WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

INTERESSADAS: JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. (CNPJ 62.162.847/0001-20); ETEC EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS ENGENHARIA E COMERCIO LTDA. (CNPJ 00.505.321/0001-48); YTAQUITI CONSTRUTORA LTDA. (CNPJ 05.252.462/0001-10) e MW PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. (CNPJ 09.520.326/0001-14).

ASSUNTO: Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica – Lei Federal nº 12.846/2013 – Art. 5º, IV, alíneas "a", "b" e "d" – Contratação Pública – Cotação de Preços - Alegação de Conluio entre as Concorrentes; Fraude ao Procedimento Público e ao Contrato – Ausência de Planejamento da Contratação - Estimativa de Materiais Realizada pela Detentora da Ata – Inadequação Quantitativa e Qualitativa – Caracterização da Infração Tipificada pelo art. 5º, IV, "d" da Lei 12.846/2013 e ao art. 65, § 2º da Lei 8.666/93.

Trata o presente de Processo Administrativo para Apuração de Responsabilidade de Pessoa Jurídica pela suposta prática das infrações previstas no art. 5ª, IV, alíneas "a", "b" e "d" da Lei Federal nº 12.846/2013; pelas pessoas jurídicas JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.; ETEC EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS E ENGENHARIA E COMERCIO LTDA.; YTAQUITI CONSTRUTORA LTDA. e MW PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., de acordo com o rito previsto pelo Decreto Municipal nº 55.107/2014.

A instauração do presente foi motivada pela Nota Informativa nº 01/2016/CGM-GAB (fls. 02/14), que apontou a presença de indícios de irregularidades na contratação e execução do Contrato nº 08/SMSP/COGEL/2014 (Processo nº 2014-0.072.641-3). Desta feita, seu objeto abrangeu a apuração de responsabilidade em razão dos seguintes fatos (fl. 47):

a. 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 Pedroso 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 considerando ainda os valores de data base vencida;

b. Possível conluio entre as pessoas jurídicas JOFEGE; ETEC; YTAQUITI e MW PAVIMENTAÇÃO, na apresentação das propostas para a referida contratação, as quais registram data de apresentação anterior ao despacho de solicitação, além de conterem alinhamento de valores e formatação similar;

c. Realização, pela pessoa jurídica JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., de 48 (quarenta e oito) pedidos de inserção de serviços extracontratuais, dos quais 41 (quarenta e um) eram totalmente estranhos à Ata de Registro de Preços;

A instauração se deu por meio da Portaria nº 26/2016 (DOC 05.03.16).

Devidamente citadas, as pessoas jurídicas ofertaram defesa (fls. 69/72; 79/99 e 117/125). A pessoa jurídica MW PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. foi citada por edital, tornando-se revel em decorrência de ausência de manifestação nos autos.

A pessoa jurídica JOFEGE apresentou pedido de produção de prova pericial de engenharia, **para plena comprovação da regularidade das obras e serviços executados** e da **adequação dos preços praticados** (fl. 867); sendo tal pedido indeferido em razão de não guardar relação com o objeto do processo (fl. 1058).

Após finalizada a instrução, a Comissão Processante apresentou o relatório de fls. 1161/1189, pelo qual propõe a aplicação de sanção pecuniária à pessoa jurídica JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., equivalente a do faturamento bruto, aplicadas as exclusões legais, em razão da prática de conduta tipificada pelo art. 5º, IV, "d" da Lei Federal nº 12.846/2013.

WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

O processo foi submetido à análise da Procuradoria Geral do Município (fls. 1192/1196), que não vislumbrou óbice em relação ao seu prosseguimento.

A JOFEGE apresentou ALEGAÇÕES FINAIS (fls. 1205/1235), pela qual sustenta, em síntese, a ocorrência de cerceamento de defesa decorrente do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; impossibilidade de penalização decorrente de irregularidades cometidas por agentes da administração municipal; ausência de irregularidade na proposta apresentada.

Desta feita, são os autos remetidos para decisão, nos termos do art. 17 do Decreto nº 55.107/2014.

É a síntese do essencial.

Por força do princípio da eficiência, a presente manifestação abordará as questões relativas ao indeferimento da produção de prova pericial e os fatos que conduziram à conclusão de caracterização da infração prevista no art. 5º, IV, "d" da Lei Federal nº 12.846/2013.

I – Do Indeferimento do Pedido de Produção de Prova Pericial;

Em sua manifestação de fls. 867, a JOFEGE requereu a realização de prova pericial de engenharia, com o objetivo de comprovar *"a regularidade das obras e serviços executados"* e também *"a adequação dos preços praticados"*.

Referido requerimento foi indeferido pelo Presidente da Comissão Processante, sob o fundamento de que tais questões não guardam *"relação direta ou indireta com o objeto do processo."*

O objeto do presente processo é delimitado pelo Termo de Instauração (fls. 47/48), abrangendo a análise *(i)* da apresentação de memorial

descritivo, planilha orçamentária e cronograma físico-financeiro para realização da obra, elaborados com base na ARP nº 002/SIURB/2012, sem que fosse demonstrada a correspondência entre os insumos cotados e o objeto do contrato; *(ii)* possível conluio entre as pessoas jurídicas que apresentaram cotação de preços e *(iii)* realização de 48 pedidos de inserção de serviços extracontratuais, dos quais 41 eram estranhos à ARP que serviu de substrato para a formalização contrato.

Desta feita, quer-nos parecer que o ateste de regularidade das obras e serviços executados não se compreende dentro do objeto do presente processo de responsabilização.

A regular execução da obra é questão sujeita à análise do fiscal do contrato, devendo ser aferida durante os processos de medição; e uma vez observados os parâmetros técnicos pertinentes justifica-se a expedição de atestado de capacidade técnica.

No entanto, o objeto do processo não abrangeu a análise da regular execução do objeto contratual, matéria adstrita à análise dos órgãos técnicos da edilidade (SMSP/COGEL) e do Tribunal de Contas do Município.

Quanto aos preços praticados melhor sorte não merece o reclamo da pessoa jurídica.

Com efeito, uma vez formalizado por meio de ARP, os preços praticados foram aqueles constantes da Ata. Nesse ponto, o próprio relatório elaborado pela Comissão Processante refutou a tese de que a aplicação de preços anteriores ao reajuste da Ata caracterizaria irregularidade (itens 57 a 63).

Logo, não há qualquer irregularidade nos preços INDIVIDUALMENTE praticados pela JOFEGE, os quais refletem aqueles previamente aprovados na ata.

No entanto, o cerne da questão está em se aferir SE os itens cotados eram quantitativa e qualitativamente adequados ao projeto que se tencionava executar.

WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

Nesse sentido foi a manifestação da Comissão Processante em seu relatório, ao afirmar que *"a imputação presente no item "c" do Termo de Instauração se refere à adequação dos itens presentes na planilha financeira apresentada pela JOFEGE com a reais necessidades para execução da obra; e não aferir se a execução do objeto contratual foi regularmente realizado, de forma que não prospera a impugnação formulada."*

Eventual desajuste entre os itens incluídos no orçamento e os necessários para a realização do projeto constituem fator determinante para a existência de sobrepreço, não nos itens individualmente considerados, mas sim em sua totalidade.

Assim, temos que não se trata de eventual incompatibilidade dos preços praticados, mas sim de superestimativa dos insumos, não havendo o que se aferir a respeito de compatibilidade de preços. Tal questão, por se vincular ao mérito da proposta apresentada pela Comissão Processante, será analisada em tópico apartado.

A própria proposta de penalidade apresentada pela Comissão Processante considera como conduta ilícita a apresentação de planilha orçamentária composta por itens estabelecidos de forma unilateral e inadequados para a execução do projeto.

Com efeito, a regular execução da obra e os preços praticados pela JOFEGE (constantes em ata) NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTO DA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE. Logo, temos que o indeferimento da prova pericial não gerou nenhum prejuízo à pessoa jurídica.

Por derradeiro, nos parece contraditório o requerimento de produção de provas para demonstração da compatibilidade de preços, uma vez que a pessoa jurídica anuiu com a formalização de aditivo contratual para redução de 25,31% do valor do contrato.

O fato de tais valores não terem sido efetivamente percebidos pela pessoa jurídica não afasta sua responsabilidade, porquanto a lei

12.846/2013 não condiciona a aplicação de suas sanções à percepção da vantagem indevida[1].

Assim, pelo conjunto de elementos ora coligidos, constata-se que o objeto da prova pericial requerida pela pessoa jurídica é inócuo, porquanto vinculado a questões *(i)* que não integram o objeto da demanda e; *(ii)* que não constituem fundamento da proposta de aplicação de penalidade formulado.

Por força de tais elementos, deixo de acolher a manifestação apresentada pela JOFEGE, validando a decisão adotada pela Comissão Processante.

II – Da Tipificação de Infração Prevista no art. 5º, IV, "d" da Lei Federal nº 12.846/2013;

Inicio a análise do presente tópico reproduzindo trechos de destaque da conclusão apresentada pela Comissão Processante em seu relatório:

> *74. Diante 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.*
>
> *(...)*
>
> *76. Corroborando esse entendimento, verificamos que enquanto a cotação de preços apresentada pela Jofege foi encartada logo no início do processo,* ***as cotações de preços apresentadas pelas demais concorrentes foram juntadas aos autos, de forma sequencial, somente após os documentos de aprovação da contratação*** *por parte do Conselho Gestor da Operação Urbana Faria Lima e demais documentos relativos à ARP* ***e não imediatamente após o orçamento apresentado pela JOFEGE***

---

[1] Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
II - a vantagem auferida ou **pretendida** pelo infrator;

WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

(...)

80. *Por óbvio que, diante da ausência de estudos e projetos detalhados relacionados ao projeto, o agente privado, na qualidade de detentor de Ata de Registro de Preços, direcionaria os insumos necessários aos itens previstos na respectiva Ata.*

(...)

85. *A instrução do processo demonstra ter a pessoa jurídica elaborado a estimativa dos insumos e respectivos quantitativos para a consecução do projeto, os quais não constavam do projeto antes da solicitação para que apresentasse a planilha orçamentária.*

(...)

87. *Diante disso, temos que as informações que instruem os autos da contratação permitem concluir 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**.*

(...)

95. *Para além da mera violação ao art. 65 da Lei 8.666/93, temos 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**.*

(...)

114. *A significativa redução do valor contratual referenda toda a tese construída tanto no relatório de Sindicância quanto na presente manifestação, no sentido de que com a ausência dos estudos preliminares a estimativa dos insumos e quantitativos necessários para realização do projeto foi estimada unilateralmente pela JOFEGE, que para tanto apresentou orçamento contendo exclusivamente itens previstos na ARP 002/SIURB/2012.*

115. *Esses itens foram utilizados por SMSP (atual SMPR) para realização da pesquisa de preços e, por óbvio, os valores apresentados pelas concorrentes alcançaram valores próximos aos apresentados pela JOFEGE, dada a existência de tabelas referenciais para os respectivos insumos.*

116. *No entanto, não dispunha SMSP de qualquer elemento que indicasse que aqueles insumos e quantitativos eram os necessários para a realização da ciclovia.*

117. *Desta feita, o contrato foi formalizado e, no decorrer da execução contratual a inadequação da Ata de Registro se mostrou evidente, fazendo surgir a necessidade de celebração de diversos aditivos para inserção de preços extracontratuais, os quais, incrivelmente, não impactaram o valor do contrato.*

118. *Posteriormente, com a atuação do Tribunal de Contas do Município e da Controladoria Geral, foram realizadas revisões das medições, verificando-se*

pagamentos superiores ao devido (estornos – conforme demonstrado nos autos da Sindicância).

119. *Ademais, uma vez realizadas as revisões do contrato solicitadas pelo TCM, foi pactuada a redução do valor contratual, reduzindo o preço ajustado em 25,31%, demonstrando que o orçamento inicial foi superestimado."*

A instrução desenvolvida nos autos demonstra que a indicação dos insumos e seus respectivos quantitativos foi elaborada unilateralmente pela JOFEGE. A própria análise dos autos da contratação evidencia tal realidade, uma vez que inexistia nos autos qualquer elemento que permitisse aferir tal necessidade ou conferir sua correspondência com o porte do projeto.

A vinculação dos insumos aos itens presentes na ARP 002/SIURB/2012 representa um benefício à JOFEGE, porquanto viabiliza a contratação mediante sistemática mais célere, afastando o ônus advindo de procedimento licitatório desenvolvido mediante ampla concorrência.

Com tal medida, a JOFEGE obstou a realização de procedimento licitatório amplo, como seria de rigor por força do valor do contrato, ao mesmo tempo em que balizou os orçamentos das demais pessoas jurídicas consultadas, que se viram adstritas aos itens inicialmente apresentados, fato que explica a proximidade entre os valores das demais cotações de preços obtidas.

Tal postura não caracterizaria irregularidade SE os itens presentes na planilha orçamentária fossem efetivamente utilizados para a realização da obra.

No entanto, **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 instrumento inadequado para a execução da ciclovia e que os insumos presentes na planilha orçamentária foram superestimados**.

Por certo que as irregularidades que cercaram o contrato em exame decorrem também de falhas imputáveis aos agentes da Administração

WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

Municipal. Tais irregularidades foram apontadas em Sindicância e culminaram na instauração de procedimentos administrativos disciplinares de exercício da pretensão punitiva.

No entanto, os fatos ora em análise (apresentação de planilha orçamentária contendo itens contemplados em ARP cuja JOFEGE era a detentora, inadequados para a execução do projeto e em quantitativos superestimados) são imputáveis de forma exclusiva à pessoa jurídica.

Não prospera a alegação de impossibilidade de adoção de conduta diversa por ela suscitada.

Com efeito, não estamos a tratar de hipótese de negativa na celebração de contrato decorrente de ARP, mas sim de apresentação de planilha orçamentária contendo insumos quantitativa e qualitativamente inadequados para a consecução do projeto, praticada no intuito de direcionar a contratação, de forma a afastar a realização do procedimento licitatório pertinente.

Logo, a pessoa jurídica não foi instada pela Administração a celebrar contrato decorrente de ata, mas sim **DIRECIONOU A CONTRATAÇÃO, POR ATO DE SUA EXCLUSIVA AUTORIA, PARA A REFERIDA ARP**.

A conduta que lhe é imputada não se qualifica, como quer fazer parecer a JOFEGE, pelo mero preenchimento de planilha previamente elaborada pela administração, com os respectivos custos unitários.

Trata-se, outrossim, de elaboração de estimativa de insumos direcionada à ARP de que era detentora, de forma a beneficiar-se pela celebração do contrato, cuja execução se daria de modo absolutamente dissociado da planilha orçamentária original, como efetivamente se verificou.

Com isso, temos que a instrução desenvolvida pela Comissão Processante demonstrou a irregular conduta praticada pela JOFEGE, bem como fundamentou de forma adequada e suficiente seu enquadramento ao disposto no art. 5º, VI, "d" da Lei Federal nº 12.846/2013.

Por derradeiro, temos que a Comissão Processante realizou parcimoniosa ponderação dos critérios para aplicação das sanções, considerando inclusive a não percepção do valor correspondente a 25,31% do valor do contrato, fixando a multa pecuniária próximo ao mínimo legal e dispensando a aplicação das demais sanções previstas na lei 12.846/13.

As demais propostas apresentadas pela Comissão encontram-se em conformidade com a legislação aplicável, devendo ser apurada a responsabilização por eventuais práticas da mesma natureza nos demais contratos formalizados para construção da ciclovia e a eventual aplicação de penalidade por violação ao art. 65, § 2º da Lei 8.666/93, conforme dispõe o art. 3º, § 9º do Decreto 55.107/2014.

III – Dispositivo;

Ante o exposto, condeno a pessoa jurídica **JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. (CNPJ 62.162.847/0001-20)**, ao pagamento, no prazo de 30 (trinta) dias, de **MULTA ADMINISTRATIVA** no valor de R$ 1.822.356,89 (um milhão, oitocentos e vinte e dois mil, trezentos e cinquenta e seis reais e oitenta e nove centavos), com fundamento no artigo 6º, I, da Lei Federal nº 12.846/2013, c.c os artigos 21 e 22 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, por incursão no artigo 5º, IV, d, da Lei Federal nº 12.846/2013.

Após o encerramento da instância administrativa, caso mantida a decisão, determino a adoção das seguintes providências:

I – a remessa de cópia dos autos à Procuradoria Geral do Município, para adoção dos procedimentos cabíveis, em especial quanto ao ajuizamento de ações e atuação nas ações judiciais em curso que envolvam a matéria em exame;

II - a instauração de processo administrativo de responsabilização, em face da pessoa jurídica **JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. (CNPJ**

WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

62.162.847/0001-20) em relação aos contratos nº 005/SMSP/COGEL/2014; 006/SMSP/COGEL/2014; 007/SMSP/COGEL/2014; 009/SMSP/COGEL/2014 e 010/SMSP/COGEL/2014;

III - a remessa de cópia dos autos ao Secretário Municipal das Prefeituras Regionais, para análise e deliberação a respeito da infração ao **art. 65, § 2º da Lei 8.666/93**;

IV - o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Estadual;

V – na hipótese de inadimplemento de multa, a remessa dos autos à Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos, para inscrição na Dívida Ativa do Município;

VI – a inserção das informações necessárias no Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, nos termos do art. 45 e seguintes do Decreto Federal nº 8.420/2015;

VII – a publicação de extrato dessa Decisão no sítio eletrônico da Controladoria Geral do Município, nos termos do parágrafo único do art. 23 do Decreto nº 55.107/2014.

Aguarde-se eventual apresentação de recurso ou o decurso do prazo recursal.

Publique-se e intimem-se as defesas.

São Paulo, 01 de novembro de 2017.

GUILHERME RODRIGUES MONTEIRO MENDES
Controlador Geral do Município

EXTRATO DE DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA EM PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS JURÍDICAS

Processo nº 2016-0.052.592-6

Por decisão do Exmo. Controlador Geral do Município de São Paulo, publicada no Diário Oficial do Município de ...07../..11..../2017, a pessoa jurídica **JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., CNPJ 62.162.847/0001-20** foi condenada ao pagamento de multa administrativa, no prazo de 30 (trinta) dias no valor de R$ 1.822.356,89 (um milhão, oitocentos e vinte e dois mil, trezentos e cinquenta e seis reais e oitenta e nove centavos). A condenação decorre da **prática de ato contra a Administração Pública Municipal de São Paulo nos termos da Lei Federal nº 12.846/2013** e tem fundamento no artigo 6º, I e II, dessa Lei, c.c. os artigos 21 e 22 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, pela incursão em prática classificada como ato lesivo pelo art. 5º, IV, "*d*" da Lei mencionada.

PUBLICADO EM
07 / 11 / 2017
PÁGINA 15
WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1

segue fls. 1269 a 1270
WILLIAM TSUYOSHI OTSUKI
Cartório - CGM/CORR
RF. 727.810.1
07/11/2017