TC nº 72-001.743.07-00

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. EMURB. Execução de obras relativas à implantação de pontes. Projetos executivos, obras de arte corrente, infraestrutura viária, iluminação pública, remanejamento de interferências, terraplenagem, micro e macro drenagem, arruamento, pavimentação, paisagismo e demais atividades e serviços necessários. REGULAR. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 13, Dec. Mun. 42.898/03. Lei 13.260/01. Dec. 44.845/04. Art. 16, Lei Compl. 101/00. Res. 425/98 CONFEA. Port. 104/94-SF. Dec. Mun. 45.684/05. Art. 177, RITCMSP. Lei 9.784/99.

TCs citados: 72-002.870.03-20, 72-001.416.03-61

Relatório e Voto englobado TCs: 72.002.869.03-41, 72.004.268.03-82, 72.000.175.04-32, 72.000.087.04-77.

2.693ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 20.02.2014

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular a execução contratual referente ao mês de junho de 2007.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Aresto ao Ministério Público do Estado de São Paulo e à Câmara Municipal de São Paulo, em resposta às solicitações constantes dos autos, assim como à Empresa Municipal de Urbanização – Emurb (atual São Paulo Urbanismo/São Paulo Obras – SPUrb/SPObras), à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb e aos demais interessados.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Declarou-se impedido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte, consoante declaração de impedimento apresentada.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de agosto de 2013.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Importa consignar, de início, que, visando uma maior celeridade e economia processuais, o detalhamento pormenorizado de todos os pronunciamentos dos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, das manifestações da Origem e da defesa de todos os Responsáveis e das Contratadas, foi produzido de forma ordenada em 59 notas de rodapé que integram o presente voto, conferindo, assim, uma leitura abreviada, mas com a publicação integral do texto, referente aos 5 processos que tratam da execução das obras da ponte estaiada Otávio Frias de Oliveira (com início de execução em 16 de outubro do ano de 2003 e término em 16 de junho de 2008).

Passo, dessa forma, à leitura abreviada do processado.

Cuidam os autos dos TCs 2.869/03-41, 4.268/03-82, 175/04 e 1.743/07-00, respectivamente, da análise do Edital da Concorrência nº 011830100, da análise do procedimento licitatório, do exame do Contrato 0118301000 e do acompanhamento da sua execução no período referente ao mês de junho de 2007, tendo como Interessados a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB e a Construtora OAS Ltda., e como objeto a execução das obras relativas à implantação de 2 (duas) pontes Estaiadas sobre o Rio Pinheiros. A primeira localizada na Interligação da Avenida Águas Espraiadas com a Avenida Marginal do Rio Pinheiros e, a segunda, no cruzamento da Avenida Águas Espraiadas com a Avenida Luís Carlos Berrini, ambas com aproximadamente 1200 metros de extensão, no valor inicial de R$ 146.998.994,29 (cento e quarenta e seis milhões, novecentos e noventa e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e vinte e nove centavos) com prazo de execução previsto em 18 meses.

O TC 87/04-77, ora analisado e julgado de forma conjunta, cuidou do exame formal do Contrato nº 34/2003[i] celebrado, com fundamento no inciso VIII, do artigo 24, da Lei Federal 8.666/93, entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos profissionais especializados de gerenciamento da execução das obras do referido Contrato nº 0118301000, no valor de R$ 11.759.919,54 (onze milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, novecentos e dezenove reais e cinquenta e quatro centavos), pelo período

de 18 meses, contados a partir de 16/10/2003. Também são analisados e julgados os seus Termos de Aditamento nº 162/2003, 12, 55, 78[ii] e 101 de 2005 e 14/2007.

A Concorrência nº 011830100 foi precedida da Concorrência de Pré-Qualificação nº 1/2003 realizada pela Empresa Municipal de Urbanização, da qual se sagraram habilitadas as Construtoras OAS Ltda., Queiroz Galvão S.A. e CR Almeida S.A. Engenharia e Obras.[iii]

No que concerne à análise do Edital da Concorrência (objeto do TC 2.869/03-41), a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu, em relatório preliminar, que o instrumento convocatório possuía itens passíveis de reformulação, em relação aos seguintes aspectos:[iv]

a.) Inconsistência na fonte de recursos indicada para a execução dos serviços, uma vez que estava baseada em hipótese de previsão de arrecadação;

b.) Necessidade de a EMURB comunicar às licitantes da existência de equívoco no subitem 14.9 do Edital, substituindo a expressão "instalação e manutenção" por "operação e manutenção" do canteiro de obras; e

c.) Necessidade de a EMURB comprovar a origem do preço de alguns insumos dos serviços da amostra analisada (folhas 209/220).

Oficiada, a Empresa Municipal de Urbanização[v] apresentou os seus esclarecimentos.[vi]

Em novo pronunciamento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu superada a questão referente à justificativa dos preços dos insumos de serviços.

No que diz respeito à formalização do contrato de gerenciamento da execução das obras relativas às Pontes Estaiadas, indicando nova fonte de recursos orçamentários, não previstos no Edital de Licitação, solicitou parecer da Área Jurídica (folhas 519/522).

Em resposta, a Assessoria Jurídica de Controle Externo destacou que o procedimento da Origem "*não se desqualificou ante a utilização de nova fonte de recursos, não previstos no Edital da Concorrência, uma vez que a origem dos recursos não afetava o direito do licitante destinatário do Edital.*"

Ressaltou que importava, efetivamente, *"que a Origem os identificasse, de forma expressa, no momento da contratação, por ser o momento que os recursos se materializavam.* (folha 524)*"*

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou assim, regular o Edital.

A Empresa Municipal de Urbanização (EMURB) foi cientificada dos pareceres antes citados.[vii]

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, na senda da manifestação favorável da Auditoria e, considerando que o certame já havia sido homologado, com a consequente adjudicação do objeto, opinaram pelo acolhimento do Edital (folhas 589, 591 e 593/595).[viii]

Quanto ao acompanhamento do procedimento da Concorrência nº 011830100, (primeiramente objeto de análise nos autos do TC 4.268/03-82), a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu por sua regularidade, atestando ter sido *"conduzido de acordo com a legislação vigente quanto ao atendimento dos prazos e às exigências formais praticadas pela Comissão Especial de Licitação*(folhas 49/54 em 24/09 de 2003).[ix]"

Endossando a manifestação da Auditoria, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral opinaram pela regularidade do procedimento licitatório (folhas 99/100, 102, 104/105 do TC 4.268/03).

Em um segundo parecer, a Assessoria Jurídica reiterou o precedente, ponderando, contudo, que: *"(...) por ser o procedimento licitatório também objeto do TC nº 175/04-32, bem como que, naqueles autos, a Coordenadoria VI (...) ter efetuado apontamentos que poderiam interferir nas conclusões expostas neste processo, proponho o sobrestamento do presente TC, até ulterior finalização da discussão travada naqueles autos"* (folha 150).

Mais uma vez foram cientificadas[x] a EMURB[xi] e a Contratada.[xii]

Em novos e últimos pronunciamentos, a Coordenadoria VI, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral reiteraram seus posicionamentos pela regularidade da Concorrência, entendendo, todavia, ser necessário aguardar o julgamento dos TCs 175/04-32 e 87/04-77, uma vez que o resultado neles alcançado poderia influenciar o resultado deste TC (folhas 266/268, 280 e 287/289).

No que tange ao citado TC 175/04-32, que cuidou de uma segunda análise da Concorrência nº 011830100 e também do exame formal do Contrato nº 0118301000[xiii], a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu, preliminarmente, pela regularidade dos instrumentos, observando, tão somente que *"a cláusula 5.4 do contrato estabelece que a origem dos recursos destinados ao pagamento deste ajuste (Contrato nº 0118301000), será o Contrato nº 34/2003 firmado entre a SIURB e a EMURB"* (folhas 66/72).

Após o exame dos documentos e justificativas apresentados pela EMURB (Empresa Municipal de Urbanização)[xiv], a Subsecretaria de Fiscalização e Controle alterou o seu relatório inicial, passando a concluir que *"da análise complementar da Concorrência nº 011830100 e do Contrato dela decorrente",* tais instrumentos encontram-se irregularmente formalizados em razão do seguinte:

1.) Irregularidade do Contrato nº 0118301000 decorrente das infringências apontadas no Contrato 34/2003 que é responsável por uma de suas fontes de recursos para a realização das despesas;[xv]

2.) Ausência de justificativa para a taxa de BDI de 41% (quarenta e um por cento);[xvi]

3.) Falta de justificativa dos preços contratados para alguns itens de serviço relacionados a concreto;[xvii]e

4.) Ausência de demonstração da exequibilidade do item de serviço *03.03* denominado *"Aço estrutural de alta resistência mecânica e à corrosão atmosférica com tensão de escoamento >(maior) ou = (igual) a 345 Mpa (medidas de pressão atmosférica)*".

Registrou, ainda, que, *"a exclusão do citado item de serviço 03.03, para o qual a contratada havia proposto preço unitário muito inferior ao do orçamento da EMURB, e o acréscimo dos quantitativos dos itens de serviço referentes à estrutura de concreto, cujos valores unitários estavam todos acima dos orçados pela EMURB, poderia configurar, o chamado 'jogo de planilha'.* (folhas 164/180 em 06/11/2007)*".*

Diante dessa nova análise da Concorrência nº 011830100 e do Contrato dela decorrente, a Origem[xviii] foi Oficiada para oferecer seus esclarecimentos e os Membros da Comissão de Licitação[xix], o Signatário do Contrato[xx] e a empresa Contratada[xxi] foram intimados para apresentar defesa[xxii]. (folhas 195/250)[xxiii]

Apreciando os elementos acrescidos, a Coordenadoria VI reiterou o seu posicionamento (folhas 252/265, folhas 709/731 e folhas 758/763).[xxiv]

A Assessoria Jurídica de Controle Externo primeiramente esclareceu que, ainda que o seu parecer no TC 87/04-77 tenha sido pela irregularidade do Contrato 34/2003 tal decisão não seria capaz de, por si só, ensejar também o desacolhimento da Concorrência 011830100 e do Contrato dela decorrente.[xxv]

No que tange aos demais apontamentos feitos pela Auditoria, entendeu que foram justificados pelos novos documentos apresentados e dessa forma, reviu o seu posicionamento anterior, concluindo pela regularidade da Licitação e do Contrato.

Sobre a taxa de BDI apresentada na proposta de 41%, ressaltou que *"ao analisar as defesas apresentadas sobre esse item, verifica-se que a área auditora rebateu quase todos os argumentos trazidos pela Origem, mas deixou de se manifestar sobre um importante ponto: o fato deste Tribunal já ter admitido em licitações anteriores, realizadas pela própria EMURB, a mesma taxa de 41% para o BDI. Essa situação merece importante destaque pelo seu aspecto jurisprudencial, já que a Administração tende a atuar de acordo com os entendimentos adotados pelo Controle Externo do Município de São Paulo. Nesse*

sentido, constata-se que procedem os argumentos da defesa, pontualmente no TC 2.870/03-20, já acolhido pelo Plenário deste Tribunal."

Concluiu, assim, que *"a taxa do BDI apresentada pela proposta vencedora estava dentro dos parâmetros admitidos pelo Edital, não havendo o que questionar sobre a sua legitimidade."*

Quanto aos outros dois apontamentos, referentes à ausência de justificativa de alguns preços contratados e à falta de demonstração da exequibilidade do 'Item de Serviço 03.03', salientou que "*as justificativas apresentadas por EMURB denotam procedimento cuidadoso e de certa forma também criterioso da Comissão de Licitação para análise e julgamento das propostas comerciais."*

Observou, ademais, que esses questionamentos restaram superados quando do exame do edital, considerado regular pela Auditoria deste Tribunal.

Nesse sentido, registrou, ainda, que a avaliação das propostas comerciais deve seguir os critérios presentes no Edital, sob pena de afronta aos princípios da vinculação do Edital e do julgamento objetivo.

Assim sendo, concluiu que as explicações trazidas pela Origem eram suficientes para justificar a avaliação da proposta comercial da licitante vencedora, motivo pelo qual opinou pela regularidade da licitação e do contrato dela decorrente (folhas 818/825 em 16/03/2011).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na senda da manifestação final da Assessoria Jurídica de Controle Externo e apropriando-se das razões de defesa colacionadas pela EMURB, pela Contratada e pelos demais Interessados, propôs o acolhimento do certame e do contrato dele decorrente (folhas 834/839).

A Secretaria Geral também propugnou pela regularidade da Concorrência e do Contrato, entendendo justificados todos os questionamentos feitos pela Auditoria.

Acrescentou que *"a essa altura, com a obra já concluída e entregue ao uso da população, desde 16 de junho de 2008 (conforme consta do termo de recebimento definitivo de fl. 679), a discussão assume contornos puramente acadêmicos."*

Salientou que, se a taxa de BDI de 41% já constava do Edital, instrumento que não sofreu, neste tema, qualquer impugnação, na época própria, não seria mais possível reputar-se como existente a irregularidade apontada.

Afirmou que o princípio da moralidade e o da segurança jurídica impedem tal conduta. Nessa senda, citou as lições da doutrina que pregam a impossibilidade de comportamento contraditório e da

proibição de ir contra atos próprios em função desses princípios que visam manter as obrigações contraídas nas relações jurídicas subsequentes.[xxvi]

Ponderou que a *Lei Federal nº 9.784/99*, inspirada no princípio da segurança jurídica, vedou a aplicação retroativa de nova interpretação de norma ou lei, no âmbito da Administração Pública.[xxvii]

No tocante à alegada inexequibilidade do item de serviço 03.03, ponderou que a sua posterior exclusão tornou ociosa a discussão sobre o tema. De outro lado, acolheu as razões apresentadas pela Contratada que, invocando em seu auxílio decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentou que a execução fiel e integral do objeto contratual afasta qualquer alegação de preço inexequível.

Finalmente, quanto ao suposto "jogo de planilha", endossou o posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendendo que nada teria sido comprovado, demonstrando-se totalmente prematura tal ilação, não sendo possível a simples presunção da sua ocorrência (folhas 846/852 em 28/07/2011).

O Contrato nº 34/2003[xxviii] e os seus Termos de Aditamento nº 162/2003[xxix], 12, 55, 78 e 101 de 2005[xxx] e 14/07 (analisados no TC 087/04-77), objetivaram a prestação de serviços técnicos de gerenciamento da execução das obras relativas à implantação do complexo viário Águas Espraiadas.

A Coordenadoria VI alcançou, preliminarmente, a seguinte conclusão:

1.) Pela irregularidade do Contrato em razão do seguinte:

a.) "Falta de atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista que o valor do Contrato nº 34/2003 engloba o valor total da obra de R$ 146.998.994,29 (cento e quarenta e seis milhões, novecentos e noventa e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e vinte e nove centavos) sendo, deste valor, 8% (oito por cento) referentes à remuneração da EMURB pelos serviços de gerenciamento, que perfazem um total de R$ 11.759.919,54 (onze milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, novecentos e dezenove reais e cinquenta e quatro centavos);[xxxi]

b.) Falta de justificativa para o percentual de 8% sobre os custos das obras a título de remuneração da EMURB pelos serviços de gerenciamento;[xxxii]

c.) Publicação extemporânea do contrato;[xxxiii]

d.) Divergência entre o valor constante do despacho de autorização e o valor do contrato;[xxxiv]e

e) Insuficiência da previsão orçamentária de 2004, que considera na dotação onerada a verba de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta

mil reais), para o atendimento do serviço de gerenciamento, no valor de R$ 10.303.106,36 (dez milhões, trezentos e três mil, cento e seis reais e trinta e seis centavos);

2.) pela irregularidade do Termo Aditivo 162/03 ante a ausência de despacho de autorização e por acessoriedade (folhas 239/247).

Oficiada, a EMURB[xxxv] justificou a contratação direta[xxxvi] e alegou que o percentual de 8% (oito por cento) concedido a título dos serviços de gerenciamento estava previsto no artigo 13º do Decreto Municipal nº 42.898/2003, que regulamentou a Lei 13.260/2001 e aprovou a Operação Urbana Consorciada Água Espraiada.[xxxvii]

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou justificada a contratação por dispensa de licitação, bem como explicada a contratação da própria EMURB para o gerenciamento do contrato e também regular o valor de 8% de repasse para a prestação desses serviços.

Nesse sentido, ressaltou que já houveram muitos precedentes, a exemplo do Contrato nº 19/87, em que a Secretaria de Vias Publicas contratou a EMURB para a execução e gerenciamento de obras, dentre outras, as do túnel Anhangabaú, os túneis da Juscelino Kubitschek e a execução da Avenida Águas Espraiadas, mediante o repasse do valor estimado do custo da obra e o pagamento de 12% (doze por cento) a título de taxa de gerenciamento.

Defendendo a regularidade do percentual de 8%, observou que o Decreto Municipal 42.989/03, que instituía o percentual de 6% foi revogado pelo Decreto 44.845/2004 que estabeleceu o percentual de 3% do valor das obras como remuneração da EMURB, *"salvo nas hipóteses em que haja definição expressa de outro percentual no edital de licitação das respectivas obras".*

Verificou que, a contratação em exame, embora se refira a execução de obra dentro do perímetro da Operação Urbana Água Espraiada, não vem custeada com os recursos decorrentes da comercialização dos CEPACs (Certificados de Potencial Adicional de Construção), razão porque entendeu não se aplicar à hipótese, os percentuais fixados na legislação específica.

Nessa linha, concluiu pela regularidade do percentual de 8%, pois também não se distancia dos percentuais cobrados pela EMURB para o gerenciamento de outras obras no Município de São Paulo, que sempre variam entre 8 a 12%.

Recomendou que a Origem providenciasse a ratificação do despacho de folha 220 para a inclusão do valor das obras e a retirratificação da Cláusula Primeira do Contrato para autorizar a licitação e a contratação das obras, convalidando os atos já praticados (folhas 275/282).[xxxviii]

Oficiada, a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB) informou que procedeu à retificação do despacho publicado no Diário Oficial de 03/10/2003 para a inclusão do valor das obras e apresentou cópia

dos Termos Aditivos 12, 55, 78 e 101 de 2005 e também do Termo de Retirratificação nº 14/2007. [xxxix]

Intimados, os Signatário do Ajuste[xl] apresentaram defesa, cujas razões encontram-se especificadas em notas de rodapé.[xli]

A Coordenadoria VI acompanhou a Área Jurídica e considerou justificada a adoção do percentual de 8% cobrado a título de gerenciamento e sanados, pela Origem, a divergência entre o valor autorizado e o contratado, assim como superado o apontamento sobre a falta de despacho de autorização do Termo Aditivo 162/03.[xlii]

Sobre os Termos de Aditamento nº 12, 055 e 78/05[xliii], que tiveram por escopo a suspensão temporária do Contrato de 03/03/05 a 10/06/05, de 08/06/05 a 22/06/05 e, por mais 60 dias a partir de 10/08/05, respectivamente, a Coordenadoria VI entendeu serem irregulares por acessoriedade e por ter ocorrido execução de serviços no período de suspensão do contrato.

No tocante ao Termo Aditivo nº 101/05[xliv], que objetivou a retomada dos serviços, a prorrogação do prazo, a concessão de recursos e a retificação do Anexo I do contrato, considerou-o irregular pela acessoridade e também ante a falta de comprovação de regularidade da Contratada junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS na data de sua lavratura (30/09/05).[xlv]

Observou, também, não ter sido localizada a Ordem de Reinício do contrato, mencionada no Termo Aditivo 101/05.[xlvi]

No que diz respeito ao Termo Aditivo nº 14/07[xlvii], que retificou o Contrato 34/2003 para fazer constar que *"fica autorizada a licitação e a contratação das obras, bem como convalidados os atos já praticados"*, a Auditoria concluiu por sua irregularidade, tão somente pelo princípio da acessoriedade (folhas 371/377 e 414/417 e 443/446).

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral opinaram pelo acolhimento do Contrato e dos Termos Aditivos (folhas 448/465, 467/474 e folhas 711/730).

Oficiadas, a SIURB e a EMURB apresentaram novas justificativas (fls.787/807 e docs. de fl. 808).[xlviii]

A Coordenadoria VI e a Assessoria Jurídica reiteraram os seus pareceres (folhas 837/837v).

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral mantiveram os seus pareceres pela regularidade de todos os instrumentos.

A Secretaria Geral frisou que este Tribunal vem relevando a publicação extemporânea do contrato, por ser medida sanatória da falta de publicação. Nesse sentido, a publicação, ainda que intempestiva, atinge a sua finalidade constitucional de dar publicidade ao ato.

Anotou que esse entendimento aplica-se também ao TA (Termo Aditivo) nº 12/05, sob o qual incidiria o mesmo apontamento.

Com relação à pontuada infringência ao artigo 16 da Lei Complementar 101/00 (ausência de declaração de adequação à lei orçamentária), reiterou a irrelevância do cumprimento de tal dispositivo já defendida à folha 473 dos autos, sendo passível de relevação, com fundamento nos ensinamentos de Marçal Justen Filho, que preleciona:

"Suponha-se que a Administração tenha promovido licitação e contratação com infração aos ditos arts. 16 e 17. Imagine-se, no entanto, que o procedimento licitatório tenha sido perfeito, formal e materialmente. Considere-se que a contratação resultante é altamente vantajosa para a Administração, a qual dispõe de recursos para o seu custeio. Seria um formalismo destituído de sentido promover a invalidação desses atos sob fundamento de infração aos arts. 16 e 17. Haveria ofensa ao princípio da proporcionalidade, eis que a invalidação dos atos geraria efeitos muito mais negativos para o interesse coletivo."[xlix]

Com efeito, a Secretaria Geral registrou que, de acordo com a majoritária doutrina, se a Administração dispõe de recursos para o custeio da obra, seria formalismo inútil e contrário ao princípio da proporcionalidade exigir a invalidação do ato por descumprimento do mencionado dispositivo.

Pelos mesmos motivos, ponderou revelar-se ocioso apontar-se uma suposta insuficiência de recursos em determinado exercício, quando a obra já se encontra integralmente realizada e totalmente paga, como no caso presente.

No tocante aos Termos Aditivos 12, 55 e 78 de 2005, que formalizaram, em épocas diferentes, a suspensão da execução do contrato, bem como o TA nº 101/05, que tratou da sua retomada, entendeu suficientes as justificativas da SIURB e da EMURB, quanto à necessidade dos serviços executados por constituírem medidas conservativas e de segurança.

Considerou que *"realmente tratam-se de medidas conservativas e de segurança, inclusive do trânsito, as medidas consistentes na manutenção da segurança e das instalações provisórias (canteiro), a liberação de uma faixa de tráfego na Av. Nações Unidas, a adequação de tapumes e sinalizações provisórias na Av. Luiz Carlos Berrini, a conclusão da travessa do pilar IIP5 (dois P cinco), o aterro da escavação do bloco do pilar IIP6 (dois P seis), remoção de material, conservação e manutenção da área pertencente à Empresa Metropolitana de Água e Energia,* tudo conforme posto na defesa de folha 804".

Ademais, ressaltou não se vislumbrar nenhum prejuízo ao erário e ao interesse público, a adoção dessas medidas. Pelo contrário: visaram justamente à satisfação do interesse coletivo.

No que concerne à alegada não apresentação de certidão negativa de débito perante o INSS referente ao Termo Aditivo 101/05, entendeu não caracterizada nenhuma irregularidade, *"por ter a contratada demonstrado que estava*

discutindo administrativamente o débito, o que tornava regular a sua situação, mesmo sem a quitação, como amplamente defendido na doutrina e na jurisprudência pátrias, inclusive em decisões desta Corte."[1]

No que diz respeito ao Termo Aditivo 14/07, salientou que, além de alterar a redação da cláusula primeira, nos termos recomendados por este Tribunal, convalidou todos os atos já praticados.

Por último, destacou a informação trazida pela SIURB a respeito da lavratura do Termo Aditivo nº 99/08, suprindo a falta da Ordem de Reinício do contrato, ponderando que *"a posterioridade constitui a marca fundamental das medidas saneadoras."*

Pelo exposto, a Secretaria Geral reiterou as suas manifestações pela regularidade do Contrato 34/03 e de todos os Termos Aditivos (folhas 860/900).

Por derradeiro, no TC nº 1.743/07-00, que cuidou do acompanhamento da execução do Contrato nº 0118301000, no mês de junho de 2007,[li] a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou algumas falhas[lii] nos procedimentos de fiscalização[liii], de registro e nos prazos de entrega das medições, os quais encontram-se detalhados em notas de rodapé (folhas 353/403).[liv]

Convocadas, a EMURB (Empresa Municipal de Urbanização[lv]) e a empresa Contratada[lvi] sustentaram a regularidade da execução do mês auditado, afirmando que as falhas pontuadas apresentavam caráter formal e que já haviam sido adotadas medidas para a correção das mesmas. As razões de defesa encontram-se, igualmente, delineadas em notas de rodapé.

Em novo pronunciamento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou justificado o apontamento sobre o atraso na apresentação das medições e, por conseguinte, o de não aplicação da penalidade prevista na Cláusula 12.1.1 do contrato, pela entrega extemporânea das medições.

Entendeu, também, sanados, os questionamentos sobre o atraso no recolhimento das ARTs (Anotações de Responsabilidade Técnica) da Contratada e das ARTs (Anotações de Responsabilidade Técnica) de fiscalização da EMURB, ressaltando que, embora intempestivamente, o recolhimento específico para a obra em questão atende a Resolução CONFEA nº 425/1998.

Também considerou justificado o item relacionado ao pagamento de reajuste, salientando que os reajustes começaram a ser pagos antes do período de 12 meses de vigência do contrato, no montante de R$ 1.396.536,75 (um milhão, trezentos e noventa e seis mil, quinhentos e trinta e seis reais e setenta e cinco centavos) e encontravam-se em consonância com as disposições da Portaria SF nº 104/94, vigente à época da elaboração do edital.

A Auditoria igualmente entendeu regularizado o apontamento sobre à renegociação do contrato, registrando que "os documentos apresentados pela Emurb mostram consonância com o exigido no disposto no Decreto Municipal nº 45.684/05".

Por fim, também considerou sanada a questão atinente ao atendimento aos cronogramas dos projetos, registrando que "ficou demonstrado o cumprimento das instruções das etapas construtivas das aduelas constantes dos projetos executivos."[lvii, lviii]

A Assessoria Jurídica acompanhou a Auditoria, por entender tratar-se de conteúdo estritamente fático.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apropriando-se das razões da Origem opinou pela regularidade da execução contratual.

A Secretaria Geral também propugnou pelo acolhimento da execução do contrato.

Indicou que os apontamentos que remanesceram para a Auditoria incidem apenas no período considerado, sem afetar a validade de todo o contrato ou a de períodos posteriores.

Salientou que *"o fato é que as irregularidades pontuais apontadas não impediram o normal desenvolvimento da execução contratual, tanto que o contrato chegou a bom termo, tendo a obra sido entregue em perfeitas condições, como atestam as Atas de Vistoria constantes dos autos."*

Assim, entendeu regular a execução, ponderando que *"por se tratar de contrato já realizado e terminado, cujo cumprimento demonstra terem sido satisfeitas todas as condições e exigências orientadas a essa finalidade, entendo convalidada a execução contratual no período de junho de 2007."*

Por fim, registre-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital enviou Ofícios solicitando cópia de eventual decisão já proferida por este Tribunal.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

As conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral foram todas no sentido da regularidade do Edital da Concorrência 011830100 (objeto do TC 2.869/03-41).

No tocante à análise da Concorrência 011830100 e do Contrato nº 0118301000, as análises elaboradas primeiramente nos autos do TC 4.268/03-82 e, posteriormente, no âmbito do TC 175/04-32, também foram unânimes no sentido da regularidade dos instrumentos.

Após a análise do Contrato 34/2003, celebrado entre a SIURB e a EMURB, objetivando a prestação de serviços de gerenciamento da

execução das obras de construção das Pontes Estaiadas (realizada no TC 87/04-77) a Auditoria passou a entender que a irregularidade[lix] nele detectada por ausência de declaração de adequação à lei orçamentária, afetava as conclusões anteriormente alcançadas sobre a Licitação 011830100 e o Contrato 0118301000.

Contudo, após a extensa troca de manifestações entre os Técnicos deste Tribunal, a EMURB, SIURB, a Contratada e todos os demais Responsáveis, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral reiteraram os seus pareceres no sentido da regularidade do procedimento licitatório e pela regularidade do Contrato que objetivou a execução das obras.

No que concerne ao contrato de gerenciamento da execução das obras (Contrato 34/03) e os seus seis Termos Aditivos, a Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral consideraram justificada a contratação por dispensa de licitação, bem como explicada a contratação da própria EMURB para o gerenciamento do contrato e, ainda, regular (com fundamento em Lei e na jurisprudência) o valor de 8% (oito por cento) de repasse para a prestação desses serviços.

A Secretaria Geral acrescentou que os apontamentos inicialmente levantados foram todos superados, corrigidos e justificados pela Origem, nos seguintes termos:

"Como se verifica, dos questionamentos originários formulados pela equipe auditora, restaram a publicação extemporânea do contrato, a violação do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal e a insuficiência de recursos. À toda evidência, a publicação extemporânea de resumo do contrato ocorreu, precisamente, para regularizar a anterior ausência de publicação. Não há como, portanto, ser apontada irregularidade no ato sanatório de irregularidade anterior. A apontada ausência de recursos suficientes para a realização das despesas foi suficientemente rebatida pela origem, que salientou a necessidade de serem consideradas as previsões orçamentárias dos exercícios de 2003, 2004 e 2005. No mesmo sentido, é o que preleciona Marçal Justen Filho. Por último, no tocante à aludida violação do art. 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o princípio da razoabilidade e o princípio do formalismo moderado impediriam a anulação de um contrato com base, pura e simplesmente, na inobservância da disposição antes mencionada. Nesse sentido, é o entendimento, mais uma vez, de Marçal Justen Filho. Aplica-se efetivamente, ao caso concreto, a teoria da convalidação, necessária, no entendimento da doutrina, para a preservação da legalidade e do princípio da segurança jurídica. Assim, considerando convalidadas todas as irregularidades porventura remanescentes, opino pelo acolhimento do Contrato e dos Aditivos examinados."

Por fim, sobre a execução contratual examinada no mês de junho de 2007, as manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral salientaram que a grande maioria das falhas formais apontadas, foram objeto de correção por parte da Origem, acolhendo as justificativas apresentadas pela EMURB, SIURB e pela Contratada.

Nos dizeres da Secretaria Geral "*as irregularidades formais pontuais que remanesceram não impediram o normal desenvolvimento da execução contratual, tanto que o contrato chegou a bom termo, tendo a obra sido entregue em perfeitas condições, como atestam as Atas de Vistoria constantes dos autos. Assim, por se tratar de contrato já executado integralmente e cujo cumprimento total demonstra terem sido satisfeitas todas as condições e exigências orientadas a essa finalidade, entendo convalidada a execução contratual no período de junho de 2007.*"

Diante de todo o exposto, lastreado nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos endosso e adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, JULGO REGULARES o EDITAL, a Concorrência nº 011830100 e o Contrato nº 0118301000.

Com fundamento nos pronunciamentos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no que couber, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO REGULARES O CONTRATO 34/2003 e os seus Termos Aditivos nº 162/03, 12, 55, 78 e 101 de 2005 e 14/2007 e a execução contratual referente ao mês de junho de 2007.

Determino o envio de cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário ao Ministério Público do Estado de São Paulo e à Câmara Municipal de São Paulo, em resposta às solicitações constantes dos autos, assim como à Empresa Municipal de Urbanização – EMURB (atual São Paulo Urbanismo/São Paulo Obras – SPUrb/SPObras), à Secretaria Municipal de Infra- Estrutura Urbana e Obras – SIURB e aos demais Interessados.

Após o cumprimento das formalidades legais, autorizo o oportuno ARQUIVAMENTO dos autos.

DECLARAÇÃO ENGLOBADA DE IMPEDIMENTO
apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria

Tendo em vista que no julgamento do Processo TC 1.416.03-61 (acórdão prolatado na Sessão Plenária de 15/10/2003, publicado no DOM de 24.10.2003), que teve por objeto a análise da Representação formulada pelo Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo – Sinicesp contra o edital de pré-qualificação para a concorrência posteriormente promovida pela Emurb, objetivando a contratação de empresa especializada para execução de duas pontes estaiadas sobre o Rio Pinheiros, declarei-me impedido, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte, e considerando ainda que os processos sob a relatoria do Conselheiro Edson Simões tratam respectivamente da análise do edital da concorrência, do procedimento licitatório, do contrato 011830100, do contrato 034/Siurb/2003 e da execução contratual para a execução de duas pontes estaiadas sobre o Rio Pinheiros, ou seja, tratam do mesmo objeto do edital de pré-qualificação já julgado por este E. Tribunal, e, embora os atos administrativos específicos ora em julgamento tenham sido praticados após a minha saída e substituição na Presidência da Emurb, declaro-me também impedido nestas

matérias, por razões de coerência, nos termos do referido art. 177 do Regimento Interno desta Corte.

---

[i] Signatário do Contrato: Roberto Luiz Bortolotto – Secretário de SIURB em 2003. – folha 496 do TC 2.869/03-41

[ii] Signatário e ordenador da Despesa dos TAs: Antônio Arnaldo de Queiroz e Silva – folhas 712 e 507 e 510, 510 e 520, 525 e 527

[iii] Representação formulada em face do edital foi objeto de análise nos autos do TC 1.416/03 e julgada improcedente pelo Plenário desta Corte.

[iv]Inconsistência na fonte de recursos indicada para a execução dos serviços, uma vez que está baseada em hipótese de previsão de arrecadação ("os recursos serão advindos da futura comercialização do Potencial Adicional de Construção da Operação Urbana Água Espraiada, instituída pela Lei 13.260 de 28/12/2001", folha 09, + "uso dos CEPACs – Certificados de Potencial de Adicional de Construção, para o pagamento de até 30% do valor contratado"), não atendendo o disposto no inciso III[iv], do § 2º, do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93;

b.) Necessidade de a EMURB comunicar às licitantes da existência de equívoco no subitem 14.9 do Edital, substituindo a expressão "instalação e manutenção" por "operação e manutenção" do canteiro de obras;

c.) Necessidade de a EMURB comprovar a origem do preço de alguns insumos dos serviços da amostra analisada. Além disso, alguns materiais e equipamentos carecem de melhor definição quanto às características que devem apresentar.

[v] (Nádia Somekh – Presidente de EMURB em julho/2003)

[vi] folhas 230/248 e 251/ 518 do TC 2.869/03-41

[vii] A Procuradoria da Fazenda Municipal, acompanhando a manifestação dos Órgãos Técnicos, opinou pela regularidade do instrumento convocatório(folha 531)

[viii] O Ministério Público do Estado de São Paulo e a Câmara Municipal de São Paulo (na pessoa do Vereador Antônio Donato) requisitaram informações sobre o andamento do processo, sendo-lhes prestadas tais informações (folhas 598, 601 e 603, 624, 636, 645, 660, 676, 686, 693).

[ix]Ordenador da Despesa da Licitação: Antônio Carlos Rea – Vice-Presidente de EMURB em exercício (09/06/2003 – folha 13 do TC 175/04-32).

Presidente da Comissão Especial de Licitação e Autoridade que Homologou e adjudicou o resultado (ou seja, Ordenador da Despesa do Contrato): Johnson Araújo da Silva (folhas 24 e 43/45 do TC 175/04).

Ana Paula Castelo Branco Costa (que também assinou algumas Atas como Presidente) – folha 15.

[x] por meio do Ofício nº PRE-171/09, de 28.09.09

[xi] Presidente da EMURB em 17/07/2009 = Marcelo Cardinale Branco. (folha 162)

"Considerando que tanto a área técnica auditora quanto a área jurídica dessa Corte de Contas se manifestaram pela ***regularidade do procedimento licitatório*** *nº 011830100, sendo apenas sobrestado o seu prosseguimento em vista do exame ainda em andamento do TC nº 175/04-32 que pode interferir nas conclusões até agora alcançadas, a meu juízo, ao menos por ora, não existe razões para apresentação de defesa já que, sem querer ser enfadonho, neste ofício nenhuma irregularidade foi apontada pelo Tribunal."* (folha 215)

Intimada, a Construtora OAS Ltda. deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de defes. (folha 183).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle aderiu ao posicionamento da Área Jurídica, considerando adequado aguardar decisão do Plenário quanto ao consignado nos autos dos TCs 87/04-77 e 175/04-32 nos quais também teria sido realizado exame da Concorrência e do Contrato, com conclusões diversas(folhas 230).

[xiii] Signatários do Contrato 0118301000 : Antônio Carlos Rea (Vice-Presidente em exercício da EMURB em, 16/10/2003) e Claudia Castello Branco Lima (Diretora Financeira da EMURB), folhas 53/64 do TC 175/04.

[xiv] (folhas 115/163)

[xv] ao disposto no artigo 16 da Lei Complementar nº 101/00 (lei de Responsabilidade Fiscal) e também ao artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, apontadas na análise do Contrato nº 034/SIURB/03 que é responsável por uma das fontes de recursos para a realização das despesas do Contrato nº 0118301000.

[xvi] SFC:

A taxa de BDI adotada pela contratada para o contrato em questão é de 41%, conforme discriminado à fl. 130. A seguir, é apresentada a análise e as constatações da taxa adotada de BDI.

a) BDI não justificado para serviços subcontratados

Para muitos dos serviços dessa obra, a empreiteira mostra às fls. 127 – 128 que está considerando em sua proposta a sua subcontratação. São estes: fundações (escavações mecanizadas e a ar comprimido e cravação de camisas metálicas e estacas); estrutura (forma, concreto e armação); monitoramento de tráfego; terra armada; juntas de dilatação; mobilização e desmobilização do canteiro; projetos; entre outros.

Em nosso entendimento, aos serviços subcontratados deveria ter sido aplicada apenas uma taxa de administração que, usualmente, não ultrapassa 15%. Assim tem feito a SIURB em outros contratos da Administração.

A nosso ver, com a utilização dessa taxa de administração a empreiteira melhor adequaria os custos indiretos à realidade da obra, além de reduzir significativamente o montante total da obra.

b) Inclusão de "verba para eventuais" não justificada

Na composição do BDI da contratada, fl. 130, foi incluída uma verba de 1,03% a título de "Eventuais e risco", correspondente a R$ 1.073.822,44, considerando o valor total do contrato. No entanto, não foi apresentada justificativa para essa verba.

c) Efetivo da "administração de produção" não justificado

A contratada apresentou à fl. 131 um quadro demonstrativo da administração local da obra. Dentre os profissionais discriminados nesse quadro demonstrativo, verifica-se que alguns deles não estão justificados.

É o caso, por exemplo, do soldador. A contratada considerou em seu BDI que todo o período das obras (18 meses) tivesse o acompanhamento de 4 soldadores.

Outro exemplo são os encanadores. Durante os 18 meses previstos para a obra, está sendo considerada a presença de 2 encanadores e 3 ajudantes de encanador.

É o caso também dos cabos-de-turma. Foi considerada, durante todo o período das obras, a presença de 18 cabos-de-turma de servente.

Para todos esses profissionais, não foi demonstrada a necessidade das respectivas quantidades e período considerados.

[xvii]Itens de concreto sem justificativa:

a.) 01.06 - Concreto fck=25 MPa para enchimento dos fustes (incluso fornecimento, transporte e lançamento);

b.) 01.07 - Concreto fck=25 MPa para execução dos blocos de fundação;

c.) 01.08 - Concreto fck=30 MPa para execução dos blocos de fundação;

d.) 02.01 - Concreto fck=40 MPa para execução dos pilares dos apoios principais das vigas de travamento (incluso fornecimento, transporte e lançamento);

e.) 02.02 - Concreto fck=40 MPa para execução dos mastros de estaiamento (incluso fornecimento, transporte e lançamento);

f.) 03.01 - Concreto de alto desempenho fck=50 MPa para execução de tabuleiro estaiado executado em balanço sucessivo (incluso fornecimento, transporte e lançamento);

g.) 03.02 - Concreto fck=30 MPa para execução de laje do tabuleiro dos vãos de acesso (incluso fornecimento, transporte e lançamento);

h.) 03.06 - Aço para concreto protendido CP-190-RB confeccionado em cabos 19 Ø 15,2 mm para execução do tabuleiro estaiado (incluso fornecimento, serviços de protensão e injeção das bainhas);

i.) 03.07 - Aço para concreto protendido CP-190-RB confeccionado em cabos 9 Ø 15,2 mm para execução do tabuleiro estaiado (incluso fornecimento, serviços de protensão e injeção das bainhas);

j.) 03.08 - Aço para concreto protendido ST 85/105 Ø 32 mm para execução do tabuleiro estaiado (incluso fornecimento, serviços de protensão e injeção das bainhas);

04.07.02 – Mobilização, instalação do canteiro e desmobilização;

[xviii] Presidente de EMURB em dezembro de 2007: Marcelo Cardinale Branco, folha 195 do TC 175/04-32.

[xix] Presidente da Comissão de Licitação intimado: Ana Paula Castelo Branco Costa e demais membros: Srs. Johnson Araújo da Silva e Tércio Ruiz Ruggeri; (fls. 314 – 323 e documentos de fls. 324 - 372) e Sra. Ana Paula Castelo Branco Costa (fls. 503 – 509); e a empresa contratada Construtora OAS Ltda. (fls. 429 – 468 e documentos de fls. 469 – 498). Os demais membros da Comissão Especial de Licitação, Srs. Charles C. de Abreu e Edwin Lourenço, não apresentaram defesas.

[xx] (Sr. Antônio Carlos Réa). defesa às folhas 782/793

[xxi] (Construtora OAS Ltda.)

[xxii] Presidente da Comissão de Licitação intimado: Ana Paula Castelo Branco Costa e demais membros: Srs. Johnson Araújo da Silva e Tércio Ruiz Ruggeri; (fls. 314 – 323 e documentos de fls. 324 - 372) e Sra. Ana Paula Castelo Branco Costa (fls. 503 – 509); e a empresa contratada Construtora OAS Ltda. (fls. 429 – 468 e documentos de fls. 469 – 498). Os demais membros da Comissão Especial de Licitação, Srs. Charles C. de Abreu e Edwin Lourenço, não apresentaram defesas.

[xxiii] Todos se manifestaram, à exceção dos Srs. Charles C. de Abreu e Edwin Lourenço (Membros da Comissão), que deixaram o prazo transcorrer *in albis* (folhas 292/498/696)

[xxiv] SFC: pela irregularidade da Licitação 011830100 e do Contrato 011830100 em razão da infringência ao disposto no artigo 16 da Lei Complementar nº 101/00 e no inciso III, do § 2º, do artigo 7º, da Lei nº 8.666/93, apontadas na análise do Contrato nº 034/SIURB/03 que é objeto de exame nos autos do TC 87/04-77 e responsável por uma das fontes de recursos para a realização das despesas do Contrato 011830100), ponderando, ainda, que *"as manifestações do TC nº 087/04-77 foram todas pela irregularidade do Contrato nº 034/2003 e do seu Termo de Aditamento nº 162/2003 e, portanto, se foi o Contrato nº 034/2003 que permitiu o repasse dos recursos orçamentários para que a EMURB pudesse deflagrar o processo licitatório que resultou no contrato 011830100, ora analisado, consequentemente, entendemos maculado todo o processo de contratação do*

destinatário do edital, no momento até a efetiva contratação, onde, nas palavras da AJCE, é o "momento que os recursos se materializam" (fl. 185)."

Reiterou também as outras irregularidades (falta de justificativa para o valor do BDI, ausência de justificativa dos preços contratados para diversos itens e não demonstração de exequibilidade de alguns preços praticados).

[xxv] Salientou que as irregularidades realmente relevantes, apontadas pela Auditoria atinentes à esses instrumentos eram as concernentes à ausência de justificativas para a taxa de BDI adotada, quanto à falta de justificativa para os preços dos itens de serviço referentes a concreto e armação para concreto protendido e canteiro de obras.

[xxvi] Uadi Lammêgo Bulos:

"Conforme a doutrina da proibição de ir contra atos próprios, calcada na máxima latina venire contra factum proprium, o princípio da moralidade administrativa visa manter as obrigações contraídas pelo sujeito de direito nas suas relações jurídicas subsequentes. Baseia-se no fato de que seria um despautério alguém firmar compromisso com terceiros que lhe depositaram confiança, manifestando, mais tarde, conduta contrária àquela que havia apresentado inicialmente, sem demonstrar qualquer justificativa palpável para o comportamento contraditório" (Constituição Federal Anotada Saraiva-2000- fls. 561 e 562).

[xxvii] Tal interpretação já teria sido defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º (da Lei nº 9.784/99), quando impõe, entre os critérios a serem observados, 'interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.'" (Direito Administrativo-19ª edição-Atlas-SP 2006-p. 99).

[xxviii] Signatário do Contrato: Roberto Luiz Bortolotto – Secretário de SIURB em 2003 – folha 496 do TC 2.869/03-41 e folha 222 do TC 87/04-77 (Contratante) e pela Contratada (EMURB) Nádia Somekh – Presidente em exercício da EMURB à época da lavratura do Contrato (data 02/10/2003)

[xxix] Signatário do Termo de Aditamento 162/2003: Roberto Luiz Bortolotto – Secretário de SIURB em 2003, (que teve por objeto fazer constar, na Cláusula Terceira, o número da dotação orçamentária.) folhas 228 do TC 87/04-44.

Ordenador de Despesa do Termo Aditivo nº 162/2003: Ricardo Rezende Garcia: respondendo pelo cargo de Secretário de Infraestrutura Urbana em 01/10/2003. Folha 220 do TC 87/04-77

[xxx] Signatário do e ordenador da Despesa dos TAs: Antônio Arnaldo de Queiroz e Silva – folha 712 e 507 e 510, 510 e 520, 525 e 527

[xxxi] *Os recursos para a execução da obras seriam originários da Operação Urbana Água Espraiada, quando o valor do presente contrato engloba R$ 146.998.994,29 (referente a obras) e R$ 11.759.919,54 (referente ao gerenciamento). Assim, entendemos que os recursos para as obras serão oriundos do Orçamento da Prefeitura, o que caracteriza uma expansão da ação governamental, sendo necessário o atendimento ao artigo 16 da LRF.*

[xxxii] *haja vista que a previsão contida no art. 13 do Decreto nº 42.898/03 (Regulamenta os aspectos urbanísticos da Lei nº 13.260/01, que aprovou a Operação Urbana Consorciada Água Espraiada) estabelece 6% (seis por cento). Acrescenta-se que Edital para contratação das Obras previa que os recursos seriam oriundos da Operação Urbana Água Espraiada. Assim, entendemos não justificado o preço contratado - infringência ao inciso VIII, artigo 24 da Lei 8.666/93 e art. 12 do Decreto 41.772/02*

[xxxiii] *infringência ao § único ao art. 61 da 8.666/93 e ao artigo 26 da Lei 13.278/02.*

[xxxiv] Divergência entre o Valor constante do despacho de autorização (R$ 6.950.000,00) e o valor contratado *(R$ 146.998.994,20 + 11.759.919,54).*

[xxxv] Presidente da EMURB à época da expedição do oficio (05/04/2004),: Nádia Somekh. E o Vice-Presidente era Antônio Carlos Rea.

[xxxvi] às folhas 257/268

[xxxvii] *"Artigo 13º - A Empresa Municipal de Urbanização – EMURB receberá a título de remuneração pelos serviços prestados relativos à administração de projetos e obras previstas no Programa de Intervenções da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada nos termos do inciso I do artigo 21 da Lei 13.260/01, 6% (seis por cento) do valor das obras.*

Parágrafo único – A remuneração a ser paga à Empresa Municipal de Urbanização – EMURB pela gestão da concessão dos benefícios conferidos pela Lei 13.260/01, será de 3% (três por cento) do valor arrecadado com a venda de Certificado de Potencial Adicional de Construção – CEPACs."

[xxxviii] AJCE: entendeu não justificados, ainda, os apontamentos sobre as exigências contidas no artigo 16[xxxviii] da Lei Complementar 101/2000 e quanto à insuficiência do montante reservado para o atendimento da despesa no exercício de 2004.

[xxxix] Signatário pela SIURB – contratante – Marcos Rodrigues Penido – folha 410 do TC 87/04-77

[xl] (Ricardo Rezende Garcia – respondendo pela SIURB e Roberto Luiz Bortolotto)

[xli] às folhas 285/370

[xlii] questionamentos referentes à publicação extemporânea do contrato, ao não cumprimento do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal e à insuficiência da previsão orçamentária para o exercício de 2004.

[xliii] Signatário do e ordenador da Despesa dos TAs: Antônio Arnaldo de Queiroz e Silva – folha 712 e 507 e 510, 510 e 520, 525 e 527

[xliv] Signatário do e ordenador da Despesa dos TAs: Antônio Arnaldo de Queiroz e Silva, folhas 547, 555.

[xlv] contrariando o disposto na Lei Municipal nº 11.184/92, o artigo 46 do Decreto Municipal nº 44.279/03 e o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal/88.

[xlvi] contrariando o disposto no inciso IV, do art. 55, da Lei Federal nº 8.666/93.

[xlvii] Signatário e Ordenador: Marcos Rodrigues Penido, folhas 722, 704 e 409

[xlviii] A EMURB alegou, em resumo, que a publicação extemporânea do contrato não comprometera sua regularidade, dado que a publicação sanara o lapso formal antes verificado. Reiterou que, inicialmente, não estava prevista a utilização de recursos do Tesouro, mas os recursos dos Cepacs, provenientes da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada.

Aduziu que, por problemas burocráticos, ocorrera a necessidade de contrato com a SIURB, como tantos outros já celebrados com a Prefeitura e a utilização da dotação orçamentária constante da Lei Orçamentária do ano de 2003, sob a rubrica –"Construção de Pontes, Pontilhões e Muros de Contenção," não tendo havido, portanto, a alegada violação do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a falta de declaração de adequação à lei orçamentária não tornara inexistentes os fatos ocorridos. Acrescentou que, nos anos de 2004 e 2005, houve previsão orçamentária para a obra, neste último especificamente na rubrica "Construção 2 Pontes Estaiadas Complexo Viário Real Parque".

Elucidou que, durante a suspensão do contrato, foram expedidas Ordens de Serviço, em caráter excepcional, para a manutenção e segurança de instalações provisórias, liberação de faixa de tráfego, adequação de tapumes e de sinalizações provisórias e manutenção de estrada de serviço na área pertencente à Empresa Metropolitana de Água e Energia-EMAE.

No tocante à falta da Ordem de Reinício, sustentou que o Termo Aditivo 099/SIURB/08 sanara a falha. E, por fim, embora não detentora da CND, a EMURB esclareceu que apresentara protocolo de pedido de parcelamento de dívida junto ao INSS, o que justificara sua situação regular.

[xlix] *(ob. Cit. P. 108).*

[l] Doutrina e jurisprudência citadas: "Cabe invocar aqui, decisão do Tribunal de Contas da União: "Quanto à exigência de débitos não inscritos em dívida ativa cabe dizer que podem estar sendo parcelados ou questionados em juízo, ou, ainda, discutidos no âmbito da própria administração, o que, por si só não torna a situação do licitante irregular perante a Fazenda Pública, haja vista o disposto no art. 151, incisos III, IV, V e VI do Código Tributário Nacional (acórdão nº 1848/03-Plenário, Relator Ministro Adylson Motta).

Bem adequado à espécie revela-se, ainda, julgado desta Corte, em um dos fundamentos utilizados para a dispensa da CND da contratada, em acórdão prolatado em Consulta: "No tocante ao mérito, entendo, conforme judiciosamente salientou SDG às fls. 42/46, que a contratação da Empresa Brasileira de Correios poderá efetivar-se independentemente da CND, uma vez que não configurada, na espécie ofensa quer ao art. 195 da Constituição quer à Lei nº 11.184/92, por constituir lídimo direito da EBT a discussão pela via administrativa ou judicial a respeito de contribuições sociais julgadas indevidas (Decisão proferida em Consulta em 17/09/97-Relator Cons. Edson Simões)."

[li] correspondendo a um valor total medido antecipadamente, até 31.05.2007, de R$ 1.485.922,27 (um milhão, quatrocentos e oitenta e cinco mil, novecentos e vinte e dois reais e vinte e sete centavos), na data-base jan/2003.

[lii] **1-** Descumprimento do subitem 10.1.26 do contrato, e do §º 10º do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que os profissionais indicados pela contratada na pré-qualificação, não mais faziam parte do corpo técnico da obra e também porque não foi encontrada no processo da Emurb a análise prévia dos currículos dos profissionais substituídos pela contratada;

2- Ausência de alocação, pela Contratada de mão de obra indireta para execução da obra, conforme previsto na licitação;

3- não cumprimento da finalidade do cronograma existente, pois nele as obras são tratadas de maneira global, não constando as diversas fases construtivas que as compõem, nem seus respectivos custos, impossibilitando, dessa forma, avaliar, antes do término das obras, se essas encontram-se em dia ou em atraso com o prazo previsto;

4- não cumprimento da finalidade dos Relatórios Diários de obra pois algumas informações não estão sendo registradas;

5- falta de justificativa para a existência de dois registros de ocorrências, um para a fiscalização e outro para a empreiteira;

6- atraso na entrega das medições parciais nº 37-A e 37-B e a medição nº 38;

7- atraso na entrega dos valores à EMURB;

8- irregularidade na data utilizada para início dos reajustes;

9- Não aplicação de penalidade à contratada pela entrega extemporânea de medições;

10- medições no período de suspensão do contrato, no valor de R$ 748.409,42, contrariando o disposto no art. 60, § único da Lei Federal 8.666/93 e artigo 44 do Dec. Municipal nº 44.279/03;

11- não disponibilização dos documentos que comprovem o resultado da renegociação e reavaliação do contrato, contrariando o disposto no Decreto Municipal nº 45.684/05;

12- Não anexação às medições todos os documentos exigidos no subitem 7.3.1 do contrato;

13- Apenas as subcontratações dos serviços de projeto, de montagem do canteiro de obras e de construção geral foram precedidas de análise e aprovação do currículo das empresas. Para as demais, não foram localizadas a solicitação para a subcontratação, por parte da fiscalização;

14- Não cumprimento das instruções das etapas construtivas das aduelas constantes dos projetos executivos; e

ausência de medição integral dos serviços realizados no mês de julho de 2007, pelo fato de já terem sido contemplados indevidamente em medições anteriores, desatendendo ao critério de medição [liii] correspondendo a um valor total medido antecipadamente até 31.05.2007, de R$1.485.922,27, na data base jan/2003 (subitem 3.7.7) para o item 03.32, além da antecipação da medição dos serviços, verificou-se também o desatendimento ao critério de medição (subitem 3.7.7)

[liv] SFC:

Quanto à descrição da obra observou que o contrato destinou-se à implantação de duas pontes estaiadas sobre o Rio Pinheiros, com aproximadamente 300 m de extensão cada, interligando a Avenida Jornalista Roberto Marinho (antiga Avenida Águas Espraiadas) com a margem esquerda da marginal do Rio Pinheiros.

Além dessas duas pontes estaiadas, previa a construção de duas alças de acesso na margem direita do Rio Pinheiros, interligando-a com a Avenida Jornalista Roberto Marinho, transpondo a Avenida Luiz Carlos Berrini.

Também estavam incluídos no escopo do contrato os serviços de infraestrutura viária, iluminação pública, remanejamento de interferências, terraplenagem, micro e macro drenagem, arruamento, pavimentação e paisagismo de áreas comuns, bem como os serviços de elaboração dos projetos executivos.

O projeto executivo da obra foi concebido com solução em duas pontes estaiadas com geometria horizontal em curva e com o cruzamento das vias localizado na base de um mastro de sustentação, atravessando diagonalmente o canal do Rio Pinheiros.

O trecho sobre o canal do Rio Pinheiros seria executado em estrutura estaiada com tabuleiro de concreto protendido com capacidade para até três faixas de rolamento, em cada ponte. Os 144 estais seriam parcialmente entrelaçados e apoiados em um único mastro de concreto com 138 metros de altura, em formato de "X", posicionado na margem direita do Rio Pinheiros, no eixo da Avenida Jornalista Roberto Marinho.

As alças de acesso às pontes estaiadas são executadas em estrutura convencional de concreto, composta por tabuleiro de concreto e vigas pré-moldadas de concreto protendido apoiadas sobre pilares de concreto, e possuem uma extensão aproximada de 900 m cada alça.

[lv] *"Quando houver plantio, verificar se as mudas estão sendo plantadas em conformidade com o projeto paisagístico;*

Verificar se as rotinas estabelecidas no memorial descritivo, que compõe a Norma de Participação, estão sendo cumpridas;

Verificar se as especificações e projetos estão sendo cumpridos, se os materiais são os especificados e de primeira qualidade, exigindo os testes e ensaios definidos pela ABNT;

Verificar se os serviços estão sendo feitos dentro das normas de qualidade;

Analisar e decidir sobre proposições da CONTRATADA que visem a melhor execução da obra;

Fazer advertência quanto às falhas da CONTRATADA;

Exigir a reparação ou refazimento de serviços inadequadamente executados (às expensas da executante) e propor a aplicação de multas."

Estabelece ainda o subitem 11.5 do contrato, fl. 40, que, na data da emissão da primeira Ordem de Serviço, a EMURB apresentará a equipe de fiscalização e acertará os procedimentos de acompanhamento e execução das obras e serviços.

Assim, conforme relação de pessoal fornecida pela EMURB, fl. 180, a coordenação da fiscalização das obras e serviços, bem como sua medição, está a cargo do Analista de Desenvolvimento, Engenheiro Omar Ayub, registro funcional – RF nº 04894-1, que conta com o apoio da seguinte equipe de funcionários da EMURB:

- 1 Engenheiro Fiscal.
- 5 Técnicos de Fiscalização.
- 1 Técnico de Medição.
- 1 Topógrafo.
- 2 Auxiliares de Topografia.

Para a conferência dos controles tecnológicos dos materiais utilizados bem como controle e conferência dos projetos, a EMURB conta ainda com o auxílio de uma equipe de profissionais do Consórcio Falcão Bauer – Ductor, conforme discriminados à fl. 181, a saber:

- 6 profissionais de nível superior.
- 1 profissional de nível técnico.

- 1 auxiliar técnico / administrativo.
- 1 laboratorista.
- 2 auxiliares de laboratório.

(Presidente à época: Marcelo Cardinale Branco- abril de 2007)
[lvi] (Construtora OAS Ltda.)
[lvii]

2.1 -Da equipe técnica das obras

Apontáramos no subitem 4.1 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 399, que os profissionais indicados pela contratada na pré-qualificação e que apresentaram atestados de qualificação técnica não faziam parte do corpo técnico da obra quando do acompanhamento da execução do contrato, no mês de jun/2007, e que no processo da EMURB não constava a análise prévia e a aprovação dos currículos dos profissionais substituídos pela contratada. Portanto, entendêramos descumprido o subitem 10.1.26 do contrato, bem como o § 10 do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93.

Apontáramos ainda naquele mesmo subitem 4.1, fl. 400, que a contratada não estava alocando, para a execução das obras, a mão de obra indireta prevista na licitação.

- Esclarecimentos da EMURB

Para a nossa primeira constatação, alega a EMURB, fls. 797 – 798:

"Todos os profissionais que compuseram à época a equipe técnica diretamente responsável pela execução das obras possuíam a qualificação necessária para a execução dos serviços, sendo certo que essa capacitação foi efetivamente atestada quanto (sic) *de suas indicações pela contratada.*

Ainda que se possa aduzir a inexistência de um documento formal aprovando a equipe técnica da contratada, tal fato, por si só, não nos permite inferir que há qualquer irregularidade.

Com efeito, ainda que se admita que houve falha no cumprimento de alguma disposição contratual, é imprescindível consignar que se trata aqui, de falha meramente formal, que não ensejou qualquer dano ao contrato."

Quanto ao segundo apontamento, a EMURB manifestou-se à fl. 798:

"Quanto à alocação de mão de obra indireta, o esclarecimento inicial da EMURB de que estava perfeitamente adequada às necessidades da obra, referia-se, é claro, ao mês de execução, ou seja, junho de 2007, mês da auditoria do TCM.

Entendemos que a alocação de mão de obra indireta atende ao cronograma físico e que sua previsão no BDI, quando da apresentação da proposta, reflete apenas a expectativa média para todo o contrato, para o período previsto de execução indicado no edital

Não se pode olvidar, ainda, que houve um acréscimo significativo de prazo na execução da obra, o que, indubitavelmente, interfere na composição do BDI, vez que o custo de mão de obra tem relação direta com o prazo contratual."

- Defesa da Construtora OAS

Para o primeiro apontamento do subitem 4.1 do Relatório de Acompanhamento, a defendente manifesta-se de fls. 671 – 676.

Consta nessa defesa, à fl. 672:

"... a ausência de relação, por parte da Defendente, de alguns dos profissionais indicados na fase de pré-qualificação (vide fl. 192), nas relações de efetivo da Defendente empregado na obra (a fls. 179-183), foi interpretado de modo equivocado por parte dos ilustres auditores."

Isto porque, embora não constem da relação de efetivo direto *da obra, os profissionais indicados pela Defendente, quando de sua pré-qualificação, pertencem ao quadro efetivo da Defendente, tendo direção total sobre todos os aspectos técnicos da obra contratada sob o Contrato nº 0118301000.*

É um equívoco supor que o fato de os nomes dos responsáveis técnicos não constarem de lista de efetivo direto *signifique a ausência ou substituição de tais profissionais."* (destaque no original).

Continuando, às fls. 672 – 673 a defendente apresenta algumas citações legais no que diz respeito à responsabilidade técnica profissional, alegando que: *"A responsabilidade técnica pressupõe, assim, o poder de decidir, de modo global e integral, sobre a concepção e a execução da obra, e não o mero fato de o profissional se ocupar, exclusivamente, "*in locu"*, do dia a dia da execução."* (fl. 674).

Aduz ainda, à fl. 675, que em vez de substituição, houve a incorporação, em dezembro de 2007, do engenheiro Francisco Germano Batista da Silva como co-responsável técnico, anexando a ART correspondente à fl. 698.

Para a segunda constatação no citado subitem 4.1, fl. 400, do Relatório de Acompanhamento, ou seja, de que a contratada não estava alocando, para a execução das obras, a mão de obra indireta prevista na licitação, a defendente alega, fls. 676 – 679, que, tendo em vista a dilação do prazo contratual de 18 para 56 meses, o ritmo de trabalho teve que ser ajustado, tendo sido efetuada uma adequação do efetivo de mão de obra indireta empregada na obra para se ajustar à quantidade de trabalho a ser executado ao longo de todo o contrato.

- Comentários

Como se observa, a EMURB em seus esclarecimentos confirma a nossa primeira constatação, sem, no entanto, ter apresentado justificativa para os fatos.

Quanto à defesa da contratada, não podemos concordar com a alegação de que essa constatação foi por nós interpretada de modo equivocado e que *"... o fato de os nomes dos responsáveis técnicos não constarem de lista de efetivo* direto *signifique a ausência ou substituição de tais profissionais"*, pois, como já reafirmado pelos técnicos desta Coordenadoria que procederam ao acompanhamento no mês de junho de 2007, fl. 469, de acordo com a Relação das Equipes da OAS, elaborada pela própria contratada e fornecida pela EMURB em diligências efetuadas no canteiro de obras (fl. 183), à exceção do médico do trabalho, nenhum dos demais profissionais indicados na pré-qualificação (fl. 192) faziam parte do corpo técnico da obra à época das constatações.

Não podemos concordar com essa alegação da defendente, pois entendemos que em uma obra desse porte o responsável deve, sim, estar presente no dia a dia de sua execução.

Assim, mantemos o entendimento de que restou descumprido o subitem 10.1.26 do contrato, bem como o § 10 do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93.

Para a segunda parte do citado subitem 4.1, ou seja, de que a contratada não estava alocando, para a execução das obras, a mão de obra indireta prevista na licitação, entendemos que as alegações apresentadas não alteram a constatação dos técnicos desta Coordenadoria à época do acompanhamento. Assim, mantemos o entendimento do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual.

2.2 – Do cronograma das obras

Apontáramos no subitem 4.2 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, à fl. 400, que o cronograma existente não estava cumprindo sua finalidade, pois nele as obras foram tratadas de maneira global, não constando as diversas fases construtivas que as compõem nem seus respectivos custos. Dessa forma, restou impossibilitado avaliar, antes do término das obras, se essas se encontravam em dia ou em atraso com o prazo previsto, o que inviabilizou a aplicação da apenação prevista no subitem 12.1.3 do Contrato.

- Esclarecimentos da EMURB

  As alegações ora apresentadas, fls. 799 – 800, não trazem fatos novos em relação às outras duas respostas apresentadas pela EMURB, em ocasiões anteriores, já analisadas por esta Coordenadoria às fls. 470 – 471 e 572 – 574.

- Defesa da Construtora OAS

  A defendente, à fl. 669, apenas cita o assunto, não apresentando nenhuma defesa sobre esta irregularidade apontada no subitem 4.2 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 400).

- Comentários

  Conforme consta no Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual à fl. 360, *"Durante nossas vistorias no mês de jun/07, não encontramos no escritório da EMURB na obra nenhum cronograma mais detalhado e que permita à fiscalização acompanhar e comparar o prazo de andamento das obras concomitantemente a sua execução."*

  E mais, na última manifestação desta Coordenadoria, juntada aos autos, consta, à fl. 573, que somente em 10.07.07, ou seja, quarenta dias após o solicitado, foi entregue um cronograma genérico, além de ser somente físico, não apresentando o fluxo financeiro.

  Assim, mantemos o nosso entendimento de que o cronograma apresentado não estava cumprindo sua finalidade, pois impossibilitava a fiscalização de avaliar, antes do término das obras, se essas se encontravam em dia ou em atraso com o prazo previsto, o que inviabilizava, também, a aplicação da apenação prevista no subitem 12.1.3 do Contrato.

2.3 – Das Anotações de Responsabilidade Técnica (ARTs) apresentadas

Apontáramos no subitem 4.3 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 400, que os profissionais constantes das ARTs recolhidas pela contratada não faziam parte da equipe que supervisionava as obras.

Foi apontado ainda que as ARTs de fiscalização foram recolhidas aproximadamente dois anos e meio após o início das obras.

- Esclarecimentos da EMURB

  Os esclarecimentos à fl. 800 confirmam o apontado no Relatório de Acompanhamento de que os profissionais constantes das ARTs recolhidas pela contratada não faziam parte da equipe que supervisionava as obras, e não trazem fato novo em relação ao esclarecimento anterior.

  Para a constatação de que as ARTs de fiscalização foram recolhidas aproximadamente dois anos e meio após o início das obras, a EMURB afirma mais uma vez que as ARTs são recolhidas para os responsáveis técnicos como um todo e não de obras específicas.

  Alega, no entanto, que o *"recolhimento das ARTs individualizadas para a obra em questão, foi procedimento decorrente de insistência do TCM em outra auditoria, que acabou por ser adotada também no caso em tela, sendo esta o motivo de ter sido recolhida em data posterior ao início da obra."* (fl. 801).

- Defesa da Construtora OAS

A empresa contratada não citou em sua defesa o apontado no subitem 4.3 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 400).

- Comentários

Mantemos o entendimento de que os profissionais constantes das ARTs recolhidas pela contratada não faziam parte da equipe que supervisionava as obras.

Quanto ao recolhimento das ARTs de fiscalização da EMURB, entendemos que, embora intempestivamente, esse recolhimento específico para a obra em questão atende a Resolução CONFEA nº 425/1998.

Quanto ao também apontado de que as ARTs da contratada haviam sido recolhidas com atraso, o que ensejaria a aplicação de penalidade, à fl 472 já havíamos entendido superado.

2.4 – Dos Relatórios Diários de Obras

Concluíramos no subitem 4.4 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 400, que os Relatórios Diários de Obra não estavam cumprindo sua finalidade, pois informações importantes não haviam sido registradas, bem como as informações apresentadas a respeito dos serviços executados não correspondiam ao real andamento desses.

Apontáramos ainda no mesmo subitem 4.4, às fls. 400 – 401, que não se justificava a existência de dois registros de ocorrências, um para a fiscalização e outro para a empreiteira, uma vez que este é o meio de comunicação oficial previsto em contrato e reuni-lo em um único documento tornaria mais direta e simplificada a comunicação entre a fiscalização e a contratada.

- Esclarecimentos da EMURB

A EMURB em seus esclarecimentos a fls. 801 – 802 reafirma a *"relevância dos fatos registrados no Referido Diário de Obra",* bem como a defesa da existência de dois registros de ocorrências para a obra e a ausência de qualquer prejuízo à contratação.

- Defesa da Construtora OAS

A defendente, à fl. 669, apenas cita o assunto, não apresentando defesa sobre o apontado no subitem 4.4 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 400).

- Comentários

Discordamos das reafirmações da EMURB, tendo em vista as constatações quando do acompanhamento das obras em jun/2007 e registros nos relatórios de técnicos desta Coordenadoria a fls. 363 – 364, 400 – 401, 473 – 475 e 574 – 576.

Assim, reiteramos a conclusão contida no subitem 4.4 do Relatório de Acompanhamento.

2.5 – Da entrega das medições

Apontáramos no subitem 4.5 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, à fl. 401, que as medições parciais nºs 37-A e 37-B e a medição nº 38 foram entregues à EMURB extemporaneamente, contrariando o disposto no subitem 7.3, Cláusula Sétima do contrato.

- Esclarecimentos da EMURB

A EMURB, à fl. 802, traz os mesmos argumentos já apresentados anteriormente, de que as datas de protocolo das medições citadas não prejudicaram a análise e aprovação dos serviços, de forma que os pagamentos ocorreram no prazo contratual, não ocasionando quaisquer prejuízos.

- Defesa da Construtora OAS

Às fls. 669 e 680, a defendente apenas cita o apontado no subitem 4.5 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 401).

Ainda em sua defesa, às fls. 681 – 682, a contratada enfatiza os esclarecimentos oferecidos pela EMURB.

- Comentários

Os esclarecimentos da EMURB, e reiterados pela defendente, confirmam a extemporaneidade na entrega das medições.

Portanto, ratificamos o entendimento já manifestado nos relatórios anteriores desta Coordenadoria, uma vez que o contrato estabelece em sua Cláusula Sétima o prazo de entrega das medições, que nos casos mencionados não foi cumprido.

2.6 – Dos valores medidos

Concluíramos no subitem 4.6 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 401, que as medições examinadas evidenciaram que os valores foram apresentados pela contratada em função dos recursos disponibilizados pela EMURB, e não dos serviços efetivamente prestados, caracterizando possível falha de planejamento.

- Esclarecimentos da EMURB

A EMURB, a fls. 802 – 803, reitera os mesmos argumentos já apresentados anteriormente à fl. 418, de que os valores medidos correspondem à efetiva execução dos serviços, considerados nas respectivas Ordens de Serviço.

- Defesa da Construtora OAS

À fl. 680, a defendente cita o apontado no subitem 4.6 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 401).

Ainda em sua defesa, à fl. 682, a contratada considera que os fatos foram esclarecidos pela EMURB.

- Comentários

Os argumentos apresentados pela EMURB já foram analisados por esta Coordenadoria VI, fls. 475 – 476, tendo sido ratificada a conclusão do subitem 4.6 do Relatório de Acompanhamento.

Assim, reiteramos a conclusão contida no subitem 4.6 do Relatório de Acompanhamento.

2.7 – Do pagamento de reajustes

Apontáramos no subitem 4.7 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 401, que os reajustes começaram a ser pagos antes do período de 12 meses de vigência do contrato (no montante de R$ 1.396.536,75), contrariando as disposições da Portaria SF nº 104/94.

- Esclarecimentos da EMURB

A EMURB alega a fls. 803 – 804 que:

"O item 5.3 do contrato expressamente estipulou que 'os preços unitários da "Planilha Orçamentária Proposta" poderão ser reajustados anualmente, conforme disposto na Lei Federal nº 10.192/2001, que alterou a legislação do Plano Real, a partir da data do orçamento da EMURB.*", sendo este o único dispositivo a tratar da matéria, sem fazer menção à Portaria SF 104/94.*

Ora, uma vez que a data-base do contrato 0118301000 é janeiro de 2003, inconteste que o reajuste concedido no mês de janeiro de 2004 está em total consonância com as disposições da Lei nº 8.666/93 e com as disposições contratuais, nada havendo de irregular.

(...)

Admitir que o reajuste deve ser concedido após um ano da formalização do contrato é contrariar, o disposto legal e o contrato; conduta essa que não pode ser adotada pela Administração, haja vista o princípio da legalidade, isonomia e em especial o de vinculação ao instrumento convocatório, incisos estes que deve nortear todo o atuar administrativo."

(destaque no original).

- Defesa da Construtora OAS

À fl. 669, a defendente cita o apontado no subitem 4.7 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 401).

Ainda em sua defesa, fls. 687 – 691, a contratada manifesta-se no seguinte sentido:

"... a Defendente não questiona a premissa da periodicidade mínima anual para a aplicação de reajustes contratuais. A este respeito, a Lei nº 10.192/01, aplicável à espécie, é clara conforme se depreende dos seus arts. 2º e 3º, abaixo transcritos:

(...)

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual dos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou de orçamento a que essa se referir."

(...)

Com efeito, a data inicial, conforme amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência, para a aplicação de reajustes de preços em contratos administrativos deve ter por termo inicial a data de aperfeiçoamento da equação econômico-financeira, ou seja: a data da proposta.

(...)

Assentada a premissa essencial quanto à data-base para que se proceda ao reajuste contratual, mister é destacar que o Contrato nº 0118301000 expressamente consigna que a data-base para a realização dos reajustes é a data da proposta, conforme se verifica da cláusula 5.1. do referido contrato, transcrita abaixo:

5.1. O valor total deste contrato é de R$ 146.998.994,29 (cento e quarenta e seis milhões, novecentos e noventa e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e vinte e nove centavos), cuja data é janeiro de 2003, conforme 'Planilha Orçamentária Proposta'.

Tendo o próprio Contrato nº 0118301000 consignado, de modo expresso, que a data-base para reajustes é a da proposta da Defendente, não há cogitar de irregularidade na aplicação de tal regra, principalmente porque esta conta com permissivo expresso na Lei nº 10.192/01, art. 3º, § 1º, e em sedimentada compreensão, que doutrinaria, quer jurisprudencial.."

- Comentários

Nas manifestações anteriores, havíamos expressado o entendimento de que, para atender ao disposto na Lei Federal nº 10.192/01, o reajustamento deveria ser calculado anualmente, ocorrendo pela primeira vez após o decurso de um ano de contrato, sendo o marco inicial para seu cômputo a data limite para a apresentação da proposta.

Esse entendimento estava em consonância com a Portaria SF nº 104/94.

No entanto, o Decreto nº 48.971, de 27 de novembro de 2007, publicado em 28.11.2007, dispondo sobre a forma de aplicação de reajuste de preço nas licitações e contratos administrativos, veio estabelecer que o reajuste de

preço fosse concedido após 1 (um) ano da data limite para a apresentação da proposta na licitação, podendo, excepcionalmente, ser prevista a concessão do reajuste após um ano da data da celebração do contrato (Art. 1º).
Em seu Art. 2º, está estabelecido:
"As disposições deste decreto aplicam-se exclusivamente às licitações que se iniciarem a partir da data de sua publicação, devendo as demais observar a forma de reajuste de preço estabelecida nos respectivos editais." (destacamos).
Assim, tendo em vista que o edital que resultou no presente contrato é anterior à data de publicação desse decreto, deve ser observada a forma de reajuste estabelecida no edital, ou seja, concessão de reajuste após 1 (um) ano da data limite para a apresentação da proposta, ou seja, atendendo ao disposto na Lei Federal nº 10.192/01, conforme consta no subitem 5.3 do contrato.
Portanto, entendemos correto o procedimento adotado pela EMURB, revendo a conclusão anterior desta Coordenadoria.

2.8 – Da aplicação de penalidades

Concluíramos no subitem 4.8 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, à fl. 401, que não observamos a aplicação de penalidade à contratada pela entrega extemporânea de medições, contrariando o disposto no subitem 12.1.9, Cláusula Décima Segunda do contrato.

- Esclarecimentos da EMURB

Às fls. 804 – 805, além de reiterados os esclarecimentos já prestados anteriormente (fl. 419), cuja análise desta Coordenadoria à fl. 477 ratificou o entendimento do Relatório de Acompanhamento, é ressaltado pelos signatários Senhor Norberto Duran, Gerente de Obras, e Senhor Edward Zeppo Boreto, Diretor de Obras em Exercício, *"... que a EMURB acompanha detidamente a execução das obras, de forma que não se furtará do dever de aplicar as sanções cabíveis quando efetivamente ocorrer qualquer descumprimento de obrigação contratual por parte da contratada, que venha trazer prejuízo à Administração ou ao Interesse Público ..."*.

- Defesa da Construtora OAS

À fl. 681, a defendente cita o apontado no subitem 4.8 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 401).
Ainda em sua defesa, fls. 683 – 687, a contratada manifesta-se contrariamente à possibilidade de aplicação da multa, alegando tratar-se de valor significativo, tendo em vista o alto valor do presente contrato e, ainda, *"que as condutas supostamente inquinadas de irregularidades não foram capazes de produzir qualquer dano ao Erário ..."* (fl. 685).

- Comentários

A EMURB não apresenta nenhum esclarecimento ao apontado, apenas faz comentário genérico sobre a forma que a EMURB acompanha a execução das obras.
No que se refere à defesa da contratada, ainda que não tenha ocorrido dano ao Erário, como alegado, no nosso entendimento cabe aplicação de multa ao descumprimento de cláusula contratual, conforme estabelecido no subitem 12.1.9, Cláusula Décima Segunda do contrato.
Sobre o valor da multa, estranha-se a alegação da contratada quanto a sua significância, tendo em vista o alto valor do contrato, pois na fase da licitação teria sido a oportunidade para uma contestação a respeito, porém não a fez.
Assim, uma vez que o contrato estabelece a aplicação de penalidades pelo descumprimento de suas cláusulas, fato esse não observado neste caso da entrega extemporânea de medições, reiteramos a nossa conclusão contida no subitem 4.8 do Relatório de Acompanhamento.

2.9 – Da suspensão do contrato

Foi apontado no subitem 4.9 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 401, que foram observadas medições no período de suspensão do contrato, no valor de R$ 748.409,42, contrariando o disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 44 do Decreto Municipal nº 44.279/03.

- Esclarecimentos da EMURB

A EMURB, a fls. 805 – 806, apresenta justificativas, as quais destacamos:
"... alguns serviços, por sua natureza, não puderam ser paralisados, como aqueles relacionados à conservação das áreas das obras, bem como aqueles relacionados à conservação dos próprios serviços já executados, sob pena de se deteriorarem e necessitarem de refazimento posterior ..." (fl. 805).
Em seguida, ainda na fl. 805, informa sobre recebimento de materiais:
"... no mês de fevereiro, houve a necessidade de se pagar à contratada a compra de alguns materiais que já haviam sido encomendados, que devido à programação e às características do fornecedor não poderia ser imediatamente cancelada, tendo a entrega ocorrido no período da paralisação."
No que se refere a condições de segurança da população em geral, a EMURB, à fl. 806, informa que *"... solicitou à contratada que realizasse pequenos serviços junto ao entorno do canteiro de obras, como por exemplo, execução de calçadas, asfalto e remoção de entulho."*
E continua, informando:

"... nos períodos de março e abril de 2005 foi medindo apenas a verba constante da manutenção de sinalização viária e desvio de tráfego, serviços estes que não poderiam ser paralisados em razão dos riscos que sua falta poderia causar à população em geral." (fl. 806).

Ao final, a EMURB registra que *"... os serviços foram reiniciados no dia 13 de maio, portanto, todos os serviços executados após esse dia foram pagos ..."*

- Defesa da Construtora OAS

Às fls. 670 e 680, a defendente cita a irregularidade apontada no subitem 4.9 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 401), ou seja, de que foram observadas medições no período de suspensão do contrato, no valor de R$ 748.409,42, contrariando o disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 44 do Decreto Municipal nº 44.279/03.

Ainda em sua defesa, fls. 682 – 683, a contratada informa:

"... as medições ocorridas no período de suspensão do contrato nº 0118301000 dizem respeito, de um lado, a Ordens de Serviço emitidas pela própria EMURB no período (vide Anexo III), e, de outro, ao valor correspondente a insumos recebidos no período cuja entrega não pôde ser postergada para após o período da paralisação."

Nesse citado Anexo III, fls. 776 – 781, estão as cópias as Ordens de Serviço de Nº 01 (início das obras), a Ordem de Suspensão de Serviços, as excepcionais de Nº 02 e Nº 03, bem como a Ordem de Serviço de Nº 04 (retomada das obras), todas emitidas pela EMURB à Contratada.

- Comentários

Tanto a Ordem de Suspensão de Serviços, fl. 777, quanto a Ordem de Serviço de Nº 04, de retomada das obras, fl. 781, foram precedidas de despacho da Presidência da EMURB (fls. 173 e 175).

No caso das Ordens de Serviço Nos 02 e 03, emitidas em caráter excepcional, constando os serviços necessários no período da suspensão das obras, não temos conhecimento de despacho autorizando a execução desses serviços.

Portanto, em que pese os esclarecimentos da EMURB e da contratada, justificando quanto à necessidade dos serviços constantes dessas Ordens de Serviço Nos 02 e 03, necessários, a nosso ver, entendemos que essas duas ordens de serviço excepcionais deveriam também ter sido precedidas de despacho emitido pela autoridade superior que suspendeu as obras.

Assim, haja vista que as Ordens de Serviço Nos 02 e 03 não estão formalmente regularizadas, permanece o apontado no Relatório de Acompanhamento.

2.10 – Da renegociação do contrato

Apontáramos no subitem 4.10 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 402, que a EMURB não disponibilizou os documentos que comprovem o resultado da renegociação/reavaliação do contrato, contrariando o disposto no Decreto Municipal nº 45.684, de 01 de janeiro de 2005.

- Esclarecimentos da EMURB

A EMURB, na resposta ora apresentada, fl. 807, encaminhou cópia da documentação com o resultado da renegociação, juntadas às fls. 787 – 789.

- Defesa da Construtora OAS

A defendente, à fl. 670, apenas cita o assunto, não apresentando defesa sobre o apontado no subitem 4.10 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 402).

- Comentários

Com o exposto, entendemos superado o apontado no subitem 4.10.

2.11 – Das medições

Apontáramos no subitem 4.11 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 402, que não estavam sendo anexados às medições todos os documentos exigidos no subitem 7.3.1 do contrato.

- Esclarecimentos da EMURB

É apresentada pela EMURB, fls. 807 – 808, a mesma alegação anterior de fl. 420:

"Esclareça-se que a EMURB só autoriza o pagamento das medições se esse relatório for analisado e aprovado por sua fiscalização, de forma que se a contratada não os tivesse apresentado, em hipótese alguma os pagamentos teriam sido realizados."

- Defesa da Construtora OAS

Às fls. 670 e 680, a defendente apenas cita o apontado no subitem 4.11 do Relatório de Acompanhamento.

Ainda em sua defesa, fl. 683, a contratada destaca que *"... todas as informações necessárias à aferição de sua regularidade foram fornecidas à EMURB ..."*

- Comentários

De acordo com o subitem 7.3.1 do contrato (fl. 35), todos os documentos ali indicados devem ser anexados a cada uma das medições, o que não ocorreu nas medições por nós analisadas. Assim, a despeito das alegações da EMURB, entendemos que permanece o não atendimento do citado subitem contratual.

2.12 – Das subcontratações

Apontáramos no subitem 4.12 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, à fl. 402, que apenas as subcontratações dos serviços de projeto, de montagem do canteiro de obras e de construção geral foram precedidas de análise e aprovação do currículo das empresas. Para as demais, não encontramos no processo da EMURB a solicitação para a subcontratação, nem a análise e aprovação, por parte da fiscalização, de tais subcontratações, desatendendo assim o subitem 14.1 do contrato.

Concluíramos ainda naquele subitem 4.12, fl. 402, que a subcontratada de construção geral estava executando serviços para os quais não havia comprovado experiência anterior, além de ter iniciado tais serviços anteriormente à autorização da EMURB, como já expresso acima.

- Esclarecimentos da EMURB

Nos esclarecimentos encaminhados não foi apresentada documentação com a solicitação para subcontratações efetuadas na obra em questão, nem a análise e aprovação, por parte da fiscalização, de tais subcontratações.

Da mesma forma, mais uma vez, para subcontratação de construção geral, também a EMURB não apresentou justificativa para o início de tais serviços anteriormente a sua autorização, nem documento com a comprovação de experiência anterior pela subcontratada.

À fl. 808, a EMURB confirma estes nossos apontamentos, enfatizando que:

"... em todos os serviços executados por terceiros, não houve qualquer indício de prestação de serviço inadequado ou insatisfatório, pelo que não ocasionaram prejuízo à contratação.

(...)

Aliás, na presente contratação também não há qualquer indício de prestação de serviço inadequado ou insatisfatório, ressaltando-se, por oportuno, que as obras já estão finalizadas e entregues ao trânsito público, o que atesta que a ausência de formalização prévia da autorização para execução dos serviços não ocasionou prejuízo à contratação." (destaques nossos).

- Defesa da Construtora OAS

À fl. 670, a defendente cita o apontado no subitem 4.12 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 402).

Ainda em sua defesa, fls. 691 – 697, a contratada não traz nenhum fato novo em relação às alegações já apresentadas pela EMURB nas três oportunidades.

Nesse trecho da defesa, são citados artigos de legislação, cláusula contratual e as irregularidades apontadas no Relatório de Acompanhamento.

- Comentários

O alegado pela EMURB confirma a constatação no Relatório de Acompanhamento. Por outro lado, o fato de a obra ter sido concluída sem ocasionar prejuízo, como alega a EMURB, não justifica as irregularidades constatadas.

Assim, mantemos o entendimento anterior em relação ao não atendimento do subitem 14.1 do contrato.

2.13 – Do atendimento aos projetos

Afirmáramos no subitem 4.13 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, fl. 402, que não haviam sido cumpridas as instruções das etapas construtivas das aduelas constantes dos projetos executivos.

- Esclarecimentos da EMURB

À fl. 809, a EMURB apresenta os seguintes esclarecimentos:

"Mais uma vez ressaltamos que a mudança na sequência executiva foi realizada de forma a melhorar o processo executivo, garantida a segurança e qualidade das estruturas. O projeto executivo foi desenvolvido sob responsabilidade da contratada, e portanto, sua adequação também estava sob sua responsabilidade técnica, devidamente acompanhada pela fiscalização da EMURB.

Métodos construtivos podem ser alterados, trocados e/ou substituídos desde que sejam mais eficientes contemplem avanço tecnológico, não causem prejuízos à qualidade da obra, não atrasem o cronograma da obra, não aumentem os seus custos, atendam os requisitos técnicos indispensáveis, entre outros e, além disso, que todas as partes envolvidas estejam de acordo."

- Defesa da Construtora OAS

A empresa contratada não cita em sua defesa o apontado no subitem 4.13 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fl. 402).

- Comentários

Em virtude dos esclarecimentos da EMURB, que entendemos aceitáveis, revemos o posicionamento anterior desta Coordenadoria, considerando superado o apontamento no citado subitem 4.13 do Relatório de Acompanhamento.

2.14 – Da medição de jun/2007

Consignáramos no subitem 4.14 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, à fl. 402, que, dos dezesseis itens constantes da amostra analisada, havia irregularidade em nove deles, ou seja, os serviços executados no mês de jun/07, mês de nosso acompanhamento, não foram integralmente medidos pelo fato de já

terem sido contemplados indevidamente em medições anteriores, correspondendo a um valor total medido antecipadamente, até 31.05.2007, de R$ 1.485.922,27 (jan/2003).

Ainda com relação ao subitem 4.14 do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, apontáramos à fl. 403 que, quanto ao item de serviço 03.32, além da antecipação da medição dos serviços, ocorreu desatendimento ao critério de medição, ocasionando medição a maior.

- Esclarecimentos da EMURB

Nos esclarecimentos ora apresentados, fls. 809 – 811, são reiteradas pelos signatários as informações anteriormente prestadas pelo Engenheiro Fiscal da obra. Em seguida, é alegado:

"Se falhas formais foram detectadas à época da auditoria amostral dos Agentes de Fiscalização do TCM, podemos afirmar que não foram propositais ou decorrentes de má fé da fiscalização da EMURB." (fl. 811).

- Defesa da Construtora OAS

A defendente, às fls. 670, 680 e 681, cita e discorre sobre o assunto de forma genérica sobre as constatações, porém sem argumentos fáticos em relação ao apontamento, alegando "*...mero erro material, corrigido na medição seguinte.*" (fl. 683).

- Comentários

Entendemos que os apontamentos não podem ser considerados como falhas formais, haja vista as constatações registradas no Relatório de Acompanhamento, bem como nas manifestações anteriores desta Coordenadoria.

Portanto, não tendo sido apresentadas justificativas para as irregularidades apontadas pelos técnicos desta Coordenadoria, reiteramos o nosso entendimento anterior de que houve medição antecipada, não apenas nos itens referentes a estais, mas em nove dos dezesseis itens analisados em nossa amostra.

Quanto ao item de serviço 03.32, além da antecipação da medição dos serviços, ocorreu desatendimento ao critério de medição, ocasionando medição a maior.

Assim, permanece o apontado no citado subitem 4.14 do Relatório de Acompanhamento.

[lviii] Auditoria manteve os seguintes apontamentos:

a.) os profissionais indicados pela contratada na pré-qualificação e que apresentaram atestados de qualificação técnica não faziam parte do corpo técnico da obra quando do acompanhamento da execução do contrato, no mês de jun/2007, e que no processo da EMURB não constava a análise prévia e a aprovação dos currículos dos profissionais substituídos pela contratada. Portanto, entendêramos descumprido o subitem 10.1.26 do contrato, bem como o § 10 do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93.

A Emurb alegou que "Todos os profissionais que compuseram à época a equipe técnica diretamente responsável pela execução das obras possuíam a qualificação necessária para a execução dos serviços, sendo certo que essa capacitação foi efetivamente atestada quanto (sic) *de suas indicações pela contratada. Ainda que se possa aduzir a inexistência de um documento formal aprovando a equipe técnica da contratada, tal fato, por si só, não nos permite inferir que há qualquer irregularidade.*

Com efeito, ainda que se admita que houve falha no cumprimento de alguma disposição contratual, é imprescindível consignar que se trata aqui, de falha meramente formal, que não ensejou qualquer dano ao contrato."

Sobre a alegação de "não alocação, para a execução das obras, da mão de obra indireta prevista na licitação, a EMURB informou que "estava perfeitamente adequada às necessidades da obra, referia-se, é claro, ao mês de execução, ou seja, junho de 2007, mês da auditoria do TCM. Entendemos que a alocação de mão de obra indireta atende ao cronograma físico e que sua previsão no BDI, quando da apresentação da proposta, reflete apenas a expectativa média para todo o contrato, para o período previsto de execução indicado no edital. Não se pode olvidar, ainda, que houve um acréscimo significativo de prazo na execução da obra, o que, indubitavelmente, interfere na composição do BDI, vez que o custo de mão de obra tem relação direta com o prazo contratual."

A Construtora OAS arguiu que *"... a ausência de relação, por parte da Defendente, de alguns dos profissionais indicados na fase de pré-qualificação (vide fl. 192), nas relações de efetivo da Defendente empregado na obra (a fls. 179-183), foi interpretado de modo equivocado por parte dos ilustres auditores." Isto porque, embora não constem da relação de efetivo* direto *da obra, os profissionais indicados pela Defendente, quando de sua pré-qualificação, pertencem ao quadro efetivo da Defendente, tendo direção total sobre todos os aspectos técnicos da obra contratada sob o Contrato nº 0118301000.*

É um equívoco supor que o fato de os nomes dos responsáveis técnicos não constarem de lista de efetivo direto *signifique a ausência ou substituição de tais profissionais."* (destaque no original).

Continuando, a defendente alegou que: *"A responsabilidade técnica pressupõe, assim, o poder de decidir, de modo global e integral, sobre a concepção e a execução da obra, e não o mero fato de o profissional se ocupar, exclusivamente,* in locu*, do dia a dia da execução."* (fl. 674).

Aduz ainda, à fl. 675, que em vez de substituição, houve a incorporação, em dezembro de 2007, do engenheiro Francisco Germano Batista da Silva como co-responsável técnico, anexando a ART correspondente à fl. 698.

Para a segunda constatação alegou que tendo em vista a dilação do prazo contratual de 18 para 56 meses, o ritmo de trabalho teve que ser ajustado, tendo sido efetuada uma adequação do efetivo de mão de obra indireta empregada na obra para se ajustar à quantidade de trabalho a ser executado ao longo de todo o contrato.

b.) O cronograma existente das obras não estava cumprindo sua finalidade, pois nele as obras foram tratadas de maneira global, não constando as diversas fases construtivas que as compõem nem seus respectivos custos. Dessa forma, restou impossibilitado avaliar, antes do término das obras, se essas se encontravam em dia ou em atraso com o prazo previsto, o que inviabilizou a aplicação da apenação prevista no subitem 12.1.3 do Contrato.

c.) os Relatórios Diários de Obra não estavam cumprindo sua finalidade, pois informações importantes não haviam sido registradas, e que não se justificava a existência de dois registros de ocorrências, uma vez que este é o meio de comunicação oficial previsto em contrato e reuni-lo em um único documento tornaria mais direta e simplificada a comunicação entre a fiscalização e a contratada.

A EMURB e a OAS em seus esclarecimentos a fls. 801 – 802 afirmam a *"relevância dos fatos registrados no Referido Diário de Obra",* bem como a defesa da existência de dois registros de ocorrências para a obra (um para a fiscalização e outro para a empreiteira) e também a ausência de qualquer prejuízo à contratação.

d.) as medições parciais nºs 37-A e 37-B e a medição nº 38 foram entregues à EMURB extemporaneamente, contrariando o disposto no subitem 7.3, Cláusula Sétima do contrato.

A EMURB e a OAS argumentaram que as datas de protocolo das medições citadas não prejudicaram a análise e aprovação dos serviços, de forma que os pagamentos ocorreram no prazo contratual, não ocasionando quaisquer prejuízos.

e.) as medições examinadas evidenciaram que os valores foram apresentados pela contratada em função dos recursos disponibilizados pela EMURB, e não dos serviços efetivamente prestados, caracterizando possível falha de planejamento.

A EMURB e a OAS afirmam e defendem que os valores medidos correspondem à efetiva execução dos serviços, considerados nas respectivas Ordens de Serviço.

f.) não observamos a aplicação de penalidade à contratada pela entrega extemporânea de medições, contrariando o disposto no subitem 12.1.9, Cláusula Décima Segunda do contrato.

A EMURB reiterou que as alegações do Relatório de Acompanhamento, dos signatários Norberto Duran, Gerente de Obras, e Edward Zeppo Boreto, Diretor de Obras em Exercício, no sentido de que *"...a EMURB acompanha detidamente a execução das obras, de forma que não se furtará do dever de aplicar as sanções cabíveis quando efetivamente ocorrer qualquer descumprimento de obrigação contratual por parte da contratada, que venha trazer prejuízo à Administração ou ao Interesse Público ..."*.

A OAS afirma que a pena pelo atraso de alguns dias na entrega das medições seria desproporcional, tendo em vista o alto valor do contrato e *"que as condutas supostamente inquinadas de irregularidades não foram capazes de produzir qualquer dano ao Erário ..."* (fl. 685).

g.) foram observadas medições no período de suspensão do contrato, no valor de R$ 748.409,42, contrariando o disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 44 do Decreto Municipal nº 44.279/03.

A EMURB, alegou que *"... alguns serviços, por sua natureza, não puderam ser paralisados, como aqueles relacionados à conservação das áreas das obras, bem como aqueles relacionados à conservação dos próprios serviços já executados, sob pena de se deteriorarem e necessitarem de refazimento posterior ..."* (fl. 805).

Em seguida, ainda na fl. 805, informa sobre recebimento de materiais:

"... no mês de fevereiro, houve a necessidade de se pagar à contratada a compra de alguns materiais que já haviam sido encomendados, que devido à programação e às características do fornecedor não poderia ser imediatamente cancelada, tendo a entrega ocorrido no período da paralisação."

No que se refere a condições de segurança da população em geral, a EMURB, à fl. 806, informa que *"... solicitou à contratada que realizasse pequenos serviços junto ao entorno do canteiro de obras, como por exemplo, execução de calçadas, asfalto e remoção de entulho."*

E continua, informando:

"... nos períodos de março e abril de 2005 foi medindo apenas a verba constante da manutenção de sinalização viária e desvio de tráfego, serviços estes que não poderiam ser paralisados em razão dos riscos que sua falta poderia causar à população em geral." (fl. 806).

Ao final, a EMURB registra que *"... os serviços foram reiniciados no dia 13 de maio, portanto, todos os serviços executados após esse dia foram pagos ..."*

A OAS informa que :*"... as medições ocorridas no período de suspensão do contrato nº 0118301000 dizem respeito, de um lado, a Ordens de Serviço emitidas pela própria EMURB no período (vide Anexo III), e, de outro, ao valor correspondente a insumos recebidos no período cuja entrega não pôde ser postergada para após o período da paralisação."*

No citado Anexo III, fls. 776 – 781, estão as cópias as Ordens de Serviço de Nº 01 (início das obras), a Ordem de Suspensão de Serviços, as excepcionais de Nº 02 e Nº 03, bem como a Ordem de Serviço de Nº 04 (retomada das obras), todas emitidas pela EMURB à Contratada.

Comentários

A SFC, apesar de manter o apontamento notou que "tanto a Ordem de Suspensão de Serviços, fl. 777, quanto a Ordem de Serviço de Nº 04, de retomada das obras, fl. 781, foram precedidas de despacho da Presidência da EMURB (fls. 173 e 175). Contudo, não localizamos os despachos autorizando a execução das Ordens de Serviço Nos 02 e 03, emitidas em caráter excepcional. Assim, em que pese os esclarecimentos da EMURB e da contratada, justificando quanto à necessidade dos serviços constantes dessas Ordens de Serviço Nos 02 e 03, necessários, a nosso ver, entendemos que essas duas ordens de serviço excepcionais deveriam também ter sido precedidas de despacho emitido pela autoridade superior que suspendeu as obras.

h) que não estavam sendo anexados às medições todos os documentos exigidos no subitem 7.3.1 do contrato.

A EMURB alegou que "só autoriza o pagamento das medições se esse relatório for analisado e aprovado por sua fiscalização, de forma que se a contratada não os tivesse apresentado, em hipótese alguma os pagamentos teriam sido realizados."

A Construtora OAS afirma que *"... todas as informações necessárias à aferição de sua regularidade foram fornecidas à EMURB ..."*

i) As subcontratações dos serviços de projeto, de montagem do canteiro de obras e de construção geral foram precedidas de análise e aprovação do currículo das empresas. Para as demais, não encontramos no processo da EMURB a solicitação para a subcontratação, nem a análise e aprovação, por parte da fiscalização, de tais subcontratações, desatendendo assim o subitem 14.1 do contrato.

A EMURB enfatizou que:

"... em todos os serviços executados por terceiros, não houve qualquer indício de prestação de serviço inadequado ou insatisfatório, pelo que não ocasionaram prejuízo à contratação.

(...)

Aliás, na presente contratação também não há qualquer indício de prestação de serviço inadequado ou insatisfatório, ressaltando-se, por oportuno, que as obras já estão finalizadas e entregues ao trânsito público, o que atesta que a ausência de formalização prévia da autorização para execução dos serviços não ocasionou prejuízo à contratação." (destaques nossos).

Apesar de manter o apontamento, a Auditoria afirma que "o fato de as obras já terem sido executadas e concluídas, sem que se tivesse prejuízo ao erário , não supre o questionamento."

j) na medição de jun/2007 consignou-se que, dos dezesseis itens constantes da amostra analisada, havia irregularidade em nove deles, ou seja, os serviços executados no mês de jun/07, mês de nosso acompanhamento, não foram integralmente medidos pelo fato de já terem sido contemplados indevidamente em medições anteriores, correspondendo a um valor total medido antecipadamente, até 31.05.2007, de R$ 1.485.922,27 (jan/2003).

A EMURB reitera os argumentos do engenheiro fiscal da obra no sentido de que "*Se falhas formais foram detectadas à época da auditoria amostral dos Agentes de Fiscalização do TCM, podemos afirmar que não foram propositais ou decorrentes de má fé da fiscalização da EMURB."* (fl. 811).

A OAS alega que "*tratou de erro material, corrigido na medição seguinte.*" (fl. 683).

[lix] de infringência ao disposto no § 4º, do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/00 e ao inciso III, do § 2º, do artigo 7º, da Lei nº 8.666/93.