

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR JOÃO ANTONIO DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

Processo TC nº 013028/2020

Intimação 599/2021

CONSÓRCIO CAMARGO CORRÊA/CONSTRAN -

PROGRAMA DE MOBILIDADE URBANA, consórcio de sociedades inscrito no CNPJ/MF sob o nº 18.295.698/0001-85, com sede na Avenida Rebouças, nº 3970, 24º andar, Sala B, Pinheiros, CEP 05402-600, São Paulo, SP, formado pelas empresas **CAMARGO CORRÊA INFRA CONSTRUÇÕES S.A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 11.178.032/0001-06, com sede na Avenida Rebouças, nº 3970, 24º Andar, Sala C, Pinheiros, CEP: 05402-600, São Paulo, SP; e **CONSTRAN S.A. CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 61.156.568/0001-90, com sede na Avenida São Gabriel, nº 301, 8º Andar, Jardim Paulista, CEP: 01435-001, São Paulo, SP, por seus advogados infra-assinados, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, em atenção à intimação supra epigrafada, apresentar **ALEGAÇÕES DE DEFESA**, com fulcro no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, e no artigo 121, do Regimento Interno desse TCM/SP (Resolução nº 03, de 03/07/2002), de acordo com os fundamentos de fato e de direito em seguida expostos.

I. SÍNTESE DOS FATOS E DA PRESENTE AUDITORIA

Cuida-se de processo de análise da regularidade dos procedimentos de pré-qualificação e licitação que antecederam ao Contrato nº 051/SIURB/13¹, celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio de sua Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, e o Consórcio ora Requerente em 19/07/2013.

Como é de conhecimento desse E. Tribunal, o certame foi precedido do procedimento de Pré-Qualificação nº 010/2012, no âmbito do qual restaram habilitados cinco consórcios de empresas, de acordo com o resultado regularmente publicado na imprensa oficial em 05/10/2012,

Posteriormente, em 22/11/2012, foi publicado o Edital da Concorrência Pública nº 037120130/2012 (Processo Administrativo nº 2013-0.136.203-0), objetivando a contratação de empresa especializada na execução das obras do empreendimento 10 – Terminal Viário Urbano, Terminal Intermunicipal e/ou Rodoviário Itaquera, integrante do Programa de Mobilidade Urbana.

Considerando que parcela do empreendimento foi financiado com recurso federais disponibilizados pelo Ministério das Cidades, por intermédio da Caixa Econômica Federal, o certame e respectiva contratação também passam por auditoria do E. Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC nº 011.956/2018-6.

Ao que consta destes autos, a presente auditoria foi instaurada em **16/10/2020** — **isto é, mais de sete anos após o encerramento do procedimento licitatório** — após a constatação, em outro processo (TC nº 72.001.174/14-87), de que não teria sido promovida qualquer avaliação da pré-qualificação e licitação por parte desse TCMSP.

¹ Objeto do processo TC nº 013030/2020, dessa mesma relatoria.

Especialmente no âmbito da análise realizada por essa E. Corte de Contas Municipal, a Equipe de Fiscalização 14 elaborou o relatório de análise da pré-qualificação, objeto da Ordem de Serviço nº 2020/04540, no qual apontou os seguintes achados de auditoria:

- Suposta ausência das composições de preços unitários dos custos dos serviços;
- Possível ausência de apresentação de proposta da autoridade competente aprovada pela autoridade imediatamente superior;
- Suposta ausência dos requisitos para o uso da pré-qualificação;
- Possível fragilidade nos projetos técnicos, por se basearem em projeções de demanda advindas de estudos que não teriam sido atualizados;
- Suposta falta de indicação de dotação orçamentária própria;
- Possível inexistência de estudos referentes às despesas com desapropriações e de indicação de fonte de recursos;
- Possível inexistência de projetos básicos das intervenções em trecho de 1400m do Córrego Rio Verde, de Obras de Arte e de Habitações, sem indicação do local de implantação;
- Não parcelamento do objeto quanto às intervenções do Córrego Rio Verde, da construção de 400 Habitações de Interesse Social e da Alça de Transposição, cujo total corresponde a aproximadamente 34% do valor estimado do empreendimento;
- Imposição de restrições indevidas à competitividade; e,
- Suposta subjetividade dos critérios de análise da metodologia de execução.

A Concorrência Pública nº 037120130/2012, também avaliada pela Equipe de Fiscalização 14, em conformidade com a Ordem de Serviço nº 2021/00187, teve os seguintes apontamentos de auditoria formulados:

- O procedimento licitatório seria irregular por contrariar a Lei Municipal nº 13.278/2002;
- Suposta ausência de parcelamento do objeto;
- Existência de projetos básicos elaborados com base em projeções de demanda supostamente desatualizadas;
- Possível ausência de estudos referentes às despesas com desapropriações e da indicação de fonte de recursos;
- Ausência de indicação do local onde seriam construídas as 400 Unidades Habitacionais para reassentamento de famílias em razão das obras;
- Suposta inobservância da Súmula 258 do TCU pela ausência de projeto ou composição de custos para o item *Mobilização, Instalação e Desmobilização do Canteiro de Obras* e definição de medição deste serviço por verba;
- Ausência de memórias de cálculo que justificassem a adoção de equipe técnica composta por Engenheiro/Arquiteto Sênior, Pleno e Júnior ou que evidenciassem as composições de preço para o item *Apoio Habitacional*;
- Suposta ausência de justificativas para a adoção de equipe técnica para o item *Gestão e Supervisão Ambiental*;
- Ausência de justificativas para a adoção de equipe técnica proposta para o item *A.T.O. - Assistência Técnica de Obra*;
- Índícios de sobrepreço nos itens *Equipe de Apoio Habitacional, A.T.O. – Assistência Técnica de Obra, Projetos e Gestão e Supervisão Ambiental*, por supostamente fazerem uso dos mesmos profissionais;
- Suposta adoção de BDI em percentual desconforme à jurisprudência do TCU;
- Índícios de sobrepreço nos itens de serviço relacionados nos Quadros 01 e 02 do relatório;
- Ausência de previsão de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

- Possível restrição à competitividade diante da vedação de que uma mesma licitante fosse vencedora de mais de um empreendimento licitado simultaneamente;
- Inobservância da Lei Municipal nº 13.278/2002 e evidência de irregularidade quanto à admissão de simples declaração de manutenção das condições de habilitação;
- A Planilha de Orçamento não teria sido acompanhada das composições dos custos unitários dos serviços e contaria com diversos preços extratabela, desacompanhas das respectivas CPUs;

Inobstante o Requerente entenda que os achados formulados se dirijam à atuação do Poder Público e, por se tratarem de questões formais, saneadas pela própria contratação, não prejudicam a regularidade da contratação, cumprem, em seguida, alguns esclarecimentos pontuais acerca dos pontos levantados, com a finalidade de afastar quaisquer indícios de irregularidade, demonstrando-se a legalidade da avença e dos atos dela decorrentes, como se passa a fazer em seguida.

II. PRELIMINARMENTE: DA OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E RESSARCITÓRIA DO E. TCMSP

Considerando as datas em que consumados os fatos analisados (2012/2013) e a instauração deste processo (2020), **fica mais do que clara a consumação do prazo de prescrição para o exercício de qualquer pretensão por parte desse E. Tribunal**, seja ela de natureza punitiva, seja de natureza ressarcitória, dado o transcurso do prazo de sete anos entre o último ato licitatório e o início dos trabalhos de auditoria — sequer interrompido, ante a ausência de citação válida deste Requerente durante o processo.

Como se sabe, no que se refere ao prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva, o E. Supremo Tribunal Federal já possui mais

do que consolidado o entendimento de que também as Cortes de Contas se submetem ao prazo quinquenal previsto na Lei Federal nº 9.873/1999, justamente por não possuírem prazo próprio nos normativos que regem sua atuação, a exemplo do quanto consignado no seguinte julgado²:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999.** SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - Excetuados os ressarcimentos de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, **a aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofrem os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei.** (Grifamos)
(STF. Rcl. 39497. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Sessão de 10/10/2020)

Nesse sentido, uma vez transcorrido o prazo de cinco anos, contado da ocorrência do fato supostamente irregular, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 9.873/1999, **resta fulminado o exercício da pretensão punitiva por parte dessa Corte de Contas Municipal**, não mais cabendo qualquer sanção às partes em razão de eventuais irregularidades ocorridas durante a pré-qualificação ou licitação — o que sequer é o caso, vale frisar.

Mas não só. Afastando qualquer descabida tese de imprescritibilidade quanto à pretensão ressarcitória, o E. STF, ao fixar o Tema 899, deixou mais do que claro ser “*prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”, **o que alcança tanto a execução judicial do débito, quanto a sua apuração — do contrário, a própria tese não teria razão de ser.**

² No mesmo sentido: STF, MS 35940, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 16/06/2020; STF, MS 32201, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 07/08/2017; STF, MS 35.512-AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 21/06/2019.

Como se extrai desse precedente, a Suprema Corte claramente ponderou que a atividade de controle exercida pelos Tribunais de Contas não poderia ocorrer por prazo indeterminado, senão em claro risco à segurança jurídica, como esclarece o Ministro Alexandre de Moraes, relator do julgado:

O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas **significa grave ferimento ao Estado de Direito**, que exige, tanto no campo penal, como também na responsabilidade civil, a existência de um prazo legal para o Poder Público exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

As exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º:

(...)

O devido processo legal, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em restringir a liberdade ou a propriedade individual, entre elas, certamente, a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese da prática de atos ilícitos ou irregulares.

O reconhecimento de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas **conflita com a garantia do devido processo legal**, que configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor, dentro de regras procedimentais previamente estabelecidas e que consagrem a plenitude de defesa e impeçam o arbítrio do Estado. Como salientado pelo Decano desta SUPREMA CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, ao analisar o poder persecutório do Estado, *a própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado* (1ª Turma, HC 73.338/RJ).

(...)

A questão principal, portanto, é o reconhecimento de que *não há previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*. **A simples leitura da expressão ressaltadas as respectivas ações de ressarcimento, prevista no § 5º do art. 37 da CF, em sua literalidade, por si só, não permite a afirmação de ter sido adotada a imprescritibilidade de qualquer ação de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.** (Grifamos)

Como deixa claro o trecho de julgado em referência, o fato de o caso concreto ter tratado de avaliação voltada à execução do débito

imposto pelo TCU não afasta a tese central fixada, **ficando notório que o julgamento compreendeu a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória como um todo**, o que envolve, inclusive, o período de apuração interna a cargo desse TCMSP.

Afinal, as mesmíssimas considerações às violações do direito ao contraditório e à ampla defesa são aplicáveis, tendo em vista que o procedimento de tomada de contas especial, que já apresenta uma série de limitações quanto ao exercício amplo dessas garantias, **se torna ainda mais lesivo pelo decurso de período tão longo de apuração, em que as partes ficam obviamente prejudicadas na reconstituição dos fatos que asseguram seu direito.**

Essa questão específica foi abordada por Celso Antônio Bandeira Mello quando da revisão de seu posicionamento sobre a tese da imprescritibilidade, oportunidade em que destacou o prejuízo à defesa como causa da obrigatoriedade de reconhecimento da prescrição de ressarcimento ao erário:

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que **com ela restaria consagrada a minimização ou a eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir as suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que lhes fizessem. Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa.** Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida -, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria. Como explicar, então, o alcance do art. 37, §5º? **Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não**

terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal³. (Grifamos)

Não há dúvidas de que o reconhecimento da imprescritibilidade seria violadora da segurança jurídica, sobretudo nos casos em que se está em debate a limitação de direitos e garantias individuais, como ocorre com a imposição de débito de tamanha monta e gravidade.

Oportuno ainda esclarecer que, não existindo um prazo legal específico para o exercício da pretensão de ressarcimento, mas sendo certo tratar-se de pretensão prescritível, caberia ao aplicador do direito orientar-se por aqueles prazos que se mostram mais compatíveis com a análise realizada, havendo respostas extraíveis do ordenamento jurídico, como esclareceu o Ministro Marco Aurélio em seu voto:

Entretanto, não há prazo específico – previsto legalmente – envolvendo a tomada de contas especial e de cobrança de eventuais valores decorrentes das decisões dos Tribunais de Contas. No âmbito federal e infralegal, o TCU aplica o prazo decenal, diante do teor do art. 6º, II, da Instrução Normativa TCU 71, de 28 de novembro de 2012.

O que há, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, no âmbito federal, é a adoção supletiva do art. 1º da Lei 9.873/1999 (que dispõe sobre a “*prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta*”), *verbis in verbis*:

(...)

Considerando que a atividade de controle externo, a cargo do Poder Legislativo e auxiliado pelo Tribunal de Contas, é exercida, *mutatis mutandis*, como poder de polícia administrativa *lato sensu*, cujo objeto é agir preventiva ou repressivamente em face da ocorrência de ilícito que possa causar ou cause prejuízo ao erário, entendendo aplicável o prazo quinquenal punitivo para os casos de ressarcimento aos cofres públicos, salvo em se tratando de fato que também constitua crime, ocasião em que a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Até porque, como garantia fundamental do cidadão fiscalizado, conforme visto, é etapa obrigatória a efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo de tomada de contas para que, após o regular processo administrativo, culmine-se com o título executivo extrajudicial que enseje a cobrança judicial visando ao ressarcimento ao erário.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1072-1073.

No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, existe disposição semelhante envolvendo o lapso prescricional, no art. 23, III, *in verbis*:

(...)

Ou seja, a própria legislação, que disciplina sobre a ação civil de improbidade administrativa, estipula que se computa o prazo quinquenal a contar da apresentação à Administração Pública “da prestação de contas final pelas entidades”.

Portanto, interpretando sistematicamente o ordenamento jurídico, é seguro afirmar a existência de prazos decadencial (prescricional punitivo impróprio) e prescricional quinquenais, salvo em se tratando de fato que também constitua crime.

Por oportuno, registro a incidência de prazos diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário.

Primeiro, há prazo decadencial (prescricional punitivo, nos termos da lei) quinquenal entre a data da prestação de contas e o início da fase preliminar de tomada de contas especial (citação ou notificação do interessado ou responsável pela prestação de contas na fase preliminar de tomada de contas pelos órgãos internos ou externos), com a observância de causas de interrupção (retificação da prestação de contas pelo responsável) e de suspensão (enquanto durar a fiscalização preliminar realizada pelo controle interno do Ente Público, diante da inexistência de inércia estatal na averiguação do fato). Pela obviedade, em se tratando de ato de fiscalização prévia (controle externo preventivo), sequer existe a inércia estatal a justificar o início de qualquer decurso de tempo. Secundariamente, uma vez iniciada a tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo, de forma preliminar, em decorrência de ser causa interruptiva legal, reinicia-se novo prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas.

Terceiro, a contar da decisão final do Tribunal de Contas, inicia-se prazo prescricional (próprio) para ajuizamento da correspondente ação de execução. Explico.

(...)

Por conseguinte, **há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cálculos.** (Grifamos)

Logo, diante de tal arcabouço normativo, sem dúvida privilegiador da segurança jurídica, é que se pode invocar a impossibilidade de o Tribunal de Contas Municipal reconhecer ou impor qualquer débito decorridos mais de cinco anos entre o fato e o início da auditoria / citação dos interessados, dado o reconhecimento indireto da tese da prescrição quinquenal.

Assim, a ausência de um prazo expresse em momento algum deve ser entendida como uma abertura para a atuação desarrazoada dos órgãos de controle. Vale, nestes casos, a adequada integração normativa, aplicando-se o prazo comumente imposto na esfera administrativa, de 05 (cinco) anos, como fica claro com a presente exposição — o que em absolutamente tudo se compatibiliza à garantia da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal).

Por todo o exposto, impõe o regime jurídico aplicável à atividade dessa C. Corte de Contas **o arquivamento do presente processo**, haja vista a ocorrência de prescrição do direito de apurar eventual débito ao erário ou aplicar sanções administrativas, prestigiando-se, em consequência, o princípio da segurança jurídica.

III – AINDA PRELIMINARMENTE: DA INCOMPETÊNCIA DO E. TCMSP PARA APURAÇÃO DE SUPOSTO DANO AO ERÁRIO FEDERAL

Outro aspecto que se mostra relevante à continuidade desse processo diz respeito à completa ausência de isolamento das parcelas de recursos municipais relacionadas ao empreendimento, de forma a se identificar e preservar as competências dos diferentes órgãos de controle envolvidos com a apuração em tela.

Isso porque, como é de conhecimento desse Tribunal, as obras e serviços de execução do Corredor Itaquera foram parcialmente financiados com recursos federais, objeto do Termo de Compromisso nº 0425.744-81/2013, celebrado entre a União Federal, por intermédio do Ministério das Cidades, e o Município de São Paulo, e que inclusive justifica a atuação do TCU, por meio da auditoria TC nº 011.956/2018-6.

Assim, antes de se impor qualquer determinação aos interessados, seja ela referente ao certame ou ao contrato, seria razoável a identificação do quantitativo que estaria sob a jurisdição ou competência desse Tribunal, na medida em que o projeto não foi inteiramente financiado com recursos municipais, também contando com relevante parcela de recursos federais.

Nesse sentido, haveria espécie de competência concorrente entre os Tribunais de Contas da União e do Município de São Paulo, **mas limitada à parcela de recursos inerentes a cada ente federativo, sob pena de se comprometer não somente o exercício das atribuições constitucionais de cada órgão, mas também de se violar o pacto federativo.**

Afinal, não fossem as claríssimas disposições constitucionais acerca da competência do TCU se limitar à apuração da regularidade do uso e aplicação de recursos federais, refletidas na Lei Orgânica do Município de São Paulo quanto à competência do TCMSP, as Corte de Contas possuem acórdãos nos quais reconhecem a autocontenção de suas atribuições ante a ausência de recursos pertinentes, como se denota do seguinte exemplo:

23. No exame em tela, **não restou caracterizado que tais irregularidades referem-se a recursos financeiros do orçamento da União para execução descentralizada do PNAE ao Município de Campos dos Goytacazes**, repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE. Portanto, não restou comprovado o desacordo com o art. o §2º do art.5º da Lei Federal nº 11.947/2009.

24. Dessa forma, **deve ser reconhecida a incompetência do TCU para apreciação da matéria trazida à colação, sobretudo, diante da devida atuação do órgão de controle, em curso, cuja jurisdição alcança os responsáveis pelos atos reputados irregulares, notadamente o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE/RJ.**

25. Pelo exposto, conclui-se que a comunicação apresentada não traz elementos suficientes para reconhecer a competência deste Tribunal sobre a matéria, razão pela qual esta Corte de Contas não deve conhecer da presente representação, por não preencher os requisitos e formalidades prescritos no caput e do parágrafo único do art. 235, de acordo com o parágrafo único do art. 237 do Regimento Interno/TCU, devendo o respectivo processo ser arquivado após comunicação ao representante. (Grifamos)

(TCU. Acórdão nº 3676/2021-2ª Câmara. Relator Min. Raimundo Carreiro. Sessão de 09/03/2021)

Como visto, seguindo a linha jurisprudencial mantida pelo TCU, deveria a equipe técnica desse TCM ter isolado adequadamente as parcelas de recursos municipais correspondentes à sua análise, principalmente no que tange às alegações de sobrepreço, o fim de preservar as competências de cada órgão de controle.

Não o fazendo, coloca-se em risco não somente os resultados da análise, como as atribuições garantidas ao E. Tribunal de Contas da União, com possível violação à divisão de competências prevista no texto constitucional e ao princípio da eficiência, importando a coexistência de diferentes procedimentos de apuração com achados totalmente dispersos, o que, por fim, afronta a segurança jurídica e o devido processo legal, em prejuízo do Requerente.

IV - DA IMPOSSIBILIDADE DE SE ANALISAR A REGULARIDADE DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO COM BASE NOS CRITÉRIOS ATINENTES À LICITAÇÃO - PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISTINTOS E COM FINALIDADES DIVERSAS

Diante dos diversos achados contidos nos relatórios produzidos pela equipe técnica, optou-se por agregar os temas correlatos em tópicos concentrados, com o fim de tornar a exposição mais clara e demonstrar a plena regularidade da matéria.

Nesse sentido, o presente item se refere à abordagem dos critérios inadequadamente empregados para a avaliação da regularidade do procedimento de pré-qualificação que, diferentemente da licitação para a contratação de obras, não observa parcela dos itens de referência usados pela equipe técnica, senão vejamos.

O procedimento de pré-qualificação, apesar de disposto de forma pontual pela Lei Geral de Licitações, se coloca como relevante instrumento

de planejamento das contratações públicas, na medida em que autoriza o adiantamento do processo de habilitação dos interessados, como se denota do artigo 114, da norma:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Como se extrai dos dispositivos legais em referência, a adoção da pré-qualificação, reservada às concorrências de maior complexidade técnica, visa a isolar a etapa de aferição da qualificação dos proponentes das demais etapas do certame, justamente porque, diante da complexidade técnica, a habilitação dos interessados e capacidade de execução do empreendimento é determinante para as obras futuramente contratadas.

Isso também evita que, durante o procedimento de concorrência, questões relacionadas à qualificação técnica, tão relevantes à contratação, se tornem campo litigioso, permitindo maior celeridade na conclusão dos procedimentos, com a redução da disputa sobre a qualidade da habilitação, já aferida em procedimento anterior propriamente destinado a esse fim.

Nesse sentido, contrariamente ao que parece concluir a equipe técnica, embora etapa antecedente, **a pré-qualificação é fase de habilitação totalmente dissociada do certame público**, conforme amplamente reconhecido pela doutrina:

A pré-qualificação consiste na **dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento da concorrência**. A Administração institui exigências especiais e excepcionalmente severas como requisito de participação em futura concorrência. Essas exigências envolvem a idoneidade financeira e a

capacitação técnica, além dos requisitos comuns sobre capacidade jurídica e regularidade fiscal. **Instaura-se um procedimento seletivo preliminar destinado a verificar o preenchimento de tais requisitos**⁴. (Grifamos)

Com alguma reserva, em situações muito especiais, e, contratos de grande vulto, alta complexidade técnica ou envolvendo financiamentos especiais (especialmente internacionais), admite-se uma pré-qualificação. Ou seja, **o procedimento administrativo licitatório pode ser desdobrado, para que, num primeiro momento, sejam escolhidos alguns (*short list*) possíveis futuros proponentes à realização de algo cujo contrato é posto em disputa num segundo momento, exatamente e apenas entre os proponentes pré-qualificados**⁵. (Grifamos)

Então, a pré-qualificação, como a sua própria denominação indica, não faz parte da concorrência. **É procedimento preliminar da licitação, que seleciona determinado número de empresas, após ampla divulgação, para participarem (e somente elas) de certa concorrência, onde haverá a fase de habitação e julgamento das propostas**⁶. (Grifamos)

Note-se que a identificação do procedimento de pré-qualificação enquanto etapa preliminar de uma licitação leva a uma conclusão não observada pela equipe técnica desse E. TCMSP: **os critérios de aferição da regularidade deste procedimento são totalmente diversos da análise de regularidade da concorrência propriamente dita.**

E isso se dá principalmente por duas questões. A primeira diz respeito ao fato de que o artigo 114 não fez menção aos mesmos critérios previstos para a licitação das obras, dado o escopo mais limitado e dissociado detido pela pré-qualificação; enquanto a segunda se refere ao fato de que se tratando de um procedimento auxiliar prévio, não há nada que determine que a futura contratação irá se ultimar ou mesmo ser realizada.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1220.

⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148.

⁶ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos: comentários à Lei 8.666/93*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 150-151.

Ora, se o procedimento de pré-qualificação tem por fim, única e exclusivamente, o adiantamento da fase de qualificação dos proponentes, não se vislumbra as razões pelas quais o Poder Público estaria condicionado a observância de questões não relacionadas à qualificação propriamente dita, tal como sustenta a equipe técnica.

Veja-se que o §2º, do artigo 114, da Lei nº 8.666/1993 é mais do que expresso em especificar como necessária à pré-qualificação apenas e tão somente as exigências legais relacionadas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação, nada se referindo, portanto, a uma série de critérios propostos pela equipe técnica como de observância obrigatória.

Nesse sentido, pode-se dizer que as conclusões e achados de auditoria contidos no relatório datado de 16/10/2020 são insubsistentes, pois não derivam de qualquer determinação legal, além de se mostrarem, em sua maioria, incoerentes com o tipo de procedimento avaliado.

Quanto ao achado de “ausência de composição de preços unitários”, indicado nos itens 3.4.4 e 3.4.6 do relatório, aponta a equipe técnica que embora a planilha orçamentária de referência tenha sido juntada ao edital do certame, esta não teria sido acompanhada pelas respectivas Composições de Preços Unitários.

Ainda que o achado não se refira à atuação do Requerente, oportuno esclarecer a ausência de qualquer irregularidade quanto ao tema, na medida em que os preços de referência foram extraídos da Tabela Oficial de Preços da Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras (“SIURB”), **cujas composições estão integralmente disponíveis em seu sítio eletrônico**, permitindo a consulta pelos proponentes ou qualquer outro interessado.

De qualquer forma, isto é, ainda que assim não fosse, não haveria como se constatar irregularidade, na medida em que o procedimento de pré-qualificação não exige qualquer aferição de regularidade de preços referenciais, *“mesmo porque na pré-qualificação os interessados não apresentam proposta, mas tão somente documentação comprobatória das condições técnicas, econômicas e jurídicas pedidas pelo edital como necessárias à execução do objeto do futuro contrato”*⁷.

No que se refere à suposta ausência de proposta da autoridade competente, aprovada pela autoridade superior, indicada no achado 4.2 do relatório, ainda que não houvessem sido preenchidos os requisitos legais — o que não se tem conhecimento, posto que procedimento interno do órgão — tratar-se-ia de mera falha formal.

Até porque, não há dúvidas de que passado o procedimento de pré-qualificação, instaurada concorrência com ampla competitividade, e celebrado contrato derivado, com execução de parcela das obras, eventual falta de autorização da autoridade superior estaria mais do que convalidada ou estabilizada pelo decurso do tempo⁸.

Sobre o achado 4.3, mais uma vez sem adentrar ao mérito da matéria, sustenta a equipe de auditoria a ausência de demonstração de complexidade suficiente para justificar o procedimento de pré-qualificação,

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 290.

⁸ Nesse sentido: “Acompanhamos, pois, na matéria, os ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zancaner. Cifra-nos aqui a sintetizar sua valiosa orientação, que assim se pode exprimir: I – sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressaltando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário; II – sempre que esteja perante de ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso já não haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo e, portanto, simplesmente não se põe o problema” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso e direito administrativo. 27^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 475-476).

impedindo, pela falta de especificação, até mesmo que sejam ofertados esclarecimentos mais precisos sobre o tema.

Considerando que o Requerente não possui qualquer responsabilidade pela matéria, mas entendendo pertinentes as justificativas apresentadas pelo Poder Público quando o certame, faz-se alusão ao Termo de Referência da contratação, assim como aos esclarecimentos prestados pelo Município ao TCU, que denotam a complexidade necessária para a exigência de pré-qualificação:

As obras incluídas no Programa de Mobilidade Urbana serão executadas em área urbana de complexidade específica pela necessidade de serem tratadas e equacionadas questões como: desvio de tráfego, relacionamento com as comunidades afetadas, remoção de interferências de equipamentos urbanos, apoio à administração no reassentamento de famílias e nas atividades decorrentes das desapropriações de imóveis.

Há que se ressaltar que as vias objeto das futuras obras deverão permanecer operantes durante toda a intervenção, inclusive quanto ao tráfego de transporte público.

Se a execução de pavimentação, a construção de pontes e viadutos e de unidades habitacionais são serviços comuns, certamente, sua execução neste cenário relatado não é comum, não é pacífica e tão pouco corriqueira. As condições dos locais de execução dos empreendimentos são totalmente peculiares, sendo certo que o êxito de sua execução deve ser buscado com a apreciação detida da qualificação técnica e da capacidade financeira da futura contratada, pois a finalidade precípua desta contratação é o atendimento ao interesse público daquela região, com a devida aplicação de recursos públicos, que não podem ser entregues a aventureiros.

Portanto, não caberia outra decisão à Administração que não fosse a realização de Pré-Qualificação, para análise prévia de possíveis interessados em executar as obras que integram o Programa de Mobilidade Urbana, pois os contratos administrativos envolvem recursos e interesses públicos que não podem correr riscos e, assim, justifica-se muita cautela no procedimento licitatório, que resultará na escolha do contratado que deverá ser capaz de executar o objeto licitado com competência⁹. (...)

Tampouco se sustentam os achados 4.4 a 4.7 do relatório¹⁰, que trazem exigências totalmente relacionadas à contratação das obras,

⁹ Peça 143 do processo TC nº 011.956/2018-6.

¹⁰ São eles: “4.4. Fragilidade nos Projetos Técnicos, por se basearem em projeções de demanda advindas de estudos que não foram atualizados (subitem 3.4.6.); 4.5. Falta de indicação de dotação orçamentária

como a prévia existência de dotação orçamentária, projetos técnicos e o detalhamento de custos do empreendimento, que sequer possuem razão de ser nessa fase licitatória.

Como dito anteriormente, a finalidade da fase de pré-qualificação é a avaliação preliminar acerca da reunião de atributos subjetivos detidos pelos potenciais interessados, pela qual seja possível aferir experiência e capacidade compatíveis com as atividades técnicas que serão executadas no bojo do futuro contrato. O detalhamento do objeto, em termos financeiros e técnicos, por seu turno, almeja conferir ao particular meio de aferir se o empreendimento se sustenta sob tais ângulos, viabilizando a verificação do seu interesse em se lançar na disputa instaurada pela Administração Pública.

Neste contexto, na fase de pré-qualificação, o detalhamento técnico e financeiro não possui qualquer relevância — além de não ser exigível, conforme dito alhures —, considerando que, posteriormente, será instaurado o procedimento licitatório propriamente dito, no qual será feito o delineamento reclamado pela legislação federal.

E, tal proceder, não representa qualquer prejuízo ao particular ou ao contratante, considerando que, quando da publicação do edital da concorrência pública, todos os elementos e dados necessários à sua avaliação estarão disponíveis, cabendo a ele decidir pela participação (ou não) no certame, considerando a inexistência de vinculação de sua pré-qualificação e obrigatoriedade de participação na concorrência pública.

Quanto à suposta ausência de parcelamento do objeto, descrita no achado 4.8, embora também não seja a pré-qualificação o momento

própria, em desatendimento ao disposto na LF nº 8.666/93 - art. 7º § 2º inciso III (subitem 3.4.6.); 4.6. Inexistência de estudos referentes a despesas com desapropriações e de indicação de fonte de recursos (subitem 3.4.6.); 4.7. Inexistência de Projetos Básicos das intervenções em trecho de 1400m do Córrego Rio Verde, de Obras de Arte e de Habitações, sem indicação do local de implantação (subitem 3.4.6.);”.

adequado para esse tipo de análise, verifica-se que a equipe técnica não fez qualquer avaliação aprofundada sobre o tema, apenas concluindo que o parcelamento de determinadas atividades seria técnica e economicamente viável.

É certo, por outro lado, que tal viabilidade técnica não é um conceito absoluto, de modo que caberia à equipe de auditoria, entendendo ser adequado o parcelamento, demonstrar quais teriam sido as desvantagens ou inadequação da aglutinação de atividades, principalmente considerando que o Programa Mobilidade Urbana já era, por si só, consistente em quinze diferentes obras de corredores de ônibus¹¹.

Por isso, a jurisprudência do E. TCU sustenta que “*deve ser efetuado o parcelamento do objeto do certame quando os serviços forem distintos, em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, visando o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala, **respeitando a integridade qualitativa do objeto a ser executado e observando que o fracionamento não deve acarretar risco de aumento no preço a ser pago pela Administração**” (TCU. Acórdão nº 1.895/2010-P. Ministro Relator Augusto Nardes. Sessão de 04/08/2010 - Grifamos).*

Assim, ausente qualquer análise aprofundada nesse sentido — que, como se mencionou, sequer atine ao procedimento de pré-qualificação — não há o que se falar em irregularidade decorrente da suposta ausência de parcelamento do objeto licitatório / contratual.

Quanto ao achado 4.9, relativo à suposta restrição à competitividade, verifica-se que os itens considerados passíveis de gerar redução da

¹¹ Precisamente: Corredor Leste-Radial 1, Leste-Radial 2, Leste-Aricanduva, Leste-Itaquera, Sistema Viário Capão Redondo/Campo Limpo/Vila Sônia, Corredor M’Boi-Mirim, Binário Santo Amaro, Sistema Viário de Apoio ao Corredor Berrini, Corredor Inajar de Souza, Terminal Rodoviário Urbano Itaquera, Terminal Perus, Terminal Vila Sônia, Terminal Jardim Ângela, Complexo Viário de Acesso ao Terminal Jardim Ângela e Terminal Parelheiros (Informação contida na fl. 132 destes autos).

competição entre os interessados estão afastados pelo próprio contexto em que se deu a pré-qualificação e a licitação posterior, que em absolutamente tudo atendeu à ampla competitividade.

Isto é, ainda que a equipe de auditoria entenda que as cláusulas insertas em edital tivessem o potencial de ocasionar restrição desnecessária, tal conclusão poderia, no máximo, gerar um alerta ao Poder Público para os certames futuros, já que nesta contratação prejuízo propriamente dito não foi visualizado.

Pelo contrário, como se denota da ata de análise dos documentos de habilitação, participaram do procedimento de pré-qualificação oito consórcios¹², que totalizavam dezesseis empresas, sendo apenas três destes consórcios inabilitados.

Dessas dezesseis empresas integrantes dos consórcios proponentes, certamente estão as maiores e mais consolidadas construtoras do país, **demonstrando que o procedimento não somente oportunizou a ampla competitividade, como permitiu, em momento futuro, a obtenção da proposta mais vantajosa, não remanescendo qualquer questionamento quanto ao tema.**

Por fim, quanto à suposta subjetividade dos critérios de aferição da metodologia de execução, deve-se rememorar tratar-se de matéria já enfrentada por esse E. TCMSP que, ao avaliar os editais dos procedimentos de Pré-Qualificação nºs 003/2012, 007/2012 e 015/2012, todos relacionados ao mesmo Programa de Mobilidade Urbana, afastou esse achado nos seguintes termos:

¹² Participaram do certame os seguintes proponentes: Consórcio Azevedo e Travassos / BLK, Construcap-Cowan, CR-Almeida-Cosbem, Camargo Córrea/Constran, Mobilidade SP (Serveng/Galvão Engenharia), SP-Corredores (Carioca/Helena), Mobilidade Urbana SP (OAS/EIT) e Mobilidade Urbana (AS Paulista/Construbase), conforme fl. 290 destes autos.

[Relatório]

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em análise da exordial e frente às justificativas apresentadas pela Administração, entendeu improcedentes as alegações da Representante.

Reconheceu, de início, que a matéria veiculada na petição inicial já foi analisada em outros processos análogos ao presente, como é exemplo o processo TC 1.215.07-33 – que se ocupou da análise do Edital de Pré-Qualificação nº CH-01/15/2007 (Emurb), colacionando enxerto do voto proferido na oportunidade pelo Nobre Conselheiro Roberto Braguim, in verbis:

“De outra parte, os outros 2 (dois) questionamentos relacionam-se à Metodologia de Execução, motivo justificador de seu enfrentamento conjunto. Assim agrupados, são eles por mim afastados desde logo, à luz dos brilhantes argumentos desenvolvidos pelo órgão jurídico desta Casa, os quais permito-me incorporar a este voto.

*Com efeito, conforme deixou consignado a douta Assessora Subchefe de Controle Externo, a exigência em pauta encontra sim amparo no artigo 30, parágrafos 8º e 9º, da Lei n.º 8.666/93, valendo destacar-se a natureza própria das contratações envolvidas, a reclamar intervenções de variados perfis. **De outra sorte, os critérios de avaliação também se mostraram adequados à norma legal de regência, isto porque se deve ter presente que a proposta de Metodologia envolve a definição da concepção técnica a ser adotada para a consecução do objeto e esta pode ser diferente, variando segundo o conceito urbanístico apresentado, sempre dentro de um grau mínimo de aceitabilidade definido no Edital.***

Não se pode ignorar que a avaliação da Proposta de Metodologia determina a sua aceitabilidade, não sendo ela objeto de pontuação para definição do vencedor da licitação. Assim, todos os trabalhos que preencherem os requisitos mínimos, previstos no item 7.7.6.3, do Edital serão aceitos e, por consequência, as licitantes serão declaradas habilitadas.

Desse modo, calcado nas manifestações dos Órgãos Técnicos, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que incorporo ao presente, julgo regular o Edital n.º CH-01/15/2007, objeto do TC n.º 1.215.07-33 (item 1).”

De igual modo, no caso dos autos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou inexistir a irregularidade sustentada pela Representante no que toca à exigência de apresentação da metodologia de execução.

(...)

Desta feita, entendeu haver razões, consoante o explanado pela Origem, para a exigência da apresentação da metodologia de execução, os quais constam dos subitens 7.5.1 a 7.5.6 do instrumento convocatório, as razões sustentadas pelo representante não merecem também o acolhimento deste Egrégio Tribunal de Contas, pelos motivos que se seguem:

“Ao conferirmos o teor de referidos subitens, podemos verificar que a Origem preocupou-se em minudenciar a forma de apresentação das informações exigidas nos subitens 7.5.2 a 7.5.5, segundo o detalhamento constante das letras a, b e c do subitem 7.5.1.

Além disso, ao conferirmos as disposições dos subitens 7.5.2 a 7.5.5 do edital, verificamos estarem bem delineados os conteúdos ali exigidos, como se pode aferir pelo teor das letras a e b do subitem 7.5.2 (Conhecimento do Problema), das letras a, b e c do subitem 7.5.3 (Planejamento), assim como

pelas letras a, b e c do subitem 7.5.5, todos os dispositivos encontrados no instrumento convocatório impugnado.”

Portanto, não vislumbrou a presença da alegada subjetividade na apreciação dos critérios estabelecidos para o julgamento da metodologia de execução.

(TCM/SP. TC nº 72.001.669.12-08. Relator Conselheiro João Antônio. Sessão de 17/09/2014)

Diante disso, não fosse a completa ausência de irregularidade quanto ao procedimento e escolhas públicas, que não poderiam ter sido analisadas pelos critérios adotados, esse Tribunal já reconheceu a legitimidade de pré-qualificação para as obras dos corredores em questão, cumprindo, em prol da segurança jurídica, a adoção das mesmas conclusões contidas no acórdão em destaque.

V. DA REGULARIDADE DO CERTAME E DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO CONTRATADO POR ATOS INTERNOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além do relatório tratado no tópico antecedente, relativo ao procedimento de pré-qualificação, a equipe técnica desse TCMSP produziu análise específica acerca da concorrência pública que originou o contrato celebrado com este Consórcio, conforme relatório datado de 23/02/2021.

Nesta segunda avaliação são identificados achados referentes a supostas falhas de planejamento da contratação, totalmente adstritas ao âmbito interno da Administração Pública, assim como possíveis equívocos na precificação do empreendimento, que teriam se refletido na proposta do Consórcio, podendo ocasionar sobrepreço contratual.

Com relação ao primeiro ponto, dada a própria limitação de responsabilidade do Consórcio, serão realizadas algumas considerações pontuais acerca da matéria, dentro dos limites que permitem ao contratado elucidar fatos de seu conhecimento, concentrando-se, por outro lado, na

confirmação da regularidade dos preços praticados, conforme se passa a fazer em seguida.

5.1. Da adequação do procedimento de licitação às regras aplicáveis e da ausência de responsabilidade pelo planejamento licitatório

Inobstante este Consórcio entenda não possuir qualquer responsabilidade, ainda que subsidiária, por eventuais falhas apuradas quando da realização do certame, cumprem, em seguida, alguns esclarecimentos pontuais quanto aos achados de auditoria relacionados à licitação, seja para o afastamento completo de quaisquer falhas, seja para inviabilizar eventual tese de que o contrato estaria viciado por consequência de falhas no certame.

Primeiramente, quanto à suposta ausência de autorização da autoridade competente para a abertura do certame (achado 4.1), do mesmo modo que tratado anteriormente, ainda que tenha havido falha desta natureza — o que se desconhece —, os desdobramentos do certame e a consequente celebração do contrato teriam convalidado ou estabilizado qualquer equívoco nesse sentido, permitindo, no máximo, que esse Tribunal oriente o Poder Público Municipal no que se refere a certames futuros.

Com relação à suposta ausência de parcelamento do objeto (achado 4.2), da mesma forma que abordado em relatório anterior, não houve, por parte da equipe técnica, qualquer consideração mais aprofundada acerca da viabilidade técnica ou econômica advinda dessa medida, com o fim de demonstrar que o Município de São Paulo não teria seguido as orientações legais.

Como se ponderou, embora tenham sido aglutinadas determinadas atividades em certames específicos, conforme ocorreu com a contratação ora analisada, o Programa de Mobilidade Urbana foi concebido naturalmente com fracionamento de contratações, permitindo a divisão de uma

série de empreendimentos em lotes diversos, todos marcados por ampla competitividade e adequada divisão de serviços e obras.

No que tange aos projetos referentes ao empreendimento (achados 4.3 e 4.5), percebe-se que a equipe técnica requer um nível de detalhamento que não se adequa ao tipo de estudo que geralmente subsidia as contratações públicas, as quais são licitadas justamente para melhor aproveitamento da expertise da iniciativa privada em termos de planejamento.

Tenha-se como exemplo a afirmação de que as projeções de demanda ou Plano Integrado de Terminais Rodoviários seriam insuficientes ao planejamento das obras, na medida em que embora recomendável o maior nível possível de aprofundamento dos estudos, esta não é uma exigência legal, principalmente por se levar em conta a realidade da Administração Pública.

Não à toa, a doutrina aponta que *“o projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução”¹³*, de forma que os estudos e projetos disponibilizados quando do certame possuem uma limitação inerente ao planejamento público, cuja compatibilidade e adequação serão atestadas quando da execução das obras¹⁴, inexistindo qualquer irregularidade quanto a isso.

No que se refere à alegação de possível restrição à competitividade (achado 4.15), faz-se referência ao quanto tratado no tópico

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 128.

¹⁴ A legislação regente das licitações e contratações públicas estatui três momentos lógicos distintos para a execução de obras de engenharia: projeto básico, projeto executivo e execução propriamente dita. Trata-se, afinal, de etapas diversas no processo de contratação e que não se confundem entre si. Não se pode pretender que os três momentos lógicos vislumbrados pela Lei nº 8.666/93 em seu art. 7º e incisos — a saber, o “Projeto Básico” (inc. I), o “Projeto Executivo” (inc. II) e a “Execução das Obras e Serviços” (inc. III) — acabem por ter seus conceitos equiparados, haja vista que o grau de detalhamento e, inclusive, de conhecimento por parte do órgão ou entidade licitante e do particular contratado acerca das características de cada uma daquelas três fases é crescente, isto é, cada vez que se transpõe uma dessas fases tem-se que o conhecimento técnico sobre o objeto contratado é maior.

anterior, em que se demonstra que tanto a pré-qualificação como as concorrências posteriores contaram com a participação de um número bastante considerável de proponentes, que basicamente reunia as principais empresas do setor de construção civil.

Há, ainda, aquelas irregularidades de natureza meramente formal, como os apontamentos de ausência de disposição editalícia sobre atualização monetária (achado 4.14) e suposta impossibilidade de declaração de manutenção das condições de habilitação (achado 4.16).

Ainda que se pudesse caracterizar esses aspectos como irregularidades — o que não se admite, pois não representam qualquer afronta ao ordenamento jurídico —, não há como se sustentar que teriam a capacidade de ocasionar qualquer prejuízo à Administração ou ao erário, deixando de reunir, pois, lesividade suficiente para serem tratados como falha relevante¹⁵.

Diante dos esclarecimentos prestados, resta mais do que claro que os achados de auditoria relacionados à licitação não se sustentam, na medida em que apenas implicariam o reconhecimento de mera irregularidade formal, incapaz de atingir a contratação formalizada com o Consórcio.

Ainda assim, ciente de que a avaliação quanto à regularidade da licitação poderia resvalar na esfera de direitos do Consórcio, este houve por bem prestar as informações acima destacadas, visando colaborar com o esclarecimento dos fatos e com as atividades de fiscalização.

Isso porque, na qualidade de terceiro de boa-fé, que nada mais fez do que acorrer ao chamado da Administração Pública, não poderia

¹⁵ Não é outro o posicionamento desse TCMSP ao reconhecer que o “custo do controle não deve superar o benefício”, de forma que falhas formais não revestidas de dolo são incapazes de gerar sancionamento (TCM/SP. TC nº 72.002.176.95-03. Plenário. Sessão de 06/04/2005). No mesmo sentido: TCM/SP. TC nº 72.000.050.07-00. Segunda Câmara. Sessão de 28.05.2008; TCM/SP. TC nº 72.000.240.10-40. Tribunal Pleno. Sessão de 08.06.2011; TCM/SP. TC nº 72.001.857.07-50. Tribunal Pleno. Sessão de 14.09.2011 e TCM/SP. TC nº 72.001.944.05-91. Tribunal Pleno. Sessão de 19.03.2008.

este Requerente, ainda que quisesse, mudar as regras postas objetivamente para o certame, sob pena, inclusive, de violar o princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, para que esse Tribunal pudesse imputar qualquer responsabilização ao agente privado, o mínimo que se esperaria é a constatação de que ele atuou com má-fé, com o intuito de fraudar o certame, beneficiando-se deste ato, o que, com a devida vênia, não foi realizado.

Note-se que a Lei nº 8.666/1993 delineia de forma precisa as hipóteses em que os agentes privados, sem relação jurídica com a Administração Pública, podem ser por ela sancionados, limitadas às situações de prática de atos ilícitos que frustrem os objetivos da licitação (artigo 88, inciso II) e a prática dos crimes descritos na norma (artigos 89 a 99). Isto é, afora essas situações, devidamente normatizadas, não há como se cogitar qualquer responsabilidade do proponente pela realização da licitação em si, sobretudo se não realizada qualquer aferição de elemento subjetivo que macule a legitimidade de sua conduta, como no caso presente.

Desse modo, não havendo qualquer responsabilidade deste Requerente com relação aos critérios impostos no edital do certame ou mesmo nos projetos que delinearão as obras, tendo em vista que nada mais fez do que atender aos requisitos que motivaram sua contratação, inexistente qualquer possibilidade de afastar a sua atuação de boa-fé, determinando-se, por conseguinte, o reconhecimento da regularidade de sua atuação.

5.2. Da inexistência de irregularidades nos critérios de precificação do empreendimento, da adequação dos preços contratados com os valores de mercado e da completa ausência de sobrepreço contratual

Reunindo os achados contidos nos itens 4.4, 4.6 a 4.13 e 4.17, mostra-se oportuno esclarecer que as informações disponibilizadas pela

Administração Pública para a elaboração da proposta eram adequadas ao empreendimento licitado e não traziam qualquer dificuldade para a identificação dos critérios usados, permitindo não somente a apresentação dos preços do futuro contrato pelos interessados, como a efetiva comparação das propostas.

E, uma vez que o Consórcio, assim como os demais proponentes interessados, seguiram as referências oficiais de preços de mercado vigentes à época da licitação, assim como a orientação das Cortes de Contas aplicáveis aquele dado momento, não há o que se falar em irregularidade a atingir os preços contratuais, em absolutamente tudo compatíveis com a lei e com o mercado, senão vejamos.

a) Da adequação da precificação do item de Mobilização, Instalação e Desmobilização do Canteiro de Obras

Conforme indicado no achado 4.6, entende a equipe técnica que a forma de precificação adotada para o item *Mobilização, Instalação e Desmobilização do Canteiro de Obras* teria violado a Súmula 258, do TCU, segundo a qual “*as composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas*”.

Embora a súmula não tenha se referido ao item apurado pela equipe técnica desse Tribunal, uma vez que a mobilização/desmobilização, assim como a instalação do canteiro de obras não mais compõem o BDI contratual, é válido esclarecer que o Consórcio nada mais fez do que precificar tais atividades em consonância com a planilha de referência.

Oportuno esclarecer, ainda, que a cotação de determinados itens contratuais em parcela global ou como verba não necessariamente ocasionará um prejuízo ou falta de precisão em sua estimativa, na medida em que o seu pagamento será realizado de acordo com as medições regularmente liquidadas pela Administração contratante.

Nesse sentido, ainda que a precificação genérica atualmente seja impedida pela jurisprudência dos órgãos de controle, como forma de melhorar o planejamento público, a sua ocorrência não será causa direta de qualquer prejuízo, sobretudo no presente caso, em que todos os pagamentos contratuais seguiram as regras de medição e liberação de recursos previstas em contrato, impedindo o reconhecimento de irregularidade por pretenso prejuízo, que jamais se consolidou.

b) Da adequação da precificação dos itens de mão de obra e assistência técnica de obra (ATO)

Quanto achado de possível duplicidade da Assessoria Técnica de Obra (A.T.O) com outras atividades contratuais, cumpre esclarecer que a ATO se refere a serviços especializados e técnicos de engenharia, executados na presença de situações imprevisíveis ou quando identificadas incompatibilidades técnicas após o início das intervenções, demandando dos profissionais que compõem esses serviços revisões no Projeto Executivo (“Nota Técnica”), que em absolutamente nada se confunde com a elaboração dos projetos básico ou executivo.

Isso porque, as revisões de projeto realizadas pela ATO buscam a adequação desses projetos à realidade da execução física das obras, demandando atuação técnica, intelectual e operacional diversa daquela que ocorre na atividade de elaboração completa das pranchas de Projetos Básico e/ou Executivos, o que, por si só, afasta o achado de auditoria.

Justamente por se tratar de um serviço especializado, necessário apenas diante de situações imprevisíveis ou de maior complexidade, os profissionais que atuam com essa atividade possuem qualificação específica para lidar com problemas diversos, e, por isso, não exercem, em absoluto, as mesmas atividades atribuídas a outras equipes empregadas nas obras.

Assim, apesar da semelhança com as demais equipes alocadas no contrato, cada uma delas objetiva atender a um determinado escopo. São áreas de conhecimento distintas e, portanto, requerem profissionais com expertises/especialização específicas e diferentes entre si.

A equipe de *Apoio Habitacional*, por exemplo, é constituída por profissionais alocados no desenvolvimento da parcela do escopo relativa às Habitações de Interesse Social. São profissionais que apoiam no cadastramento das famílias em áreas de invasão e situações de risco ou influência das obras, bem como nos levantamentos/avaliações das habitações existentes e nas suas quantidades, participando, ainda, dos planos de comunicação à essas famílias e auxiliam nas negociações quanto às condições e prazos de liberações das áreas.

Já a equipe de *Gestão e Supervisão Ambiental* é integrada por profissionais alocados nas atividades de Gestão Ambiental, que produzem os relatórios e levantamentos do material inerente aos acompanhamentos ambientais e aos atendimentos das condicionantes das licenças ambientais do empreendimento, cuidando ainda da regularização ambiental das atividades desempenhadas ao longo do andamento do projeto como um todo.

A equipe de *Projetos*, por sua vez, fica responsável pela elaboração do Projeto Executivo e do *as built*, que não se confundem com as atribuições da A.T.O. A etapa do Projeto Executivo precede o início de execução das obras, ou seja, um serviço em campo não se inicia sem antes haver sido elaborado e emitido um Projeto Executivo. Já o *As Built* ocorre depois de concluída a execução das obra. Elabora-se, então, um novo projeto que represente de maneira fidedigna o

que foi exatamente executado *in loco*, já que durante a execução pode ter sido necessária eventual adaptação/ajuste em relação ao projeto executivo.

Desta forma, uma vez que projeto executivo, A.T.O e *as built* são etapas inerentes à engenharia das obras, que ocorrem em momentos diferentes e com finalidades diversas, não há sobreposição ou tampouco duplicidade dos profissionais envolvidos em cada equipe descrita acima.

Os relatórios de trabalho de cada equipe eram submetidos aos agentes da Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras que, identificando as quantidades de horas alocadas em suas respectivas áreas e os serviços executados, eram capazes de atestar a efetiva prestação dos serviços e seus quantitativos, aprovando, por conseguinte, as medições realizadas.

Esclarecidos, portanto, o escopo e a forma de atuação das equipes na execução de suas atividades, **resta comprovado que os serviços não se confundem**, cabendo à equipe técnica, para sustentar qualquer duplicidade de serviços comprovar a sua ocorrência, totalmente afastada pelas medições aprovadas pela Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras.

c) Da adequação da parcela de BDI contratual

De acordo com o achado 4.11 do relatório de 26/02/2021, o BDI adotado para o certame e aplicado ao contrato não teria observado as disposições do Acórdão nº 2.622/2013-Plenário, do TCU, aplicando taxas percentuais diversas das adotadas naquele paradigma.

Embora o referido acórdão de fato, tenha padronizado os valores referenciais de BDI de acordo com o tipo de obra ou serviço de engenharia realizado, **não há como se defender a sua aplicação no caso concreto, uma vez**

que proferido posteriormente à pré-qualificação (homologada em 02/11/2012), ao certame (concluído em 05/04/2013), à assinatura do contrato (19/07/2013) e mesmo à primeira ordem de serviços (15/08/2013).

Em verdade, referido acórdão foi proferido em sessão do Plenário do TCU realizada em 25/09/2013, sendo a publicação de sua ata e, conseqüentemente, a extensão de seus efeitos ao conhecimento de terceiros, realizada apenas em 04/10/2013, impedindo, portanto, a aplicação de orientação posta em acórdão posterior à celebração do contrato para reger suas disposições, senão em clara afronta à segurança jurídica, princípio sensível de nosso ordenamento jurídica, e à própria intangibilidade da equação econômico-financeira.

Diante disso, cabia ao Consórcio, na qualidade de proponente interessado em sagrar-se vencedor do certame, adotar, para a formação de sua proposta comercial, os referenciais estabelecidos em edital que, como se sabe, determinavam o percentual de 37,20% para os serviços de execução de projetos e serviços técnicos; de 37,30% para a execução das obras civis, sendo que o praticado em contrato foi de 30%; 28,30% para edificações de HIS; e 15% para administração para Apoio Habitacional – HIS. Esses parâmetros foram totalmente observados pelo Requerente.

Observe-se, outrossim, que acaso possível a aplicação do entendimento do TCU neste caso, com a readequação do percentual de BDI contratual, o mínimo que se esperaria é que esse entendimento fosse acompanhado de todos os cuidados possíveis para permitir ao contratado que não sofresse quaisquer prejuízos, em atenção às normas constitucionais¹⁶ e infraconstitucionais¹⁷ sobre o tema.

¹⁶ Em especial o artigo 5º, inciso XXXVI, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; e inciso XL, que dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

¹⁷ Cf. artigo 24, da LINDB: “A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado **levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em**

Desse modo, não há como se manter o posicionamento ora defendido pela equipe técnica dessa E. Corte de Contas, uma vez que a modificação da proposta do contratado ensejará não somente a alteração unilateral de cláusula financeira, como notória afronta à segurança jurídica.

5.3. Da regularidade dos preços contratados e da ausência de sobrepreço

Antes de se adentrar ao mérito dos esclarecimentos, cumpre destacar que a presente fiscalização se restringe à análise formal dos procedimentos de pré-qualificação e concorrência, sendo certo que a execução contábil/financeira do ajuste está em curso em outro procedimento, nos autos do TC nº 72.001.174/14-87.

Dessa forma, qualquer alegação de sobrepreço ou pretensão de ressarcimento certamente teriam de ser processadas naqueles autos — tendo em vista a ausência de comprovação de efetiva execução e pagamento dos itens questionados, muito menos de seus quantitativos e percentuais medidos.

Em outras palavras: as alegações de sobrepreço imputadas nestes autos se restringem ao campo das suposições e incertezas, sem efetiva comprovação — o que, de certo, não é suficiente à responsabilização do Requerente —, pois, como se sabe, o quantitativo (percentuais) de serviços executados e os valores pagos ao Requerente somente podem ser verificados durante a execução contratual, e nunca na simples celebração/análise formal do ajuste.

De todo modo, evitando maiores questionamentos e com o fim de comprovar a regularidade dos valores previstos, cumpre enfrentar os achados trazidos pelo relatório de fiscalização elaborado pela equipe técnica, em

mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

que apontados indícios de sobrepreço de duas categorias. Na primeira, são ratificados pontos levantados pelo TCU e que já estão sendo devidamente debatidos em processo que tramita naquela Corte de Contas, não se mostrando sequer cabível nova apuração¹⁸. Na segunda, são levantados outros indícios de sobrepreço, apurados diretamente por esse E. TCM — todos eles devidamente avaliados nos tópicos seguintes.

5.3.1. Dos equívocos contidos na análise de preços realizada pelo TCU – Uso de referências diversas e incompatíveis com a realidade das obras

Partindo do pressuposto de que o Requerente adotou as referências da SIURB para a elaboração da proposta de preços, deve-se pontuar que aquelas indicadas pela equipe técnica do TCU como adequadas para o contrato, em verdade, encontram uma série de falhas pontuais que impedem a sua adoção como base para a formação do preço, senão vejamos.

Como fica claro no Relatório de Fiscalização nº 106/2018, o TCU adota, para a análise da regularidade dos preços contratuais, as referências do Sistema de Custos e Obras Rodoviárias (SICRO) e do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), **embora o Município de São Paulo possua tabela própria de preços, amplamente utilizada e totalmente compatível com a realidade dos empreendimentos locais.**

Nesse sentido, o fato de as obras terem sido parcialmente financiadas com recursos federais **não implica a imediata adoção das referências comumente empregadas pelo TCU**, na medida em que a legislação é clara ao autorizar o uso de paradigmas compatíveis com as características das obras licitadas:

¹⁸ Considerando não ter identificado, nestes autos, a defesa apresentada ao TCU, junta-se, nesta oportunidade, cópia integral da manifestação apresentada naqueles autos (Doc. 01).

Decreto Federal nº 7.983/2013:

Art. 3º. O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º. O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Art. 5º. O disposto nos arts. 3º e 4º **não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos**, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Parágrafo único. Os novos sistemas de referência de custos somente serão aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção dos sistemas referidos nos arts. 3º e 4º, incorporando-se às suas composições de custo unitário os custos de insumos constantes do Sinapi e Sicro.

Art. 6º. Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Assim, não fosse certa a possibilidade de que o ente contratante adote as referências locais para a elaboração do orçamento do certame, deve-se pontuar que os paradigmas usados pelo TCU **encontram uma série de falhas que impedem a sua adoção como base para a formação do preço.**

O primeiro deles diz respeito ao fato de que embora o SICRO e SINAPI tenham passado por muitos aprimoramentos ao longo dos anos, não é possível afirmar que a sua adoção impensada como referência geral traga a certeza de economia ao erário público, na medida em que têm aplicação direcionada a uma

gama específica de serviços (de construção civil ou rodoviária, como se sabe), como salienta Guilherme Ferreira Gomes Luna:

Parece claro que os grandes projetos de infraestrutura do país, que envolvem as maiores somas despendidas de dinheiro público, não são abrangidos pelos conceitos das referidas tabelas (Sicro e Sinapi). **É impossível estabelecer qualquer tipo de nivelamento entre as obras de grande complexidade e o espaço amostral abrangido pelas tabelas citadas:** seria algo como igualar o custo de execução de grandes refinarias com os de obras residenciais, ou o custo de obras comuns de saneamento com o de transposição do curso de um rio ou de torna-lo navegável¹⁹. (Grifamos)

Não há dúvidas quanto ao acerto das ponderações do autor, haja vista que os referenciais em questão, antes de passarem a ser considerados um padrão para a formação de todo e qualquer contrato executado com recursos federais, serviam a um propósito específico, relacionado a um escopo igualmente limitado.

Ainda assim, e mesmo para as obras do ramo específico do referencial (construção civil e rodoviário), ambos os índices tiveram a sua qualidade e alcance questionados pelo próprio TCU, como se extrai da análise do SINAPI realizada em trecho do voto do i. Ministro Ubiratan Aguiar:

13. Quanto à qualidade do Sinapi, a partir da análise de seus dois principais componentes - insumos e composições de serviços - a equipe da Secob concluiu, inicialmente, pela **necessidade de atualização e validação das composições do Banco Nacional**. Tal banco - nome dado às composições de serviços ativas, quando agrupadas em conjuntos -, priorizado na presente fiscalização, é aquele mantido pela Caixa e no qual encontram-se as composições que devem ser usadas como padrão no país, mas não de modo obrigatório.

14. Verificaram-se inconsistências em diversas composições do Banco Nacional, como serviços contemplados por mais de uma composição; composições criadas para uso em determinado tipo de projeto - aparentemente desnecessárias - e serviços agrupadores que se mostram incoerentes com as composições que a eles se vinculam.
(...)

¹⁹ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 88.

27. A seção dos achados da auditoria cujo foco foi a abrangência do Sinapi indicou que o sistema, com base na análise de seu Banco Nacional, alcança as 27 unidades da federação, quanto ao aspecto da coleta de preços de insumos.

28. Não obstante a amplitude geográfica mencionada, o sistema necessita de aprimoramento no que diz respeito, por exemplo, ao aumento do número de insumos e serviços para atender plenamente obras rodoviárias, ferroviárias, hidroviárias, portuárias, aeroportuárias, barragens, irrigação, de edifícios públicos, de saneamento básico e de infra-estrutura energética. Considerando que o Sinapi, atualmente, abrange, basicamente, obras de drenagem, saneamento básico, habitação, infra-estrutura urbana e rural (vias), equipamentos comunitários e centros de lazer, **nota-se que ainda há progressos a serem feitos para que seja integralmente cumprido o comando insculpido no § 2º do art. 155 da LDO em vigor.** (Grifamos)
(TCU. Acórdão nº 1.736/2007 – Plenário. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Sessão de 29/08/2007)

O mesmo tipo de avaliação foi realizada com relação ao SICRO, em que o Ministro Adylson Motta assim pontuou quanto à confiabilidade e adequação deste referencial:

[Voto]

É justamente essa situação que se pretende ver solucionada. Caso se adotasse o método proposto pelo Revisor no caso concreto ora examinado, é muito provável que teríamos um desequilíbrio contratual, só que agora desfavorável à Administração, trazendo o nosso problema de volta ao ponto inicial e sem uma solução plausível. **Os preços constantes no SICRO 2, por exemplo, são resultado de pesquisa feita em diversos locais e são atualizados por índices gerais criados para serem aplicados a todo o país, sem levar em conta as peculiaridades de cada mercado local, o que inevitavelmente ocasiona as distorções verificadas nos presentes autos.** (Grifamos)
(TCU. Acórdão nº 2.013/2004 – Plenário. Relator Ministro Adylson Motta. Sessão de 08/12/2004)

Se em obras atreladas aos referenciais acontecem distorções como as acima admitidas pelo Tribunal de Contas da União, impondo-se, daí, o afastamento dos preços obtidos a partir deles, **o que não dizer da sua aplicação indiscriminada a obras de natureza diversa?**

Não fica difícil entrever, com muito mais razão, que o uso dessas tabelas referenciais, em tais casos, **deverá ser ainda mais**

parcimonioso do que quando se estiver diante de obras rodoviárias ou de construção civil, sob pena de se cotarem, por preços de mercado, valores absolutamente inadequados e incondizentes com a realidade.

Em pior situação se coloca o contratado que, ao ter a legalidade de seus preços avaliada, sequer tem como base as referências contidas nestes índices, mas apenas parte deles, a partir da formação de composições de preços elaboradas individualmente pelo TCU e, ainda por cima, em uma análise fria, computadorizada, sem qualquer consideração quanto à realidade do empreendimento, que se trata de uma obra urbana, densamente povoada, em um terminal em pleno funcionamento, com muitas interferências, em uma via de alto tráfego, conhecida em São Paulo pelos longos congestionamentos, onde a produtividade dos serviços é prejudicada pela demora da chegada de materiais, transportes de matérias para bota-fora. A obra sempre foi obrigada a vislumbrar no menor impacto para a comunidade.

Assim, não fossem as falhas que acometem os referenciais utilizados como parâmetro — as quais já causam considerável preocupação —, o Requerente ainda se vê obrigado a seguir CPU criada isoladamente, sem qualquer critério ou mesmo explicação técnica, e que leva à conclusão pela existência de um sobrepreço de grande monta.

Em resumo, inexistente qualquer desacerto na utilização de tabela referencial própria do Município de São Paulo para a composição do orçamento de referência das obras. **Ao contrário, resta claro que a conduta adotada pelo Município de São Paulo estava alinhada aos preceitos legais e orientações jurisprudenciais vigentes, sendo certo que a Tabela SIURB, de fato, reflete de maneira muito mais adequada as peculiaridades e características das obras executadas no Município de São Paulo.**

Vistas de forma genérica as falhas que acometem os referenciais utilizados como parâmetro pelo TCU, passa-se, em seguida, a uma

análise individualizada dos itens analisados pela Corte de Contas Federal e ratificados na presente auditoria.

a) Descarte de solo inerte em bota-fora licenciado

Conforme esclarecido ao TCU, a divergência de preço identificada decorre do uso de paradigma equivocado, que aplica a data-base de julho/2014, bastante posterior ao referencial do edital, que data de julho/2012, e à proposta elaborada pelo Consórcio, com data-base de novembro/2012.

A equipe técnica do TCU, portanto, inadvertidamente equipara realidades de mercado distintas, principalmente quando considerado que o número de bota-fora licenciados existentes próximos ao local da obra, que já era reduzido, foi ainda mais impactado no período de 2012, em que realizadas as obras de construção da Arena Corinthians (“Itaquerão”) para a Copa do Mundo no Brasil.

Assim, como o valor do serviço não está atrelado ao reajuste anual da inflação, mas às variações de demanda, indispensável considerar a realidade do mercado à época da elaboração do orçamento referencial, que demonstra a plena regularidade das referências usadas pelo Poder Público (cotações de mercado) e dos preços consequentemente adotados para o contrato.

b) Remoção de terra além do 1º Km

Neste caso, além de aplicar referência inadequada de preços (SICRO em detrimento de preços locais), a equipe técnica do TCU considerou velocidade média paradigma (40 km/h) totalmente incompatível com o ambiente urbano em que realizadas as obras, como comprova o acompanhamento de caminhões e tíquetes de balança do bota-fora utilizados pelo Requerente:

					10 MINUTOS	descarga e carga	
ITAQUAREIA							
DATA	CAMINHÃO PLACA	CARGA 1 HORA AFERIDA	CARGA 2 HORA AFERIDA	TEMPO TOTAL	TEMPO DE DESLOCAMENTO (h)	VELOCIDADE MÉDIA km/h	TOTAL PERCORRIDO km
20/10/2017	FLM-9941	08:17:34	11:41:19	03:23:45	3,23	19,8	63,9
20/10/2017	FEJ-4720	07:59:59	10:25:14	02:25:15	2,25	28,3	63,9
20/10/2017	ALG-0435	08:07:36	12:58:28	04:50:52	4,68	13,7	63,9
24/10/2017	ALG-0435	09:10:48	11:32:28	02:21:40	2,19	29,1	63,9
24/10/2017	FLM-9941	08:54:29	11:33:33	02:39:04	2,48	25,7	63,9
24/10/2017	BUP-9979	08:38:40	10:58:09	02:19:29	2,16	29,6	63,9
26/04/2018	EWR-3310	11:04:17	13:52:55	02:48:38	2,64	24,2	63,9
26/04/2018	LLM-4321	11:45:55	14:23:04	02:37:09	2,45	26,1	63,9
26/04/2018	FEJ-4720	11:28:46	13:59:36	02:30:50	2,51	25,4	63,9

Como deixa claro o documento em referência, a velocidade média dos caminhões no Município de São Paulo não passa de 30 km/h, ou seja, é 33% inferior à velocidade considerada no paradigma, impactando diretamente na produtividade dos serviços e, por conseguinte, nos preços praticados.

Destarte, as velocidades médias e produtividades previstas na Tabela SIURB e usadas como referência do edital, são muito mais condizentes ao cenário das obras, justamente por considerar as especificidades locais, demonstrando a total inviabilidade da adoção do paradigma aplicado pelo TCU, conforme esclarecido àquele Tribunal.

c) Fornecimento e aplicação de aço CA-50 – Diâmetro maior ou igual a 1/2"

Mais uma vez, além de se utilizar de referência do SINAPI, o TCU deixa de considerar toda a faixa de diâmetro de aço disponível no mercado, e de utilização exigida no edital, o que traz variações de preço, como demonstra a tabela abaixo:

		PREÇOS INFRA UTILIZADOS NA LICITAÇÃO					
		08-20-00		08-21-00			
Ø Diâmetros Comerciais Existentes de Barras de Aço	5/16"	3/8"	1/2"	5/8"	3/4"	1"	1 1/4"
	8mm	10mm	12,5mm	16mm	20mm	25mm	32mm
kg/m	0,395	0,617	0,963	1,578	2,466	3,853	6,131
				PREÇO SINAPI 74554/1			



Tendência de redução do custo unitário por kg de aço

Como se verifica, o paradigma utilizado pelo TCU é uma média de apenas três dos diâmetros comerciais existentes (5/8", 3/4" e 3/8" ou 16 mm, 20 mm e 25 mm), enquanto os dois preços da Tabela de Custos INFRA, 08-20-00 e 08-21-00, consideram, respectivamente, dois (5/16" e 3/8" ou 8mm e 10mm) e cinco diâmetros comerciais existentes (1/2", 5/8", 3/4", 1" e 1 1/4" ou 12,5 mm, 16 mm, 20 mm, 25 mm, 32 mm), se adequando muito melhor à realidade do empreendimento.

Como se denota, o custo por kg de aço diminui conforme o diâmetro do aço, uma vez que as barras se tornam mais pesadas por metro, aumentando a produtividade por kg. Assim, para comparar o preço da Tabela de Custos INFRA 08-21-00 com o paradigma do TCU seria indispensável considerar a média das barras de diâmetro 1/2" ou 12,5mm, que elevariam o custo unitário médio, mostrando-se mais fiel à realidade.

Outrossim, a composição do TCU está subdimensionada em relação à Tabela de Custos INFRA, pois considera uma perda de material de apenas 5%, quando o usual de mercado e em projetos é de 10%, devido aos cortes de barras, a utilização de aço para espaçadores e amarrações de armaduras, ratificando a inadequação das conclusões alcançadas.

d) Fundação em rachão

Como esclarecido ao TCU, as adaptações realizadas nas referências do SINAPI resultaram em composição híbrida, distante da realidade das obras em exame, e que considera serviços com nomenclatura semelhante, mas características absolutamente diversas.

Note-se, por exemplo, que o TCU considera em sua composição a Pedreira Lageado, que está a 10,1 km do campo de obras, representando não somente a fixação de quilometragem não exigida pelo edital, como adotando opção totalmente aleatória, com claro impacto nos preços contratuais.

Ademais, para o transporte da Pedra Rachão, o TCU utiliza a modalidade "Posto-Pedreira", em que o comprador fica responsável pela retirada do material na pedreira e transporte até o local das obras, embora essa não seja realidade das obras realizadas nos centros urbanos, em que os insumos são comprados de fornecedores que cobram pela entrega do material, determinando que o frete integre o valor do serviço (fornecimento na modalidade "Posto-Obra").

Ainda, na linha do quanto já exposto, a composição de custo unitário formado a partir da premissa de que o caminhão desenvolve velocidade média de 40 km/h está equivocada, pois desconsidera a realidade urbana da região do empreendimento, cuja velocidade média atingida nos trajetos da obra sequer alcança os 30 km/h.

Também com relação ao transporte, ainda que se considerasse como correta a utilização de posto pedreira com quilometragem fixa (10,1 km), o TCU desconsiderou o empolamento do material, usando quantidade de insumo inferior à efetivamente empregada.

Outro equívoco está na utilização do coeficiente de 1,1 de compactação de material, uma vez que na prática da fundação de rachão o índice de compactação é de cerca de 1,3, conforme CPU 05-2-00 da Tabela de Custos INFRA da SIURB.

Portanto, todas as especificidades acima demonstram a ausência de serviço equivalente na Tabela SINAPI, de modo que acertadamente a PMSP adotou a Tabela de Custos de Infraestrutura Urbana da SIURB, pois somente ela atendia às necessidades e realidade do serviço a ser executado.

e) Pavimento rígido de concreto usinado

Por ausência de referência específica no SICRO para o serviço, o TCU adapta o SICRO 2 S 02 606 50 (“Concr. De cimento portl. Com forma deslizante AC/BC”), originalmente concebida para a execução de concreto deslizante, serviço totalmente diverso do ora analisado.

Dentre as adaptações promovidas na CPU paradigma, cumpre destacar a utilização do SICRO 1 A 01 657 00 (“Usinagem p/ com. cim. Portland e/ equip. peq. por.”), relacionada ao fornecimento do concreto para a execução do pavimento rígido, pois o TCU promoveu a adaptação de uma CPU que igualmente passou por diversas adaptações.

Mesmo reconhecendo sua inadequação, o TCU se vale da premissa de que o fornecimento do concreto teria ocorrido por usinagem industrial. Considerando que o volume aproximado de pavimento rígido das obras é de 15.000 m³ (o equivalente a 6 piscinas olímpicas), ainda que a betoneira trabalhasse na sua capacidade nominal (7501), o que não ocorre na realidade, seria necessário realizar perto de 20.000 "misturas" de concreto para se alcançar algo próximo à realidade do serviços, o que demonstra o descabimento da conclusão.

Lembrando que a execução de um corredor de ônibus ocorre de forma linear, não acompanhada por betoneiras, que são equipamentos estáticos; afora toda a dificuldade logística do estoque de insumos tão diversos para a execução do pavimento nessa modalidade, demonstrando a total impossibilidade de adoção das referências usadas.

f) Escavação mecânica, carga e remoção de terra até a distância média de 1km

A CPU paradigma adotada pelo TCU (SINAPI 72824), ao considerar produtividade arrojada para as características das obras, reduz drasticamente o preço do serviço sem avaliar a sua realidade, na medida em que enquanto a Tabela INFRA indica uma produtividade de 17,86 m³/h, a produtividade da referência do SINAPI é de 192,31m³/h.

Usando o equipamento escavadeira hidráulica sobre esteira como exemplo da inadequação desse paradigma, tem-se que a produtividade adotada pelo TCU, multiplicada pela quantidade prevista em CPU, permitiria o carregamento de 32 caminhões basculantes de 6m³ por hora, ou seja, o carregamento de um caminhão a cada 52 segundos — o que não contempla a escavação, também integrante desse serviço.

Obviamente que tal produtividade é inalcançável na realidade das obras avaliadas, que possuem frentes de serviço compostas de espaços confinados (a exemplo das frentes de escavação dos terminais) ou frentes lineares descontínuas, com diversas interferências e restrição de movimentação, haja vista que próximas das vias de tráfego e imóveis de terceiros, destacando que a CPU paradigma não é realística e, por isso, não pode servir de referência para aferição da regularidade dos preços contratados.

g) Piso cimentício vibro-prensado à 240 toneladas

O paradigma do SINAPI usado pelo TCU (código 72137) contempla "*piso industrial alta resistência espessura 12mm, incluso juntas de dilatação plásticas e polimento mecanizado*", diverso do piso cimentício vibro-prensado (lavaggio) não somente em nomenclatura, mas também características técnicas.

Uma dessas diferenças se dá com relação à metodologia executiva do piso industrial, que permite produtividade e velocidade de execução consideravelmente superiores às do piso cimentício (lavaggio), posto que executado de forma contínua ao longo de grandes superfícies por meio do lançamento, espalhamento e acabamento do concreto; e não pela composição de placas assentadas, como ocorre com o piso cimentício.

Em termos de insumos também se denota distinção relevante, na medida em que o piso industrial é majoritariamente composto por concreto, enquanto o serviço contratado usa o "lavaggio", insumo claramente diverso tanto em características como em custos, detonando a inadequação das referências usadas pelo TCU.

h) Base brita graduada

A composição paradigma adotada pelo TCU (2 S 02 230 00 do SICRO) considera que a brita graduada, principal insumo do serviço, seria extraída de central de britagem no local da obra, o que é inviável em obras executadas em ambiente urbano, determinando que o contratado adquira a brita comercial, que, embora de valor superior, é a única forma de obtenção desse insumo em obra dessa natureza.

Além disso, a referência do TCU adota o fornecimento de 1m^3 de brita graduada, sem considerar a perda de volume de material decorrente da compactação mecânica, que determina a obtenção de um volume maior de material para compensar essa perda.

Assim, embora as referências de serviços comparadas tenham a mesma denominação, a atividade prevista na Tabela de custos INFRA da SIURB (05-48-00) mostrava-se mais adequada a servir de referência para os serviços contratados, uma vez que continha especificidades próprias da realidade urbana em que o empreendimento estava alocado.

i) *Carga e remoção de terra até a distância média de 1km*

A exemplo do quanto exposto anteriormente, a referência usada pelo TCU considera produtividade de serviço ($333,33\text{m}^3/\text{h}$ - equivalente a 67 caminhões por hora) totalmente diversa da Tabela SIURB ($55\text{m}^3/\text{h}$ - equivalente a 5 caminhões por hora), impactando consideravelmente na precificação da atividade.

Adotando-se o exemplo do equipamento "Pá Carregadeira sobre Pneus", de acordo com a produtividade usada pelo TCU, seria possível o carregamento de 67 caminhões basculantes de 5m^3 por hora, ou seja, um caminhão a cada 54 segundos. Em outros termos, considerando a capacidade nominal da carregadeira de $1,9\text{m}^3$, para se atender a produtividade paradigma seria necessária a carga e descarga da carregadeira na caçamba aproximadamente 175 vezes por hora — o que é impossível pelas características do espaço de trabalho, já tratadas anteriormente.

Outrossim, destaque-se que o paradigma adotado considera a utilização de caminhões basculantes de 5m^3 , e não de 10m^3 , mais usual a esse tipo de obra, reforçando os equívocos de avaliação cometidos.

5.3.2. Da reprodução, pela equipe técnica desse TCMSP, dos equívocos de premissas e da consequente invalidação de sua análise

Usando os mesmos parâmetros empregados pelo TCU, a equipe técnica desse TCMSP adota paradigmas de preços formadas a partir das referências do SICRO e SINAPI que, como visto acima, não possuem o alcance e especificidades das referências da SIURB, usadas pela contratante justamente por melhor se adequar à realidade do empreendimento avaliado.

Além disso, algumas falhas pontuais acometem os resultados da análise realizada pela equipe técnica desse Tribunal, a exemplo do fato de que o “preço unitário previsto”, indicado no item 3.3.3.11 do relatório do TCM não coincide com aquele previsto no Quadro 02, nem mesmo com as planilhas de referência da licitação e do próprio contrato, impedindo até mesmo a identificação da origem dos preços paradigmáticos.

Possivelmente esse equívoco poderia ser sanado se disponibilizadas as composições de preços unitários formadas pela equipe de auditoria para a criação do preço paradigma, o que não consta destes autos, inclusive cerceando o direito de defesa do Consórcio.

Outrossim, o percentual de BDI aplicado para a formação dos preços paradigmas não poderia ser aquele contido no Acórdão nº 2.622/2013-P do TCU, uma vez que proferido posteriormente à licitação e celebração do contrato, conforme demonstrado em tópico próprio. Nesse sentido, o percentual de 22% de BDI não poderia incidir como critério de análise, adotando-se, obrigatoriamente, o percentual de 30%, previsto em edital.

Seguindo, assim, as mesmas críticas gerais contidas no item anterior desta manifestação, cumpre, em seguida, algumas considerações técnicas sobre os itens de serviços analisados, demonstrando a completa ausência

de potencial sobrepreço que, com o devido respeito, decorre da inadequação das referências usadas, conforme em seguida comprovado.

a) Fabricação transporte e montagem de forma em chapa plastificada 18 mm - para concreto aparente exclusive cimbramento

Como indica a equipe técnica, para a formação do preço paradigma do serviço em destaque, teria adotado os parâmetros do SINAPI (código 84.222), excluindo-se o transporte, uma vez que não faria “*parte exclusivamente deste serviço e podem também estar inseridos nos custos de Administração Local*”.

A exclusão de custo essencial do serviço, sem qualquer justificativa técnica, com o devido respeito, se mostra totalmente descabida, pois além de se perder o parâmetro de comparação, se vale de suposição incompatível com a seriedade do trabalho de auditoria, sugerindo que este custo “poderia” estar inserido nos custos de administração local.

Conforme a nomenclatura do serviço, o transporte está inserido como uma das atividades remuneradas pelo serviço, o que também pressupõe a necessidade de carga dos materiais/formas, não fazendo sentido a exclusão do transporte sem alocá-lo em outra rubrica da planilha ou efetivamente comprovar que estaria

Em verdade, esse suposição — de que a carga e transporte poderiam estar inseridos nos custos de administração local — sequer procede, pois totalmente incompatível com essa atividade, como se extrai do reiteradamente mencionado Acórdão nº 2.622/2013-P do TCU:

a) o item Administração local contemplará, dentre outros, as despesas para atender as necessidades da obra com pessoal técnico, administrativo e de apoio, compreendendo o supervisor, o engenheiro responsável pela obra, engenheiros setoriais, o mestre de obra, encarregados, técnico de produção, apontador,

almoxarife, motorista, porteiro, equipe de escritório, vigias e serventes de canteiro, mecânicos de manutenção, a equipe de topografia, a equipe de medicina e segurança do trabalho, etc., bem como os equipamentos de proteção individual e coletiva de toda a obra, as ferramentas manuais, a alimentação e o transporte de todos os funcionários e o controle tecnológico de qualidade dos materiais e da obra;

Desse modo, não se sustenta o achado de sobrepreço levantado, uma vez que usa parâmetro equivocado para aferição de preço, sem qualquer justificativa técnica, e sem o devido detalhamento dos cálculos realizados para se chegar a tal resultado.

b) Fornecimento, corte, dobra e montagem de aço CA-50 (gaiolas)

Quanto ao item “*fornecimento, corte, dobra e montagem de aço CA-50 (gaiolas)*”, utiliza-se a referência do SINAPI, item 08-21-00 (“*fornecimento e aplicação de aço CA-50*”), que, como já descrito anteriormente, apresenta divergência quanto à média adotada para os diâmetros das bitolas de aço disponíveis, além de desconsiderar a perda real de 10% nos trabalhos de corte e dobra de aço para a construção civil.

Ademais, o serviço SINAPI abrange a utilização de aço entre os diâmetros de 6,3 a 12,5 mm, limitação que não está presente no serviço contratual, que não restringe diâmetros dos vergalhões, sendo que a orçamentação foi elaborada tendo-se em vista as condições específicas dos projetos disponibilizados com o edital, ou seja, já com a ponderação entre os diversos diâmetros de vergalhão de projeto.

O serviço em questão é de armadura especificamente para Parede Diafragma e Estaca Escavada. Nestes serviços é comum a pré armação, transporte e colocação com equipamento de içagem, condição que difere do serviço descrito no SINAPI, de natureza genérica, provavelmente considerando armação *in loco*, sem presença de equipamento de transporte e colocação da armadura, demonstrando a inadequação das referências usadas.

c) Escavação de solo em trincheira confinada

Para o item “*escavação de solo em trincheira confinada*”, a equipe técnica explica que retirou equipamentos adicionados à composição pelo contratante, uma vez que já estariam previstos no serviço de carga e remoção de terra até a distância média de 1,0km.

É certo, por outro lado, que a alteração indevida desse serviço desconsidera o fato de tratar-se de atividade diversa da carga e remoção de terra acima citada, pois executada em área específica, com características diferenciadas, como esclarece o critério de medição dos serviços:

SPT 017

ESCAVAÇÃO DE SOLO EM TRINCHEIRA CONFINADA.

O serviço será medido por m³ (metro cúbico) de escavação executada.

O custo unitário remunera a escavação mecânica e a escavação manual, a carga e a regularização do fundo da escavação. Não estão incluídos, obstáculos como, restos de fundações e matacões encontrados na escavação, assim como o transporte do material escavado até o bota-fora que serão medidos em itens específicos.

5 / 49

Essa modificação, ainda que pareça pontual, claramente desconfigura o serviço que, justamente por ser executado em área confinada, necessita de equipamentos adicionais.

Dessa forma, a alteração da CPU do serviço — a que não se teve acesso, é bom frisar —, não se mostra compatível com as especificidades da atividade, se tornando incapaz de servir de parâmetro de remuneração da atividade.

d) Assessoria Técnica de Obra (“ATO”)

Com relação a esse item, faz-se referência ao quanto já tratado no tópico 5.2, “b”, que demonstra a ausência de qualquer irregularidade ou sobrepreço.

VI. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, e tendo ficado demonstrada a plena regularidade do ajuste, requer-se sejam as presentes alegações de defesa acolhidas em sua integralidade, para o fim de se determinar o **arquivamento** do presente processo, haja vista a consumação de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória desse TCMSP, uma vez que transcorrido o prazo de cinco anos entre os fatos cuja regularidade é apurada e a citação deste Consórcio para manifestação, nos termos da Lei nº 9.873/1999 e jurisprudência do E. STF.

Caso não seja esse o entendimento desse E. TCMSP, requer-se sejam julgados **regulares a Pré-Qualificação, Concorrência Pública e o Contrato n.º 051/SIURB/2013**, uma vez que as falhas formais apuradas não têm o condão de invalidar a avença, nem representam qualquer afronta à legislação aplicável, requerendo-se, ainda, o acolhimento dos efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes do ato ora analisado.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 17 de maio de 2021.


CAMILLO GIAMUNDO
OAB/SP nº 305.964


FERNANDA LEONI
OAB/SP nº 330.251


MARÍLIA DE OLIVEIRA BASSI
OAB/SP nº 424.620