objeto que está sendo fiscalizado, pois falhas na fiscalização podem vir a alcançar o agente público que o nomeou por culpa *in eligendo*.



A respeito do perfil profissional do fiscal de obras devem ser observadas as recomendações da Orientação Técnica nº 03, de 10/03/2014, cujo título é **Desvio de função e atividade ilegal da profissão de engenheiro e arquiteto**. E também as recomendações da Orientação Técnica nº 11/2013. Ambas estão disponíveis no endereço: <http://www.auditoria.mt.gov.br>.

Entendemos ainda pertinente alertar para que as nomeações não recaiam na sua maioria a servidores exclusivamente comissionados, o que poderá ocasionar perda de histórico da fiscalização.

Não se tirando da mente que a culpa *in eligendo*, consiste na seleção de servidor não capacitado para o mister. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Vide: Acórdão 1190/2009-TCU-Plenário).

Assim, a má escolha e a deficiência na fiscalização trarão ao gestor o ônus por eleger mal os designados para a função de fiscal.

Por fim, é importante que o órgão designe fiscal substituto, para os casos em que o titular esteja de férias ou licença. Em que pese a Lei nº 8.666/93 não tratar da substituição do fiscal durante a execução do contrato, o TCU já determinou que fosse designado um fiscal titular e um fiscal substituto para cada contrato celebrado pela Administração.

Na decisão abaixo é possível identificar algumas situações em que não é possível o exercício ininterrupto da fiscalização por um mesmo servidor:



241. *Ora, uma mesma pessoa não consegue ser responsável pela atividade de fiscalização durante todo o período da execução contratual, pois goza férias, está sujeita a uma série de intercorrências (doenças, consultas médicas de rotina, treinamentos, convocações judiciais etc.), faz jus a licenças (capacitação etc.) entre outros afastamentos. É bastante improvável um único servidor fiscalizar a execução do objeto contratual, do início ao fim, sem se ausentar, sem mencionar que um mesmo servidor fiscaliza diversos contratos, como ocorre em 47% dos casos (anexo 2, fls. 35-36). Imagina-se que as situações fáticas que explicam tal constatação são: a não designação do substituto do fiscal ou o não preenchimento dessa informação no Siac. De toda sorte, o Siac atualmente permite a ocorrência de ambas as impropriedades." TCU – Acórdão nº 2831/2011 – Plenário.*

Veja-se que a designação trata primeiro, de um dever do administrador em nomear um servidor (ou comissão), para o desempenho de uma tarefa específica; segundo, de uma obrigação que o servidor (ou a comissão) recebe e que deve ser cumprida com responsabilidade.

Orienta-se assim que antes de expedir ordem de retomada da obra republique as portarias de designação dos fiscais ou comissão de fiscalização de contratos, visando readequar as designações já efetivadas.

4.8 – Da exigência de observância da Orientação Técnica nº 006/2014 para atestar medições



Asseveramos que a execução dos contratos, que envolvam obras ou serviços de engenharia, é medida com base em relatórios periódicos mensais elaborados pelo contratado, registrando os levantamentos, cálculos e gráficos necessários à discriminação e determinação da quantidade dos serviços efetivamente executados, quais devem estar de acordo com o cronograma físico financeiro da obra.

Tais documentos devem ser previamente analisados e aprovados pela Fiscalização, que confrontará com seus apontamentos durante o mês fiscalizado.

Orienta-se assim que para que haja a efetiva fiscalização do contrato, exija de seus fiscais, que os atestos, a partir das próximas medições, sejam condizentes com os padrões apresentados na Orientação Técnica n.º 006/2014, a qual está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.auditoria.mt.gov.br/>, segue no Anexo IV.

4.9 – Da necessidade de capacitação dos fiscais

São comuns denúncias de irregularidades nas contratações públicas, seja pela ausência de cuidado com a coisa pública, seja pela incipiência técnica para a atuação na fiscalização, razões essas que impulsionam esforços dos órgãos de controle no intuito de corroborar com o aprimoramento daqueles que tem o *munus* de acompanhar e fiscalizar os contratos.

E nesse sentido, dando conhecimento ao gestor, serão promovidos no mês de MAIO 2015, em ação cooperada entre a CGE –



Controladoria Geral do Estado e TCE – Tribunal de Contas do Estado, cursos de capacitação aos servidores estaduais para o efetivo exercício de fiscal do contrato.

Desta feita, cabe ainda mencionar, que o gestor para gerir a *res publica* da melhor maneira possível, atendendo aos princípios norteadores da Administração Pública, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros, deve possibilitar meios, sendo a capacitação uma delas, para que o servidor possa exercer o seu mister, sob pena de ser responsabilizado pelos órgãos de controle.

Orienta-se que recebida a programação do evento, dissemine internamente a importância e convoque aqueles envolvidos na atividade sobre a essencialidade da participação e consequente certificação.

4.10 – Dos riscos da culpa *in vigilando*

A responsabilização de servidores públicos, efetivos ou comissionados, pode ocorrer em três esferas, segundo consta no artigo 148 da Lei Complementar Estadual nº 04, de 15/10/1990, nestes termos:

Art. 148 O servidor responde civil, penal e administrativamente, pelo exercício irregular de suas atribuições.

Dentro das atribuições inerentes aos cargos de direção e chefia, há o dever do gestor em acompanhar, controlar e fiscalizar a



execução dos atos dos seus subordinados. Ou seja, mesmo que ocorra delegação de seriado de tarefas, permanece incumbido do dever de vigília.

A penalização dos atos, comissivos ou omissivos, que resultem no descumprimento desse dever decorre da culpa *in vigilando*.

Tais condutas podem ser mitigadas com demonstrações efetivas de diligência por parte do gestor adotando medidas que amplie a segurança da fiscalização dos contratos.

Igualmente restará garantida sua diligência quando uma vez evidenciada a ineficiência de fiscalização pelo Poder Público, que certamente redundará em danos causados pela contratada, adote providências que cesse tal dano, já que o gestor possui meios de punir e impedir a nova ocorrência.

Desta feita, havendo a imediata apuração do fato danoso que venha a tomar conhecimento, com obediência aos preceitos e prazos da lei, certamente não haverá que se falar em alguma possibilidade de desídia do Estado na vigilância do contrato.

Justamente são estas as razões de elaborar a presente Orientação Técnica, pavimentando elementos que uma vez atendidos darão demonstração da ação *in vigilando*, mais ainda fortalecendo os controles da fiscalização (sanções aplicadas, garantias contratuais restabelecidas, oportunizadas ratificações ou retificações dos atestos, novos fiscais designados, realização de curso de capacitação) e não



sendo prejudicada a fluidez da prestação do serviço público (conclusão das obras).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conduzimos este trabalho objetivando, de maneira **ORIENTATIVA e PREVENTIVA**, indicando pontos que, necessariamente, devem ser tratados na retomada da execução de obras e na atuação concomitante de fiscalização dos contratos administrativos à que se referirem.

Não se trata de uma lista exaustiva de medidas, cabendo a cada gestor e equipe de execução sopesar a necessidade de incluir outros pontos, visando assegurar a preservação do interesse público na correta execução dos seus contratos de obras.

Os pontos indicados neste documento visam mitigar e corrigir os achados de auditoria que já foram identificados nas ações determinadas no Decreto nº 2/2015, bem como em ações anteriores da CGE. Aplicam-se aos contratos que foram submetidos às medidas indicadas no Decreto nº 2/2015, aos que já haviam sido examinados em ações ordinárias relacionadas ao planejamento de exercícios anteriores da CGE e, principalmente, naqueles que ainda não passaram por qualquer ação de auditoria anterior.

Diante das especificidades que envolvem os contratos de obras, entendemos que as medidas retro apresentadas têm o condão de conferir aos processos de medição/pagamento o atendimento das normas legais que regem a execução dessas contratações.



Por fim, estas orientações não alteram o planejamento anual de auditoria da Controladoria Geral do Estado, estabelecido para o exercício 2015 para os contratos de obras e serviços de engenharia, que seguem em curso, sendo priorizadas aquelas sinalizadas do Gerenciamento de Risco (Matriz de Risco e Materialidade).

É o que temos a orientar.

Cuiabá/MT, 13 de abril de 2015.

Nilva Isabel da Rosa

OAB-MT nº 14.458

Juscelino de L. Castro

OAB-DF nº 39.540

Sílvio Leite de B. Filho

CREA-MT nº 6.481/D

Leliane Ferreira da Silva Santana

Superintendente de Auditoria - AAL

CRC-MT nº 9745/O-4

José Celso Dorileo Leite

Superintendente de Auditoria - OSE

CREA-MT nº 3.490/D