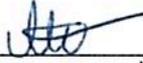


do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Milena Oliveira da Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 – CGM

**INTERESSADA:** JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. – CNPJ nº  
62.162.847/0001-20.

**ASSUNTO:** Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica. Infrações tipificadas pelo artigo 5º, inc. IV, alíneas “a”, “d” e “g”, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Reconsideração.

#### **Despacho deferido**

Irresignada com a decisão proferida no presente PAR, publicada no Diário Oficial da Cidade, em 22 de dezembro de 2020 (fl. 541), a interessada interpôs o presente recurso administrativo, constante nestes autos sob as fls. 555/585.

#### **DO RELATÓRIO**

O presente Processo Administrativo para Apuração de Responsabilidade Administrativa de Pessoa Jurídica (PAR) foi instaurado pela Portaria nº 68/2018 – CGM (fls. 98/98v) contra a pessoa jurídica **JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.**, CNPJ nº 62.162.847/0001-20, em razão da suposta prática de atos lesivos, previstos pelo art. 5º, inc. IV, alíneas “a”, “c”, “d” e “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013, assim como do artigo 88 da Lei Federal nº 8.666/1993, relacionados ao Contrato nº 06/SMSP/COGEL/2014, celebrado entre a interessada e a então Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (SMSP), da Prefeitura do Município de São Paulo, que teve como objeto a “*requalificação do canteiro central com implantação de ciclovia e serviços complementares na Av. Faria Lima entre a Av. Juscelino Kubitschek e Av. Hélio Pelegrino*”.

Conforme Termo de Instauração deste Processo, encartado nos autos sob as fls. 287/289,



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

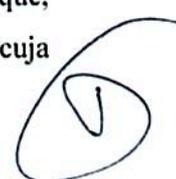
apontou-se que a investigada teria, à luz do enquadramento de práticas previstas pelo art. 5º, inc. IV, alíneas “a”, “c”, “d” e “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013, assim como pelo artigo 88, incs. II e III, da Lei Federal nº 8.666/1993, agido para:

*“I - Fracionar ou anuir com fracionamento de obra única de engenharia, com objetivo de demonstrar a desnecessidade de procedimento licitatório específico para sua contratação e possibilitando a assinatura irregular de contratos baseados em ata de registro de preços de que era detentora;*

*II - Manipular ou participar da manipulação do objeto do contrato nº 06/SMSP/COGEL/2014, que pretendia a prestação de serviços de requalificação de canteiro central, implantação de ciclovia e complementares, com vistas inclusive a justificar a adesão à A.R.P. nº 002/SIURB/2012, de que era detentora, apesar de ser flagrantemente inadequada, vez que firmada para prestação “de serviços pontuais de conservação em vias públicas pavimentadas, ruas de terra e serviços complementares – agrupamento II”, apresentando memorial descritivo, orçamento e cronograma elaborados de forma unilateral e infundada, sem estudos técnicos e estimativas reais prévias; e promovendo ou permitindo inúmeras alterações e adequações posteriores à assinatura do contrato, até com inserção de itens e serviços não só extracontratuais, mas também não constantes da mencionada A.R.P e ainda;*

*III - Manipular ou participar de manipulação de preços de itens orçados para a assinatura do contrato nº 06/SMSP/COGEL/2014, com vistas inclusive a justificar a economicidade da adesão à A.R.P. nº 002/SIURB/2012, de que era detentora, promovendo ou permitindo inúmeras alterações e adequações posteriores à assinatura do contrato.” (g.n.)*

Citada, a interessada apresentou defesa, constante nestes autos sob as fls. 296/311, em que, em conclusão, suscitou: (i) que não caberia à empresa fiscalizar os atos administrativos, cuja



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Milena Oliveira de Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 – CGM

presunção seria de legitimidade; (ii) que foi a própria Prefeitura do Município de São Paulo quem entendeu pela utilização da ARP nº 02/SIURB/2012 para a contratação de serviços de implantação das ciclovias; (iii) que atendeu ao chamamento administrativo em razão de sua obrigação contratual relativa à ARP nº 02/SIURB/2012; (iv) que os preços registrados foram tidos como regulares por esta Controladoria, isto em sede de decisão relativa ao Contrato nº 08/SMSP/COGEL/2014; (v) *bis in idem*, em razão de suposta identidade dos fatos aduzidos com aqueles já analisados em sede da **decisão desta Controladoria enquanto relativa ao Contrato nº 08/SMSP/COGEL/2014**; e (v) que os serviços foram regularmente prestados.

Ao final, requereu a produção de todos os meios de prova pelo direito admitidos – especialmente os meios de prova testemunhal e pericial (fl. 311). Adiante, solicitou a produção de prova pericial de engenharia voltada “*a demonstrar a regularidade dos preços praticados pela JOFEGE, bem como a compatibilidade entre os preços apresentados na planilha da JOFEGE com a obra que se pretendia executar*” (fls. 345/347).

Após deferimento da solicitação pela Presidente da Comissão Processante (fl.333), prova pericial foi, então, apresentada pela interessada (fls. 368/384), em que foi defendido ser justificada tecnicamente a utilização da Ata de Registro de Preços nº 002/SIURB/2012 para a assinatura dos contratos nº 05/SMSP/COGEL/2012, nº 06/SMSP/COGEL/2012, nº 07/SMSP/COGEL/2012, nº 08/SMSP/COGEL/2012, nº 09/SMSP/COGEL/2012 e nº 10/SMSP/COGEL/2012.

A Comissão Processante, por sua vez, em seu Relatório, entendeu por: (i) ter existido contratação sem prévia elaboração de projeto que contemplasse a totalidade do objeto dos contratos; (ii) ter existido fracionamento da totalidade do objeto, o que gerou fracionamento de despesa e possível fraude à modalidade licitatória – conduta vedada pelo art. 23, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/1993); (iii) ter existido uso indevido da Ata de Registro de Preços nº 002/SIURB/2012, isto em razão da distinção entre os objetos dos referidos contratos, de um lado, e o objeto da aludida Ata, de outro lado; e (iv) ter existido sobrepreço, isto em razão das alterações promovidas nos itens dos contratos no decorrer de suas respectivas execuções – “[a] inclusão de diversos preços extracontratuais e a alteração de quantitativos sem impacto



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

*cargos de Secretários [da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras] e [da Secretaria Municipal de Governo], além do Chefe de Gabinete [da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras]" (fl. 441).*

Além disso, a interessada juntou a este Processo, conforme fls. 474/508, os autos de Sindicância Especial de Improbidade Administrativa aberta em face dos ex-servidores Otavio Facuri Sanches Paiva, Cristianne Ravache de Oliveira, Jan Karin Mail e Lucas Phellippe dos Santos, envolvidos nos fatos relacionados a este caso, e cuja decisão foi a de arquivamento do feito por não restar configurada a prática dos então supostos atos de improbidade (fl. 508).

Por fim, na eventualidade da condenação da interessada, requereu a redução do valor da multa aplicada para o seu patamar mínimo, isto diante de alegada desproporcionalidade da multa sugerida pela Comissão Processante, supostamente verificada a partir: (i) da vultuosidade do percentual global das multas sugeridas em decorrência de supostas infrações relacionadas aos contratos nº 05/SMSP/COGEL/2012, nº 06/SMSP/COGEL/2012, nº 07/SMSP/COGEL/2012, nº 09/SMSP/COGEL/2012 e nº 10/SMSP/COGEL/2012, tendo-se em vista que, somadas as cinco possíveis multas, a aplicação de multa relativa ao percentual de 3% (três por cento) sobre o faturamento, para cada contrato, eleva-se a um percentual de 15% (quinze por cento) sobre o faturamento da interessada; e (ii) da aplicação, por esta Controladoria, em sede do Processo Administrativo nº 2016-0.052.592-6, relativo ao contrato nº 08/SMSP/COGEL/2012, de multa correspondente ao percentual de 0,5 (zero vírgula cinco por cento) sobre o valor do faturamento da interessada – que foi seguida de manifestação do próprio órgão, por seu então Controlador, em sede do conhecimento de recurso hierárquico apresentado pela interessada, de que “[c]om fundamento especialmente na manifestação da minha Assessoria (fls. 1312/1316), bem como nos próprios fundamentos da decisão recorrida, MANTENHO a decisão de fls. 1263/1268, inclusive quanto ao valor da multa, entendendo, contudo, não ser desarrazoável eventual abrandamento da pena até o seu limite mínimo pelo Senhor Prefeito ao analisar o presente recurso”.

Adiante, os autos foram levados à decisão do então Controlador, nos termos do art. 17 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, que, *in decidendum* (fls. 518/538), entendeu que: “tendo



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Milena Oliveira de Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 – CGM

*sido respeitadas as exigências formais, cumpridas as diligências necessárias e permitida a ampla defesa, concluo, na esteira do que concluiu a Comissão Processante, ter havido demonstração clara da ilicitude praticada pela pessoa jurídica e o seu enquadramento no artigo 5º, inciso IV, [alíneas] 'a', 'd' e 'g', da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, sobretudo por se tratar de responsabilidade objetiva, de acordo com o artigo 2º da mesma Lei.*

*Ademais, tendo em vista o disposto no artigo 87, [incisos] III e IV, da Lei [Federal] nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também restou demonstrada a infração prevista no artigo 88, [inciso] II, da mesma Lei, de modo que correto o encaminhamento do presente para providências cabíveis no sentido de inabilitação da empresa por ter agido [de maneira] a caracterizar inidoneidade" (fls. 532/533).*

Diante do entendimento da condenação da interessada, a decisão do então Controlador entende cabível a dosimetria sugerida pela Comissão Processante, de modo a condenar a interessada à multa correspondente a 3% (três por cento) de seu faturamento bruto no ano-calendário de 2017, excluídos os tributos, o que corresponde a [REDACTED]

[REDACTED], isto sob o fundamento do art. 6º, *caput*, inciso I, da Lei Federal nº 12.846/2013, c/c os arts. 21 e 22, § 1º, do Decreto Municipal nº 55.107/2014, em razão da prática de condutas tipificadas pelo art. 5º, inc. IV, alíneas "a", "d" e "g", da Lei Federal nº 12.846/2013.

No decurso do prazo, de modo tempestivo, à luz do disposto no art. 18 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, foi interposto recurso, protocolizado em 20 de maio de 2021 (fl. 555) e acostado aos autos sob as fls. 555/585, com pedido de provimento do recurso, sob argumentos que aduzem a ausência de conduta da pessoa jurídica apta a enquadrá-la em uma das descrições típicas das condutas puníveis pela Lei Federal nº 12.846/2013 e apontadas pela decisão recorrida, isto de modo a absolvê-la, especialmente diante da alegação: (i) de *bis in idem*; (ii) de ilegalidade proveniente da violação de sigilo fiscal; (iii) de cerceamento de defesa; e (iv) do frágil conjunto probatório. Subsidiariamente, requereu, pois: (i) a sua absolvição, com relação às imputações das práticas de condutas tipificadas pelo art. 5º, inc.



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

IV, alíneas “a” e “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013; e (ii) a redução da multa imposta ao seu patamar mínimo legal, qual seja, o de 0,1% (zero vírgula um por cento).

Esta é a síntese do necessário ao prosseguimento do feito. À luz das considerações recursais, e tendo em vista todos os fatos e fundamentos já expostos, conheço o presente recurso e passo a decidi-lo a seguir, **demonstrando as razões pelas quais decido pela presente reconsideração.**

#### **DA RECONSIDERAÇÃO**

##### **I – Consideração dos fatos e dos fundamentos trazidos pela interessada a partir do Processo Administrativo nº 2016-0.052.592-6**

Diante dos argumentos trazidos pela interessada, nos termos do recurso interposto (fls. 555/585), necessária a consideração dos fatos relativos ao Processo Administrativo nº 2016-0.052.592-6, referente ao contrato nº 08/SMSP/COGEL/2012, trazidos pela própria interessada.

Este contrato, que possui a mesma origem (ARP nº 002/SIURB/2012) e parte do mesmo tipo de serviço (“*requalificação do canteiro central com implantação de ciclovia e serviços complementares*”), está envolvido no Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica nº 2016-0.052.592-6, no qual foi a empresa investigada pela suposta prática de atos lesivos previstos no art. 5º, inc. IV, alíneas “a”, “b” e “d”, da Lei Federal nº 12.846/2013, em que houve, em síntese, o julgamento dos seguintes pontos: (i) a adequação entre os itens da Ata de Registro de Preços nº 002/SIURB/2012 e o objeto da contratação (“*requalificação do canteiro central com implantação de ciclovia e serviços complementares*”), inclusive com a inserção de itens extracontratuais não previstos na ARP; e (ii) possível conluio entre as empresas JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Milena Oliveira do Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.286.1 – CGM

LTDA., ETEC – EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS ENGENHARIA E COMÉRCIA LTDA., YTAQUITI CONSTRUTORA LTDA. e MW PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., isto na apresentação das cotações de preços utilizadas para subsidiar a contratação da JOFEGE a partir da ARP, as quais “registram data de apresentação anterior ao despacho de solicitação, além de conterem alinhamento de valores e formatação similar” (MEMORANDO nº 2/2016/CORR/COMISSÃO PROCESSANTE/PORTARIA nº 26/2016-CGM – PROCESSO nº 2016-0.052.592-6)<sup>1</sup>.

Quanto ao argumento de possível conluio entre as empresas, a Comissão Processante, relativa ao Processo nº 2016-0.052.592-6, entendeu não haver elementos aptos a comprovar a existência dessa prática, afastando a caracterização da infração do art. 5º, inc. IV, alínea “a” (“frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”), isto porque “a realização de pesquisa por itens específicos justifica a proximidade entre os preços apresentados”, bem como porque “a Tabela de SIURB é utilizada como ‘índice oficial’ pelo mercado, servindo como referência para as empresas atuantes no segmento” (fl. 1168, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>2</sup>.

Quanto à infração prevista pelo art. 5º, inc. IV, alínea “b” (“impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”), a Comissão Processante abordou a questão de que a conduta se verificava, em tese, pela apresentação, pela JOFEGE, de planilha orçamentária relativa ao objeto do contrato, com base em valores constantes da Ata de Registro de Preços nº 002/SIURB/2012 anteriores à celebração de termo aditivo.

Conforme a Nota Informativa nº 01/2016/CGM-GAB: “Nele consta como valor RS 15.777.759,48, ou seja, valor fixado conforme os valores de data base de julho/11 da ARP. Em realidade, tendo em vista que o contrato foi firmado aos 11/04/2014, já deveriam ter sido aplicados os preços de data base posterior, ou seja, já deveria constar no contrato, desde logo, o valor reajustado em 5,17%, equivalente ao valor total de RS 16.593.469,65. Há que se atentar que, caso tivesse sido considerado o valor correto atualizado de RS 16.593.469,65,

<sup>1</sup> Fl. 2621 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

<sup>2</sup> Fl. 1333 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

*já no início do procedimento poderia ter sido constatada a desvantagem do contrato quando da comparação do preço da empresa JOFEGE em relação aos orçamentos constantes da pesquisa de preço, cuja melhor proposta foi de R\$ 16.567.539,65, elaborada pela empresa ETEC Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda.”*

A Comissão Processante afirmou que não era precisa a informação constante na Nota Informativa de que deveria ter havido um reajuste de 5,17%, porque não há um índice padrão de reajuste, devendo os itens constantes na Ata de Registro de Preços serem atualizados individualmente. A Comissão, então, elaborou planilha comparativa entre os valores unitários presentes na ARP 002/SIURB/12 e os presentes no Termo de Aditamento nº 001/002/SIURB/12/2013, para os mesmos quantitativos estimados para a contratação (fls. 1172/1173, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>3</sup>.

Após a aferição unitária dos itens, a Comissão verificou que “o valor do contrato considerando os valores originais da ARP 002/SIURB/12 deveria ser de R\$ 15.777.764,33, enquanto que a proposta contendo os valores da ARP posteriores à celebração do aditamento seria de R\$ 16.438.556,98” (fl. 1173, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>4</sup>. Ou seja, mesmo que considerados os valores unitários pactuados após o aditamento da ARP, a oferta apresentada pela JOFEGE ainda assim seria a mais favorável.

À luz dessa análise, entendeu a Comissão que “é lícito ao concorrente detentor da ARP, por questão de isonomia em relação aos demais concorrentes, ofertar preços inferiores aos registrados na Ata” (fl. 1174, Processo nº 2016-0.052.592-6). Desse modo, também afastou a caracterização da infração do art. 5º, inc. IV, alínea “b” (“impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”).

Quanto à infração relativa art. 5º, inc. IV, alínea “d”, da Lei Federal nº 12.846/2013, a Comissão a delimita como de caráter genérico, pelo que “nele enquadram-se as irregularidades que integram o objeto do presente processo de responsabilização e que, por

<sup>3</sup> Fls. 1336-1337 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

<sup>4</sup> Fl. 1337 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Wilton Oliveira de Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 – CGM

*força do princípio da especialidade, não foram abrangidas pelos dispositivos legais suscitados nos tópicos anteriores” (fl. 1175, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>5</sup>.*

A Comissão, então, enquadrou as seguintes condutas no âmbito do dispositivo supracitado: (i) *“Apresentação, pela pessoa jurídica JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., de Memorial Descritivo, Planilha Orçamentária e Cronograma Físico-Financeiro para a requalificação de canteiro central, com implantação de ciclovia e serviços complementares – das Av. Prof. Fonseca Rodrigues e Pedrosa de Moraes entre a Praça Apecatu e a Av. Faria Lima, com base na Ata de Registro de Preços nº 002/SIURB/2012, sendo que em análise preliminar não se verificou correspondência entre os itens da Ata e o objeto da contratação”;* e (ii) *“Realização, pela pessoa jurídica JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., de 48 (quarenta e oito) pedidos de inserção de preços extracontratuais, dos quais 41 (quarenta e um) eram totalmente estranhos à Ata de Registro de Preços.”*

A Comissão Processante, então, entendeu que *“a estimativa dos insumos/serviços necessários para execução da obra foram estimados unilateralmente pela JOFEGE dentre aqueles que compõem a ARP 002/SIURB/2012, sem a existência de parâmetros precisos que indicassem a adequação de tais itens e dos respectivos quantitativos às reais necessidades para consecução do projeto”* (fl. 1179, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>6</sup>. Concluiu que: *“(i) as modificações contratuais quantitativas revelam que os insumos inicialmente estimados não eram os adequados para execução da obra e (ii) as modificações contratuais qualitativas (PEC's) demonstram a inadequação da ARP 002/SIURB/12 para a consecução do projeto”*.

Neste raciocínio, a decisão desta Controladoria no Processo nº 2016-0.052.592-6 cita que, ao final de sua análise, a Comissão Processante, no relatório de fls. 1161/1189<sup>7</sup>, propôs a aplicação de sanção pecuniária à JOFEGE equivalente a 0,5% (meio por cento) do faturamento bruto no ano-calendário de 2015, aplicadas as exclusões legais, isto em razão da prática de conduta tipificada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “d”, da Lei.

<sup>5</sup> Fl. 1340 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

<sup>6</sup> Fl. 1344 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

<sup>7</sup> Fl. 1326 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

A decisão destacou o argumento da Comissão Processante (fl. 1177, Processo nº 2016-0.052.592-6), que: “[d]iante da não realização dos estudos e projetos necessários para a realização da obra e da ausência de tais informações necessárias para se estimar o custo do projeto, a conclusão que se alcança é que os itens inseridos na planilha orçamentária elaborada pela JOFEGE foram por ela unilateralmente estimados e posteriormente encaminhados às demais concorrentes para fins de realização da cotação de preços”<sup>8</sup>.

A decisão desta Controladoria embasou-se no argumento de ser o objeto do contrato inadequado perante o objeto da ARP e de que os insumos previstos na planilha orçamentária foram superestimados: “a alteração de 41 (quarenta e um) dos 48 (quarenta e oito) itens presentes no orçamento original; bem como a redução do preço do contrato em 25,31%, desacompanhada de qualquer redução dos serviços prestados; demonstram que a ARP – destinada à execução de ‘serviços pontuais de conservação em vias públicas pavimentadas, ruas de terra e serviços complementares’ – constitui[*u*] instrumento inadequado para a execução da ciclovia e que os insumos presentes na planilha orçamentária foram superestimados” (fl. 1267, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>9</sup>.

Conclui que a JOFEGE “direcionou a contratação, por ato de sua exclusiva autoria, para a referida ARP” (fl. 1267, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>10</sup>, aplicando-lhe as sanções como entendidas pela Comissão Processante, fixando a multa administrativa, sob o percentual de 0,5% (meio por cento), no valor de \_\_\_\_\_

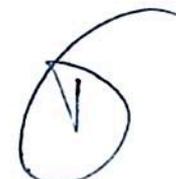
\_\_\_\_\_ com fundamento no art. 6º, inc. I, da Lei Federal nº 12.846/2013, cumulado com os artigos 21 e 22 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, isto com base nos critérios de dosimetria considerados pelo art. 7º da Lei Federal nº 12.846/2013 (fls. 1186/1187, Processo nº 2016-0.052.592-6), por incursão no art. 5º, inc. IV, alínea “d”, também da Lei Federal nº 12.846/2013 (fl. 1268, Processo nº 2016-0.052.592-6)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Fl. 1342 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

<sup>9</sup> Fl. 2900 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

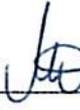
<sup>10</sup> Fl. 2900 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.

<sup>11</sup> Fl. 2902 do Processo 1020365-69.2018.8.26.0053.



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Milonê Oliveira de Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 - CGM

A decisão da Controladoria foi mantida, em sede de recurso, pelo Prefeito (fls. 1318/1328, Processo nº 2016-0.052.592-6).

## II – Preliminares

### *Quanto à tempestividade*

O recurso foi interposto tempestivamente, em 20 de maio de 2021.

Inicialmente, tem-se que as decisões foram publicadas em 22 de dezembro de 2020, momento em que havia a suspensão dos prazos desde o dia 16 de março de 2020. Recorda-se que os prazos estiveram suspensos até o dia 15 de maio de 2021, conforme Decreto Municipal nº 60.207/2021, que prorrogou do dia 1º ao dia 15 de maio de 2021 a suspensão delimitada pelo Decreto nº 59.283/2020, exceto para as situações de que trata o art. 1º, parágrafo único, dentre elas, a descrita pelo inc. VI, referente aos procedimentos regulamentados pelo Decreto nº 55.107, de 13 de maio de 2014, ou seja, que regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Nesse sentido, como dispõe o art. 18 do Decreto nº 55.107/2014: “*Da publicação, no Diário Oficial da Cidade, da decisão administrativa de que trata o ‘caput’ do artigo 17 deste decreto, caberá a interposição de um único recurso, no prazo de 15 (quinze) dias*”. Prazo este que, observada a data de 1º de maio de 2021, encerrar-se-ia em 16 de maio de 2021.

Apesar disso, **considerando a suspensão do curso dos prazos processuais por motivo de força maior**, conforme previsão do art. 2º, § 2º, do Decreto Municipal nº 60.260/2021, **subsidiariamente também conforme ao art. 223, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), considero, como mencionado, tempestiva a interposição do recurso.**



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

***Quanto ao bis in idem***

Diante da menção, pela defesa, de *bis in idem* diante da instauração de seis distintos Processos Administrativos de Responsabilização da Pessoa Jurídica, relativos aos contratos nº 05/SMSP/COGEL/2012, nº 06/SMSP/COGEL/2012, nº 07/SMSP/COGEL/2012, nº 09/SMSP/COGEL/2012 e nº 10/SMSP/COGEL/2012, vale o destaque de que os contratos analisados, derivados da mesma ARP nº 002/SIURB/2012, relacionam-se, porém, a 06 (seis) trechos distintos, que poderiam ter sido executados por 6 (seis) diferentes empresas – isto na eventualidade de ter a execução sido realizada por processo licitatório e não a partir da ARP, inadequada quanto ao seu objeto.

É neste sentido que se reitera o já consolidado posicionamento desta Controladoria, na decisão objeto de recurso, de que: *“A contratação, que poderia ter sido única para toda a ciclovia, foi dividida em 6 contratos que poderiam, portanto, ter sido executados por 6 empresas diferentes. Deste modo, há que se entender que, se fossem 6 empresas, deveriam ser 6 processos de responsabilização distintos, não existindo a hipótese de se alegar o bis in idem em razão de anterior condenação imposta por condutas ilícitas na execução do contrato nº 08/SMSP/COGEL/2014”* (fl. 508, Processo Administrativo nº 2018-0.027.843-4).

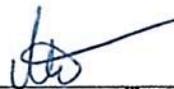
Apesar de possuírem todos origem na ARP nº 002/SIURB/2012, os fatos advindos da execução contratual, originados de seus contratos respectivos, não guardam, necessariamente, relação entre si, o que se comprova nos autos das auditorias realizadas e da análise do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ambos observando diferentes irregularidades em cada contrato.

Também se encontra nesse raciocínio o Parecer PGM/CGC nº 034028056, instaurado em sede do Processo SEI nº 6067.2020/0020052-3 (doc. SEI nº 034028056) que, ao tratar de questionamento desta Controladoria sobre se haveria *“ilegalidade em alguma das hipóteses colocadas – a junção dos PARs ou a manutenção da condução separadamente dos mesmos”*, entendeu que *“não nos parece que a reunião dos processos para apreciação e julgamento conjunto constitua imposição legal – tratou-se de sugestão para melhor administração dos*



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)



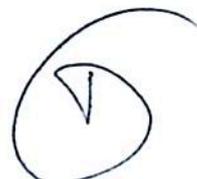
Milena Oliveira da Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 – CGM

*processos, ante a evidente conexão entre eles e a similitude entre as infrações apuradas em cada contrato celebrado. Atente-se que não foi questionada a ocorrência de múltiplas infrações (em decorrência da multiplicidade de contratos), mas tal multiplicidade não impede que elas sejam apreciadas numa mesma decisão, assim como não impede a dosagem e aplicação de uma única penalidade pecuniária, considerando, globalmente, todas as infrações – da mesma forma que, no passado, não impediria a sua apuração em um único PAR. Vale reforçar, contudo, que se tratou de mera sugestão, a ser apreciada por quem detém a competência decisória, que melhor avaliará a forma mais adequada de prosseguir com os processos administrativos, inexistindo, salvo melhor juízo, norma jurídica que imponha, neste caso, um ou outro caminho.”*

#### **Quanto à violação de sigilo fiscal**

Alega-se que houve violação de sigilo fiscal, fundado no art. 5º, inc. X, da CRFB/88, isto por não ter havido, no Ofício encaminhado pelo Controlador Geral do Município ao Superintendente da Receita Federal – em que se solicitou dados da receita bruta da JOFEGE relativo ao ano-calendário de 2017, utilizando-se para tanto do art. 198, § 1º, inc. II, do Código Tributário –, a exposição de “*motivos e fatos plausíveis que comprovem a necessidade dessa informação*”, para que assim o Superintendente da Receita Federal pudesse avaliar a quebra do sigilo dos dados fiscais da empresa.

O Ofício, porém, expôs motivação relativa à responsabilização da pessoa jurídica por justificar se tratar de processo regido pela Lei Federal nº 12.846/2013 e indicar os autos nos quais se desenvolve – restando-se, desse modo, absolutamente fundamentado.



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

### III – Mérito

#### *Quanto ao contraditório e a ampla defesa*

Em sede de recurso, a interessada argumenta ter havido cerceamento de defesa a partir de descon sideração da análise de prova pericial, juntada aos autos pela JOFEGE (fls. 368/384), bem como a partir da descon sideração da análise das provas testemunhais – especialmente, dos depoimentos do Sr. Ricardo Teixeira (à época, Vereador do Município de São Paulo), e do Sr. Valter Antônio da Rocha (à época, Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal das Subprefeituras), que estão anexos aos autos pelas fls. 351/354.

Analizando-se detidamente o conteúdo probatório – especialmente, da prova pericial e das provas testemunhais –, **é possível a conclusão de que as provas, por um lado, reforçam a tese de que o objeto dos contratos nº 05/SMS P/COGEL/2012, nº 06/SMS P/COGEL/2012, nº 07/SMS P/COGEL/2012, nº 08/SMS P/COGEL/2012, nº 09/SMS P/COGEL/2012 e nº 10/SMS P/COGEL/2012 é materialmente divergente do objeto da ARP, mas, por outro lado, também comprovam a tese defendida pela interessada de que a autorização para o uso da ARP partiu da própria Prefeitura, a qual responsabilizou-se pela adoção dessa medida e obrigou a interessada ao cumprimento dos contratos da ARP decorrentes.**

Destaca-se o testemunho do Sr. Valter Antônio, o qual, enquanto Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (SMS P), “*não analisou a adequação da ARP para execução da obra, tarefa que foi desempenhada pela ÁREA TÉCNICA*” e “*não apreciou nenhum dos pedidos de inclusão de preços extracontratuais apresentados pela JOFEGE, tarefa que também era desempenhada pela ÁREA TÉCNICA*”. Também afirmou que “*a cotação de preços desses itens também era feita [pela Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras] com base em tabela de preços de SIURB*” e que, “*posteriormente, era realizada a pesquisa de mercado visando a apurar a equivalência de preços com a tabela da SIURB*” (fl. 353).



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

  
Milena Oliveira de Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 - CGM

Por essa razão, acolho o argumento trazido pela interessada de ser impossível sanção à JOFEGE em razão de irregularidade contida no próprio ato administrativo de autorização do uso da referida ARP à prestação dos serviços que derivaram nos contratos 05/SMSP/COGEL/2014, 06/SMSP/COGEL/2014, 07/SMSP/COGEL/2014, 09/SMSP/COGEL/2014 e 10/SMSP/COGEL/2014, os quais estava a interessada, em virtude da ARP, obrigada a cumprir. Esta também é a doutrina de Marçal Justen Filho, citada pela defesa da interessada (fl. 444): *“Se o sujeito deixa de formalizar a contratação administrativa decorrente do registro de preços quando convocado a tanto, incidirá numa infração que apresentará duas facetas. Por um lado, configurar-se-á inadimplemento absoluto previsto no art. 81 da Lei [Federal] nº 8.666/1993. Por outro lado, existirá conduta incompatível com a continuidade da participação do sujeito naquele registro de preços. Portanto, será aplicada uma sanção.”*

Nesse sentido, também lógico, por paralelismo do raciocínio à figura da Ata de Registro de Preços, o entendimento jurisprudencial citado pela interessada, insito na AP nº 854.659/8-00, no qual ressaltou o Des. Antonio Celso Aguilar Cortez que *“nada autoriza impor à empresa a obrigação de recusar a participação na licitação reconhecendo de antemão irregularidade que pode ou não existir e controlando a regularidade formal do procedimento licitatório e/ou capacitação de eventuais concorrentes.”*

**Quanto ao enquadramento da interessada na conduta tipificada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “a”, da Lei Federal nº 12.846/2013**

Tendo-se em análise a condenação da interessada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “a”, da Lei Federal nº 12.846/2013 (*“frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”*), como já pontuado, trouxe a interessada o argumento de ser insuficiente a alegação de conluio para a responsabilização da pessoa jurídica, isto porque supostamente ausentes os seus motivos determinantes. Este argumento acopla-se ao seu argumento seguinte, de que *“a questão*



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

*elementar a ser tratada é a de que a JOFEGE não teve qualquer participação na decisão administrativa que concluiu ser adequada a utilização da ARP por ela titularizada para a construção das ciclovias. A iniciativa de construção célere das ciclovias, inclusive mediante a utilização de ARP a fim de garantir o atingimento das metas postas pela anterior gestão, partiu do Exmo. Sr. Prefeito Fernando Haddad, conforme relataram as autoridades que à época exerceram cargos de Secretários [da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras] e [da Secretaria Municipal de Governo], além do Chefe de Gabinete [da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras]”.*

De fato, assiste razão à interessada. Conforme o Relatório da Comissão Processante – com o qual a decisão desta Controladoria mostrou-se concorde –, a imputação de conluio entre a interessada e a própria Prefeitura reside apenas no seguinte entendimento: “*esta Comissão não entende que a JOFEGE ‘provocou’ a Administração a contratar as obras aqui analisadas com base na ata da qual era detentora. Entende que a JOFEGE estava de acordo com a Administração quanto ao uso da ata, que NÃO ERA ADEQUADA à obra. Que houve conluio. Que, independentemente da ideia ter partido da JOFEGE ou da Administração, ambas as partes concordaram em frustrar a competição e assinar o contrato com base em ata inadequada*”.

À luz do argumento exposto previamente, ou seja, **de que a autorização para o uso da ARP partiu da própria Prefeitura, a qual responsabilizou-se pela adoção dessa medida e obrigou a interessada ao cumprimento dos contratos da ARP decorrentes, não há como sancionar a interessada em virtude de sua obrigação em cumprir a execução dos contratos previstos a partir da Ata. Desse modo, em reconsideração de decisão desta Controladoria, entendo não haver fundamento a justificar a condenação da interessada no disposto pela aludida alínea.**



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 06/12/2022 (a)



Milena Oliveira da Toledo  
Assessor Técnico II  
R.F. 827.298.1 – CGM

***Quanto ao enquadramento da interessada na conduta tipificada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “d”, da Lei Federal nº 12.846/2013***

Tendo-se em análise a condenação da interessada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “d”, da Lei Federal nº 12.846/2013 (“*fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente*”), seguindo-se a linha de raciocínio delineada nas últimas linhas, não há como prosseguir com a sua condenação, uma vez mais tendo em vista que **a autorização para o uso da ARP partiu da própria Prefeitura, a qual responsabilizou-se pela adoção dessa medida e obrigou a interessada ao cumprimento dos contratos decorrentes da ARP.** A fraude imputada à interessada carece, portanto, de motivo determinante.

***Quanto ao enquadramento da interessada na conduta tipificada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013***

Por fim, com relação à análise da condenação da interessada, por esta Controladoria, referente à prática de conduta tipificada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013 (“*manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública*”), a decisão pauta-se no argumento, presente no Relatório da Comissão Processante, de que ter existido sobrepreço, isto em razão das alterações promovidas nos itens dos contratos no decorrer de suas respectivas execuções (fl. 398) – “[a] *inclusão de diversos preços extracontratuais e a alteração de quantitativos sem impacto financeiro são, na verdade, grave indicio de sobrepreço na contratação.*”

No entanto, é lógica a afirmação de que, **justamente em razão da inadequação do objeto dos contratos 05/SMS/COGEL/2014, 06/SMS/COGEL/2014, 07/SMS/COGEL/2014, 09/SMS/COGEL/2014 e 10/SMS/COGEL/2014 à aludida Ata de Registro de Preços, alterações substanciais promovidas nos itens dos contratos foram necessárias a fim de que fosse possível a execução de todo um projeto relativo à construção de ciclovias e de ciclofaixas.**



do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

Subsiste este raciocínio inclusive a partir da prova pericial produzida e juntada aos autos pela própria interessada, “[a]s planilhas originais dos contratos eram mais amplas, inclusive quanto aos valores totais contratados e itens de serviço. **Para atender o objeto dos contratos ‘REQUALIFICAÇÃO DO CANTEIRO CENTRAL COM IMPLANTAÇÃO DE CICLOVIA E SERVIÇOS COMPLEMENTARES’**, houve necessidade de aprovação de itens que não constavam da tabela pactuada na Ata de Registro de Preços”, bem como que “[o]s contratos foram objeto de replanilhamentos, para adequação das características das obras aos seus objetivos. **No primeiro replanilhamento, houve a substituição e inclusão de itens de serviço, sem alteração do valor contratado. No segundo replanilhamento, houve revisão mais ampla das planilhas de preços, que produziu a redução dos valores das obras, em razão da não utilização de itens de serviço, principalmente de itens de serviço para os quais haviam sido aprovados preços novos**” (g.n.).

A título exemplificativo, e no mesmo sentido, o Relatório da Comissão Processante, insito ao Processo Administrativo nº 2016-0.052.592-6, relativo ao Contrato nº 08/SMSP/COGEL/2014, que concluiu que: “(i) as modificações contratuais quantitativas revelam que os insumos inicialmente estimados não eram os adequados para execução da obra e (ii) as modificações contratuais qualitativas (PEC's) demonstram a inadequação da ARP 002/SIURB/12 para a consecução do projeto”.

Também a título exemplificativo, ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP), em julgamento conjunto sobre o acompanhamento da execução dos contratos nº 05/SMSP/COGEL/2014, 06/SMSP/COGEL/2014, 07/SMSP/COGEL/2014, 09/SMSP/COGEL/2014 e 10/SMSP/COGEL/2014, trazidos nos TCs. 650/2015, 1.976/2015, 2.167/2015, 2.170/2015, 3.277/2014 e 2.168/2015, prevaleceu-se o entendimento de que “restou demonstrado nos autos que houve o saneamento do contrato na medição final, com a redução do valor contratual em 50%, tendo ocorrido a devolução dos valores pagos indevidamente e refazimento de serviços considerados em desacordo com o contrato, conforme esclarecimentos e documentos apresentados pela Origem” (g.n.).



do processo nº 2018-0.027.836-1

em 26/12/2022 (a)

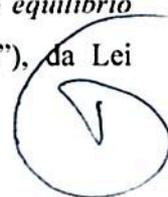
  
Milena Oliveira da Toledo  
Assessor Técnico II  
RF 827.298.1 – CGM

A partir desse entendimento, ou seja, da regularidade do saneamento dos contratos na medição final, com a redução do valor contratual, inclusive com a devolução dos valores pagos indevidamente e o refazimento dos serviços considerados em desacordo com os contratos, **restou-se julgadas regulares as execuções dos contratos examinados** (05/SMSP/COGEL/2014, 06/SMSP/COGEL/2014, 07/SMSP/COGEL/2014, 09/SMSP/COGEL/2014 e 10/SMSP/COGEL/2014).

Por essas razões, em reconsideração, **entendo não haver fundamento para o prosseguimento da condenação da interessada** com relação à prática de conduta tipificada pelo art. 5º, inc. IV, alínea “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013 (“*manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública*”), **especialmente tendo em consideração que as alterações nos itens contratuais realizadas no decorrer da execução das obras: ou (i) foram saneadas na medição final do contrato; (i) ou foram necessárias e justificaram-se em razão da inadequação da realização de obra de construção de ciclovias e de ciclofaixas por meio da referida Ata de Registro de Preços, cujo objeto era o de execução “de serviços pontuais de conservação em vias públicas pavimentadas, ruas de terra e serviços complementares” – e a partir da qual estava a interessada obrigada a cumprir os contratos dela decorrentes.**

#### IV - Dispositivo

Ante o exposto, diante dos elementos supramencionados, **RECONSIDERO a decisão**, publicada no Diário Oficial da Cidade, em 22 de dezembro de 2020, e passo a **ABSOLVER** a pessoa jurídica **JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.**, CNPJ nº 62.162.847/0001-20, diante da acusação da prática de atos lesivos, previstos pelo artigo 5º, inciso IV, alíneas “a” (“*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público*”), “d” (“*fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente*”) e “g” (“*manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública*”), da Lei



Folha de informação nº

do processo nº 2018-0.027.836-1 em \_\_\_/\_\_\_/2022 (a) \_\_\_\_\_

Federal nº 12.846/2013, assim como do artigo 88 da Lei Federal nº 8.666/1993, relacionados ao Contrato nº 06/SMSP/COGEL/2014, celebrado entre a JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. e a então Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (SMSP), da Prefeitura do Município de São Paulo, que teve como objeto a "*requalificação do canteiro central com implantação de ciclovia e serviços complementares na Av. Faria Lima entre a Av. Juscelino Kubitschek e Av. Hélio Pelegrino*".

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 23 de dezembro de 2022.

  
DANIEL FALCÃO  
Controlador Geral do Município

Recebido em 28/12/2022  
WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI  
Cartório - CGM/CORR  
RF. 727.810.1

Setor 03 Fls. 631 e 632  
WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI  
Cartório - CGM/CORR  
RF. 727.810.1  
29/12/2022