TC 72-000.652.04-60

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o Contrato e aplicou multa. Obras e serviços do novo sistema de extravasão de barragem. Parque Cidade de Toronto. SVMA. Contrato considerado regular. Multa cancelada. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 140, "a', Res 03/02 TCMSP

2.726ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 13/10/2014

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pelo Senhor Adriano Diogo, então Secretário Municipal do Verde e do Meio Ambiente, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, mesmo que aplicando ao segundo o critério de fungibilidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e DOMINGOS DISSEI – Revisor, à míngua de elementos comprobatórios de aferição dos coeficientes de participação global dos insumos nas composições de preços extratabela, em dar provimento aos recursos, concluindo que o V. Acórdão recorrido merece reforma para julgar regular o Contrato 32/SVMA/2003 e cancelar a multa imposta ao ordenador da despesa, por não haver restado comprovado nos autos prejuízo decorrente de preços excessivos ou, ainda, por ausência de eventual referência do que seriam preços razoáveis para obras dessa natureza.

Vencido, no mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que lhes negou provimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Declarou-se impedido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno deste Tribunal.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de fevereiro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se, nesta fase processual, do exame dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Adriano Diogo, então Secretário do Verde e Meio Ambiente, em face do v. Acórdão de fls. 496, em que esta Corte, por unanimidade, julgou irregular o Contrato nº 32/SVMA/2003, para execução, em regime de emergência, das obras e serviços do novo sistema extravasor da barragem do Parque Cidade de Toronto, tendo em vista que não existiam elementos imprescindíveis de convicção e de garantia que se prestassem ao convencimento de que os procedimentos inerentes à composição dos preços extratabela atenderam ao princípio da transparência.

Ademais, por maioria, foi aplicada multa pecuniária ao ordenador da despesa e signatário do ajuste identificado na decisão.

A PFM asseverou que a matéria questionada dizia respeito à falta de justificação e à impossibilidade de aferição do impacto quantitativo (coeficiente de produtividade), visto que a realização dos serviços relativos aos insumos, nos discutidos preços extratabela, só seria possível por meio do acompanhamento concomitante de sua execução, o que não foi possível, à época, considerando que a obra estava concluída. Dessa forma, a própria Auditoria havia aludido que os motivos alegados por DEPAVE-5 seriam plausíveis e atinentes à condição da obra, de modo a modificar sua anterior convicção, agora pela regularidade do ajuste. Assim, a falta de provas contundentes não poderia dar causa à decisão pela irregularidade do contrato, porque o agente ou servidor público é detentor de fé pública até prova em contrário, tratada em procedimento próprio, e também porque a

decretação de irregularidade contratual atingiria terceiro interessado cuja culpa não lhe poderia ser comutada.

Desta forma, ainda que inobservado adequadamente o princípio da publicidade, prejudicando a absoluta transparência do feito, a aplicação do princípio da razoabilidade, no caso, melhor atenderia ao primado do interesse público. Invocando que não haveria nos autos elementos suficientes a ensejar a decretação da irregularidade do ajuste e que o fundamento que lhe deu causa revela-se precedente temerário, visto que a convicção para decidir emergiu da falta de melhores esclarecimentos ou provas, em atos de estrita observância legal, requereu a reforma do acórdão com o consequente acolhimento do ajuste.

O recorrente Sr. Adriano Diogo, em primeira manifestação recursal, alegou não ter sido intimado por esta Egrégia Corte de Contas do trâmite do processo em referência, somente vindo a saber da penalidade que lhe havia sido imposta em razão de ofício que lhe foi encaminhado pela Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, tendo por consequência sua defesa prejudicada, de modo que requereu a suspensão do processo e do prazo recursal. Para que não houvesse prejuízo do direito de defesa em caráter substancial, deferi o pedido de dilação do prazo recursal.

O requerente, então, explicou que a Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente fez levantamento minucioso das obras e da sua necessidade para concretizar o ajuste, considerando o caráter emergencial da contratação, que não foi questionado, até porque comprovado que o serviço era necessário, inclusive com registro fotográfico.

Explicou que a contratação foi realizada por R$ 1.547.850,43, tendo os técnicos desta Egrégia Corte impugnado o equivalente a 34,81% deste valor.

Refutou a fundamentação do acórdão originário, no sentido de que não haveria elementos de convicção de que os procedimentos inerentes à composição dos preços extratabela atenderiam ao princípio da transparência, pois não seria esta a situação dos autos frente às provas juntadas bem como frente ao que consta do Processo Administrativo.

Destacou que a parte referente aos 34,81% questionados continha despesas unitárias com preços estabelecidos a partir da conjugação dos custos e dos parâmetros técnicos específicos, os quais, realmente, não poderiam constar da tabela oficial da SIURB. Assim, em razão da comprovada urgência, os técnicos do DEPAVE/SVMA fizeram consulta verbal à SIURB antes da assinatura do contrato em referência, mas isto quando os serviços já estavam em andamento, exatamente no que tange à composição dos custos específicos (extratabela). Então,

em razão das chuvas torrenciais que poderiam ocasionar o desmoronamento de todo o sistema, a SIURB deu seu aval verbal com relação a esses valores.

Asseverou ainda que, em parecer datado de 12.03.2007, o Diretor do DEPAVE-5, Sr. Renier Marcos Rotermund, informou que *"existe uma tabela encaminhada por SIURB encartada às fls. 312 que subsidia parcialmente a tabela extratabela encartada às fls. 328 a 336 e posteriormente às fls. 418 a 426 e que foram encartadas pelo então diretor de DEPAVE-5, engenheiro José Roberto B. C. dos Santos. Podemos verificar ainda, conforme os autos, que os itens das tabelas extratabelas que se encontram correspondentes na tabela enviada por SIURB apresentam os mesmos valores unitários. Também foram encartados ao processo, às fls. 337 a 375, cópia dos orçamentos de materiais, equipamentos e outros, bem como a revista PINI."*

Finalizou que, com respaldo na conclusão técnica de DEPAVE-5, não haveria como sustentar que a composição de preços unitários dos serviços extratabela carecia da necessária transparência, tanto é que tal fato foi certificado quase quatro anos depois do ajuste pelo técnico do DEPAVE-5, razão pela qual requereu fosse declarada a total regularidade da contratação, bem como fosse anulada a multa a ele imposta.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo destacou que a alegação do Sr. Adriano Diogo, de que não foi intimado por esta Egrégia Corte de Contas do trâmite do processo em referência, não era compatível com a documentação encartada aos autos, já que às fls. 267 há documento comprovando a respectiva intimação.

Pronunciou-se pelo conhecimento do recurso da PFM, em face do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos pelo Regimento Interno desta Corte. Já quanto ao recurso do Sr. Adriano Diogo, ponderou que sua peça recursal não atenderia ao disposto na alínea "a" do art. 140 da Resolução TCM nº 03/2002, pois além de denominar a peça como "defesa" não houve a indicação "expressa de seu fundamento legal ou regimental", mas ponderou por outro lado que seria despropositado não conhecer da impugnação por conta de impropriedade meramente formal, o que foi corroborado pelo Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, acolhendo a tese de que se adotaria o princípio da fungibilidade para o conhecimento do recurso.

No mérito, inicialmente a Assessoria Jurídica de Controle Externo sugeriu a oitiva da Auditoria, dada a especificidade da matéria envolvida. No entanto, considerando que a questão de mérito, em seu aspecto técnico, já havia sido objeto de análise pelos órgãos técnicos no decorrer da instrução do feito, e que quanto ao teor da decisão recorrida a discussão limitar-se-ia à eventual "falta de transparência nos procedimentos jurídicos", deixei de acolher o pleito.

Em nova manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo disse que a *ratio decidendi* da decisão fora a inexistência, nos autos, dos "elementos imprescindíveis de convicção e de garantia que se prestem ao convencimento de que os procedimentos inerentes à composição dos preços extratabela atendam aos princípios da transparência". Ademais, a documentação acrescida pelos recorrentes era basicamente a mesma anteriormente juntada, e lembrou que a Auditoria esclareceu que os argumentos da Origem padeciam de "demonstrativos relativos aos coeficientes dos insumos utilizados nos preços extratabela questionados" e depois que "a aferição do impacto quantitativo (coeficiente de produtividade) dos referidos itens na realização dos referidos serviços só seria possível mediante o acompanhamento concomitante de sua execução". Assim, estaria demonstrada a razoabilidade da decisão anteriormente proferida. Já a pretensão da supressão da multa dependeria de avaliação discricionária do órgão julgador, de modo que se posicionou pela manutenção do julgado, tendo sido acompanhado pelo Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, pela PFM e por SG.

É o Relatório.

V O T O

Conheço dos recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Adriano Diogo, então Secretário do Verde e Meio Ambiente, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, mesmo que aplicando ao segundo o critério de fungibilidade.

No mérito consta da instrução processual que a necessidade da contratação direta não foi posta em dúvida pelos órgãos técnicos desta Corte.

A questão que restou ser elucidada diz respeito à inexistência ou não de elementos imprescindíveis de convicção e de garantia que se prestassem ao convencimento de que os procedimentos inerentes à composição dos preços extratabela atenderam ao princípio da transparência.

Para apreciar a matéria posta, há necessidade, preliminarmente, de uma breve análise da gravidade do problema que à época exigiu a intervenção na estrutura da barragem de modo a eliminar o iminente risco de ruína total do conjunto com consequências incalculáveis em termos de prejuízos à comunidade.

Da apreciação das conclusões do parecer da HIDROSTÚDIO, empresa contratada pela Origem para diagnóstico do problema, restou não só a comprovação da necessidade de imediata intervenção no sistema de extravasão da barragem, como também da recuperação do maciço de terra da mesma,

que já apresentava vários pontos de erosão devido à falência do citado sistema de extravasão. *(conforme consta dos autos na justificativa técnica).*

A solução proposta, prevendo o abandono do antigo sistema de extravasão já comprometido em sua estrutura, foi a construção de novo extravasor pelo processo 'tunnel liner', acrescido dos respectivos dispositivos de captação à montante e a jusante do mesmo. Colocava-se ainda a necessidade de obturar as erosões existentes, provocadas pelas infiltrações de água no maciço da barragem, por injeção de solo-cimento.

Os questionamentos da Auditoria acerca das composições dos preços extratabela a meu ver não procedem, à medida que, diante do sinistro iminente e das condições locais relatadas pela Origem, já seria evidente o enfrentamento de condições totalmente excepcionais e distintas daquelas para as quais foram padronizados coeficientes de consumo para insumos concorrentes a instruir a composição dos preços unitários. Ademais, são vários os casos de execução de obras dessa natureza pela municipalidade em que a variação do consumo de insumos (*mão de obra, materiais, equipamentos e injeção de solo-cimento)*, mostrou a inquestionável interferência das condições específicas locais na conjugação dos recursos (insumos) demandados na proporção que aquela obra exigia.

As metodologias de composição de custos e preços usualmente adotadas levam em consideração a natureza, complexidade, localização e porte da obra, além das especificações técnicas, normas de execução**,** sempre em condições usuais e normais, porém sem levar em conta as especificidades ou excepcionalidades de cada obra, a exemplo desta, cuja maior dificuldade eram as chuvas e o ambiente físico já deteriorado. O fato de haver divergência entre os coeficientes de mão de obra do contrato ora em análise, que, a propósito, têm o peso de apenas 22% no preço do serviço "Tunnel Liner Diâmetro 1,20 metros", não é suficiente para se poder afirmar que o preço final é excessivo, pois uma composição de preços unitários não se resume apenas aos coeficientes de mão de obra. A composição de preços unitários parte de parâmetros *(coeficientes)* médios de todos os insumos que conjugados guardam relação direta com a natureza da obra, sujeitos ao grau de dificuldade em função do local, das condições climáticas, do tipo de solo, da presença ou não de água, da ocorrência ou não de interferências, dos equipamentos envolvidos, e das características operacionais e administrativas de cada empresa executante.

Ante todo o exposto, e à míngua de elementos comprobatórios de aferição dos coeficientes de participação global dos insumos nas composições de preços extratabela, quanto ao mérito, entendo merecer provimento os recursos interpostos pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Adriano Diogo, concluindo que o v. Acórdão merece reforma para julgar regular o contrato nº 32/SVMA/2003, por não haver restado comprovado nos autos prejuízo decorrente de

preços excessivos, ou, ainda, por ausência de eventual referência do que seriam preços razoáveis para obras dessa natureza.

Nessa linha, voto pelo provimento dos recursos com o consequente cancelamento da multa imposta ao ordenador de despesas.