

Aviso nº 1477 - GP/TCU

Brasília, 4 de dezembro de 2018.

Senhor Coordenador,

Em atenção ao Ofício COI nº 9/2018/CMO, de 31/10/2018, autuado no TCU como TC 040.726/2018-5, encaminho a Vossa Excelência, como solicitado, cópia do despacho do Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, datado de 11/9/2018, bem como da última instrução da unidade técnica e seus respectivos pronunciamentos, referentes ao **TC 034.481/2016-8**, que trata de Obras de Construção do Rodoanel de São Paulo – Trecho Norte.

Atenciosamente,

(Assinado eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

A Sua Excelência o Senhor
Deputado Federal COVATTI FILHO
Coordenador do Comitê de Avaliação das Informações sobre Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves - COI
Brasília – DF



TC 034.481/2016-8

Natureza: Relatório de Auditoria

Unidades Jurisdicionadas: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; Desenvolvimento Rodoviário S/A - DERSA; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

Interessados: Congresso Nacional (vinculador); Construtora OAS S.A. em Recuperação Judicial (14.310.577/0001-04); Governo do Estado de São Paulo (46.379.400/0001-50)

DESPACHO

Trata-se de Auditoria nas obras de implantação do Trecho Norte do Rodoanel de São Paulo, realizada em cumprimento ao Acórdão 2.757/2016-TCU-Plenário (Fiscobras 2017).

O objeto da fiscalização tem em mira o Termo de Compromisso TC 004/1999, firmado entre a União e o Estado de São Paulo, para a implantação do Rodoanel, e o Contrato 4.349/2013, firmado entre a Dersa e a Construtora OAS S/A, para a realização do **Lote 2** do Trecho Norte do Rodoanel de São Paulo.

Neste momento processual, a Unidade Técnica propõe, em relação às obras do **Lote 2** do Rodoanel Norte, com o intuito de aprofundar o exame de mérito, a realização de novas diligências, para a obtenção dos seguintes documentos:

- a) todos os documentos que compõem o projeto atualizado completo da obra (pdf pesquisável e dwg);
- b) notas de serviço de terraplenagem do projeto atualizado (pdf pesquisável e xls);
- c) quadro de origem e destino dos materiais da obra (cortes, aterro, bota-foras e empréstimos) do projeto atualizado (pdf pesquisável e xls);
- d) planilha vigente de quantidades de serviços do Contrato 4.349/2013 (pdf pesquisável e xls); e
- e) memórias de cálculo das quantidades constantes da planilha vigente de quantidades e serviços do Contrato 4.349/2013 acompanhadas de toda a documentação que comprove os valores adotados e sua relação com o projeto vigente.

Propugna, também, pela realização de oitivas e audiências diversas e propõe o indeferimento de pleito de ingresso, como interessado, de Edison Mineiro Ferreira dos Santos, engenheiro fiscal do **Lote 1** do empreendimento auditado.

Consoante registrado nos pareceres, o peticionário foi denunciado pelo Ministério Público Federal, que teria se utilizado do presente processo como fundamentação da peça acusatória. Alega-se, porém, que o peticionário foi denunciado por irregularidades ocorridas no **Lote 1** do Trecho Norte do Rodoanel, enquanto, no presente processo, examinam-se, exclusivamente, irregularidades referentes ao **Lote 2**. Isto significa que o peticionário sequer consta como responsável pelas irregularidades na matriz de responsabilização dos autos sob o meu juízo.

Após essa breve síntese, passo a decidir.

Saliento, inicialmente, que processo engloba relação jurídica que orienta a conduta das partes e dos demais sujeitos na adoção de atos que devem caminhar ordenadamente até o final julgamento de mérito de todas as questões controversas.



O processo observa uma sucessão de fases e etapas racionalmente concebidas e ordenadas para a apuração dos fatos e emissão de juízo pelo Estado. Deve-se nele evitar tratar questões de forma isolada, assistemática e em momentos distintos, sem nexos adequados com o procedimento.

Entendo, assim, inadequado partir para a fase de audiências e responsabilizações em determinadas matérias, enquanto ainda se encontram diversas outras questões pendentes de saneamento, para o qual é fundamental a obtenção dos vários documentos ora expressamente mencionados. Após o exame desses documentos, adentraremos à fase seguinte das audiências e oitivas.

Assim, estou de acordo com a proposta formulada pela Secretaria, para sanear os autos, e **autorizo a realização das diligências sugeridas.**

Quanto ao pleito de ingresso no feito, acompanho, em parte, a análise da unidade técnica. O peticionário não preenche, por um lado, os requisitos para ingressar no processo como parte interessada, haja vista nenhum direito ou interesse jurídico seu poderia ser afetado pelo desfecho da presente auditoria, faltando-lhe, portanto, razão legítima a intervir no curso do processo.

Por outro lado, o próprio Ministério Público apontou similitude entre os casos e o peticionário pode, em sua defesa, até mesmo demonstrar que o apurado nestes autos, referente ao Lote 2, não ocorreu e não se aplica ao Lote 1.

Assim, embora não demonstrada razão legítima para intervir no processo, ser-lhe-á facultada a obtenção de cópia de todas as peças constantes dos autos, desde que não sigilosas, aplicando-se por analogia o disposto no art. 166, §2º, do Regimento Interno, *in verbis*:

§ 2º Poderá ser fornecida cópia de processo, julgado ou não, mesmo de natureza sigilosa, ressalvados os documentos e informações protegidos por sigilo fiscal, bancário, comercial ou outros previstos em lei, a dirigente que comprove, de forma objetiva, a necessidade das informações para defesa do órgão ou entidade federal, estadual ou municipal.

Autorizo, portanto, o **fornecimento de cópia integral dos autos**, com as ressalvas do art. 166, §2º, do RI/TCU.

À SeinfraRodoviaAviação, para as providências

Brasília, de setembro de 2018

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

TC: 034.481/2016-8 Tipo: Relatório de Auditoria

Unidade Jurisdicionada: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), vinculado ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, e Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A.

Responsáveis: Arabenes Pereira de Andrade Correa (CPF 359.388.891-20), Benedito Aparecido Trida (CPF 010.073.898-26), Benjamim Venâncio de Melo Júnior (CPF 393.818.546-53), Jaqueline Costa da Silva (CPF 552.182.371-91), João Henrique Poiani (CPF 121.545.628-09), Laurence Casagrande Lourenço (CPF 076.527.158-30), Nilson Rogerio Baroni (CPF 863.854.708-06), Pedro Paulo Dantas do Amaral Campos (CPF 020.072.648-03), Pedro da Silva (CPF 120.388.878-37) e Silvia Cristina Aranega Menezes (CPF 245.616.728-77)

Procuradores: Marcelo de Oliveira Figueiredo Santos, OAB 69.842/SP e outros (peças 3 e 4), Gilberto Mendes Calasans Gomes, OAB 43.391/DF e outros (peças 253, 254 e 261)

Proposta: preliminar

INTRODUÇÃO

Trata-se de Auditoria nas obras de implantação do Trecho Norte do Rodoanel de São Paulo, realizada em cumprimento ao Acórdão 2.757/2016-TCU-Plenário (rel. Min. Aroldo Cedraz) e integrante do Fiscobras 2017.

HISTÓRICO

2. No período de 5/12/2016 a 7/7/2017 foi realizada a Fiscalização 539/2016, com foco na obra de construção do Rodoanel de São Paulo - Trecho Norte, tendo por objetos o Termo de Compromisso TC-004/1999, firmado entre a União e o Governo do Estado de São Paulo para a implantação da referida via, e o Contrato 4.349/2013, firmado entre a Dersa e a Construtora OAS S.A, em recuperação judicial, para a construção de seu Lote 2.

3. Como resultado, foram identificados os seguintes indícios de irregularidade, registrados no Relatório de Fiscalização 539/2016 (peça 233):

a) III.1. Superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado (pIGP) – peça 233, p. 10-30;

b) III.2. Superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra (pIGP) – peça 233, p. 30-42;

c) III.3. Alteração injustificada de quantitativos (pIGP) – peça 233, p. 43-52;

d) III.4. Subcontratação irregular (IGC) – peça 233, p. 52-59;

e) III.5. Superfaturamento decorrente de alteração da metodologia executiva (IGC) – peça 233, p. 59-64; e

f) III.6. Ausência de análise de prestação de contas do convênio (termo de compromisso) (IGC) – peça 233, p. 64-67.

4. O achado III.2. Superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra contou, ainda, com proposta de medida cautelar, consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU e o art. 15 da Resolução-TCU 280/2016, para suspender os pagamentos relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro.

5. Assim, a proposta de encaminhamento apresentada no Relatório de Fiscalização (peça 233, p. 72-73) foi de solicitar a manifestação preliminar da Dersa e do DNIT quanto aos achados classificados como pIGP e de se realizar a oitiva prévia da Dersa e da Construtora OAS, em recuperação judicial, sobre os pressupostos da medida cautelar sugerida.

6. Após a declaração de impedimento do relator original (peça 236), o processo foi redistribuído para a relatoria da exma. Ministra Ana Arraes, por meio de sorteio (peça 237).

7. Ato contínuo, foram emitidos os ofícios de comunicação referentes às manifestações preliminares do DNIT e da Dersa a respeito dos achados classificados como pIGP (peças 239 e 240) cujas manifestações (peças 247 a 250) foram analisadas na instrução localizada à peça 264.

8. Diante do recebimento de diversos elementos adicionais encaminhados pela Dersa (peças 268, 269 e 271 a 301), a exma. Ministra Relatora, em despacho de 6/12/2017 (peça 307), restituiu os autos à SeinfraRodoviaAviação para que a Unidade Técnica:

a) reanalise a manutenção da classificação dos achados III.1, III.2 e III.3 à luz dos novos elementos trazidos aos autos;

b) analise as oitivas referentes aos pressupostos para concessão da medida cautelar relativa ao achado III.2;

c) aprofunde o exame acerca da majoração dos itens administração central e seguro responsabilidade civil em aditivo contratual no caso de reequilíbrio econômico-financeiro, à luz do acórdão 2.622/2013-Plenário;

d) realize o exame do termo aditivo submetido ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e suas repercussões no contrato em apreço;

e) monitore a atuação da “Junta de Conflitos” e analise a pertinência e o impacto de suas decisões para a obra do Rodoanel Lote 2.

9. Para atendimento da determinação contida no item ‘b’ do citado foi realizada uma instrução preliminar (peça 316) na qual considerou-se que os argumentos apresentados pela Dersa e Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, não foram capazes de descaracterizar os pressupostos da medida cautelar. Em decorrência, propôs-se a suspensão dos pagamentos relativos ao reequilíbrio econômico financeiro do Contrato 4.349/2013.

10. Após essa instrução, a Ministra Relatora Ana Arraes e os Ministros Vital do Rêgo e Augusto Nardes se declararam impedidos para atuar no processo (peças 320, 324 e 326). Em virtude desse rito processual, extrapolou-se o prazo de 40 dias estipulado no § 9º do art. 117 da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2018 (Lei 13.473/2017), c/c o art. 35 da Resolução TCU 280/2016, razão pela qual o Ministro Relator Walton Alencar, último sorteado, alegou a perda do objeto na classificação dos achados com proposta de IGP (despacho à peça 329).

11. Quanto à proposta de medida cautelar realizada na instrução pretérita desta Unidade, o Ministro Relator considerou que as parcelas restantes já haviam sido integralmente pagas, tendo consumado o dano, caso confirmado.

12. Ainda no mesmo despacho, o Ministro Relator determinou a restituição do processo a esta Unidade Técnica para dar prosseguimento ao feito, realizando as análises pendentes solicitadas pela pretérita Ministra Relatora, transcrito no 8º parágrafo desse histórico, e, caso confirmados os débitos, propondo a conversão dos autos em TCE.

13. Após isso, o Relator deferiu o ingresso do Governo do Estado de São Paulo nos autos (peça 337) e, em busca da verdade material, acatou a juntada de documentação apresentada (peças 334 e 335) por esse Ente para ser analisada por esta Unidade Técnica. Determinou ainda que o processo fosse instruído em regime de urgência, com fundamento no que dispõe o art. 159, inciso VII, do Regimento Interno.

EXAME TÉCNICO

14. Esta instrução, de acordo com a determinação do Ministro Relator, deve apreciar as alegações proferidas pela Dersa (peça 268), Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, (peça 267) e o Governo do Estado de São Paulo (peça 334).

15. Destaca-se que quanto aos achados III.4 a III.6 não houve manifestação da Dersa, da OAS ou do Governo do Estado de São Paulo, pois só haviam sido realizadas oitivas das irregularidades classificadas como pIGP (III.1 a III.3) e quanto à aplicação da medida cautelar no achado III.2.

16. Contudo, na manifestação do Governo do Estado de São Paulo foram anexadas as justificativas da Divisão de Obras da Dersa (peça 334, p. 99-127), na qual essa manifestou-se em relação à irregularidade “III.5. Superfaturamento decorrente de alteração da metodologia executiva (IGC)”. Assim, tal manifestação também será analisada.

17. Portanto, não existe nos autos manifestação de nenhuma das partes quanto às irregularidades III.4 e III.6. Dessa forma serão verificadas as providências processuais ara o deslinde desses achados de auditoria.

18. Visando maior clareza e concisão, o exame técnico será realizado por irregularidade apontada no Relatório de Fiscalização. Também para facilitar a leitura, a íntegra das análises das três primeiras irregularidades foi remetida para os apêndices A, B e C. No texto principal desta instrução encontram-se os respectivos resumos.

19. É importante observar que as presentes análises sobre os atos administrativos praticados pelos gestores da Dersa dar-se-ão considerando os quesitos específicos do Contrato 4.349/2013, pois, como este contou com financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), possui mecanismos de gestão próprios distintos da lei nacional, conforme o permissivo do § 5º, do artigo 42 da Lei 8.666/1993 e nos termos das decisões deste Tribunal de Contas da União acerca do assunto. Por outro lado, deve-se destacar que a utilização de dispositivos previstos nas regras de financiamento do BID não afasta os normativos nacionais.

A. Superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado (achado III.1)

20. Nessa irregularidade a equipe de auditoria apontou (peça 233, p. 11):

(...) a ocorrência de indício de sobrepreço no Contrato 4.349/2013 no valor de R\$ 29.595.070,92 (nov/2012), tendo sido superfaturados R\$ 33.526.154,89 (nov/2012), decorrentes da inclusão indevida de novos serviços relacionados à ocorrência de matacões misturados no solo. A inclusão desses serviços é considerada indevida por já existirem itens na planilha orçamentária para a execução desses mesmos serviços a preços menores.

21. Os preços novos ao Contrato 4.349/2013 foram firmados no 3º Termo Aditivo Modificativo (3º TAM), no qual foram adicionados novos preços, por solicitação da empresa executora, em serviços relacionados à ocorrência de matacões misturados no solo.

22. A análise das manifestações da OAS (peça 267), Dersa (peça 268) e do Governo do Estado de São Paulo (peça 334) bem como a decisão da Junta de Conflitos (peça 334, p. 129 a 224) foi realizada no Apêndice A: Análise do achado superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado (página 20).

23. Em resumo, o mérito da questão converge para o entendimento se a quantidade de matacões encontrada caracteriza uma condição física imprevisível, conforme a cláusula 4.12 do Contrato 4.349/2013, ou se seria um risco do negócio, o qual deve ser suportado pela Contratada.

24. De acordo com a análise realizada, entende-se que a existência de matacões, em grande quantidade, nos serviços de escavações a serem realizados no lote 2, inclusive nos túneis, já era previsível de acordo com todos os documentos analisados; e que os serviços previstos na planilha contratual, conforme as especificações e critérios de medição, constantes do projeto, já previam a existência desses matacões. Portanto esse material, em quantidade elevada, já deveria ser considerado pelas empresas licitantes na formação dos seus preços, conforme normas contratuais.

25. Destaca-se que além do projeto informar a existência dos matacões, conforme já evidenciado no Relatório de Auditoria (peça 233, p. 22-26), existiam documentos anteriores à época da licitação disponíveis no sítio eletrônico do BID (<https://www.iadb.org/pt/project/BR-L1296>) referente às obras a serem executadas no Rodoanel Norte. Dentre os quais destacam-se:

a) Plano de Manejo Completo Parque Estadual da Cantareira, de junho de 2009 (peças 345 a 347);

b) Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume III, de setembro de 2010 (peças 348 a 349); e

c) Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume V, de setembro de 2010 (peças 350 a 351).

26. Todos esses já evidenciavam a presença de matacões na região da obra do Rodoanel Norte, sendo que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume V, apresenta o quadro 5.4.1.4, o qual discrimina os atributos dos terrenos por estaqueamento. Com base nesse quadro (peça 351, p. 33-35) era possível prever que aproximadamente 77% dos trechos do Lote 2 teriam matacões nas suas escavações, evidenciado a grande quantidade dessas pedras.

27. Ademais, os serviços previstos na planilha contratual, conforme as especificações e critérios de medição constantes do projeto, já contemplavam a existência desses matacões (conforme demonstrado no Relatório de Fiscalização, peça 233, p. 14-22). Portanto já deveria ser considerada a presença desses matacões pelas empresas licitantes na formação dos seus preços, conforme subcláusula 4.10 do Contrato 4.349/2010, a qual estabelece que (peça 59, p. 39-40):

A Agência Contratante deverá disponibilizar ao Empreiteiro para sua informação, antes da Data Base, todos os dados relevantes em posse da Agência Contratante sobre as condições subterrâneas e hidrológicas do Local, incluindo aspectos ambientais. (...) O Empreiteiro será **responsável pela interpretação desses dados.**

Na medida do praticável (levando em conta o custo e o tempo), o Empreiteiro deverá obter toda informação necessária em relação a riscos, contingências e outras circunstâncias que possam afetar a Proposta ou as Obras. Na mesma medida, o Empreiteiro deverá ter inspecionado e examinado o Local, seus arredores, os dados acima e outras informações disponíveis, e deverá estar satisfeito, antes de enviar a Proposta, **com todas as questões relevantes, incluindo (entre outras):**

(a) a forma e natureza do Local, incluindo as condições subterrâneas. (grifos acrescentados)

28. Entende-se, com base no contrato, que a única imprevisibilidade seria o quantitativo de matacões encontrado durante as escavações, e não a sua existência.

29. Destaca-se que nem mesmo a perda da produtividade em relação à composição prevista em contrato ou a alteração de equipamentos, mão de obra e materiais seriam motivos para alteração contratual dos serviços, conforme confirmado pela empresa contratada no Anexo III do Contrato 4.349/2013 (peça 59, p. 154).

(...) confirma que executará todos os serviços descritos na proposta de preços conforme os respectivos preços unitários apresentados, de forma a atender as Especificações Técnicas, Projetos, Critério de Preço e Medição e demais documentos que compuseram o Edital de Licitação, fornecendo todos os materiais, mão de obra, e equipamentos necessários à boa execução da obra, independentemente de constarem ou não em suas composições de preços unitários.

30. Dessa maneira, a criação de serviços relacionados com a existência de matacões no 3º TAM realizado no Contrato 4.349/2013 não apresenta suporte contratual, por não atender nenhuma das previsões dispostas nas suas cláusulas, sejam as contidas na subcláusula 4.12 ou na 12.3. Além disso, tendo em vista todas as informações disponibilizadas aos licitantes nos estudos ambientais e no projeto básico e considerando o disposto nas subcláusulas 4.10 e 4.11 do Contrato 4.349/2013, não havia como a contratada se apoiar no argumento de imprevisibilidade para pleitear o aditivo e para a Dersa aprová-lo. De acordo com a subcláusula 12.3.b, as especificações de serviço, os critérios de medição e o Anexo III do Contrato 4.349/2013, não haveria razões para a criação de preços novos para os serviços envolvendo matacões.

31. Essa situação, inclusive, era de conhecimento da Dersa e seu corpo técnico à época não concordava com a celebração do aditivo.

32. Sobre esse assunto, a título de ilustração, o engenheiro fiscal das obras do Lote 5 teria informado, em depoimento à Polícia Federal, que a troca de gerentes em 9/9/2015 ocorreu porque o então responsável pelas obras não concordava com o aditivo (<https://veja.abril.com.br/politica/fiscal-aponta-pressao-para-mudar-precos-em-obras-do-rodoanel-norte/>, acesso em 25/8/2018):

O engenheiro Hélio Roberto Correa, fiscal da Dersa (Desenvolvimento Rodoviário S/A) na construção do Trecho Norte do Rodoanel, confirmou à Operação Pedra no Caminho a “pressão pela mudança de preço” das obras. (...)

Aos investigadores, o engenheiro relatou que foi subordinado a Emílio Urbano Squarcina, gerente de Obras II, responsável pela construção do Rodoanel até sua saída. **Pressionado a mudar custos da obra, contou, Emílio se negou a assinar tais alterações contratuais e perdeu o cargo.**

“Emílio foi substituído por Pedro Paulo Dantas do Amaral em setembro de 2015, em razão da pressão pela mudança de preço; que Pedro Paulo já era gerente da Divisão de Obras I, relacionadas a outras obras que não a do Rodoanel, por exemplo, Tamoios e contorno”, afirmou o engenheiro Hélio Correa.

“Pedro Silva, diretor de Engenharia da Dersa, determinou a dissolução da Gerência de Obras II ocupada por Emílio diante da discordância dele em relação à mudança de preços em todos os lotes e a consequente saída de Emílio para o Departamento Hidroviário”, revela o engenheiro. (grifos acrescentados).

33. Por outro lado, nas manifestações argumenta-se que os preços novos são provisórios e poderão ser revistos até o final da vigência do contrato. Trata-se de argumento que desconsidera que a própria existência do serviço novo é irregular e não leva em conta a temeridade de se adiantar valores (em sendo reversível, os valores pagos a maior seriam estornados nos pagamentos futuros do contrato) a uma empresa que se encontra em recuperação judicial e, portanto,

enfrentando dificuldades para honrar com seus compromissos financeiros. A recuperação judicial da Construtora OAS S.A., inclusive, já era de conhecimento da Dersa quando da assinatura do aditivo, pois data de seis meses antes da assinatura do 3ª TAM.

34. A falta de amparo na criação dos novos serviços já poderia acarretar a conversão destes autos em TCE, conforme determinação do Ministro Relator Walton Alencar em seu Despacho (peça 329). Contudo, como foram suscitadas dúvidas quanto ao quantitativo medido nos serviços de remoção de matacões em escavação a céu aberto e nos outros serviços de terraplenagem, conforme demonstrado no Apêndice A, entende-se de forma prudente realizar diligência para que a Dersa, a fim de comprovar os quantitativos medidos, envie os seguintes documentos:

- a) todos os documentos que compõem o projeto atualizado completo da obra (.pdf pesquisável e .dwg);
- b) traçado em planta e em perfil, desenho das seções transversais e notas de serviço de terraplenagem do projeto atualizado (.pdf pesquisável, .dwg e .xls);
- c) retrógrafa da terraplenagem (.pdf pesquisável e .dwg);
- d) resumo das obras de terraplenagem do sistema de medição da Dersa;
- e) memórias de cálculo dos volumes das obras de terraplenagem;
- f) versão atualizada da peça 356, com as respectivas memórias de cálculo dos volumes apresentados (.pdf pesquisável e .xls);
- g) planilha atualizada de quantidades de serviços do contrato 4.349/2013 (pdf pesquisável e xls);
- h) saldos a medir dos quantitativos de remoção de matacão a céu aberto (.pdf pesquisável e .xls); e
- i) memórias de cálculo das medições dos serviços de escavações referentes ao contrato 4.349/2013 acompanhadas das seções transversais medidas, com a classificação dos materiais escavados (.pdf e .dwg).

35. Quanto à suposta Junta de Conflitos (JC), entende-se que a sua criação foi irregular, não sendo obedecidos os ritos contratuais para a sua instauração, conforme será demonstrado a seguir, o que afeta também a validade sobre o contrato de suas conclusões.

36. De acordo com as Condições Especiais do Contrato (CEC) a Junta de Conflitos deveria ter sido nomeada 28 dias após o início do Contrato 4.349/2013 (peça 59, p. 135).

37. O Contrato 4.349/2013 apresenta as regras de procedimento para a JC (peça 59, p. 129-130) que estabelecem que desde o início das obras essa junta deve visitar em intervalos de não mais de 140 dias os locais da obra, sendo que (peça 59, p. 129):

O propósito das visitas ao local é permitir que a JC se familiarize com o andamento das Obras e de quaisquer problemas ou reivindicações reais ou potenciais, e, na medida do possível, se esforce para prevenir que potenciais problemas ou reivindicações se tornem conflitos.

38. Contudo, essa suposta JC só foi instaurada depois da existência do conflito relacionado aos matacões. Essa informação consta nas manifestações da Dersa e do Estado de São Paulo, na cópia da solicitação realizada pela construtora juntada aos autos na peça 276 e no próprio Termo de Acordo da Junta de Conflitos (peça 269).

39. Por não existir um Junta formalizada antes do conflito surgido e por essa nunca ter ido aos locais da obra, a instauração da suposta Junta de Conflitos não só não seguiu as disposições contratuais como se deu em desobediência à regra explícita da subcláusula 20.8 (expiração da nomeação da Junta de Conflitos), a qual prevê que (peça 59, p. 121):

Se entre as Partes surgir um conflito relacionado com o Contrato ou a execução das Obras, e **não houver uma JC estabelecida**, seja por motivos da expiração da nomeação da JC ou por outro motivo:

(a) **não se aplicarão a subcláusula 20.4 [Obter uma Decisão da Junta de Conflitos] e a subcláusula 20.5 [Acordo Amigável];**

(b) o conflito poderá ser submetido diretamente a arbitragem de acordo com a subcláusula 20.6

(grifos acrescentados)

40. Assim sendo, a criação da suposta Junta de Conflitos, na forma como se deu, é irregular, pois não encontra amparo legal ou contratual. Seu relatório deve ser desconsiderado para quaisquer fins relativos ao Contrato 4.349/2013. Outrossim, quaisquer valores desembolsados pela Dersa para remunerar seus membros conforme a Cláusula 10.5 do Termo de Acordo da Junta de Conflitos – Condições Específicas (peça 269) não podem ser suportados pelo Contrato 4.349/2013 nem pelo Termo de Compromisso TC 4/1999. Em uma visão preliminar, o valor dispendido para o seu pagamento, caso não seja recuperado pela União por outras vias legais ou não tenha sido pago com recursos exclusivos do estado de São Paulo, deve ser objeto da futura TCE que vier a ser instaurada.

41. Dessa forma deve-se diligenciar a Dersa para que esta comprove com quais recursos foram pagos os custos dessa JC. Além de realizar oitiva da Dersa e da Construtora OAS S.A. perante essa suposta irregularidade, diante da possibilidade de decisão no sentido de desconstituir esse ato.

B. Superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra (achado III.2)

42. Quanto a essa irregularidade a equipe de auditoria se pronunciou da seguinte forma (peça 233, p. 30):

Identificou-se indícios de sobrepreço de R\$ 23.147.293,71 (nov/2012) no 8º TAM ao Contrato 4.349/2013 e de R\$ 13.789.576,48 (nov/2012) no aditivo que se encontra em processo de aprovação pelo BID, dos quais R\$ 21.613.785,39 (valor original + reajuste) já convertidos em indício de superfaturamento, correspondente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato advindo de atrasos nas liberações das frentes de serviço pela Contratante. Esses indícios decorrem dos critérios adotados no cálculo dos valores devidos, que consideraram itens que não deveriam ser objeto do cálculo e de valores exagerados para os demais itens.

43. A irregularidade apontada no relatório de fiscalização decorre de inconsistências nos critérios adotados no cálculo do montante do aditivo, que consideraram itens que não deveriam ser objeto do cálculo (por exemplo, Administração Central e Seguro Responsabilidade Civil) e de valores superestimados para outros itens (Administração Local).

44. Diante da sua materialidade e do potencial de causar prejuízo ao erário, classificou-se o achado III.2 como irregularidade grave com recomendação de paralisação (IGP). O achado também contou com proposta de medida cautelar de suspensão de pagamentos relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro.

45. Em seguida, na instrução de análise das manifestações dos responsáveis (peça 264), cujo objetivo era verificar a manutenção ou não da classificação dos achados como pIGP, considerou-se plausível parte das alegações e o sobrepreço apontado foi reduzido. Para a redução de valor do sobrepreço, a unidade técnica acatou as argumentações apresentadas relativas à necessidade de ressarcimento de valores devidos aos itens “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”.

46. Após isso, nova instrução (peça 316) analisou as oitivas prévias referentes aos pressupostos da medida cautelar, na qual considerou-se, além das manifestações da Dersa (peça 247), as da Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, (peça 267).
47. Procedeu-se então, na presente ocasião, ao aprofundamento do exame acerca da majoração dos itens administração central e seguro responsabilidade civil em aditivo contratual no caso de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme determinação da Ministra Relatora (peça 329), considerando nesse estudo a manifestação do Governo do Estado de São Paulo. Esse aprofundamento foi realizado e consta do Apêndice B: análise do superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra (página 47).
48. Com base, nessa análise, constatou-se que o procedimento correto não seria a realização de um aditivo contratual para recompor o equilíbrio contratual com base num Parecer teórico, como o realizado pelo Sr. Mozart Bezerra da Silva (peça 178) e sim com base nos custos que a Empreiteira tenha efetivamente incorrido.
49. O contrato, conforme subcláusula 8.9, prevê o pagamento do custo que o empreiteiro sofrer devido a atrasos na obra decorrente da atuação da agência contratante. Quando essa situação ocorrer o Empreiteiro deve fazer uma reivindicação desse custo, seguindo o procedimento previsto na subcláusula 20.1, detalhando os custos que tenha incorrido.
50. Contudo, conforme analisado, o valor aditivado não teve como base os custos incorridos pela empreiteira e sim um parecer teórico, o qual foi contratado pela Dersa para validar o pedido realizado pela Construtora. Tal fato poderia, inclusive, gerar a nulidade desses aditivos.
51. Tendo em vista que o aditivo já estava assinado e o mesmo teve como parâmetros esse parecer, a equipe de auditoria, em busca da verdade material, analisou a plausibilidade dos parâmetros adotados pela Dersa ao realizar esse aditivo.
52. Considerou-se, então, plausível o incremento de despesas com a Administração Local, devido à prorrogação da obra, argumento já acatado à época do relatório de fiscalização e ratificado nas instruções às peças 264 e 316.
53. Entretanto, em relação aos itens “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”, não se considerou aceitável o ressarcimento, conforme será tratado a seguir.
54. A quantificação do percentual da Administração Central (rateio) é fruto do que a empresa espera obter dos contratos a serem firmados por ela num determinado período. Evidentemente, o número de contratos firmados e respectivos valores são incertos e dependem de outras variáveis (situação econômica da empresa e do país, ambiente concorrencial, necessidade de se firmar mais contratos, etc.). Sabe-se que nesse rateio deve estar incluída uma parcela dos riscos que a empresa possui. Diante disso, não se considera razoável o ressarcimento da empresa por riscos que ela deveria assumir.
55. Cabe ainda destacar trecho do voto condutor do Acórdão 2.622/2013 – Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer:
143. Importante destacar, contudo, que não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados e por isso é importante obter valores de referência (...)
56. Portanto, foi justamente alinhada a essa diretriz que a equipe de auditoria apontou o indício de irregularidade relativo ao ressarcimento por atrasos na obra, baseados em itens do BDI, com vistas a coibir o pagamento de valores considerados abusivos.

57. Destaca-se, ainda, o Acórdão 692/2010-TCU-Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes, o qual tem como ementa:

2. É legítimo ao contratado pleitear compensação financeira a título de administração central, quando comprovada a ocorrência de atraso na execução do contrato que possa ser atribuído exclusivamente à Administração; imprescindível, ainda, que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular, impedindo-o de perceber, durante o período de inatividade, a devida contraprestação financeira em face da impossibilidade de vir a executar o objeto na forma avançada e, ao mesmo tempo, de aproveitar aquela fração da administração central em outro empreendimento.

58. Portanto, deveria a empresa comprovar o custo incorrido e a impossibilidade de absorção da parcela não utilizada na obra do Rodoanel em outra(s) obra por ela contratada ou em execução, no mesmo período.

59. Em relação às eventuais despesas adicionais com o item “Seguro Responsabilidade Civil”, infere-se que o deslinde da questão não é complexo e se encontra sob responsabilidade da empresa. Sabe-se que, em caso de atraso nas obras, a apólice de seguro deve ser alterada por meio de endosso.

60. Assim, acredita-se ser possível à empresa a comprovação das despesas incorridas com tal seguro, referente aos dois prazos: o inicialmente previsto (prêmio originalmente previsto) e o prazo prorrogado (valor do endosso).

61. Dessa forma, considerando:

a) que os percentuais do item Administração Central no BDI da empresa (6,00%) são bastante superiores aos valores de referência (4,01%) indicados no Acórdão 2.622/2013 - Plenário. Portanto, mesmo se se considerasse o pleito da contratada razoável, os pagamentos que a empresa recebeu cobririam com folga quaisquer despesas adicionais alegadas, relativas ao item;

b) que os percentuais do BDI da empresa não foram objeto de análise e aceitação quando de sua contratação;

c) que não havia previsão contratual sobre essa forma de aditivo (ressarcimento proporcional a itens do BDI);

d) que a empresa contratada não demonstrou em momento algum os gastos extras efetivamente incorridos devido à prorrogação de prazo do empreendimento, conforme exigem as regras do contrato; e

e) a flexibilidade que a empresa deve possuir na alocação de seus recursos diante das variações no andamento das obras, que é inerente ao ambiente concorrencial privado.

62. Logo, os aditivos relacionados ao ressarcimento de despesas adicionais referentes à Administração Central e ao Seguro Responsabilidade Civil não são devidos, a não ser que devidamente comprovadas pela Contratada. Considera-se então que as conclusões deste item estão alinhadas ao que foi apontado no relatório de fiscalização (peça 233), inclusive quanto à quantificação do sobrepreço.

63. Destaca-se que o 10º TAM, conforme demonstrado no item V do Apêndice B, apresenta três impropriedades que majoraram indevidamente o Preço do Contrato, sendo elas:

a) consideração de percentuais majorados em relação ao BDI contratual, incorrendo em duplicidade com o pagamento do reequilíbrio econômico-financeiro em item específico;

b) erro no cálculo do valor financeiro referente aos itens remanescentes ao aplicar os percentuais referentes à metodologia original sobre o “Custo TCU”; e

c) erro no cálculo da taxa de BDI aplicável ao prazo complementar por não realizar a adaptação dos percentuais dos itens remanescentes à nova metodologia.

64. Em se mantendo as condições contratuais à época, particularmente o saldo (preço e custo) a ser medido, a superestimativa se limitaria à duplicidade de pagamentos de R\$ 17.512.762,13, já calculada.

65. A eventual correção desse valor no contrato deve passar pela revisão dos valores dos serviços “PCP 106 – Administração Local (prazo complementar)” e “PCP 107 – Mobilização e desmobilização de equipamentos (prazo complementar)”, além da taxa de BDI para o prazo complementar, adotando as correções acima descritas.

66. O valor acima apontado foi calculado com base no saldo existente à época da elaboração do Parecer. No entanto, o 10º TAM promoveu acréscimos e supressões de serviços que acrescentaram R\$ 71.901.204,88 de serviços além daqueles que foram considerados no parecer, representando aumento de R\$ 63.104.405,59 de custo (peça 360). Considerando que o cálculo do BDI para o prazo complementar se utilizou dos percentuais aumentados de “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”, de 7,42% e 1,05% (peça 178, p. 36), ao invés dos 5,16% e 0,73% adequados para a nova metodologia (peça 360), houve um acréscimo de R\$ 1.628.131,65 no sobrepreço decorrente da alteração de BDI no 10º TAM.

67. Ratificam-se então a irregularidade apontada no achado III.2 do relatório de fiscalização e também os cálculos efetuados para se definir o sobrepreço de R\$ 23.147.293,71 (nov/2012), relativo ao reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo contratual original, objeto do 8º TAM, e de R\$ 13.789.576,48 (nov/2012), relativo ao valor do reequilíbrio para o prazo complementar - 10º TAM. Também se identificou mais R\$ 17.512.762,13 de pagamentos em duplicidade relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente do cálculo realizado para a alteração da metodologia do BDI e materializados nos valores dos novos itens de planilha “PCP-106 – Administração Local (prazo complementar)” e “PCP-107 – Mobilização e desmobilização de equipamentos (prazo complementar)” e dos novos percentuais de BDI, todos formalizados no 10º TAM. Acrescenta-se mais R\$ 1.628.131,65 decorrente da majoração do novo BDI aplicado sobre os novos custos decorrentes dos acréscimos e supressões de serviços promovidos no 10º TAM. Totaliza-se, assim, R\$ 56.077,763,97.

68. A ocorrência desse sobrepreço, configurando superfaturamento, poderia implicar na conversão destes autos em TCE, conforme determinação do Ministro Relator Walton Alencar em seu Despacho (peça 329). Contudo, considera-se prudente diligenciar a Dersa para que encaminhe todas as análises, pareceres técnicos e jurídicos, Propostas de Resolução de Diretoria, Resoluções de Diretoria e demais documentos relacionados à definição dos valores adotados no 10º TAM em decorrência da revisão do BDI, incluindo os valores dos serviços que foram transferidos do BDI para a planilha de custos diretos, para a correta identificação dos responsáveis.

C. Alteração injustificada de quantitativos (achado III.3)

69. Por meio do item III.3 do Relatório de Fiscalização 539/2016, na sua parte introdutória, a equipe pronunciou-se acerca dos quantitativos do 1º e do 3º Termos Aditivos Modificativos (TAM) ao Contrato 4.349/2013 (Evidências 8 e 22), referente às obras do Lote 2 do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas, os quais não estariam harmônicos com os projetos executivos da obra naquele momento. Enquanto serviços novos cresceram R\$ 92.569.819,36 ao contrato (nov/2012 – peça 233, p. 70), outros serviços, essenciais à conclusão da obra, tiveram diminuição de quantitativos. Essas alterações tiveram impacto nulo no custo da obra (peça 233, p. 43 a 46).

70. A análise das manifestações da Dersa (peça 268), da OAS S.A (peça 267) e do Governo do Estado de São Paulo (peça 334) foram realizadas no Apêndice C: Análise da irregularidade alteração injustificada de quantitativos (página 57).

71. No exame realizado foi confirmada a parte inicial da irregularidade que tratou da alteração dos quantitativos consolidados no 3º TAM, os quais estariam desprovidos de projetos bem como de justificativas que os comprovassem.

72. Os dados atualizados do contrato do Lote 2 demonstram que quantitativos de serviços essenciais à conclusão da obra, suprimidos no 3º TAM, retornaram à planilha contratual após 10º TAM. Esse fato tanto demonstra a assertividade do apontamento do Relatório de Fiscalização 539/2016, corroborando aquela parte do achado, quanto poderia demonstrar o saneamento desse mesmo achado no momento atual na hipótese de comprovação das quantidades por meio de projetos. Assim, o mérito dessa irregularidade depende da apresentação de novos documentos, os quais possibilitarão a análise mais profunda dos dados apresentados.

73. Em relação aos quantitativos de escavação, bota-fora (DME) e momento de transporte, os dados atuais dos termos aditivos são diferentes da situação tratada anteriormente no Relatório de Fiscalização 539/2016. A eventual comprovação do dano ao erário demandaria a análise dos projetos e demais elementos caracterizadores da exatidão das quantidades dos serviços constantes dos termos aditivos.

74. Ademais, em que pese estar previsto a deposição em bota-fora de 771.961,30 m³ de material de 3ª categoria, chama atenção o fato que consta até o 13º TAM um montante de 17.689,71 m³ do serviço de “Sub-base ou base de brita graduada simples” e de 24.363,02 m³ do serviço de “Sub-base ou base de pedra rachão”, ambos com fornecimento de materiais por via comercial. Assim, cabe a Dersa apresentar as razões da não utilização de materiais produzidos na obra para os citados serviços.

75. Nesse caso, propõe-se diligenciar a Dersa para a obtenção dos seguintes documentos das obras do **Lote 2** do Rodoanel Norte:

a) todos os documentos que compõem o projeto atualizado completo da obra (pdf pesquisável e dwg);

b) notas de serviço de terraplenagem do projeto atualizado (pdf pesquisável e .xls);

c) quadro de origem e destino dos materiais da obra (cortes, aterro, bota-foras e empréstimos) do projeto atualizado (pdf pesquisável e .xls);

d) planilha vigente de quantidades de serviços do Contrato 4.349/2013 (pdf pesquisável e xls);

e) memórias de cálculo das quantidades constantes da planilha vigente de quantidades e serviços do Contrato 4.349/2013 acompanhadas de toda a documentação que comprove os valores adotados e sua relação com o projeto vigente (pdf pesquisável e .xls); e

f) manifestar sobre a não utilização de materiais produzidos na obra para serviços de Sub-base ou base de brita graduada simples e de pedra rachão para os montantes de 17.689,71 m³ e 24.363,02 m³, previstos no 13º TAM, respectivamente, em detrimento da utilização dos materiais pétreos que foram removidos do túnel e dos cortes da obra.

D. Subcontratação irregular (achado III.4)

76. A equipe de auditoria identificou que a empresa OAS S.A., em recuperação judicial, subcontratou a empresa Toniolo Busnello S.A em 4/4/2016, pelos valores estimados de R\$ 54.028.472,95 (nov/2012) e R\$ 117.834.151,11 (nov/2012) para a execução da escavação e tratamentos subterrâneos dos Túneis 201 e 301 do Rodoanel Trecho Norte, o que seria vedado, por se tratar de atividade essencial, segundo o Edital de Pré-Qualificação (EPQ) e do Edital da Licitação Pública Internacional (LPI) 6/2011-CI.

77. Destaca-se que, no decorrer da licitação, houve questionamento relativo a possibilidade de subcontratação de atividades essenciais de construção, as quais foram

respondidas pelo Boletim de Esclarecimentos 3 do Edital de Pré-qualificação da LPI 006/2011-C (respostas 4, 5, 8, 92i e 92ii), restando claro a vedação à subcontratação dessas atividades.

78. A equipe de auditoria, em seu relatório, já detalhou todo o processo de aprovação da subcontratação e inclusive os responsáveis por essa irregularidade (peça 233, p. 52-59), a qual continua válida.

79. Assim, com base nos apontamentos realizados no Relatório de Auditoria e na sua matriz de responsabilização (peça 233, p. 122-125), deve-se propor a audiência dos seguintes responsáveis, com fundamento no art. 250, inciso IV do Regimento Interno do TCU c/c art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992 devendo apresentar as razões de justificativas no prazo de quinze (15) dias:

a) Benedito Aparecido Trida (CPF: 010.073.898-26), na condição de engenheiro fiscal do Lote 2, desde 7/2/2013, por:

a.1) não ter adotado providências com vistas a impedir que a empresa Toniolo Busnello, subcontratada pela Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, executasse os serviços de escavação do Túnel 201, Lote 2 do Rodoanel Trecho Norte, o que é vedado nos termos dos Editais de Pré-qualificação e da LPI 006/2011, uma vez que se trata de atividade essencial de construção;

a.2) ter permitido a execução dos serviços à revelia do disposto no item 4.4 das Condições Gerais do Contrato 4.349/2013, o qual exige o consentimento prévio do Engenheiro para a subcontratação de empresa não designada no contrato, e na subcláusula 4.4 – Subempreiteiros da Parte B – Disposições Gerais das Condições Especiais do Contrato, a qual determina que o pedido de subcontratação deve ser encaminhado pelo Empreiteiro ao Engenheiro da Dersa, explicitando os motivos de fato e de direito que conduzem ao requerido, com vistas à obtenção de anuência da Agência Contratante.

b) Pedro Paulo Dantas do Amaral Campos (CPF: 020.072.648-03), na condição de Gestor do empreendimento Rodoanel Trecho Norte, desde 10/9/2015, ter proposto por meio das PRDs/EG/DIOBA 31/2017 e 33/2017, ambas de 24/3/2017, autorização para subcontratar, em momento posterior à efetiva contratação, com faturamento direto à Dersa, a Empresa Toniolo Busnello S.A., para a execução dos túneis 201, lote 2, e 301, lote 3 do Rodoanel Trecho Norte, o que é vedado nos termos dos Editais de Pré-qualificação e da LPI 006/2011.

c) Pedro da Silva (CPF: 120.388.878-37), na condição de Diretor de Engenharia da Dersa S.A., desde 27/4/2010; Laurence Casagrande Lourenço (CPF: 076.527.158-30), na condição de Diretor-Presidente da Dersa S.A., desde 12/1/2011; Benjamim Venâncio de Melo Júnior (CPF: 393.818.546-53), na condição de Diretor Financeiro da Dersa S.A., desde 23/5/2017; e Nilson Rogerio Baroni (CPF: 863.854.708-06), na condição de Diretor de Operações da Dersa S.A., desde 14/8/2015, por terem Autorizado, por meio das Resoluções 7G/17 e 7I/17, da Reunião de Diretoria (RD) 7/17, de 3/4/17, a subcontratação com faturamento direto da Empresa Toniolo Busnello S.A. para a execução dos túneis 201, lote 2, e 301, lote 3 do Rodoanel Trecho Norte, o que é vedado nos termos dos Editais de Pré-qualificação e da LPI 006/2011.

E. Superfaturamento decorrente de alteração da metodologia executiva (achado III.5)

80. A equipe de auditoria verificou que (peça 233, p. 59):

os serviços referentes à execução da superestrutura sobre os apoios 2 e 18 da OAE 204 foram medidos como tendo sido executados por meio do método de balanços sucessivos quando, na verdade, foram executados com o uso de cimbramentos convencionais, resultando num superfaturamento decorrente de pagamento por serviços medidos de maneira diversa do executado no valor de R\$ 479.953,93 (nov/2012).

81. Quanto à essa irregularidade o Governo do Estado de São Paulo anexou a justificativa da Divisão de Obras da Dersa, de 13/11/2017 (peça 334, p. 126-127), a qual, em busca da verdade material, é resumida a seguir.

E.1 Manifestação da Divisão de Obras da Dersa

82. Informam que quando ocorre projetos alternativos, propostos pela contratada, esses passam por duas fases de aprovação na Dersa: a) viabilidade técnica avaliada pela Divisão de Projetos da Dersa; e b) viabilidade econômica, nessa fase o valor do projeto alternativo se limita ao previsto originalmente.

83. Alegam que é obrigação da contratada apresentar um quadro comparativo detalhado dos valores para análise e aprovação da fiscalização. Citam que enquanto o referido quadro não é fornecido, para evitar atrasos no cronograma os serviços são medidos como provisórios, de acordo com os projetos originais da Dersa.

84. Citam que, quando ocorrer a análise e aprovação desse ajuste, serão feitas as correções dos valores medidos provisoriamente, inclusive com estorno dos serviços referentes ao balanço sucessivo e com a medição conforme o projeto executado.

E.2 Análise

85. De acordo com o 57º boletim de medição (peça 361, p. 14-15), foi realizado o estorno dos serviços referentes ao balanço sucessivo e efetuada a medição do cimbramento convencional dos apoios da OAE 204, o que em princípio afasta a ocorrência do superfaturamento.

86. Contudo, considerando que esse estorno somente ocorreu depois da atuação da equipe de fiscalização deste Tribunal e de toda a análise da irregularidade demonstrada no relatório de fiscalização (peça 233, p. 59-65), entende-se pertinente, com base nesses apontamentos e nos dados da matriz de responsabilização (peça 233, p. 125-127), propor a audiência dos seguintes responsáveis, com fundamento no art. 250, inciso IV do Regimento Interno do TCU c/c art. 43, inciso II, da Lei 8.443/92 devendo apresentar as razões de justificativas no prazo de quinze (15) dias:

a) Benedito Aparecido Trida (CPF: 010.073.898-26), na condição de engenheiro fiscal do Lote 2, desde 7/2/2013, por: não ter exigido que a Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, executasse a superestrutura sobre os apoios 2 e 18 da OAE 204 conforme previsto contratualmente, ou seja, utilizando o método de balanços sucessivos (itens 6.37 a 6.40 da planilha orçamentária); ou alternativamente, por não ter adotado providências com vistas à alteração da planilha orçamentária de modo que os quantitativos apropriados nas medições refletissem os serviços realmente executados (cimbramentos convencionais); e

b) Pedro Paulo Dantas do Amaral Campos (CPF: 020.072.648-03), na condição de Gestor do empreendimento Rodoanel Trecho Norte, desde 10/9/2015, ter aprovado as medições de 24 (jan/15) a 38 (mar/16) e autorizar os respectivos pagamentos de serviços relacionados à obra de arte especial (OAE) 204 não executados.

F. Ausência de análise de prestação de contas do convênio (achado III.6)

87. A equipe de auditoria em seu relatório já detalhou todo o processo esperado para a análise e aprovação dessas contas pelo DNIT e inclusive os responsáveis por essa irregularidade (peça 233, p. 64-67), a qual continua válida.

88. A equipe de auditoria em seu relatório já detalhou todo o processo esperado para a análise e aprovação dessas contas pelo DNIT e inclusive os responsáveis por essa irregularidade (peça 233, p. 64-67), a qual continua válida.

89. Assim, com base nos apontamentos realizados no Relatório de Auditoria e na sua matriz de responsabilização (peça 233, p. 127-129), deve ser determinada a audiência dos

seguintes responsáveis, com fundamento no art. 250, inciso IV do Regimento Interno do TCU c/c art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992 devendo apresentar as razões de justificativas no prazo de quinze (15) dias:

a) Arabenes Pereira de Andrade Correa (CPF: 359.388.891-20) na condição de Chefe da Divisão de Controle de Convênios e Contratos, por ter sido omissa em sua atribuição regimental, pois deveria ter analisado e promovido os registros das prestações de contas do convênio 4/1999 correspondente ao período de 1/5/2011 a 31/7/2015, em desacordo com o prescrito nos art. 36, II e III da Resolução n. 10/2007 do DNIT c/c art. 31, II, da Instrução Normativa 1/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional;

b) Jaqueline Costa da Silva (CPF: 552.182.371-91), na condição de Coordenadora de Contabilidade, por ter sido omissa em sua atribuição regimental, pois deveria ter vigiado o cumprimento dos deveres da divisão subordinada de analisar as prestações de contas do convênio 4/1999, remetida para a estrutura imediatamente subordinada, correspondentes ao período de 1/5/2011 a 31/7/2015, em desacordo com o prescrito nos art. 34, IX da Resolução n. 10/2007 do DNIT. Assim, a gestora agiu com culpa em vigiar (*culpa in vigilando*) a Divisão de Controle de Contratos e Convênios, estrutura imediatamente subordinada.

G. Das propostas de IGP e da cautelar

90. Os achados que até o momento evidenciam a possível ocorrência de superfaturamento e os seus valores apurados, são:

a) Superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado (achado III.1), R\$ 34.067.632,78 (nov/2012),

b) Superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra (achado III.2), R\$ 56.077,763,97 (nov/2012).

91. Assim, até o presente momento, restam identificados um total de superfaturamento de R\$ 90.145.396,75 (nov/2012)

92. De acordo com o 62º Boletim de Medição (peça 362), de março/18, as obras do Lote 2 já estão com 82,44% de execução, estando pendentes de medição um saldo de R 124.363035,43.

93. Considerando o valor do Contrato 4.349/2013, que, atualmente é de R\$ 708.365.160,97, e o valor do possível superfaturamento, atualmente, teríamos um percentual de 13%, o que poderia ser um indicativo para proposta de IGP. Contudo, corroborando o Despacho do relator (peça 329) no sentido de que a obra não foi incluída no quadro de bloqueio da LOA 2018 e levando em conta o estado adiantado de execução das obras, que já atingem mais de 83% no Lote 2, entende-se que deve ser mantida a classificação das irregularidades como IGC.

94. Destaca-se que parte do sobrepreço do achado III.2, ainda não se configurou em superfaturamento, pois restam parcelas a serem medidas do valor do reequilíbrio para o prazo complementar referente ao 10º TAM. O total de sobrepreço identificado nesse item foi de R\$ 13.789.576,48 (nov/2012), tendo sido medidos, até a 62º medição (março/2018), um total de R\$ 9.251.992,23.

95. A princípio seria cabível propor medida cautelar para reter o restante do pagamento dessa parcela, ou seja R\$ 4.537.584,25, tendo em vista que já foi realizado a oitiva da Dersa e da OAS S.A. a respeito dessa proposição. Contudo, há que se considerar que uma possível solução, se confirmados os superfaturamentos, seria a dedução deste montante total apurado em relação aos pagamentos indevidos do valor ainda pendente de repasse por parte da União no âmbito do Termo de Compromisso TC-4/1999, que segundo dados colhidos, ainda possui saldo de R\$ 845.780.175,03, do repasse total de R\$ 3.721.145.796,03 previsto, conforme consulta ao sítio eletrônico do portal da transparência (peça 368). Assim, entende-se prudente não propor eventual cautelar no presente momento.

CONCLUSÃO

96. Procedeu-se nesta instrução as análises pendentes determinadas pela pretérita Ministra Relatora Ana Arraes (peça 307).

97. Da reanálise dos achados III.1, III.2 e III.3 (determinação contida no item “a” da peça 307), conforme Apêndices: A, B e C, conclui-se pela manutenção das irregularidades já identificadas no Relatório de Auditoria.

98. Quanto ao achado III.1: superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, entende-se que a existência de matacões nos serviços de escavações a serem realizados no Lote 2, inclusive nos túneis, já era previsível, de acordo com todos os documentos analisados. Entende-se, também, que os serviços previstos na planilha contratual, conforme as especificações e critérios de medição, constantes do projeto, já englobavam a retirada desses matacões. Portanto, já deveria ser considerada pelas empresas licitantes na formação dos seus preços, conforme normas contratuais.

99. Dessa forma, deve-se manter o indício de sobrepreço no Contrato 4.349/2013 no valor de R\$ 29.595.070,92 (nov/2012), tendo sido superfaturados R\$ 34.067.632,78 (nov/2012), conforme evidência: superfaturamento nos serviços novos acrescentados relacionados à ocorrência de matacões até a 62ª medição (peça 363), decorrentes da inclusão indevida de novos serviços relacionados à ocorrência de matacões misturados no solo. O valor superfaturado difere do Relatório de Fiscalização, pois os serviços de enfilagens e pregagens não tiveram suas medições suspensas pela Dersa.

100. A falta de previsão contratual para a criação desses novos serviços que acarretaram o superfaturamento já poderia ser motivo da conversão destes autos em TCE, conforme determinação do Ministro Relator Walton Alencar em seu Despacho (peça 329). Contudo, como existem dúvidas quanto ao quantitativo medido nos serviços de remoção de matacões em escavação a céu aberto e nos outros serviços de terraplenagem, conforme demonstrado no Apêndice A, entende-se prudente realizar diligência para que a Dersa envie documentos comprobatórios dessas medições (itens 20 a 40).

101. Em relação ao achado III.2: superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra, ratifica-se os cálculos efetuados para se definir o sobrepreço (R\$ 23.147.293,71 (nov/2012), relativo ao reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo contratual original, objeto do 8º TAM, e R\$ 13.789.576,48 (nov/2012), relativo ao valor do reequilíbrio para o prazo complementar - 10º TAM), realizados no Relatório de Auditoria.

102. Dessa maneira, ao aprofundar o exame acerca da majoração dos itens administração central e seguro responsabilidade civil (determinação contida no item “c” da peça 307), considerou-se devido, em relação a esse reequilíbrio, apenas um percentual da administração local, sendo que os itens administração central e seguro responsabilidade civil, conforme cláusulas contratuais e jurisprudência do TCU, devem ter seus custos devidamente comprovados, e não meramente calculados de forma teórica, como consta nos documentos enviados pela Dersa (itens 47 a 62).

103. Também se identificou mais R\$ 17.512.762,13 de pagamentos em duplicidade relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente do cálculo realizado para a alteração da metodologia do BDI e materializados nos valores dos novos itens de planilha “PCP-106 – Administração Local (prazo complementar)” e “PCP-107 – Mobilização e desmobilização de equipamentos (prazo complementar)” e dos novos percentuais de BDI, todos formalizados no 10º TAM. Acrescenta-se mais R\$ 1.628.131,65 decorrente da majoração do novo BDI aplicado sobre os novos custos decorrentes dos acréscimos e supressões de serviços promovidos no 10º TAM. Totaliza-se, assim, um sobrepreço de R\$ 56.077.763,97, ref nov/2012 (itens 47 a 69)

104. A ocorrência desse sobrepreço, configurando superfaturamento, poderia implicar na conversão destes autos em TCE, conforme determinação do Ministro Relator Walton Alencar em seu Despacho (peça 329). Contudo, deve-se diligenciar a Dersa para que encaminhe todas as análises, pareceres técnicos e jurídicos, Propostas de Resolução de Diretoria, Resoluções de Diretoria e demais documentos relacionados à definição dos valores adotados no 10º TAM em decorrência da revisão do BDI, incluindo os valores dos serviços que foram transferidos do BDI para a planilha de custos diretos, para a correta identificação dos responsáveis.

105. Quanto ao achado III.3: alteração injustificada de quantitativos, ao proceder a análise dos quantitativos de escavação, bota-fora (DME) e momento de transporte, constatou-se que os dados atuais dos termos aditivos são diferentes da situação tratada anteriormente no Relatório de Fiscalização 539/2016. Por isso a eventual comprovação de dano ao erário demandaria a análise dos projetos e demais elementos caracterizadores da exatidão das quantidades dos serviços constantes dos termos aditivos, o que deve ser diligenciado à Dersa (itens 70 a 75).

106. Já quanto às irregularidades III.4: subcontratação irregular; III.5: superfaturamento decorrente de alteração da metodologia executiva; e III.6: ausência de análise de prestação de contas do convênio, por não terem acarretado em débito ao erário, deve-se proceder às audiências dos responsáveis (itens 76 a 90).

107. Em relação à atuação da Junta de Conflitos e ao impacto de suas decisões para a obra do Rodoanel Lote 2 (determinação contida no item “e” da peça 307), constatou-se que a criação da suposta Junta de Conflitos é irregular, pois não encontra amparo legal ou contratual, devendo seu relatório ser desconsiderado para quaisquer fins relativos ao Contrato 4.349/2013. Outrossim, quaisquer valores desembolsados pela Dersa para remunerar seus membros conforme a Cláusula 10.5 do Termo de Acordo da Junta de Conflitos – Condições Específicas (peça 269) não podem ser suportados pelo Contrato 4.349/2013 nem pelo Termo de Compromisso TC 4/1999, devendo ser objeto da futura TCE que vier a ser instaurada (itens 35 a 41).

108. Dessa forma, deve-se realizar oitiva da Dersa e da Construtora OAS S.A sobre esse fato e diligenciar para que comprove com quais recursos foram pagos os custos dessa Junta de Conflitos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

109. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) realizar diligência à Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa), com fundamento no art. 157 do Regimento Interno, para que em quinze (15) dias, encaminhe a seguinte documentação em relação ao Contrato 4.349/2013:

a.1) todos os documentos que compõem o projeto atualizado completo da obra (.pdf pesquisável e .dwg);

a.2) traçado em planta e em perfil, desenho das seções transversais e notas de serviço de terraplenagem do projeto atualizado (.pdf pesquisável, .dwg e .xls);

a.3) retográfica da terraplenagem (.pdf pesquisável e .dwg);

a.4) resumo das obras de terraplenagem do sistema de medição da Dersa;

a.5) memórias de cálculo dos volumes das obras de terraplenagem;

a.6) versão atualizada da peça 356, com as respectivas memórias de cálculo dos volumes apresentados (.pdf pesquisável e .xls);

a.7) planilha atualizada de quantidades de serviços do contrato 4.349/2013 (pdf pesquisável e xls);

a.8) saldos a medir dos quantitativos de remoção de matacão a céu aberto (.pdf pesquisável e .xls);

a.9) memórias de cálculo das medições dos serviços de escavações referentes ao contrato 4.349/2013 acompanhadas das seções transversais medidas, com a classificação dos materiais escavados (.pdf pesquisável e .dwg);

a.10) quadro de origem e destino dos materiais da obra (cortes, aterro, bota-foras e empréstimos) do projeto atualizado (.pdf pesquisável e .xls);

a.11) memórias de cálculo das quantidades constantes da planilha vigente de quantidades e serviços do Contrato 4.349/2013 acompanhadas de toda a documentação que comprove os valores adotados e sua relação com o projeto vigente (.pdf pesquisável e .xls);

a.12) manifestar sobre a não utilização de materiais produzidos na obra para serviços de Sub-base ou base de brita graduada simples e de pedra rachão para os montantes de 17.689,71m³ e 24.363,02 m³, previstos no 13º TAM, respectivamente, em detrimento da utilização dos materiais pétreos que foram removidos do túnel e dos cortes da obra;

a.13) comprovação das fontes de recursos (estadual ou federal) utilizados para o pagamento dos custos da Junta de Conflitos do Lote 2;

a.14) todas as análises, pareceres técnicos e jurídicos, Propostas de Resolução de Diretoria, Resoluções de Diretoria e demais documentos relacionados à definição dos valores adotados no 10º TAM em decorrência da revisão do BDI, incluindo os valores os serviços que foram transferidos do BDI para a planilha de custos diretos;

b) realizar oitiva da Dersa e da Construtora OAS S.A., com fundamento no inciso V, art. 250 do Regimento Interno do TCU, para que se manifestem, no prazo de quinze dias, sobre o fato da instauração da Junta de Conflitos do Lote 2 ter afrontado o disposto na subcláusula 20.8 do Contrato 4.349/2013;

c) realizar a audiência dos responsáveis a seguir indicados, com fundamento no art. 250, inciso IV do Regimento Interno do TCU c/c art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992, para que, no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativa pelas irregularidades a seguir relacionadas:

c.1) Benedito Aparecido Trida (CPF: 010.073.898-26), na condição de engenheiro fiscal do Lote 2, desde 7/2/2013, por:

c.1.1) não ter adotado providências com vistas a impedir que a empresa Toniolo Busnelo, subcontratada pela Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, executasse os serviços de escavação do Túnel 201, Lote 2 do Rodoanel Trecho Norte, o que é vedado nos termos dos Editais de Pré-qualificação e da LPI 006/2011, uma vez que se trata de atividade essencial de construção;

c.1.2) ter permitido a execução dos serviços à revelia do disposto no item 4.4 das Condições Gerais do Contrato 4.349/2013, o qual exige o consentimento prévio do Engenheiro para a subcontratação de empresa não designada no contrato, e na subcláusula 4.4 – Subempreiteiros da Parte B – Disposições Gerais das Condições Especiais do Contrato, a qual determina que o pedido de subcontratação deve ser encaminhado pelo Empreiteiro ao Engenheiro da Dersa, explicitando os motivos de fato e de direito que conduzem ao requerido, com vistas à obtenção de anuência da Agência Contratante;

c.1.3) não ter exigido que a Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, executasse a superestrutura sobre os apoios 2 e 18 da OAE 204 conforme previsto contratualmente, ou seja, utilizando o método de balanços sucessivos (itens 6.37 a 6.40 da planilha orçamentária); ou alternativamente, por não ter adotado providências com vistas à alteração da planilha orçamentária de modo que os quantitativos apropriados nas medições refletissem os serviços realmente executados (cimbramentos convencionais);

c.2) Pedro Paulo Dantas do Amaral Campos (CPF: 020.072.648-03), na condição de Gestor do empreendimento Rodoanel Trecho Norte, desde 10/9/2015, por:

c.2.1) ter proposto por meio das PRDs/EG/DIOBA 31/2017 e 33/2017, ambas de 24/3/2017, autorização para subcontratar a Empresa Toniolo Busnello S.A, em momento posterior à efetiva contratação, com faturamento direto à Dersa, para a execução dos túneis 201, lote 2, e 301, lote 3 do Rodoanel Trecho Norte, o que é vedado nos termos dos Editais de Pré-qualificação e da LPI 006/2011;

c.2.2) ter aprovado as medições de 24 (jan/15) a 38 (mar/16) e ter autorizado os respectivos pagamentos de serviços relacionados à obra de arte especial (OAE) 204 não executados.;

c.3) Pedro da Silva (CPF: 120.388.878-37), na condição de Diretor de Engenharia da Dersa S.A., desde 27/4/2010; Laurence Casagrande Lourenço (CPF: 076.527.158-30), na condição de Diretor-Presidente da Dersa S.A., desde 12/1/2011; Benjamim Venâncio de Melo Júnior (CPF: 393.818.546- 53), na condição de Diretor Financeiro da Dersa S.A., desde 23/5/2017; e Nilson Rogerio Baroni (CPF: 863.854.708-06), na condição de Diretor de Operações da Dersa S.A., desde 14/8/2015, por terem Autorizado, por meio das Resoluções 7G/17 e 7I/17, da Reunião de Diretoria (RD) 7/17, de 3/4/17, a subcontratação, com faturamento direto, da Empresa Toniolo Busnello S.A. para a execução dos túneis 201, lote 2, e 301, lote 3 do Rodoanel Trecho Norte, o que é vedado nos termos dos Editais de Pré-qualificação e da LPI 006/2011;

c.4) Arabenes Pereira de Andrade Correa (CPF: 359.388.891-20) na condição de Chefe da Divisão de Controle de Convênios e Contratos, por ter sido omissa em sua atribuição regimental, pois deveria ter analisado e promovido os registros das prestações de contas do convênio 4/1999 correspondente ao período de 1/5/2011 a 31/7/2015, em desacordo com o prescrito nos art. 36, II e III da Resolução 10/2007 do DNIT c/c art. 31, II, da Instrução Normativa 1/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional;

c.5) Jaqueline Costa da Silva (CPF: 552.182.371-91), na condição de Coordenadora de Contabilidade, por ter sido omissa em sua atribuição regimental, pois deveria ter vigiado o cumprimento dos deveres da divisão subordinada de analisar as prestações de contas da estrutura imediatamente subordinada, correspondentes ao período de 1/5/2011 a 31/7/2015, em desacordo com o prescrito nos art. 34, IX da Resolução 10/2007 do DNIT. Assim, a gestora agiu com culpa em vigiar (*culpa in vigilando*) a Divisão de Controle de Contratos e Convênios, estrutura imediatamente subordinada; e

d) encaminhar cópia desta decisão, acompanhada de Relatório e Voto, à Dersa, aos responsáveis chamados em audiência, à Construtora OAS S.A. e ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

SeinfraRodoviaAviação, 3 de setembro de
2018.

André Amaral Burle de Castro
AUFC - Mat. 40899-9

Cláudio Gomes de Moraes
AUFC - Mat. 7820-4

Marcos Hiraici Hashi
AUFC - Mat. 8658-4

Orlivan Matos de Souza
AUFC - Mat. 8644-4



Rafael Simão de Moraes Jardim
AUFC - Mat. 8658-4

APÊNDICE A - ANÁLISE DO ACHADO SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DE PREÇOS EXCESSIVOS FRENTE AO MERCADO

ANÁLISE DO ACHADO III.1. SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DE PREÇOS EXCESSIVOS FRENTE AO MERCADO

I – INTRODUÇÃO

1. De acordo com o despacho do Ministro Relator Walton Alencar (peça 329) para realizar a instrução, deve-se realizar as análises ainda pendentes solicitadas pela pretérita Ministra Relatora Ana Arraes (peça 307).
2. Diante disso nessa será realizada uma reanálise do achado III.1. superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado à luz dos elementos trazidos aos autos pela OAS (peça 267), Dersa (peça 268) e do Governo do Estado de São Paulo (peça 334), o qual teve o ingresso autorizado nos autos pelo Despacho do Ministro Relator (peça 337). Essa análise cumprirá em partes a determinação contida no item “a” do Despacho.
3. Será ainda considerada, nessa análise, a atuação da “Junta de Conflitos” e o impacto de suas decisões para a obra do Rodoanel Lote 2, o que atende à a determinação contida no item “e” do Despacho.

II - DO MÉTODO

4. Primeiramente, será realizada uma síntese das alegações contidas nas manifestações da OAS, Dersa e do Governo do Estado de São Paulo e a decisão da Junta de Conflitos. Posteriormente, será feita a análise para verificar se a irregularidade apontada durante a fiscalização persiste.
5. Foram adotados os seguintes critérios:
 - a) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 4.10:** informa que a Agência Contratante deverá disponibilizar ao Empreiteiro, antes da data-base, todos os dados relevantes em posse da Contratante sobre as condições subterrâneas e hidrológicas do Local, incluindo aspectos ambientais. O Empreiteiro será responsável pela interpretação desses dados e deverá obter toda a informação necessária em relação a riscos, contingências e outras circunstâncias que possam afetar a Proposta ou Obras. O Empreiteiro deverá ter inspecionado e examinado o Local, seus arredores, os dados acima e outras informações disponíveis, e deverá estar satisfeito, antes de enviar a Proposta, com todas as questões relevantes, incluindo (entre outras) a forma e natureza do Local, incluindo as condições subterrâneas;
 - b) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 4.11:** informa que o Empreiteiro deverá estar satisfeito com a correção e suficiência do Valor Aceito do Contrato e ter baseado esse Valor nos dados, interpretações, informação necessária, inspeções, exames e satisfação com todas as questões relevantes mencionadas na subcláusula 4.10. O Valor Aceito do Contrato, salvo disposição em contrário no Contrato, cobre todas as obrigações do Empreiteiro nos termos do Contrato e tudo que for necessário para a execução e conclusão apropriada das Obras e o conserto de qualquer falha;
 - c) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 4.12:** informa que se o Empreiteiro encontrar condições físicas adversas que ele considerar imprevisíveis, deverá notificar o Engenheiro o mais rápido possível, devendo descrever essas condições para que possam ser inspecionadas e deverá determinar as razões pelas quais considera imprevisíveis. O Empreiteiro deverá continuar a execução das Obras, utilizando medidas razoáveis para as condições físicas e deverá cumprir qualquer instrução emitida pelo Engenheiro. Se uma instrução constituir uma Variação, aplica-se

a Cláusula 13. Se essas condições físicas imprevisíveis fizerem o Empreiteiro incorrer em Custo terá direito ao pagamento desse Custo, que será incluído no preço do Contrato;

d) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 12.3.a:** informa que um novo preço será apropriado para um item das obras se: (i) a quantidade medida do item variar em mais de 25% da quantidade desse item no Quadro de Quantidades e Preços ou outros Cronogramas; (ii) essa variação na quantidade multiplicada pela tarifa específica desse item exceder 0,25% do Valor Aceito do Contrato; (iii) essa variação na quantidade alterar diretamente o Custo por quantidade unitária desse item em mais de 1%; e (iv) esse item não estiver especificado no Contrato como “item de tarifa fixa”;

e) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 12.3.b:** informa que um novo preço será apropriado para um item das obras se: (i) a obra for instruída de acordo com a Cláusula 13; (ii) nenhum preço estiver especificado no Contrato para esse item; e (iii) nenhum preço especificado for apropriado porque o item das Obras não tem caráter similar, ou não é executado em condições similares às de outros itens no Contrato. Até que um preço seja acordado ou determinado, o Engenheiro deverá determinar um preço provisório para os fins do Certificado de Pagamento Provisório assim que tiver início as Obras;

f) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 13.1:** informa que uma Variação pode incluir: alteração nas quantidades; alteração na qualidade e outras características; alteração nos níveis, posições ou dimensões de qualquer item das Obras;

g) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 14.1.c:** informa que as quantidades estabelecidas no Quadro de Quantidades e Preços ou outro Cronograma são quantidades estimadas e não devem ser consideradas como as quantidades reais e corretas;

h) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 20.1:** detalha o procedimento para as reivindicações que o Empreiteiro considerar justa;

i) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 20.2:** estabelece o rito para a nomeação da Junta de Conflitos (JC), sendo que as partes devem nomear uma JC até a data estabelecida nos Dados do Contrato;

j) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 20.4:** detalha o procedimento para obter uma decisão da Junta de Conflitos, quando surge um conflito;

k) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 20.6:** detalha o procedimento caso uma das partes não concorde com a decisão da Junta de Conflitos e deseje iniciar a arbitragem;

l) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 20.8:** informa que quando surgir um conflito e não houver uma JC estabelecida, seja por motivos de expiração da nomeação da JC ou por outro motivo, não será aplicável a subcláusula 20.4 e a 20.5 e o conflito poderá ser submetido diretamente a arbitragem de acordo com a subcláusula 20.6;

m) **Contrato 4.349/2013, Anexo III, LPI 6/2011-CI:** a construtora OAS declara e ratifica que confirma que executará todos os serviços descritos na proposta de preços conforme os respectivos preços unitários apresentados, de forma a atender as Especificações Técnicas, Projetos, Critério de Preço e Medição e demais documentos que compuseram o Edital de Licitação, fornecendo todos os materiais, mão de obra, e equipamentos necessários à boa execução da obra, independentemente de constarem ou não em suas composições de preços unitários.

III – MANIFESTAÇÃO DA OAS (PEÇA 267)

6. Alega que a Dersa já suspendeu o pagamento desses serviços e que deve ser aguardado, em nome da segurança jurídica, do juiz natural e do ato jurídico perfeito, a decisão da Junta de Conflitos ou a decisão do Tribunal Arbitral (mecanismos contratuais de solução de litígios) antes de adotar outras providências ao caso. Requer ainda a suspensão da apuração dos

itens incluídos nesse suposto achado até a referida decisão, uma vez que os valores a serem apurados ainda não são contratualmente definitivos.

IV – MANIFESTAÇÃO DA DERSA (PEÇA 268)

7. Menciona que, como o contrato contou com empréstimo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), este possui mecanismos de gestão próprios que não colidem com a lei nacional, conforme o permissivo do §5º, do artigo 42 da Lei 8.666/1993 e nos termos das decisões deste Tribunal de Contas da União.

8. Assim, a partir de reivindicações da contratada pode ser instalado uma Junta de Conflitos e se uma das partes expressar insatisfação com a decisão dessa Junta, estará aberta a porta da Arbitragem.

9. A Dersa informa que um dos temas em discussão na Juntas de Conflitos já instaurada é relacionado a suposta irregularidade tratada no item III.1 do Relatório de Auditoria.

10. Ademais, alega que já suspendeu o pagamento, desde julho/2016, desses itens e remanejou o saldo de quantidades dos itens relacionados à ocorrência de matacões misturados em solo PCP-017, PCP-018, PCP-019, PCP-020, PCP-021 e PCP-022 para os itens equivalentes já existentes na planilha de serviços, classificados como material de 3ª categoria (códigos 22.02.04, 29.88.01.03, 29.88.30.01.06, 29.88.30.01.09, 29.88.20.02, 29.88.20.03).

11. A Dersa alega que, antes da instauração da referida Junta, considerando a dificuldade na solução da controvérsia, e a plausibilidade das alegações apresentadas pela contratada, autorizou a alteração da planilha com a modificação do critério de medição para remoção de matacões em solo, e as composições de preço frente à presença de matacões em túnel, a fim de não causar descontinuidade das obras até a solução da controvérsia e, por outro lado, considerando a reversibilidade das medições, e que o critério de fixação dos preços novos foi estruturado consoante o preço da tabela de referência, considerou que essa era conduta que se impunha.

12. Após isso, solicitou a elaboração de um relatório técnico do Instituto de Pesquisas Tecnológica (IPT), o qual conclui que a presença de matacões e/ou blocos de rocha naquele ambiente geológico era perfeitamente previsível e não se constitui em surpresa geológica. A única ressalva que o IPT fez foi sobre o quantitativo, pois “essas técnicas de investigação não permitem, ainda, estabelecer quantitativos sobre matacões e blocos de rocha no subsolo, sejam relativos ao posicionamento no espaço, dimensões e volumes”.

13. A Dersa Alega que (peça 268. P 35):

(...) a questão da previsibilidade quanto à ocorrência de matacões, o fato do fenômeno não ser tratado como surpresa geológica são argumentos que foram repassados à DERSA apenas após a elaboração do laudo do IPT. Anteriormente à elaboração do laudo, a Contratante não tinha a segurança e certeza de que dispõe agora a lhe dar suporte a enfrentar uma batalha perante a Junta de Conflitos.

Os contratos de empreitada do Rodoanel Norte são os primeiros contratos internacionais que a DERSA gerencia. Assim, essa Companhia jamais participou de qualquer Junta de Conflito, ou mesmo de Câmara Arbitral. A formação da Junta, a elaboração do Termo de Constituição, a forma de escolha dos membros, os requisitos, e impedimentos, foram obstáculos que tiveram de ser superados, e que levaram um tempo além do usual, em face da dificuldade em encontrar especialistas altamente qualificados que preenchessem todos os requisitos necessários. Por isso também, entendeu a DERSA que partir para uma Junta de Conflitos com a obra em andamento, e calcada em documento irrefutável, pareceu ser a melhor solução adotada.

14. Entende que a solicitação de elaboração de Laudo pelo IPT acerca da controvérsia que se colocava sobre a previsibilidade da incidência de matacões demonstra a boa-fé da Contratante e sua preocupação em buscar a melhor solução para esse tema.

15. Após o laudo do IPT, a Dersa notificou formalmente a contratada do Lote 2 através da CE-EG/DIOBA 218/16 (peça 275), no sentido de que toda a quantidade medida até aquela data seria estornada e medida no item 2.9 - Escavação e carga de material de 3ª categoria.

16. Após esse fato, todas as contratadas solicitaram a instauração da Junta de Conflitos. Especificamente para o Lote 2, a Contratada apresentou essa exigência através das correspondências DP-L2-457/2016 (peça 276). Nessa carta a OAS ainda solicitou que não fossem estornados os valores já pagos pelos serviços de matacões e a suspensão do pagamento dos serviços de matacões que ainda serão executados até que se tenha uma decisão terminativa da Junta de Conflitos

17. Verifica-se, portanto, que todas as medidas preventivas visando a continuidade da obra foram adotadas pela Dersa, de modo que inexistente qualquer risco de pagamento irregular às empresas contratadas, afastando-se o enquadramento do achado III.1 como IGP.

18. Quanto ao mérito da existência do superfaturamento, a Dersa entende que (peça 268, p. 43):

O cerne da questão consiste em saber se a quantidade excessiva de matacões ou blocos de rocha encontrados na obra, por interferirem consideravelmente no seu custo, devem ser tratados como um risco do negócio, devendo ser suportado pelo contratado, ou se, de fato, carecem da formação de um novo critério de pagamento, mediante alteração na classificação do serviço

19. Entende, ainda, que (peça 268, p. 44):

A ocorrência de matacões era, de fato, previsível, porém a incidência na sua ocorrência, e suas consequência, é o fato que atualmente se encontra sob análise e deliberação de uma Junta de Resolução de Conflitos, como já ressaltado.

20. A Dersa alega que (peça 268, p. 51):

(...) as Construtoras apontaram a existência de matacões e blocos de rocha em proporção excepcionalmente superior à que foi prevista no projeto básico disponível no momento da licitação, o que dificultava significativamente a prestação dos serviços, pelo aumento dos custos de escavação e diminuição da produtividade, e que tal situação não fora prevista na proposta comercial apresentada na licitação.

21. Alega que: “a Fiscalização concluiu, equivocadamente, que a previsão dos projetos licitados era suficiente para presumir a quantidade elevada (37,5%) de matacões frente às atividades de escavações totais do Lote 2” (peça 268, p. 53).

22. Menciona que essa conclusão é (peça 268, p. 53):

(...) demasiadamente simplista, pois todas as atividades de escavação são quantificadas por volumes (m³) e nunca por unidades – o equívoco ocorre quando o resultado de 37,5% é obtido por meio da divisão direta da quantidade de sondagens mistas com a presença de matacões, pela quantidade total de sondagens mistas do Lote 2, exemplificando esse equívoco, observa-se que seria perfeitamente possível que todas as sondagens (100%) atravessassem matacões, ainda que o volume relativo desses matacões representassem 10% (ou menos) dos volumes extraídos das sondagens.

23. Cita, ainda, que foram realizadas 22 sondagens no Lote 2 e não 24, como mencionado no Relatório de Auditoria.

24. Entende que seria mais real e assertivo se o cálculo realizado fosse feito através da extensão linear das sondagens de matacões e blocos rochosos por elas atravessados, o que demonstraria que poderia ser previsível prever um total de matacões na ordem de 4,85% e não de 37,5%, conforme cálculos demonstrados na página 54 da peça 268.
25. Outra forma de verificar a previsão de matacões seria ver o quantitativo previsto do serviço de escavação e carga de material de 3ª categoria (o qual, conforme a auditoria seria o serviço necessário para remover os matacões).
26. Assim, caso a totalidade do serviço de escavação de 3ª categoria fosse utilizado para retirar os matacões, esse ainda representaria pequena proporção dentre os serviços de escavação, qual seja de 6,6%, valor inferior aos 37,5% apontados no Relatório de Auditoria.
27. Menciona que até julho/2017 foram escavados 479.823 m³ de matacões. Esse volume representa 454% do volume inicialmente previsto para o serviço de escavação de 3º categoria.
28. A Dersa alega que, se considerar todos os volumes efetivamente medidos, o volume de escavação de matacões alcançaria o valor de 18,8%, superior ao previsto nas sondagens mistas do projeto básico, bem como os 6,6% previstos na planilha de projeto como material de 3ª categoria.
29. Assim, no entendimento da Dersa, a presença de matacões foi muito superior tanto em quantidades, quanto em proporções, às previsões registradas nos documentos técnicos contidos no edital de licitação, por esse motivo acatou o pedido da contratada e realizou o aditivo com o objetivo de garantir a continuidade da obra, amparados nos subsídios existentes à época, antes da elaboração do laudo pelo IPT.
30. A Dersa afirma que (peça 268, p. 57):
Sim, é evidente que o item 22.02.04 “Escavação e carga de material de 3º categoria”, contemplava todas as despesas necessárias para a escavação de material de 3ª categoria, inclusive matacões, cuja execução permite o uso contínuo de explosivos. Todavia, a questão superveniente enfrentada pela obra foi que a precificação desse serviço, tanto no preço unitário do orçamento DERSA, como no preço unitário proposto pela Contratada, levou em consideração uma quantidade que no montante total de escavação prevista não afetaria a produtividade, mesmo que esporadicamente fosse necessário uso descontínuo de explosivos.
31. Informa que, preliminarmente, a fiscalização da Dersa entendeu que, pela quantidade encontrada na obra ser superior ao previsto em projeto, reduzindo drasticamente a produtividade, esse serviço 22.02.04 “Escavação e carga de material de 3º categoria” não contemplava as condições presentes na obra, fato que justificaria o aditivo realizado.
32. Alega que a produtividade adotada pela Dersa para escavação de material de 3ª categoria foi de 50 m³/h, o Sicro previa 34,6 m³/h e a média das licitantes participantes do Lote 2 foi de 59,38 m³/h. Salienta, ainda, que a produtividade do Sicro para escavação em matacões seria de 5,0 m³/h
33. Menciona que os preços ofertados para as escavações dos lotes 5 e 6, os quais não contam com a presença de matacões, foram similares aos preços ofertados nos lotes de 1 a 4. Logo, pelos preços ofertados pelos licitantes, a Dersa, entende que nenhuma empresa vislumbrou a presença de matacões em quantidade que pudesse justificar uma grande alteração de preços.

Tabela 1: preços ofertados pelos licitantes para o serviço de escavação de material de 3ª categoria

Empresa	Lote que venceu	Preço Ofertado R\$ (ref. 12/2011)					
		Lote 1	Lote 2	Lote 3	Lote 4	Lote 5	Lote 6
Mendes Júnior	1	24,29	24,29	24,29	24,29	24,29	27,69
OAS	2 e 3	18,78	20,14	20,14	18,78	18,78	18,78
Acciona	4 e 6	25,37	25,37	25,37	25,37	25,37	24,89
Constucap/Copasa	5	-	21,63	-	-	24,17	-
Preço TPU Dersa		27,37					
Sicro c/ BDI Dersa		23,61					

Fonte: Manifestação da Dersa, peça 268, p. 58

Notas: o Consórcio Construcap/Copada não participou dos lotes 1, 3, 4 e 6.

34. Salienta que o preço da Dersa leva em conta alguma presença de matacões em quantidades que não afetariam a sua produtividade. Já a presença elevada de matacões reduz a produtividade drasticamente afetando a característica e o preço da escavação. Informa que os preços ofertados estariam condizentes com a tabela do Sicro.

35. Com base nesses preços ofertados a Dersa entende que (peça 268, p. 59):

Nota-se que os preços ofertados pelas Licitantes vencedoras são inferiores aos da TPU DERSA, e no caso da OAS e da Construcap (no lote 2) inferiores também a tabela SICRO (evidentemente considerando o mesmo BDI da TPU/DER DERSA). Da forma que evidenciam que os preços ofertados são compatíveis com a escavação e carga de material de 3º categoria que apresentam produtividade da ordem de 50 m³/h, compatíveis com as produtividades obtidas em serviços dessa natureza.

Nota-se também que os preços ofertados “por empresa” foram semelhantes entre si não apresentando diferenças significativas que pudessem evidenciar a presença de uma escavação de material de 3º categoria diferenciada e com baixa produtividade. É importante ressaltar que essa semelhança de preços ocorreu, inclusive, para o lote 6, onde não se evidencia a presença de matacão.

Podemos concluir com essa breve análise que nenhuma empresa licitante vencedora vislumbrou a presença de matacões em quantidade que pudesse justificar uma grande alteração de preços.

De tudo quanto exposto até aqui, se aponta que a situação fática não é de simples solução. A questão tem de ser analisada sob várias vertentes. Se por um lado a DERSA entendia que havia fornecido as informações necessárias em seu procedimento licitatório, de outro lado, é inegável que a situação enfrentada na obra não poderia ser desconsiderada. E mais, não se trata de uma situação apresentada apenas por uma contratada, mas uma precificação que se replicou em todos os lotes, porquanto o critério de formação de preços foi bastante similar entre os lotes em que havia maior incidência de matacões, e nos quais esse fenômeno não ocorria, ou se apresentava com menor frequência, como nos casos dos lotes 6 e 5 do Rodoanel.

Em face dos fatos acima apontados, notadamente em face do conflito existente entre as partes quanto aos critérios de remuneração dos serviços, foi autorizada uma nova composição de preços, como medida protetiva à continuidade da obra.

36. Quanto a remoção de matacões em túneis, a Dersa entende que o serviço novo deveria ser incluído por não haver previsão contratual de nenhum serviço para a realização dessa escavação, porquanto o serviço de escavação em rocha alterada dura, ou são, difere, completamente, da execução do serviço de remoção de escavação em túneis.

37. A Dersa alega que foi a campo averiguar a perda de produtividade, acompanhando os serviços de escavação no túnel 202 – emboque oeste, tendo observado as seguintes produtividades: 1,88 m³/h; 2,32 m³/h; 1,59 m³/h; 2,35 m³/h e 2,10 m³/h.

38. Assim, a produtividade média verificada de 2,05 m³/h estava inferior à prevista em projeto que foi de 4,10 m³/h e a média das licitantes do Lote 2 que foi de 19,68 m³/h

39. Informa que (peça 268, p. 63):

(...) todas as análises e avaliações, realizadas tanto pelo fiscal, quanto pelo gestor do contrato de obras, sobre as dificuldades executivas das escavações pela presença massiva de matacões foram amplamente discutidas pela construtora e a DERSA desde o início das obras.

40. Afirma, por fim, que “as quantidades são provisórias e podem ser alteradas, uma vez que as medições são provisórias, os preços são provisórios e podem ser revistos” (peça 268, p. 65).

41. Quanto aos serviços de enfilagens e pregagens, A Dersa comenta que eles são fundamentais na estabilização de taludes e túneis e que ambos são aplicáveis em áreas instáveis, como escavações em solo de baixa resistência e que usualmente não são necessários nas escavações em maciços rochosos.

42. A Dersa afirma que (peça 268, p. 67):

Entretanto, diferentemente do cenário do projeto básico, que indicava incidência das escavações em rocha sã compostas quase totalmente por maciços rochosos classificados como material de 3ª categoria, o que se observou durante a execução das obras de terraplenagem do Lote 2, foi que toda a formação rochosa atingida pelas escavações era, predominantemente, formada por matacões e blocos de rocha fragmentados, condição que não confere qualquer estabilidade ao terreno escavado.

43. Portanto, devido à ocorrência de rochas sem estabilidades por sua excessiva fragmentação composta de elevadas concentrações de matacões, não foi possível utilizar os serviços previstos contratualmente, pois os serviços de escavações em túneis não contemplavam a remoção de matacões.

44. A Dersa entendeu que os itens de serviços de pregagem e enfilagem preexistentes na planilha contratual são relativos à estabilização de áreas de escavação em solo ou rocha alterada.

45. Alega ainda que “pela lógica, reconhecida inclusive pelo d. Relatório de Fiscalização, não seria possível realizar as perfurações nesses corpos rochosos com as brocas comuns de solo, o que impõe a troca das referidas brocas sempre que fossem encontrados os matacões” (peça 268, p. 70).

46. Menciona que não é só a troca de brocas que distingue o serviço aditivado ao previsto em contrato, pois também houve uma redução drástica da produtividade.

47. Quanto ao esclarecimento realizado ao licitante durante a etapa de proposta de preços, quanto ao serviço de pregagem de frente em túneis, na qual foi respondido que o custo unitário deveria contemplar todos os serviços para a completa execução do mesmo, a Dersa comenta o seguinte (peça 268, p. 71):

No primeiro momento, observa-se que a própria pergunta denota inobservância ao projeto básico licitado e desconhecimento das realidades observadas em campo (visita técnica). Pois, com base nesses dados seria possível prever precariamente os tipos de materiais previstos a serem encontrados nos locais de execução das referidas pregagens que, conforme já demonstrado, em condições comuns deveriam ser executados em terrenos instáveis (solo/rocha alterada mole) com poucas e eventuais incidências de rochas duras – afinal, os serviços de pregagem, bem como o de enfilagem, não se fazem necessários em maciços de rocha sã.

48. Quanto a esse serviço a Dersa entende que (peça 268, p. 71):

Acerca das condições esperadas, com base nas interpretações do Projeto Básico, é importante descrever, resumidamente, que para as pregagens nos túneis previa-se a perfuração das camadas iniciais de escavação simples em solo/rocha alterada mole (conforme demonstrado, apenas com poucas e eventuais incidências de matacões), até que fosse atingida a camada de transição para do topo rochoso e, desta maneira, nas próximas camadas de escavação do maciço rochoso, as referidas pregagens de frente de túneis não mais seriam necessárias.

49. Assim, a resposta dada naquele momento “adotou uma linha genérica, porém, conservadora, na melhor intenção de evitar prejuízos ao erário, na qual orientou os licitantes para que agregassem às suas propostas todas as atividades previsíveis à época” (peça 268, p. 72).

50. A Dersa, analisando os preços ofertados pelo contratado entende que esses são similares a perfurações em solo e não em solos com matacões.

51. Informa ainda que (peça 268, p. 74):

Convém demonstrar ainda que, independentemente da inclusão desses serviços como novas Composições de Preços no âmbito contratual, a fiscalização de obras em nenhum momento permitiu o seu uso indiscriminado, pois, por meio das medições, verifica-se que houve acompanhamento e apuração de todas as camadas de perfurações (nos serviços de pregagens e enfilagens) que realmente atingiram os matacões, assim como as medições dos novos serviços sempre foram restritas aos trechos efetivamente perfurados somente das camadas de matacões.

52. Diante disso, a Dersa entende que restou comprovado que esse achado não caracteriza qualquer situação capaz de configurar indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação (IGP) e que ficou demonstrada a regularidade de todos os atos praticados pela Companhia.

V – MANIFESTAÇÃO DO GOVERNO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO (PEÇA 334)

53. O Governo do Estado de São Paulo entende que a Dersa agiu de maneira diligente no enfrentamento da questão, aplicando as disposições contratuais incidentes, segundo o modelo do BID, e cercando-se do apoio técnico necessário para fazer valer os seus interesses como Contratante do Rodoanel Norte diante de uma questão técnica plurívoca, de elevada complexidade e difícil resolução.

54. Segue a mesma linha de raciocínio da Dersa, de que a proporção de matacões foi superior ao previsto no projeto e nos documentos disponíveis à época da licitação, gerando aumento do custo da escavação, devido sua produtividade menor.

55. Afirma que o aditivo contratual realizado, o qual inclui preços novos provisórios, seguiu o modelo aceito pelo BID, segundo o qual o andamento da obra permite afinar as variações de quantitativos que se percebem no decorrer da execução contratual, a Subcláusula 12.3, alínea "a", do Contrato 4.349/2013 admite expressamente a inclusão de novos preços ao ajuste, em especial quando a quantidade medida de um item variar em mais de 25% em relação às estimativas iniciais.

56. Essa previsão é complementada pelo disposto na Subcláusula 14.1, alínea "c", que afirma que as quantidades indicadas à época da licitação devem ser consideradas pelas partes, em regra, como quantidades estimadas.

57. Assim, como a inclusão de preços novos possuía assento contratual, o pedido apresentado pela OAS foi submetido para análise dos órgãos superiores da Companhia e, após extenso debate entre a Dersa e a Construtora (peça 298), culminou com a celebração do 3º Termo Aditivo e Modificativo (TAM).

58. Entende que o caráter provisório dos preços fixados no 3º TAM restou claro na Proposta de Resolução de Diretoria que versou sobre a sua celebração (PRD EG DIOBA 2 031/2015 - peça 297), a qual foi tida pela Dersa como medida necessária à continuidade das obras do Lote 2.

59. Afinal, a reversibilidade das medições realizadas sob os preços provisórios do 3º TAM permitiria a compensação, ressarcimento ou mesmo estorno dos valores pagos pela Companhia à Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, tutelando o Erário caso se concluísse, a *posteriori*, pela desnecessidade de incluir preços unitários novos referentes à remoção de matacões e medir as suas quantidades como materiais de terceira categoria.

60. Apresenta o resultado da Junta de Conflitos (peça 334, p. 129-198), o qual foi diferente da conclusão do IPT, transcritos abaixo:

272. Sobre as informações geotécnicas disponíveis:

É entendimento desta Junta de Conflitos que não apenas a quantidade, mas também a qualidade das informações disponibilizadas para a elaboração dos orçamentos pelas proponentes no processo licitatório foi inadequada para o estabelecimento da localização do topo rochoso e definição do posicionamento relativo e da quantidade de matacões e blocos rochosos. Tal problema persistiu mesmo na fase de projeto executivo. Na prática, inexistiu método adequado, sequer geofísico, para a previsão rigorosa de tal situação. Veja-se, por exemplo, o Relatório IPT 146 945-205 de 13/05/2016 páginas 29 a 31.

273. Sobre os métodos utilizados para perfuração em solo e em rocha nos túneis: em decorrência das dificuldades acima elencadas no que diz respeito à presença, quantidade e posicionamento relativo dos matacões e blocos rochosos dispersos na massa de solo, os equipamentos de perfuração tiveram que ser redimensionados, obrigando a uma maior diversificação de tipos. Trata-se de uma situação bastante distinta daquela originalmente prevista nas especificações constantes do Edital, implicando em métodos executivos e produtividades distintas.

V1.1 SEGUNDA SUBMISSÃO - DECISÃO - RECOMENDAÇÕES DA JUNTA DE CONFLITOS

Com relação ao item 111. II desta Decisão, esta Junta de Conflitos entende que os serviços

- remoção de matacões em escavação de túneis;
- pregagem para taludes permanentes na ocorrência de matacões;
- pregagem provisória para taludes na ocorrência de matacões;
- pregagem de frente em túneis na ocorrência de matacões;
- enfilagem em solo com ocorrência de matacões;

Devam ser remunerados por preços novos, conforme previsto contratualmente.

61. Informa que os especialistas, na sua decisão, chamaram a atenção para a gritante discrepância estabelecida entre as quantidades efetivamente medidas ao longo da execução do contrato e aquela que fora indicada na planilha para materiais de terceira categoria:

Entendemos não ser admissível a Contratante DERSA, após anos de estudos e investigações geológicas, ter preparado planilha, especificamente para os lotes 02 e 03, com indicação de quantitativo de escavação em rocha de 3ª categoria de 105.731 m², quando em medição acumulada até outubro de 2017 foi atingido o volume de 742.325 m³, dos quais 539.073 m³ foram de matacões removidos a céu aberto. Uma enorme disparidade quando considerada a previsão em planilha, cerca de 600% acima da planilha contratual.

62. Salaria que, após a decisão da Junta de Conflito, a Dersa notificou a OAS por meio de correspondência, enviada em 21/5/2018, manifestando a sua insatisfação com a solução dada

pelos especialistas e comunicando a sua intenção de submeter o litígio à arbitragem (peça 334, p. 225)

63. Cita que o juízo arbitral ainda não foi instalado, de modo que não se tem, até o presente momento, decisão definitiva sobre como devem ser medidos e pagos os itens de serviços relativos a matacões. Todavia, e tendo em vista que a complexidade da matéria já logrou colecionar laudos divergentes, subscritos por especialistas, acerca do mesmo tema, parece certo que o atual contexto fático probatório não se mostra, em absoluto, apto a reunir elementos suficientes para embasar eventual juízo de irregularidade do Contrato 4.349/2013 e seus aditivos.

64. Considerando que nem mesmo os especialistas que já se debruçaram sobre a questão dos matacões foram capazes de dar resposta em uníssono sobre o litígio instaurado entre Dersa e OAS, entende o Estado de São Paulo, com a vênia devida, que não seria ainda tecnicamente possível à Fiscalização dessa Egrégia Corte de Contas firmar juízo seguro - neste contexto marcado profundamente por incerteza técnica - acerca da irregularidade do ajuste e seus termos aditivos.

VI – PARECER DA JUNTA DE CONFLITOS (PEÇA 334, p. 129-223)

65. O Parecer da Junta de Conflitos foi anexado aos autos pelo Estado de São Paulo, sendo que a conclusão do referido parecer já foi disposta na manifestação desse ente. Foi anexado, também, a resposta da Junta de Conflitos ao pedido de esclarecimentos da Dersa, do qual destaca-se os seguintes trechos.

66. Questionamento quanto ao relatório do Tribunal de Contas da União (peça 334, p. 207-208)

Alega a Contratante, em apertada síntese, que esta Junta deixou de justificar as razões de seu convencimento e deliberação, bem como, de enfrentar questões expostas no Relatório de Fiscalização do Tribunal de Contas da União - TCU, não fazendo sequer menção aos argumentos nele expostos.

(...)

Imperioso esclarecer que a Junta de Conflitos não tem no escopo de suas atividades, quer seja no âmbito das regras do instituto, quer seja em seu termo contratual, qualquer obrigatoriedade ou previsão de que todos os documentos submetidos à sua análise sejam mencionados ou rebatidos por seus Membros, posto que tal postura retiraria a liberdade e isenção inerentes e necessárias às suas atividades e decisão.

(...)

Assim, a Junta de Conflitos reafirma que analisou e estudou o referido documento, sendo certo que as observações e conclusões ali contidas não afetam ou alteram sua decisão final no que tange aos pontos submetidos ao litígio.

67. Questionamento quanto ao matacão a céu aberto - criação de novo serviço e preço (peça 334, p. 208-213):

Inicialmente se manifesta a Contratante afirmando que não houve falta de informação técnica no projeto básico do edital de licitação posto que "a presença de matacões na área de implantação do Rodoanel foi informada de maneira clara, segundo o IPT, e a fiscalização do TCU, a todos os licitantes".

O que aqui se coloca não é o questionamento acerca da ciência das licitantes, de forma clara, quanto à existência de matacões e/ou blocos de rocha, **mas sim de sua disposição e volume na região das obras**. E nesse aspecto, entende a Junta de Conflitos a intenção da Contratante em afirmar que os documentos acima descritos corroboraram o quanto contido em seu projeto básico, porém entende, também, que a realidade encontrada na região das obras, após seu início, extrapolou sobremaneira as previsões iniciais relativas à quantidade/volume dos

matações e/ou blocos de rocha, não justificando qualquer questionamento ou alteração quanto aos aspectos de realização física e documental da obra.

(...)

Entendemos não ser admissível a Contratante DERSA, após anos de estudos e investigações geológicas, ter preparado planilha, especificamente para os lotes 02 e 03, com indicação de quantitativo de escavação em rocha de 3ª categoria de 105.731 m³, quando em medição acumulada até outubro de 2017 foi atingido o volume de 742.325 m³ dos quais 539.073 m³ foram de matações removidos a céu aberto. Uma enorme disparidade quando considerada a previsão em planilha, cerca de 600% acima da planilha contratual.

Nesse tocante, imperioso ressaltar que a Contratante DERSA, com seus projetistas e consultores, durante pelo menos 2 (dois) anos antecedentes à oferta de licitação, fez intensos estudos e sondagens visando a conclusão do projeto básico e, certamente, constatou a presença de matações, tanto visualmente como pelos estudos geotécnicos/geológicos realizados. Assim, é entendimento da Junta de Conflitos que o item "remoção de matações" **deveria ser integrante da planilha referência da licitação. Inclusive com estimativa de quantidade.**

Tal omissão se agrava quando em próprio órgão governamental, qual seja, DNIT - SICRO 2. prevê-se a composição de preços "remoção de matações", com preço unitário referencial sugerido.

A Contratante afirma às folhas 11 de seu pedido de esclarecimentos que os licitantes eram absolutamente livres para formatar seus preços, bem como que não existe no edital regra de aceitabilidade de preços máximos ou mínimos.

Ao analisar os termos do edital verificamos que em seus itens 13.3, 34.2 e 38.1 existem regras claras acerca da classificação através de menor preço:

(...)

Se a Contratada houvesse à época da licitação apresentado preço maior para realização da obra, mesmo sabendo da realidade acerca dos matações (o que se admite apenas a título de argumentação) teria prejudicado sua competitividade perante as outras licitantes. **Motivo pelo qual, conforme acima exposto, o projeto básico deveria ter apresentado informações suficientes sobre a realidade existente na região.** (destaques no original)

68. Questionamento quanto aos resultados das sondagens apresentadas (peça 334, p. 213-216):

No mesmo documento já citado, são apresentados os perfis individuais dos furos de sondagens mistas, e são registradas as indicações das fraturas e seus estados de alteração, bem como eventuais preenchimentos e suas granulometrias, tudo de acordo com as normas e procedimentos técnicos citados anteriormente. Percebe-se, portanto, que apesar dos cuidados com que se aplicam as técnicas normatizadas, os resultados obtidos não permitem que se identifique nos registros e perfis, se a broca atravessou um maciço fraturado ou se, na verdade, aquela ocorrência rochosa se tratava ou não de blocos de rocha decorrentes de processos geológicos que tinham "desconstruído" a sua "inteireza" geológica, transformando-o em um amontoado de blocos de rocha de variadas dimensões.

Assim, as interpretações de primeira hora não permitem discernir se:

- a. as ocorrências rochosas identificadas nas sondagens mistas constituem parte de um maciço rochoso que, embora apresentando inumeráveis famílias de descontinuidades, possa ser considerado um todo originalmente contínuo, que hoje se apresenta muito descontínuo e que pode eventualmente, conter blocos ou matações presos em sua estrutura; ou,
- b. embora a observação do meio circundante identifique diversos matações aflorantes em vários pontos do relevo típico da região considerada, dificilmente se interpretaria os perfis

resultantes das sondagens como uma sucessão de blocos de rochas ou matacões superpostos e justapostos, embora houvesse elementos para que tais constatações pudessem ser aventadas

(...)

Afirma a Contratante que houve menção expressa à existência de matacos no Aviso de Pré-Qualificação (ver folhas 4 e seguintes do pedido de esclarecimentos), entretanto, em nenhum momento a DERSA cria serviço ou preço específico para sua remoção. É certo no entendimento da Junta que tal serviço e preço deveriam constar explicitamente dos Anexos II "Critério de preço e medição" e VIII "Orçamento estimativo da DERSA" do Edital de Licitação.

(...)

Ressaltamos que os preços ofertados foram pautados em uma metodologia executiva para escavação em material de 3ª categoria, com execução de cortes em rocha através de bancadas e eventual ocorrência de matacões, sendo que o que se verificou na realização da obra foi exatamente o contrário. O corte é composto tão somente de grandes blocos de rocha e matacões, dificultando sobremaneira a realização do serviço e alterando substancialmente a previsão feita anteriormente.

(...)

Nesses termos entendeu a Junta de Conflitos que, embora não se tratando de imprevisto geológico, a quantidade e volume de matacões encontrada se apresentou excepcionalmente superior ao inicialmente aventado. Se sua existência era inicialmente previsível, mesmo que minimamente, tal serviço e preço deveriam constar do edital de licitação e de seus projetos motivo pelo qual entendeu a Junta ter ocorrido falha por parte da DERSA nas informações prestadas aos Licitantes para elaboração de suas propostas. A inexistência de tal previsão, no entendimento da Junta, permite a criação de serviço e preço novos, que se repita, deveriam constar do edital e projetos desde o início. (destaques no original)

69. Questionamento quanto à necessidade de criação de serviços e preços novos para pregagem permanente ou provisória para taludes e na frente de túneis na ocorrência de matacões (peça 334, p. 216-218):

(...)

A necessidade de criação de serviço e preço novo para pregagem de matacões em taludes e/ou frente de túneis se deu, no entendimento da Junta de Conflitos, em decorrência da necessidade de utilização de equipamento rotopercussivo que trabalhe com altas pressões de ar comprimido.

Os equipamentos previstos no edital não realizam perfuração em rocha, sendo necessário o uso de perfuratriz com maior capacidade. Fato demonstrado na visita técnica realizada na obra pelos Membros em 11/12/2017. A perfuratriz especificada no edital não tem capacidade de perfurar rocha, motivo que justifica a necessidade de criação de serviço e preços novos (vide vídeo anexo).

Ainda, a ES 15.10.100-C02/014-A, prevê "as perfurações são executadas por equipamentos relativamente leves, entre 25 e 500 kg, de fácil manuseio e instalação e trabalho sobre qualquer talude Quando a condição de trabalho permite alta produtividade são utilizadas esteiras de perfuração, cujo peso varia entre 2000 e 4000 Kg.", e mais, seu objetivo descreve "definir os critérios que orientam a execução, aceitação e medição da implantação de pregagem/solo grampeado em taludes dos emboques dos túneis".

Dessa forma a afirmação constante às folhas 18 da DERSA de que "*Bastaria uma leitura atenta do material disponibilizado à época da licitação, para concluir que referida especificação contempla a execução da pregagem/grampeamento tanto em solo puro, com quaisquer características, como também em solo com rochas misturadas, utilizando-se*

equipamentos que forem mais adequados para a execução do serviço”, tem viés amplamente incorreto ante ao verificado na obra.

Assim, ante a necessidade de utilização de forma constante de equipamento de perfuração diferenciado específico para perfurar rocha, que se mostrou medida indispensável ante a ocorrência de matacões em excesso, justificando-se então a criação de preço novo quando se apresentassem matacões. (destaques no original)

70. Questionamento quanto ao preço e serviço novos para remoção de matacões em túneis (peça 334, p. 218-221):

No caso particular das aberturas de túneis estudadas por esta Junta de Conflitos, existe um problema peculiar que, em decorrência das condições anteriormente descritas, não se poderia prever se os túneis seriam executados em maciço contínuo, com descontinuidades que definissem matacões, ou em solo de alteração contendo matacões em pontos que, relativamente uns aos outros, se posicionassem de forma errática e dispersa.

(...)

Esta situação, conseqüentemente, torna muito mais complexas as operações de estabilização da estrutura em construção (ora em solo, ora em rocha em uma mesma seção), bem como os recursos materiais, equipamentos e ferramentas necessários à execução de tais serviços.

Apesar dos estudos geotécnicos/geológicos indicando a presença de matacões e/ou blocos de rocha na região das obras do Rodoanel Trecho Norte, a Contratante DERSA não foi capaz de prever, nem mesmo estimar, quantitativos desses materiais na escavação dos túneis. O item contratual constante em planilha era "escavação em rocha dura ou rocha sã".

Corroboram tal entendimento, as conclusões do Engenheiro Carlos Manoel Nieble acerca da enorme diversidade de fatores que dificultam a escavação de túneis, onde matacões e blocos de rocha surgem intertravados no solo de modo intenso e de forma dispersa, citando-se:

(...)

A remoção dos matacões e blocos de rocha intertravados no solo trouxeram como consequência a completa modificação nos ciclos de avanço das escavações. Os equipamentos e a equipe de túneis são sempre retirados do túnel, apresentando, com isso, alto índice de disponibilidade, exigindo uma verdadeira logística para tentar dar parcial ou integral aproveitamento às referidas equipes ou em serviços de apoio ou em serviços de menor importância ou, ainda, remanejando-os temporariamente para outras frentes, sempre com perda de produtividade devido à ociosidade.

A necessidade de execução de tirantes para ancoragens provisórias ou definitivas, em grau elevado, também ocasiona interrupções não previstas nos serviços das equipes. O aumento significativo no desmonte de matacões e blocos de rocha utilizando perfuratrizes manuais ou de menor porte configura condições completamente distintas daquelas para escavação de material de 3ª categoria em túneis, onde é previsto o emprego de perfuratrizes de maior porte.

(...)

Assim, entende a Junta de Conflitos esclarecido o tópico em comento e justificado seu entendimento acerca da necessidade de criação de serviços e preços novos.

VII – ANÁLISE

A – Análise dos procedimentos relacionados ao 3º TAM

A.1 – Assinatura do 3º TAM

71. O 3º Termo Aditivo Modificativo ao Contrato 4.349/2013 remete a julho e agosto de 2015, quando foram apresentados, pela OAS, pedidos para as novas composições relativas a serviços com matacões (peças 61, p. 4, 62, p. 10, 65, p. 4, 66, p. 4, 67, p. 4, e 68, p. 4). Os pedidos foram apresentados ao fiscal da obra em 7/7/2015, 13/7/2015 e 28/8/2015. Em seguida, o fiscal

encaminhou para o então gerente da obra os pedidos para análise e aprovação dos preços, nas datas de 14/7/2015 e 2/9/2015 (p. 2 das peças 61, 62, 65, 66, 67 e 68). Na data de 18/9/2015, o gerente das obras encaminha Proposta de Resolução de Diretoria (PRD) com proposta de aprovação do pleito das contratadas (peça 121), a qual foi aprovada na 20ª reunião de diretoria em 23/9/2015 (peça 122).

72. Nesse ponto, chama a atenção que houve mudança na gerência das obras nesse intervalo. Enquanto os pedidos foram encaminhados para o gerente Emílio Urbano Squarcina (p. 2 das peças 61, 62, 65, 66, 67 e 68), a PRD com proposta de aprovação foi elaborada por outro gerente, Pedro Paulo Dantas do Amaral (peça 121). Segundo informações da Dersa (peça 344), a gerência da obra foi trocada no dia 9/9/2015, tendo o novo gerente assumido as funções no dia 10/9/2015. Com apenas nove dias na função, sem ter acompanhado as obras anteriormente, o novo gerente propôs aprovar novos preços que totalizavam cerca de R\$ 52 milhões, ou 9% do valor vigente do contrato à época, se limitando a repetir os argumentos da construtora, sem uma análise mais profunda, seja das questões técnicas (que só foi providenciada posteriormente junto ao IPT), seja das contratuais e de projeto.

73. Sobre esse assunto, o engenheiro fiscal das obras do Lote 5 teria informado em depoimento à Polícia Federal que a troca de gerentes ocorreu porque o então responsável pelas obras não concordava com o aditivo (<https://veja.abril.com.br/politica/fiscal-aponta-pressao-para-mudar-precos-em-obras-do-rodoanel-norte/>, acesso em 25/8/2018):

O engenheiro Hélio Roberto Correa, fiscal da Dersa (Desenvolvimento Rodoviário S/A) na construção do Trecho Norte do Rodoanel, confirmou à Operação Pedra no Caminho a “pressão pela mudança de preço” das obras. (...)

Aos investigadores, o engenheiro relatou que foi subordinado a Emílio Urbano Squarcina, gerente de Obras II, responsável pela construção do Rodoanel até sua saída. **Pressionado a mudar custos da obra, contou, Emílio se negou a assinar tais alterações contratuais e perdeu o cargo.**

“Emílio foi substituído por Pedro Paulo Dantas do Amaral em setembro de 2015, em razão da pressão pela mudança de preço; que Pedro Paulo já era gerente da Divisão de Obras I, relacionadas a outras obras que não a do Rodoanel, por exemplo, Tamoios e contorno”, afirmou o engenheiro Hélio Correa.

“Pedro Silva, diretor de Engenharia da Dersa, determinou a dissolução da Gerência de Obras II ocupada por Emílio diante da discordância dele em relação à mudança de preços em todos os lotes e a consequente saída de Emílio para o Departamento Hidroviário”, revela o engenheiro. (grifos acrescentados).

74. Após a aprovação da Diretoria da Dersa, o 3º TAM foi assinado em 30/9/2015. Em 13/5/2016 (oito meses após a assinatura do aditivo) o IPT apresentou relatório técnico no qual concluiu que a existência de matacões misturados ao solo naquela região não era surpresa (peças 109 a 115). Somente então realizou-se a suspensão das medições dos serviços relacionados a matacões, muito embora àquela altura já tivesse sido medida a totalidade desses serviços.

A.2 – Instauração da Junta de Conflitos

75. Destaca-se que o procedimento para a criação da Junta de Conflitos também não respeitou as condições previstas no contrato, conforme será demonstrado a seguir, o que faz com que sua decisão não tenha efeito legal.

76. De acordo com as condições especiais do contrato (CEC), a Junta de Conflitos (JC) deveria ter sido nomeada 28 dias após o início do Contrato 4.349/2013 (peça 59, p. 135). Contudo, a JC só foi instaurada depois da existência do conflito relacionado aos matacões, conforme já informado nas manifestações da Dersa e do Governo do Estado de São Paulo e demonstrada na

solicitação realizada em 18/7/2016 pela construtora na peça 276 e no próprio Termo de Acordo da Junta de Conflitos, de 2/8/2017 (peça 269).

77. Assim, como não existia JC instaurada antes desse conflito, esse impasse não poderia ser decidido por essa junta, conforme subcláusula 20.8 do Contrato, pois era primordial que essa junta antes do conflito já conhecesse a obra e inclusive realizasse visitas aos locais da obra, conforme previsto nas regras de procedimento, contida no Contrato 4.349/2013, do qual destacamos os seguintes trechos (peça 59, p. 129):

Apêndice: Condições Gerais do Acordo da Junta de Conflitos – REGRAS DE PROCEDIMENTOS

Salvo acordo entre a Agência Contratante e o Empreiteiro, a JC deverá visitar o local em intervalos de não mais de 140 dias, incluindo períodos críticos na construção, a pedido da Agência Contratante ou do Empreiteiro. Salvo acordo entre a Agência Contratante, o Empreiteiro e a JC, o período entre as visitas consecutivas não deverá ser de menos de 70 dias, exceto se exigido para se convocar uma audiência conforme descrito abaixo.

A data e a agenda para cada visita ao local deverão ser acordadas conjuntamente pela JC, a Agência Contratante e o Empreiteiro; na ausência de acordo, deverão ser decididas pela JC. **O propósito das visitas ao local é permitir que a JC se familiarize com o andamento das Obras e de quaisquer problemas ou reivindicações reais ou potenciais, e, na medida do possível, se esforce para prevenir que potenciais problemas ou reivindicações se tornem conflitos.**

As visitas ao local deverão ser presenciadas pela Agência Contratante, o Empreiteiro e o Engenheiro e coordenadas pela Agência Contratante em cooperação com o Empreiteiro. A Agência Contratante deverá assegurar o fornecimento de instalações de conferência apropriadas, bem como serviços de secretaria e de transcrição. **Na conclusão de cada visita ao local e antes de deixar o local, a JC deverá preparar um relatório sobre suas atividades durante a visita e enviar cópias à Agência Contratante e ao Empreiteiro.** (grifos acrescentados)

78. Desse modo, visto que implantada em desacordo com as regras contratuais, inclusive contrariando vedação expressa de se estabelecer Junta de Conflitos após o surgimento de um conflito, a própria instauração da junta foi irregular, visto que realizado sem fundamento legal ou contratual. Assim, o Grupo de Especialistas não configura uma Junta de Conflitos para fins do Contrato 4.349/2013. Suas conclusões, portanto, não devem ser levadas em conta na execução do contrato. Inclusive, caso as partes decidam submeter o conflito à Arbitragem, conforme permite a subcláusula 20.8.b do contrato, transcrito abaixo (peça 59, p. 121), a decisão da suposta Junta de Conflitos e seu relatório não podem ser admitidos como evidência.

20.6 Arbitragem

(...) Qualquer decisão da JC será admissível como evidência na arbitragem.

20.8 Expiração da Nomeação da Junta de Conflitos

Se entre as Partes surgir um conflito relacionado com o Contrato ou a execução das Obras, e não houver uma JC estabelecida, seja por motivos da expiração da nomeação da JC ou por outro motivo:

(a) não se aplicarão a subcláusula 20.4 [Obter uma Decisão da Junta de Conflitos] e a subcláusula 20.5 [Acordo Amigável];

(b) o conflito poderá ser submetido diretamente a arbitragem de acordo com a subcláusula 20.6

79. Também como consequência da nulidade da instauração da Junta de Conflitos, os próprios pagamentos realizados para fins de remuneração dos membros da suposta Junta de Conflitos não podem ser suportados pelo Contrato 4.349/2013 nem pelo Convênio.

B – Análise do mérito

80. Nessa análise será verificado o mérito da irregularidade bem como as particularidades do Contrato 4.349/2013, o qual seguiu normas de contratação do BID.

81. O mérito da questão converge para o entendimento de se a quantidade de matacões encontradas caracteriza uma condição física imprevisível, conforme a cláusula 4.12 do Contrato 4.349/2013, ou se seria um risco do negócio, o qual deve ser suportado pela Contratada.

82. O projeto é farto em mencionar a ocorrência de matacões e blocos de rocha misturados ao solo, destacando-se os documentos já mencionados no Relatório de Fiscalização. Também é de conhecimento notório que a geologia local apresenta essa característica¹.

83. A Contratada, conforme subcláusula 4.10 do Contrato 4.349/2010, se comprometeu a inspecionar o local da obra, os dados do projeto e outras informações disponíveis. Dentre as informações que estavam disponíveis para os participantes da licitação, destaca-se que diversos documentos disponíveis no sítio eletrônico do BID (<https://www.iadb.org/pt/project/BR-L1296>) referente às obras a serem executadas no Rodoanel Norte que já citavam a ocorrência dos matacões, nos quais destaca-se:

a) Plano de Manejo Completo Parque Estadual da Cantareira, de junho de 2009 (peça 345 a 347);

b) Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume III, de setembro de 2010 (peças 348 a 349); e

c) Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume V, de setembro de 2010 (peças 350 a 351).

84. No **Plano de Manejo Completo Parque Estadual da Cantareira**, de junho de 2009, já é informada a presença de matacões nessa região, conforme diversos trechos contidos nesse documento e destacados na evidência: análise do Plano de Manejo do Parque Cantareira.

85. O mapa da geomorfologia presente nesse Plano de Manejo (peça 345, p. 130) demonstra as áreas que podem conter matacões, relevo de morfometria denominados: planícies fluvio-coluvial; morros e montanhas, analisando o mapa percebe-se que essas representam boa parte do Parque da Cantareira, zona limítrofe com o Rodoanel Norte.

86. O **Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume III** informa quais tipos de rochas ocorrem na área de influência indireta (AII) do Rodoanel Norte, nas quais era previsível a existência de rochas nas seguintes rochas: granito e anfíbolitos, conforme os seguintes trechos do estudo (peça 348, p. 37 e 39):

Granitos

(...)

Nos locais de ocorrência de rochas porfíroides é comum a formação de blocos e matacões, com diâmetros de 0,6 a 5 metros, tanto na superfície do terreno quanto emersos no solo de alteração. A presença de matacões e de descontinuidades no contato rocha-solo de alteração pode favorecer a percolação de água, a instalação de processos erosivos e o descalçamento de blocos.

Os granitos de modo geral são favoráveis à implantação de taludes de corte, devido a foliação incipiente, bem como a abertura de túneis.

¹<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1712200003.htm>, http://www.uc.pt/fluc/cegot/VISLAGF/actas/tema3/antonio_neto, <http://meusroteiros.com/serra-da-cantareira-um-paraiso-ha-dois-passos-da-pauliceia-desvairada/>, além das referências apresentadas no projeto e nos laudos do IPT.

Os granitos sustentam relevos de morrotes (Colinas pequenas com espigões locais), morros e montanhas (Mar de Morros, Morros com Serras restritas, e Serras Alongadas) que **ocorrem a sudoeste do município de Santana de Parnaíba, em área restrita no extremo noroeste de Cajamar, porção central e leste de Caieiras, grande parte do município de Mairiporã e de São Paulo na área da AII, bem como áreas restritas em Guarulhos, Arujá e Santa Isabel. Constitui grande parte dos terrenos pertencentes ao limite do Parque Estadual da Cantareira.**

(...)

Anfibolitos

(...)

O solo superficial é argiloso, com 1 a 2 metros de espessuras. O saprolito é também argiloso com espessura entre 0,5 e 4,5 metros. O contato com a rocha é brusco, **podendo apresentar blocos e matacões.** A textura argilosa desses solos indica a sua utilização nos corpos de aterro. (destacamos)

87. Já o Estudo de Impacto Ambiental – EIA – Rodoanel Trecho Norte, Volume V apresenta um quadro 5.4.1.4 com a síntese dos atributos dos terrenos na área diretamente afetada (ADA). Nesse quadro são listados os trechos por estacas que poderiam conter matacões, destaca-se que no projeto as estacas começam na numeração de 10.000 e no EIA em 11.000, assim como o trecho 2 está situado entre as estacas 10.321 a 10.565, deve-se verificar quais as informações contidas entre as estacas 11.321 e 11.565. Assim, conforme esse quadro (peça 351, p. 33-35), temos informações de que os seguintes trechos poderiam conter matacões:

- a) 11.321 a 11.370 (trecho que inclui o túnel T2);
- b) 11.374 a 11.400;
- c) 11.410 a 11.475;
- d) 11.484 a 11.525; e
- e) 11.543 a 11.550.

88. Portanto, com base no Volume V do EIA do Rodoanel Norte era possível prever que aproximadamente 77% dos trechos do Lote 2 teriam matacões nas suas escavações, evidenciando a grande quantidade dessas pedras.

89. O Edital de pré-qualificação para a contratação das obras do Rodoanel Norte (peça 161), também, já discriminava a presença de matacões nos túneis Lote 2, conforme sua Seção VI – Escopos das Obras (peça 161, p. 84):

TÚNEL 2 Extensão = 355 m (Pista Interna) e 332 m (Pista Externa)

Atravessa rochas graníticas da borda da Serra da Cantareira, próximo a um vale estreito, em área densamente urbanizada.

Observa-se que **os solos com matacões e rocha alterada predominam nos emboques Oeste e Leste.** No interior do maciço, a rocha pouco fraturada apresenta melhor qualidade.

TÚNEL 3 Extensão = 850 m (Pista Interna) e 781 m (Pista Externa)

Atravessa rochas graníticas da Serra da Cantareira. O emboque Oeste apresenta cobertura de solo residual e solo de alteração de granito sobre rocha sã. O topo rochoso encontra-se a cerca de 10m de profundidade. Já no emboque Leste, tem-se rocha alterada bastante fraturada entre o solo de alteração **com matacões e o granito são.** No interior do maciço predomina rochas de melhor qualidade (classe I e II), no entanto com descontinuidades frequentes. Nas fraturas inclinadas a subverticais ao longo do eixo, nota-se infiltração de água. (destacamos)

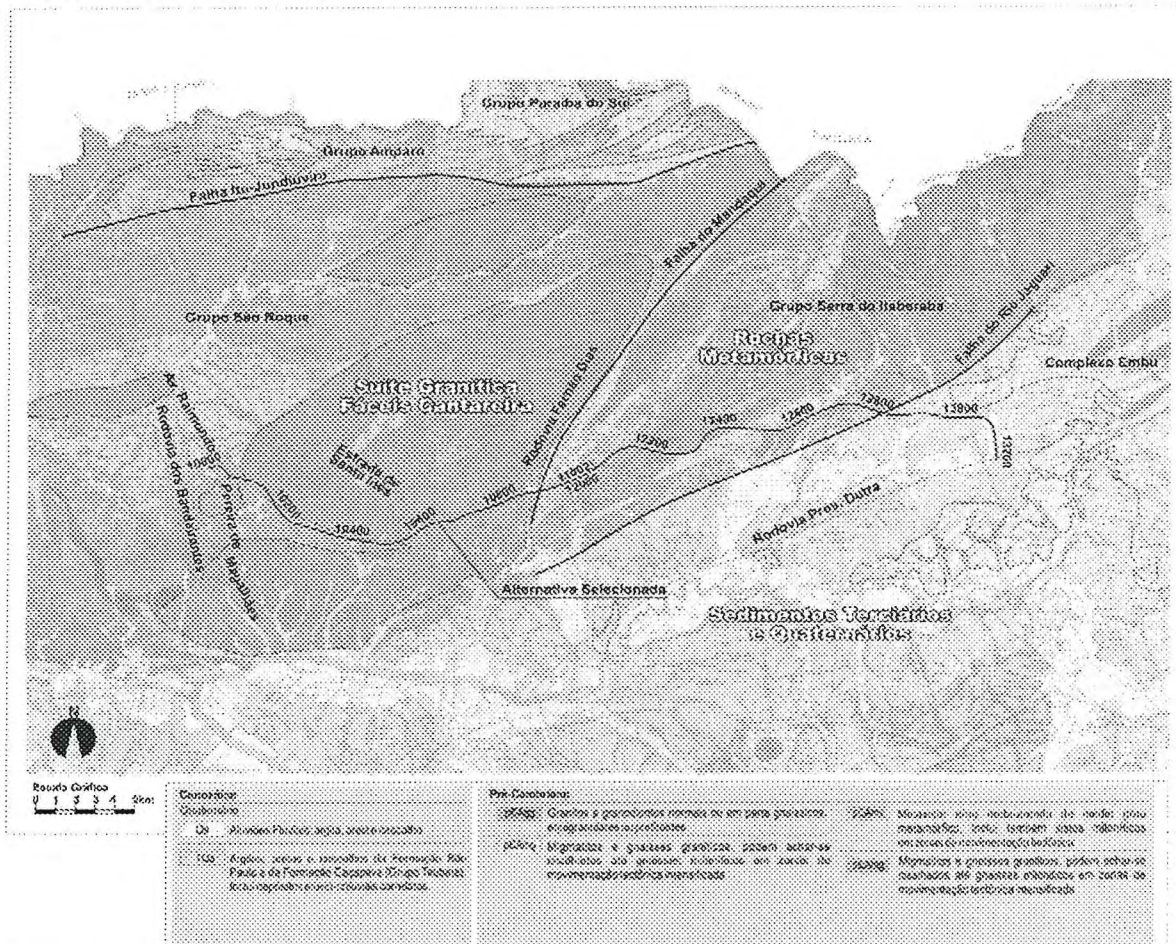
90. Ademais, diversos documentos fornecidos aos licitantes durante a licitação para a contratação de obras do Rodoanel Norte evidenciavam a presença de matacões e informavam como seria o pagamento das escavações destes, tais como:

- a) Critério de Preço e Medição, Anexo II do edital de licitação (peça 23);
- b) Especificação de Serviço ET-Q00/016 – Cortes, constante do projeto básico (peça 71);
- c) Especificação de Serviço ET-Q00/013 – Serviços para túneis, constante do projeto básico (peça 72);
- d) Especificação de Serviço ES-15.10.100-C02/014-A - Pregagem / solo grampeado, constante do projeto básico (peça 73);
- e) Especificação de Serviço ES-15.10.100-C02/001-A – Materiais e serviços para enfilagem em túneis, constante do projeto básico (peça 80);
- f) Especificação de Serviço ES-15.10.100-C02/004-A – Materiais e serviços para drenagem interna dos túneis, constante do projeto básico (peça 81);
- g) Documento RT-15.10.000-A11/001-B, informe técnico, constante do projeto básico, de julho de 2011 (peça 82);
- h) Documento DE-15.10.003-G11/002-A – Estudos Geotécnicos – Tratamento De Taludes Rochosos, constante do projeto básico (peça 83);
- i) Documento DE-15.10.102-G11/003-A, 004-A e 005-A – compartimentação geomecânica do maciço – resultados das investigações geotécnicas e perfil geológico do maciço (túnel 2), constante do projeto básico (peças 84 a 86);
- j) Documento DE-15.10.103-G11/003-A, 004-A, 005-A, 006-A E 007-A – compartimentação geomecânica do maciço – resultados das investigações geotécnicas e perfil geológico do maciço (túnel 3) (peças 87 a 91);
- k) Documento RT-15.10.000-G11/109-A (peças 92 e 93), RT-15.10.102-G11/001-A (peça 96) E RT-15.10.103-G11/001-A (peça 97) – relatórios de investigação geológico-geotécnica - sondagens mistas, constante do projeto básico;

91. Todos esses documentos foram utilizados, no Relatório de Auditoria (peça 233, p. 11-26), para evidenciar que os documentos existentes na época da licitação já indicavam a existência de matacões e que os itens já existentes na planilha contratual eram suficientes para o pagamento desses serviços.

92. Desses documentos, destacamos ainda o Mapa Geológico da área de estudo (figura 1, abaixo), constante do Documento RT-15.10.000-A11/001-B (peça 82), no qual apresenta o contexto geológico que o traçado do Rodoanel Norte iria enfrentar.

Figura 1: Mapa Geológico da área de estudo



Fonte: Documento RT-15.10.000-A11/001-B (peça 82, p. 21)

93. Por esse Mapa fica patente que o Lote 1, situado entre as estacas 10.000 a 10.321; o Lote 2, entre as estacas 10.321 a 10.565; o Lote 3, situado entre 10.565 a 10.746; e parte do Lote 4, situado entre as 10.746 a 12.187, encontrariam matacões em suas escavações, pois o traçado da rodovia do Rodoanel Norte atravessou onde a geologia já indicava a ocorrência de granitos, com ocorrência de rochas porfiríoides, onde é comum a formação desses matacões.

94. Assim, entende-se que a Contratada, conforme a subcláusula 4.10 do Contrato 4.349/2010, deveria ter estudado esses documentos, antes da sua proposta, os quais já demonstravam que o trecho em questão poderia conter matacões nas escavações a serem realizadas, inclusive nos túneis.

95. A quantidade exata, por outro lado, é de estimação impossível pelos métodos de investigação hoje existentes, conforme menciona o próprio laudo do IPT. Ou seja, a existência farta de matacões era perfeitamente previsível, embora houvesse uma incerteza inerente e incontornável sobre a quantidade exata.

96. Destaca-se que, conforme a subcláusula 4.10 do Contrato 4.349/2013, o Contratado deveria interpretar todos os dados fornecidos pela Contratante e obter toda a informação necessária **em relação a riscos**, contingências e outras circunstâncias que possam afetar a proposta ou obras, o que somado à obrigação que o Contratado tinha de inspecionar e examinar o local, seus arredores, os dados fornecidos e outras informações disponíveis, para que sua proposta, **considerasse todas as questões relevantes**, incluindo (entre outras) a forma e natureza do local, **incluindo as condições subterrâneas**. Tal fato demonstra, que a imprevisibilidade

alegada pela Contratante, conforme os termos do contrato e os dados disponíveis no projeto e nos locais da obra não são procedentes. O projeto foi extremamente rico em indicar a presença de matacões, deixando claro a existência desse risco e de se tratar de questão relevante, a qual, pelas já mencionadas regras da subcláusula 4.10 do contrato, deveriam ser devidamente estudadas pela contratadas e consideradas em sua proposta. Não se pode negar, portanto, que foi um risco assumido pela contratada e sobre o qual o projeto alertou suficientemente.

97. Além disso, restava explícito que a remoção de matacões seria pago por meio dos serviços já previstos em projeto, sendo eles: “escavação e carga de material de 3ª categoria” e “escavação em rocha alterada dura ou rocha sã”, para o qual a Construtora poderia ter oferecido o preço que considerasse adequado para enfrentar essas incertezas já conhecidas, e que este deveria ser executado com os equipamentos que fossem necessários e adequados às necessidades verificadas em campo independentemente de constarem das composições de serviço, condições que foram expressamente aceitas pela Construtora (Anexo III do contrato, peça 59, p. 154).

Figura 2: Anexo III do Contrato 4.349/2013

ANEXO III
Declaração de Ratificação dos Termos da Proposta de Preço
para Lote 2


LPI Nº 006/2011-CI

Licitante: Construtora OAS Ltda.

À Construtora OAS Ltda., neste ato representada por Yves Lucien de Melo Verçosa, abaixo assinado, DECLARA e RATIFICA:

- que mantém a proposta de preço apresentada na sessão pública;
- que confirma que executará todos os serviços descritos na proposta de preços conforme os respectivos preços unitários apresentados, de forma a atender as Especificações Técnicas, Projeto, Critério de Preço e Medição e demais documentos que compuseram o Edital de Licitação, fornecendo todos os materiais, mão de obra e equipamentos necessários à boa execução da obra, independentemente de constarem ou não em suas composições de preços unitários;
- que confirma a taxa de BDI apresentada na proposta de preço;
- que está de acordo que para os serviços dos itens 1.17, 1.18, 1.19, 2.2, 2.17, 2.20, 2.22, 3.A, 3.15, 3.21, 3.24, 3.25, 3.27, 4.3, 4.19, 4.21, 4.26, 4.37, 4.48, 4.49, 5.6, 6.13, 6.17, 6.32, 6.39, 6.41, 6.42, 6.46, 7.11, 7.12, 7.21, 8.3, 8.8, 8.13, 9.4, 9.21, 9.25, 9.29, 9.30, 9.31, 9.35, 9.34, 9.52, 10.1, 10.7, 10.9, 10.12, 10.14, 10.15, 10.17, 10.18, 10.24, 10.26, 10.27, 10.29, 11.1.9.1, 11.1.9.2, 11.1.15, 12.5, 12.8, 12.9, 12.18, 12.20, 12.21, 12.22, 12.25, 12.27, 12.28, 12.29, 12.30, 12.39, 13.7, 13.12, 13.14, 14.1.4, 14.2.4, 14.3.2, 14.4.3, 15.1.1.4.1, 15.2.1.2.1, 15.2.1.2.2, 15.2.1.2.3, 15.3.2.4, 15.4.1.2.3, 16.3, 16.15, 16.19, 16.39, 16.43, 16.47, 16.56 e 16.57, cujos preços unitários propostos estão superiores a 50% em relação ao preço de referência da DERSA, a medição dos quantitativos desses itens será limitada ao acréscimo de no máximo 25% sobre os respectivos quantitativos inicialmente previstos na proposta de preço. Os quantitativos que excederem o acréscimo de 25% nas quantidades serão medidos e pagos considerando os preços unitários de referência da DERSA.

São Paulo, 14 de janeiro de 2013.


Yves Lucien de Melo Verçosa
Representante Legal
Construtora OAS Ltda.
Identidade Nº:

98. Ademais, a criação de um novo item de planilha somente seria possível se já não houvesse nenhum item que cobrisse o serviço em questão, o que não seria o caso já que a especificação de escavação de material de 3ª categoria contempla a remoção de matacões, inclusive em túneis. Assim, entende-se que não seria possível utilizar a subcláusula 3.12.b prevista em contrato para aditar um preço novo para a execução das remoções dos matacões.

99. Assim, entende-se que não há a alegada imprevisibilidade para a criação de novos serviços, seja para a escavações com matacões ou para as enfilagens e pregagens em solos com matacões, tendo em vista que as especificações de serviços previstas no projeto já previam essas

situações, assim como os critérios de pagamentos desses serviços já previam a existência de matacões, conforme análise realizada no Relatório de Auditoria (peça 233, p. 11-26).

100. A única imprevisibilidade seria o quantitativo de matacões que seriam encontrados durante as escavações e não a sua existência. Assim, como os serviços de escavação de material de 3ª categoria; escavação em rocha alterada dura ou rocha sã; pregagem e enfilagem previstos em contrato já previam na sua especificação de serviço que esses deveriam ser executados mesmo com a existência de matacões, entende-se que os preços previstos na planilha contratada já abrangiam a execução desses serviços.

101. Por esse motivo, entendemos de forma contrária ao Grupo de Especialistas: o serviço e o preço já existiam no edital de licitação, sob o nome de escavação de material de 3ª categoria. A Dersa não apresentou especificação de serviço e nem composição de preços especial para a remoção de matacões porque considerando que essas remoções já constavam das especificações de serviços previstas em projeto. Portanto, já estava claro à época do certame como a remoção de matacões seria medida, independente do quantitativo verificado ao executar as obras. Aliás, conforme a subcláusula 14.1 do Contrato 4.349/2013 as quantidades estabelecidas no Quadro de Quantidades e Preços ou outro Cronograma são quantidades estimadas e não devem ser consideradas como as quantidades reais e corretas.

102. Esse entendimento não é exclusividade da especificação de serviço da Dersa. Também o DNIT entende que matacão, ou bloco de rocha, deve ser medido como material de 3ª categoria. Ou seja, um matacão não é uma material especial e novo, mas é somente uma das formas de apresentação de uma rocha. O entendimento apresentado pela construtora e até mesmo pela suposta Junta de Conflitos de que material de 3ª categoria é uma bancada contínua de rocha sã não encontra respaldo nas documentações técnicas que descrevem o serviço de escavação de material de 3ª categoria. Tanto a especificação da Dersa (ET-Q00/016 – peça 71) quanto a do DNIT (DNER-280/97-ES) são claros em afirmar que material de 3ª categoria são rochas a partir de 2 m³ de volume ou de 1 m de diâmetro. Matacões menores do que essas medidas, inclusive, são classificados como material de 2ª categoria.

DNER-280/97-ES

3.3 Material de 2ª categoria - compreende os de resistência ao desmonte mecânico inferior à rocha não alterada, cuja extração se processe por combinação de métodos que obriguem a utilização do maior equipamento de escarificação exigido contratualmente; a extração eventualmente poderá envolver o uso de explosivos ou processo manual adequado, **incluídos nesta classificação os blocos de rocha, de volume inferior a 2 m³ e os matacões ou pedras de diâmetro médio entre 0,15m e 1,00m.**

3.4 Material de 3ª categoria - compreende os de resistência ao desmonte mecânico equivalente à rocha não alterada e **blocos de rocha, com diâmetro médio superior a 1,00m, ou de volume igual ou superior a 2m³**, cuja extração e redução, a fim de possibilitar o carregamento se processem com o emprego contínuo de explosivos. (destacamos)

103. Tanto é assim que, ao contrário do que afirma o Grupo de Especialistas, o Sicro 2 (substituído em 2017 pelo novo Sicro) jamais teve composição de custo para escavação de matacões, apenas para material de 3ª categoria, o qual, pela especificação de serviço já mencionada, contempla rochas com volume a partir de 2 m³, nas quais se inserem os matacões de maior diâmetro.

104. A composição prevista no Sicro 2 (3 S 08 513 00 - Remoção de matacões) não é referente a obras de implantação rodoviária (que é o caso do Rodoanel) e sim de conservação rodoviária. Ou seja, não se refere à escavação de matacões, mas a remoção de um matacão que porventura caia de um talude sobre a plataforma e necessite ser removida.

105. O manual do novo Sicro, apresenta no volume 8 (manual técnico de manutenção e conservação rodoviária) a definição do que seria o serviço de remoção de matacões: “1.1.10. Remoção de Matacões: O serviço consiste na remoção de blocos de rocha desprendidos do talude de corte sobre a plataforma da rodovia, com o emprego de explosivos, conforme consumos de materiais apresentados na Tabela 02”.

106. Note-se que a composição de custos do novo Sicro (4915739 Remoção de matacões) é a mesma do Sicro 2, comprovando que a composição do sistema anterior se trata do serviço descrito no manual do novo sistema.

107. Portanto, o próprio aumento extraordinário de volume medido de matacões deveria ter sido solucionado tão somente com o acréscimo da quantidade dos serviços já existentes na planilha orçamentária.

108. Sobre esse suposto aumento extraordinário de volume de escavação de matacões há que se fazer ressalvas também. Isso porque as próprias quantidades medidas apresentam algumas incoerências.

109. Veja, por exemplo, a quantidade total de terraplenagem medida para o Lote 2: muito embora o projeto preveja um volume total de escavação de 1.960.738,00 m³ (peças 352 a 354), considerando todos os tipos de materiais – 1^a, 2^a e 3^a categorias e solo mole – já havia sido medido, até março/2018 (62^a medição) 2.480.910,31 m³, ou 126,53% do volume total suficiente para se concluir o projeto.

110. É verdade que a planilha contratual após o 10º TAM prevê volume ainda maior (2.951.875,80 m³, ou 150,55% do volume de projeto), mas trata-se de descasamento entre quantidades de planilha e de projeto, o que é objeto do achado III.3.

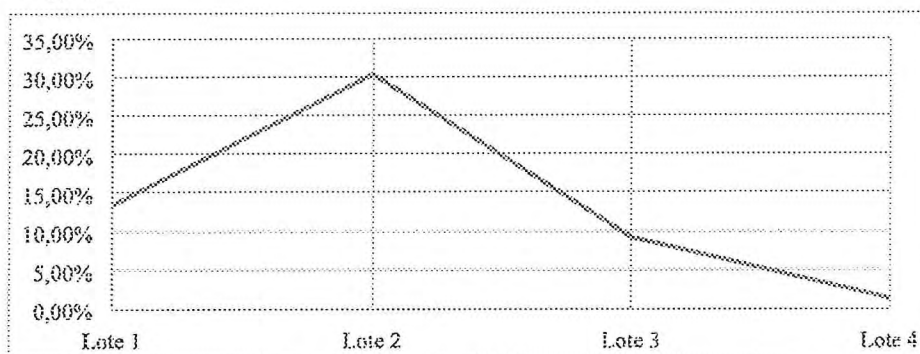
111. Também é verdade que esse descasamento de volume total de terraplenagem entre planilha e projeto ocorre em todos os lotes (Lote 1: 146,46%; Lote 2: 150,55%; Lote 3: 122,95%; Lote 4: 127,01%; Lote 5: 112,27%; e Lote 6: 121,63%), mas apenas no Lote 2 as quantidades medidas extrapolaram significativamente as quantidades de projeto (Lote 1: 96,56%; Lote 2: 126,53%; Lote 3: 85,20%; Lote 4: 104,61%; Lote 5: 97,06%; e Lote 6: 91,18%). Ou seja, embora haja saldo contratual em todos os lotes para se extrapolar as quantidades de escavação previstas nos projetos, apenas no Lote 2 já foram medidas quantidades significativamente superiores às do projeto.

112. Outro ponto que levanta dúvidas sobre as quantidades de matacões medidas no Lote 2 é a comparação entre os lotes nos quais esse tipo de rocha era prevista e de fato ocorreu. A comparação, no caso, não se trata de simples confronto das quantidades absolutas medidas, mas das taxas de matacão em relação ao volume de material de 1^a e 2^a categoria. Isso porque a questão relacionada a essas rochas é exatamente o fato de estarem misturados aos outros materiais de escavação, no caso aos materiais de 1^a e 2^a categorias. A relação entre os volumes de matacão e desses outros materiais, portanto, reflete o quanto há de matacões misturados ao solo.

Tabela 2: Taxas de matacões medidas (dados da 62^a medição, março/2018)

Lote de obra	Escavação de 1 ^a e 2 ^a categorias [A]	Escavação de matacão [B]	Taxa de matacão [C] = [B] / [A]
Lote 1	1.497.025,07	200.326,72	13,38%
Lote 2	1.729.875,09	524.082,41	30,30%
Lote 3	405.131,32	37.176,97	9,18%
Lote 4	3.711.622,03	47.713,05	1,29%

Figura 3: Representação gráfica das taxas de matacões medidas em relação ao material escavado de 1ª e 2ª categoria



113. Verifica-se, portanto, que, embora esteja geograficamente entre os Lote 1 e 3, sendo contíguos a eles, e geologicamente inserida na mesma área geológica, as obras do Lote 2, de acordo com as quantidades medidas, teria uma taxa de matacões de 2,3 vezes a do Lote 1 e 3,3 a do Lote 3. A comparação com o Lote 4 resta limitada porque nem todo aquele segmento está inserido na mesma área geológica e, portanto, propenso ao surgimento de matacões, o que afeta a base de comparação.

114. Há de se levar em conta, ainda, que a quantificação do volume de matacões para esse cálculo levou em conta as quantidades medidas de “remoção de matacão em escavação a céu aberto” e de “desmonte de rocha a frio com argamassa expandida”. Diante da possibilidade real de execução de “desmonte de rocha a frio com argamassa expandida” em rochas de bancada, o que significa que parte do volume desse serviço não se refere a matacões, tal consideração acabou por amenizar o resultado da avaliação do ponto de vista do Lote 2. Isso porque no Lote 1 100% da quantidade provém do desmonte com argamassa, no Lote 3 57,07% e no Lote 2 apenas 8,45%.

115. Isso posto, pode-se afirmar que há motivos razoáveis para se levantar suspeitas sobre as próprias quantidades medidas de terraplenagem e, em particular, dos serviços de escavação de matacões. Desse modo, não se mostra aceitável fundamentar uma suposta imprevisibilidade no aumento das quantidades medidas com base em números sobre os quais pairam tais dúvidas. Além disso, seria prematuro se realizar uma citação neste momento em relação aos serviços de matacão, pois, além da questão do preço, a própria quantidade merece ser melhor avaliada.

116. Assim, tendo em vista todas as informações disponibilizadas aos licitantes nos estudos ambientais e no projeto básico e considerando o disposto nas subcláusulas 4.10 e 4.11 do Contrato 4.349/2013, não havia como a contratada se apoiar no argumento de imprevisibilidade para pleitear o aditivo e para a Dersa aprová-lo.

117. Além disso, apoiado na subcláusula 12.3.b, nas especificações de serviço, nos critérios de medição e no Anexo III do Contrato 4.349/2013, não haveria razões para a criação de preços novos para os serviços envolvendo matacões.

118. Diante dessa análise, entende-se que a criação, no 3º TAM ao Contrato 4.349/2013, de preços novos para serviços envolvendo matacão não apresenta suporte contratual por não atender nenhuma das condições previstas nas cláusulas contratuais.

119. Resolvido o cerne da questão, qual seja a imprevisibilidade ou não dos matacões, passa-se a análise de outros argumentos apresentados nas manifestações da Dersa e do Governo do Estado de São Paulo.

120. A Dersa alega que iria estornar as medições dos serviços aditivados pelo 3º TAM. Contudo, esse estorno não foi aceito pela empresa contratada e não foram realizados.

121. Analisando as medições, constatou-se que desde a referida data, julho de 2016, não foram mais realizadas medições nos serviços de: remoção de matacões em escavação a céu aberto; e de remoção de matacões em escavação de túneis. Contudo, os serviços aditivados para a execução de enfilagens e pregagens com matacões não foram suspensos e continuam sendo medidos pelos preços aditivados e não por aqueles constantes da planilha contratual original.

122. A alegação de que a equipe de auditoria teria concluído que a previsão de matacões alcançaria a quantidade de 37,5% do volume de escavação a serem realizados não procede.

123. A equipe de auditoria, apenas reforçou que mais um dentre os diversos documentos produzidos antes da licitação já indicavam que as escavações a serem realizadas teriam grande probabilidade de encontrar matacões. O percentual de 37,5% apresentando pela equipe se refere ao número de sondagens mistas realizadas no Lote 2 que identificaram matacões e não ao volume a ser escavado.

124. Entende-se, inclusive, que com base em todos os documentos ambientais produzidos antes da licitação (já citados nessa análise) e com esse índice de 37,5% de sondagens apontando a existência de matacões, a empresa que fosse participar desse lote já tinha condições de saber que o preço ofertado por ela para as escavações, enfilagens e pregagens já deveriam observar a existência desse material nas escavações.

125. Concorde-se que o argumento de que, inicialmente, o projeto básico previa que apenas 6,6% dos volumes a serem escavados seriam medidos como material de 3ª categoria (o qual englobaria também a medição da escavação dos matacões).

126. Contudo, diante de todos os estudos ambientais e dos apontamentos realizados no projeto, era esperado que fosse encontrado matacões durante as escavações dos materiais de 1ª e 2ª categoria e que conforme as normas contidas no projeto (especificações de serviços) as medições das escavações desses matacões, porventura verificados no decorrer da obra, seriam efetuadas como materiais de 3ª categoria. As subcláusulas 4.10 e 4.11 e o Anexo III do contrato deixam claro que a empresa participante do certame deveria considerar como risco do seu negócio o preço ofertado para o material de 3ª categoria, pois esse serviria para remunerar tanto as escavações do material de 3ª categoria, quanto os matacões, cuja existência e relevância foram devidamente apontados no projeto básico.

127. A necessidade de novo serviço decorrente da alegada perda de produtividade e alteração dos equipamentos necessários para as escavações com matacões não procede, pois a empresa contratada declarou e ratificou que executaria todos os serviços descritos na sua proposta de preço, de forma a atender as especificações técnicas, critério de preços e medições, fornecendo todos os materiais, mão de obra e equipamentos necessários, independente de esses constarem ou não em suas composições de preços unitários (Anexo III do Contrato 4.349/2013). Ou seja, o aumento de quantitativo dos matacões seria um risco da empresa ao ofertar o seu preço.

128. Quanto à Dersa ter previsto o mesmo preço de referência para a escavação do material de 3ª categoria para os seis lotes, sendo que os lotes 5 e 6 não teriam matacões, entende-se que esse deveria ser mais um motivo para a prudência dos licitantes ao participar da licitação, pois deveriam verificar se esse preço atenderia aos custos da escavação dos matacões. Destaca-se que o edital não tinha critérios de aceitabilidade de preços unitários, logo a licitante poderia inclusive ofertar preços superiores ao referencial da Dersa para esse serviço.

129. A suposta Junta de Conflitos, ao tratar desse assunto, afirmou que o edital previa sim critério de limitação de preços. No entanto, verifica-se que o Grupo de Especialistas se refere ao critério de julgamento por menor preço global, o que não guarda qualquer relação com o caso concreto. A falta de limitação de preços que permitiu aos licitantes ofertar valor maior para o serviço de escavação de 3ª categoria se refere aos preços unitários dos serviços.

130. Analisando os preços ofertados pela empresa que se sagrou vencedora do Lote 2, constata-se inclusive que esta ofertou para os Lotes 2 e 3 preços superiores aos propostos para os demais lotes para os serviços de escavação, o que é um indicativo de que ela já teria previsto no seu custo uma execução diferenciada para esse serviço em relação aos demais lotes.

131. Conforme já demonstrado no Relatório de Fiscalização e analisado nessa instrução, entendemos que o serviço de escavação em rocha alterada dura, ou sã, já inclui a escavação de matacões que porventura sejam encontrados na escavação dos túneis.

132. Quanto à alegada perda de produtividade, entende-se que essa não deve ser considerada como justificativa para a criação de preços novos, pois a empresa contratada ofertou o preço para a execução desse serviço com os equipamentos que fossem necessários e adequados às necessidades verificadas em campo independentemente de constarem das composições de serviço, condições que foram expressamente aceitas pela Construtora (Anexo III do contrato, peça 59, p. 154).

133. Quanto a alteração dos preços das enfilagens e pregagens devido à existência de matacões nos túneis, também, entende-se que deve ser mantida os preços previstos originalmente em contrato, pois esses já previam a existência desses materiais.

134. Destaca-se que a existência desses matacões nos túneis já era esperado, pois nos locais onde foram realizadas mais sondagens (emboques e desemboques) já restava evidenciado a existência desses materiais e essas informações já constavam, inclusive, no edital de pré-qualificação (peça 161, p. 84).

135. Quanto à alegação de que os preços aditivados foram provisórios e que podem ser revertidos, ela não pode ser aceita como justificativa para a realização de procedimentos sem o respaldo técnico e contratual. No caso concreto, inclusive, mostra-se temerário considerar tal hipótese, pois a empresa contratada está em processo de Recuperação Judicial, o que pode dificultar a recuperação dos valores pagos, caso se confirme a irregularidade no pagamento desses. Na realidade, tal fato provavelmente já era de conhecimento da própria Dersa na época em que foi realizado o aditivo, pois a recuperação judicial da Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, foi deferida em 1/4/2015 (peça 355) e o aditivo data de 30/9/2015 (peça 143). Dessa maneira entende-se que a forma mais diligente era não ter realizado o pagamento desses serviços, pois, conforme analisado, o aditivo realizado não encontrava respaldo nas regras contratuais.

136. Quanto aos apontamentos da Junta de Conflitos, embora considerando a nulidade da sua instauração e, portanto, não havendo necessidade de se cumprir da sua decisão, a busca da verdade material leva a tecer os seguintes comentários.

137. As alegações quanto ao matacão a céu aberto apresentadas pela JC já foram devidamente rebatidas nessa análise. Destacamos que a decisão da Dersa de não criar, à época do projeto básico, uma composição específica para a remoção de matacões não condiciona o direito da contratada pleitear esse serviço. Primeiro, porque, as especificações de serviços do projeto já previam que esses serviços seriam medidos e pagos como serviço de escavação de material de 3ª categoria; segundo, porque, nem o DNIT, seja nos seus manuais ou nas suas composições de custos, considera que numa obra de implantação rodoviária a remoção desses matacões deva ser realizada por uma composição específica, sendo a remuneração desses serviços realizadas como material de 2ª categoria ou de 3ª categoria, conforme já demonstrado nesse análise. Ou seja, a praxe no meio rodoviário não é o pagamento desses serviços com uma composição específica, mas mediante o serviço de escavação de material de 3ª categoria.

138. Quanto aos serviços de pregagens, os apontamentos que já foram explicitados no Relatório de Auditoria (peça 233, p. 18-20) são aqui reiterados. Destaca-se que o objetivo desses

serviços, conforme a especificação ES-15.10.100-C02/014-A - Pregagem / solo grampeado, seria orientar as pregagens em taludes dos emboques dos túneis, sendo que o edital de pré-qualificação já informava que nesses locais era prevista a existência de matacões. Ora, se os serviços deveriam ser executados no segmento de solo, que, segundo o projeto, é o segmento dos emboques, e se os emboques, segundo o projeto, estão sujeitos à presença de matacões, não há como se alegar que o novo serviço era necessário porque surgiram matacões não previstos no emboque.

139. Já os comentários realizados pela Junta de Conflitos quanto às escavações em túneis com matacões, entendemos que já restou demonstrado que diversos documentos, dentre os quais o edital de pré-qualificação, já informavam a existência de matacões nas escavações dos túneis, sendo portanto, inverídica a alegação da JC de que “não se poderia prever se os túneis seriam executados em maciço contínuo, com descontinuidades que definissem matacões, ou em solo de alteração contendo matacões em pontos que, relativamente uns aos outros, se posicionassem de forma errática e dispersa”.

140. Assim, entendemos que, independentemente da necessidade de utilização de equipamentos não previstos nas composições de serviço da contratada e da perda da produtividade nas escavações nos túneis devido à presença de matacões, não devem ser criados novos itens de planilha para remunerar as escavações, pregagens e enfilagens, devendo ser utilizados os serviços já previstos na planilha contratual original, pois a presença de matacões misturados ao solo já era prevista nos diversos documentos analisados e a alteração dos equipamentos, mão de obra e materiais não demandam novos preços para a execução dos serviços previstos na planilha contratual, conforme Anexo III do Contrato 4.349/2013 (peça 59, p. 154).

IV – CONCLUSÃO

141. De acordo com a análise realizada, entende-se que a existência de matacões nos serviços de escavações a serem realizados no Lote 2, inclusive nos túneis, já era previsível de acordo com todos os documentos analisados; e que os serviços previstos na planilha contratual, conforme as especificações e critérios de medição, constantes do projeto, já previam a existência desses matacões. Portanto, já deveria ser considerada pelas empresas licitantes na formação dos seus preços, conforme normas contratuais.

142. Entende-se que a única imprevisibilidade seria o quantitativo de matacões que seriam encontrados durante as escavações e não a sua existência.

143. Destaca-se que nem mesmo a perda da produtividade em relação à composição prevista em contrato ou a alteração de equipamentos, mão de obras e materiais seriam motivos para alteração contratual dos serviços, conforme confirmado pela empresa contratada no Anexo III do Contrato 4.349/2013 (peça 59, p. 154).

144. Dessa maneira a criação de serviços novos para remunerar a remoção de matacões e as pregagens e enfilagens que envolvem esse tipo de rocha no 3º Termo Aditivo Modificativo realizado no Contrato 4.349/2013 não apresenta suporte contratual, por não atender nenhuma das previsões previstas nas suas cláusulas contratuais.

145. Essa situação, a título de ilustração de acordo com a reportagem, inclusive, era de conhecimento da Dersa, conforme consta do depoimento do fiscal do Lote 5, que relata que o supervisor das obras foi afastado após se negar a ceder às pressões do Diretor de Engenharia para aprovar o aditivo – a Diretoria de Engenharia da companhia chegou a ser alterada para que outro gerente assumisse as obras do Rodoanel Norte (<https://veja.abril.com.br/politica/fiscal-aponta-pressao-para-mudar-precos-em-obras-do-rodoanel-norte/>, acesso em 25/8/2018). O Novo gerente da obra, depois de apenas nove dias de assumir a responsabilidade pelas obras, fundamentando sua proposta somente nos argumentos da contratada e sem consultar as áreas técnicas que melhor conheciam o projeto, propôs a aprovação do aditivo.

146. Os envolvidos argumentam que os preços novos são provisórios e poderão ser revistos até o final da vigência do contrato. Trata-se de argumento que desconsidera que a própria existência do serviço novo é irregular e não leva em conta a temeridade de se adiantar valores (em sendo reversível, os valores pagos a maior seriam estornados nos pagamentos futuros do contrato) a uma empresa que se encontra em recuperação judicial e, portanto, enfrentando dificuldades para honrar com seus compromissos financeiros. A recuperação judicial da OAS, inclusive, já era de conhecimento da Dersa quando da assinatura do aditivo, pois data de seis meses antes da assinatura do 3ª TAM.

147. Esse entendimento já seria suficiente para converter estes autos em TCE com base em superfaturamento por preços excessivos, conforme determinação do Ministro Relator Walton Alencar em seu Despacho (peça 329). Contudo, também foram suscitadas dúvidas quanto aos quantitativos medidos dos serviços de terraplenagem e, particularmente, no de remoção de matacões em escavação a céu aberto. Portanto, realizar diligência para que a Dersa, para comprovar os quantitativos medidos, envie os seguintes documentos:

- a. todos os documentos que compõem o projeto atualizado completo da obra (.pdf pesquisável e .dwg);
- b. traçado em planta e em perfil, desenho das seções transversais e notas de serviço de terraplenagem do projeto atualizado (.pdf pesquisável, .dwg e .xls);
- c. retrógrafa da terraplenagem (.pdf pesquisável e .dwg);
- d. resumo das obras de terraplenagem do sistema de medição da Dersa;
- e. memórias de cálculo dos volumes das obras de terraplenagem;
- f. versão atualizada da peça 356, com as respectivas memórias de cálculo dos volumes apresentados (.pdf pesquisável e .xls);
- g. planilha atualizada de quantidades de serviços do contrato 4.349/2013 (pdf pesquisável e xls);
- h. saldos a medir dos quantitativos de remoção de matacão a céu aberto (.pdf pesquisável e .xls); e
- i. memórias de cálculo das medições dos serviços de escavações referentes ao contrato 4.349/2013 acompanhadas das seções transversais medidas, com a classificação dos materiais escavados (.pdf e .dwg).

148. Destaca-se, ainda, que a suposta Junta de Conflitos realizada para tentar solucionar o impasse nos serviços de escavações, enfilagens e pregagens, devido à existência dos matacões, não foi realizada conforme previsão contratual (subcláusula 20.2 do Contrato 4.349/2013), mas contrariando vedação expressa para sua constituição após o surgimento do conflito (subcláusula 20.8 do Contrato 4.349/2013), o que torna a sua instauração irregular e, conseqüentemente sua decisão. Nesse sentido, quaisquer valores desembolsados pela Dersa para remunerar seus membros conforme a Cláusula 10.5 do Termo de Acordo da Junta de Conflitos – Condições Específicas (peça 269) não podem ser suportados pelo Contrato 4.349/2013 nem pelo Convênio, devendo ser objeto da futura TCE que vier a ser instaurada.

149. Diante da possibilidade de decisão desse Tribunal para desconstituição do ato de instauração da Junta de Conflitos, deve-se realizar a oitiva da Construtora OAS S.A.

APÊNDICE B - ANÁLISE DO SUPERFATURAMENTO POR PAGAMENTO INDEVIDO DE DESPESAS RELATIVAS A ATRASO NA EXECUÇÃO DA OBRA

I – INTRODUÇÃO

1. De acordo com o despacho do Ministro Relator Walton Alencar (peça 329) para realizar a instrução deve-se realizar as análises ainda pendentes solicitadas pela pretérita Ministra Relatora Ana Arraes (peça 307).
2. Diante disso será realizada uma reanálise do achado III.2. superfaturamento por pagamento indevido de despesas relativas a atraso na execução da obra.
3. O indício de irregularidade apontado no relatório de fiscalização decorre de inconsistências nos critérios adotados no cálculo do montante do aditivo, que consideraram itens que não deveriam ser objeto do cálculo (por exemplo, Administração Central e Seguro Responsabilidade Civil) e de valores superestimados para outros itens (Administração Local).
4. Diante da sua materialidade e do potencial de causar prejuízo ao erário, classificou-se o achado III.2 como irregularidade grave com recomendação de paralisação (IGP). O achado também contou com proposta de medida cautelar de suspensão de pagamentos relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro.
5. Em seguida, na instrução de análise das manifestações dos responsáveis (peça 264), cujo objetivo era analisar a manutenção ou não da classificação dos achados como pIGP, considerou-se plausível parte das alegações e o sobrepreço apontado foi reduzido. Para a redução de valor do sobrepreço, a Unidade Técnica acatou as argumentações apresentadas relativas à necessidade de ressarcimento de valores devidos aos itens “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”.
6. Considerando o exposto acima, a presente análise objetiva atender ao disposto no despacho do Ministro Relator Walton Alencar (peça 329), levando em conta também as considerações do despacho da então Ministra Relatora Ana Arraes (peça 307). Ademais, foram considerados os apontamentos feitos no achado III.2 e as instruções da Unidade Técnica constantes das peças 264 e 316. Também foram objeto de análise as manifestações apresentadas pelo Governo do Estado de São Paulo (peças 334 e 335).
7. Essa análise cumprirá em parte a determinação contida no item “a” (reanalise a manutenção da classificação dos achados III.1, III.2 e III.3 à luz dos novos elementos trazidos aos autos) e integralmente o item “c” (aprofunde o exame acerca da majoração dos itens administração central e seguro responsabilidade civil em aditivo contratual no caso de reequilíbrio econômico-financeiro, à luz do acórdão 2.622/2013-Plenário) do Despacho e o item “d” (realize o exame do termo aditivo submetido ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e suas repercussões no contrato em apreço).

II - DO MÉTODO

8. Primeiramente, será aprofundado a análise do aditivo realizado para recompor o reequilíbrio econômico-financeiro devido a atrasos na obra. Posteriormente, será feita a análise da Manifestação do Governo do Estado de São Paulo (peça 334 e 335).
9. Foram adotados os seguintes critérios:
 - a) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 1.1.4.3:** informa que “Custo” significa todo gasto razoavelmente incorrido (ou a ser incorrido) pelo Empreiteiro, seja no Local ou fora dele, incluindo despesas gerais e encargos similares, mas excluindo lucro.

b) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 1.2:** informa que nas Condições, as disposições que incluem a expressão "custo mais lucro" exigem que esse lucro seja de um vigésimo (5%) desse Custo, salvo indicação em contrário nos Dados do Contrato.

c) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 8.8:** descreve o procedimento para suspensão da obra.

d) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 8.9:** informa as consequências da suspensão da obra devido à subcláusula 8.8 na qual o Empreiteiro terá direito, de acordo com a Subcláusula 20.1, a: (a) uma prorrogação do prazo por qualquer atraso, se a conclusão estiver ou ficar atrasada, de acordo com a Subcláusula 8.4; e (b) pagamento desse Custo, que deverá ser incluído no Preço do Contrato.

e) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 16.1:** informa os direitos do Empreiteiro suspender a obra e terá direito, de acordo com a Subcláusula 20.1., a: (a) uma prorrogação do prazo por qualquer atraso, se a conclusão estiver ou ficar atrasada, de acordo com a Subcláusula 8.4; e (b) pagamento desse Custo, que deverá ser incluído no Preço do Contrato.

f) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 17.4:** informa que se ocorrer qualquer dos riscos listados na subcláusula 17.3 o Empreiteiro terá direito, de acordo com a Subcláusula 20.1., a: (a) uma prorrogação do prazo por qualquer atraso, se a conclusão estiver ou ficar atrasada, de acordo com a Subcláusula 8.4; e (b) pagamento desse Custo, que deverá ser incluído no Preço do Contrato. No caso dos subparágrafos (f) e (g) da subcláusula 17.3, deverá ser pago o Custo mais lucro.

g) **Contrato 4.349/2013, Subcláusula 20.1:** detalha o procedimento para as reivindicações que o Empreiteiro considerar justa, sendo que qualquer pagamento adicional, de acordo com qualquer cláusula destas Condições ou de outra forma em conexão com o Contrato, o Empreiteiro deverá notificar ao Engenheiro, descrevendo o evento ou circunstância que originou a reivindicação. O Empreiteiro deverá enviar ao Engenheiro uma reivindicação totalmente detalhada que inclua pormenores completos da base da reivindicação e da prorrogação do prazo e/ou pagamento adicional reivindicado. Se o evento ou circunstância que originou a reivindicação tiver um efeito contínuo: (a) essa reivindicação totalmente detalhada será considerada provisória; (b) o Empreiteiro deverá enviar reivindicações provisórias adicionais em intervalos mensais, indicando o atraso acumulado e/ou valor reivindicado e os pormenores adicionais que o Engenheiro razoavelmente solicitar; e (c) o Empreiteiro deverá enviar uma reivindicação final dentro de 28 dias após o fim dos efeitos causados pelo evento ou circunstância, ou dentro de outro período proposto pelo Empreiteiro e aprovado pelo Engenheiro.

III – ANÁLISE DA MAJORAÇÃO DOS ITENS ADMINISTRAÇÃO CENTRAL E SEGURO RESPONSABILIDADE CIVIL EM ADITIVO CONTRATUAL NO CASO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

10. Confirmou-se também que as parcelas ao pagamento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, relativas ao prazo original da obra, já foram todas pagas (peça 357).

11. Quanto aos valores referentes ao prazo complementar, relata-se que foi assinado o 10º Termo Aditivo - 10º TA (peça 364, p. 61-78), com valor igual ao citado no relatório de fiscalização (peça 233), R\$ 17.512.762,13. Em relação aos pagamentos relacionados a esse aditivo do prazo complementar, segundo as últimas informações disponíveis (peça 357, medição março/2018), verificou-se que foram pagas até esta medição o total de R\$ 9.251.992,23, restando ainda R\$ 8.260.769,90, de valores ainda a pagar à contratada.

12. Passa-se a analisar as questões relacionadas ao achado III.2.

13. A alegação da empresa contratada para solicitar o aditivo de reequilíbrio econômico-financeiro era de que incorreu em gastos adicionais, devido ao atraso nas obras, relacionados a itens de serviços constantes do seu BDI (Administração Local, Administração Central, Seguro, etc).

14. Na presente análise, considerou-se plausível o incremento de despesas com a Administração Local, devido à prorrogação da obra, argumento já acatado à época do relatório de fiscalização e ratificados nas instruções às peças 264 e 316.

15. Destaca-se que o Voto do Acórdão 3.443/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Valmir Campelo, já destacou a possibilidade do pagamento da administração local, devido a atrasos por culpa da Administração:

Trecho do Voto

Em uma visão geral, constatada a impossibilidade de término da obra no tempo avençado, deve-se proceder, obrigatoriamente, uma avaliação objetiva das razões do atraso. Existem, por lógica, três situações possíveis: a mora ocorreu por razões alheias a qualquer das partes; por culpa da contratada; ou por atos e omissões da própria Administração.

No último caso – o da concorrência do órgão contratante –, o aditivo é devido, como também eventuais consequências pecuniárias decorrentes do atraso, como os gastos com administração local e manutenção do canteiro. Eventual apuração de responsabilidades dos gestores é cabível, principalmente quando a dilação for consequência de negligência, imperícia ou imprudência dos gestores. Igualmente, se a dilação for advinda de fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, sob a luz da teoria da imprevisão, a alteração do contrato faz-se devida.

16. Entretanto, em relação aos itens “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”, não se considerou aceitável o ressarcimento, conforme será tratado a seguir.

17. Verificou-se que o BDI da contratada e seus componentes não passaram por nenhuma análise na licitação. Para a seleção da vencedora do certame, importou apenas o valor global ofertado. Assim, os itens do BDI da contratada (Administração Central e Local, Seguros, etc.) não foram analisados quanto à razoabilidade de seus percentuais.

18. Ademais, não havia cláusulas contratuais que indicassem a possibilidade jurídica desse tipo de aditivo, tampouco a possibilidade técnica de se adotar índices próprios da contratada para o cálculo de valores a ressarcir. Ou seja, não há no contrato nenhuma referência a utilização de componentes unitários do BDI para cálculo de quaisquer valores devidos.

19. A quantificação do percentual da Administração Central (rateio) é fruto do que a empresa espera obter dos contratos a serem firmados por ela num determinado período. Evidentemente, o número de contratos firmados e respectivos valores são variáveis e dependem de outras variáveis (situação econômica da empresa e do país, ambiente concorrencial, necessidade de se firmar mais contratos, etc.). Sabe-se que nesse rateio devem estar incluídos uma parcela dos riscos que a empresa possui. Diante disso, não se considera razoável o ressarcimento da empresa por riscos que ela deveria assumir.

20. Cabe ainda destacar trecho do voto condutor do Acórdão 2.622/2013 – Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer:

143. Importante destacar, contudo, que não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados e por isso é importante obter valores de referência (...)

21. Portanto, foi justamente alinhada a esse diretriz que a equipe de auditoria apontou o indício de irregularidade relativo ao ressarcimento por atrasos na obra, baseados em itens do BDI, com vistas a coibir o pagamento de valores considerados abusivos.
22. Destaca-se, ainda, o Acórdão 692/2010-TCU-Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes, o qual tem como ementa:
2. É legítimo ao contratado pleitear compensação financeira a título de administração central, quando comprovada a ocorrência de atraso na execução do contrato que possa ser atribuído exclusivamente à Administração; imprescindível, ainda, que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular, impedindo-o de perceber, durante o período de inatividade, a devida contraprestação financeira em face da impossibilidade de vir a executar o objeto na forma avençada e, ao mesmo tempo, de aproveitar aquela fração da administração central em outro empreendimento.
23. Portanto, deveria a empresa comprovar o custo incorrido e a impossibilidade de absorção da parcela não utilizada na obra do Rodoanel em outra(s) obra por ela contratada ou em execução, no mesmo período.
24. Em relação às eventuais despesas adicionais com o item “Seguro Responsabilidade Civil”, infere-se que o deslinde da questão não é complexo e se encontra sob responsabilidade da empresa. Sabe-se que, em caso de atraso nas obras, a apólice de seguro deve ser alterada por meio de endosso.
25. Assim, acredita-se ser possível à empresa a comprovação das despesas incorridas com tal seguro, referente aos dois prazos: o inicialmente previsto (prêmio originalmente previsto) e o prazo prorrogado (valor do endosso).
26. Dessa forma, considerando:
- a) que os percentuais do item Administração Central no BDI da empresa (6,00%) são bastante superiores aos valores de referência (4,01%) indicados no Acórdão 2.622/2013 - Plenário. Portanto, mesmo se se considerasse o pleito da contratada razoável, os pagamentos que a empresa recebeu cobririam com folga quaisquer despesas adicionais alegadas, relativas ao item;
- b) que os percentuais do BDI da empresa não foram objeto de análise e aceitação quando de sua contratação;
- c) que não havia previsão contratual sobre essa forma de aditivo (ressarcimento proporcional a itens do BDI);
- d) que a empresa contratada não demonstrou em momento algum os gastos extras efetivamente incorridos (Administração Central e Seguro Responsabilidade Civil) devido a prorrogação de prazo do empreendimento; e
- e) que a flexibilidade que a empresa deve possuir na alocação de seus recursos diante das variações no andamento das obras, que é inerente ao ambiente concorrencial privado.
27. Logo, os aditivos relacionados ao ressarcimento de despesas adicionais referentes à Administração Central e ao Seguro Responsabilidade Civil não são devidos. Considera-se então que as conclusões deste item estão alinhadas ao que foi apontado no relatório de fiscalização (peça 233), inclusive quanto a quantificação do sobrepreço.
28. Destaca-se que a jurisprudência dessa Corte de Contas é pelo pagamento de parte da administração local e manutenção do canteiro, quando o atraso na obra decorre de culpa da Administração. Nessa linha, destaca-se os Acórdãos 3443/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Valmir Campelo

29. Contudo, aprofundando a análise sobre o 8º TAM e parte do 10º TAM, os quais incluíram no Preço do Contrato o pagamento a título de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da insuficiência de produções mensais da obra, devido a atrasos nas liberações das frentes de serviço pelo Contratante, entende-se que os procedimentos adotados pela Dersa ao realizar esses aditivos não seguiram as cláusulas contratuais, o que o tornaria nulo.

30. Analisando os termos do Contrato 4.349/2013, constata-se que a subcláusula 8.9, prevê o pagamento do Custo que o Empreiteiro sofrer devido a atrasos na obra decorrente da atuação da Agência Contratante. Dessa forma o Empreiteiro deve fazer uma reivindicação desse Custo, seguindo o procedimento, previsto na subcláusula 20.1, detalhando os Custos que tenha incorrido.

31. As Condições Gerais do Contrato definem o que seria o Custo: “1.1.4.3 “Custo” significa todo gasto razoavelmente incorrido (ou a ser incorrido) pelo Empreiteiro, seja no Local ou fora dele, incluindo despesas gerais e encargos similares, mas excluindo lucro”.

32. Assim, o procedimento de acordo com as cláusulas contratuais seria a Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, reivindicar o pagamento adicional devido ao atraso nas liberações das frentes de serviço, comprovando todos os custos que teve diante do atraso na obra por responsabilidade da Dersa, para que esse Custo passasse a integrar o Preço do Contrato.

33. Portanto, deveriam ter sido demonstrados os custos extras incorridos com a prorrogação da obra – de fato, e não teoricamente – que deveriam ser remunerados pelo seu custo.

34. Destaca-se que no pleito original a Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, (peça 176) tentou pleitear, em 15/1/2015, o pagamento desses custos junto à Dersa.

35. A Dersa (peça 177) analisou, em 11/12/2015, esse pleito e informou que era indevido o pagamento de qualquer indenização, suscitando a subcláusula 14.6 do contrato, a qual reza que “não haverá valor mínimo estabelecido para os Certificados de Pagamento Provisório”, não havendo, portanto, que se falar em ressarcimento pelo não recebimento do valor mensal “esperado”, ou em indenização por “expectativa de receita”

36. Por fim a Companhia decide: “visto que as alegações apresentadas no pedido recebido não admitem conclusão favorável ao acolhimento de qualquer indenização, não se faz cabível outra solução que não o reconhecimento da ausência de fundamentos a suportar seu pleito indenizatório (peça 177, p. 3).

37. Após essa negativa, o esperado seria a Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, apresentar novos argumentos, comprovando os custos incorridos devido ao atraso na liberação das frentes de serviços.

38. Contudo, isso não foi feito. De forma diversa ao previsto no Contrato 4.349/2013, a Dersa contratou um parecerista para analisar o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de obras do Lote 2.

39. Esse parecer (peça 178) não cuidou de analisar os custos realmente incorridos pela Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, e sim propor uma revisão dos preços contratuais devido ao atraso considerando apenas o item Benefícios e Despesas Indiretas (BDI).

40. Analisando o parecer percebe-se que foi feita uma análise teórica dos custos que a empresa poderia ter ocorrido devido a esses atrasos; contudo, conforme normas contratuais esses Custos devem ser comprovados pelo Empreiteiro.

41. Dessa forma entende-se que o 8º TAM e parte do 10º TAM poderiam ser classificados como nulos, pois não foram realizados de acordo com as normas contratuais.

42. Considerando o disposto no parágrafo único do art. 171 do Regimento Interno do TCU, de que não será pronunciada a nulidade, se puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveitaria; considerando, ainda, que conforme jurisprudência do TCU, entende-se cabível o pagamento da administração local, devido a atrasos imputados à Administração; considerando, que, de acordo com as regras contratuais, os custos incorridos devido a atrasos na obra, por culpa da Administração, devem ser comprovados pelo Empreiteiro, o que inclusive se alinha as decisões dessa Corte de Contas; entende pertinente nesse momento não declarar a nulidade desses aditivos, devendo, então, proceder aos ajustes para retirar desses aditivos os sobrepreços identificados.

IV – ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO (PEÇA 334)

43. Em relação a manifestação do Governo do Estado de São Paulo, apresentada às peças 334 e 335, e que ainda não haviam sido objeto de análise, concluiu-se o seguinte:

44. Inicialmente, o governo do estado defende a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das avenças firmadas pelo Poder Público.

45. Em relação a esse ponto, deve-se esclarecer que a equipe de fiscalização, exatamente considerando a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, questionou a inclusão de itens que considerou indevidos no cálculo do reequilíbrio feito pela Dersa, fato que resultou no achado III.2 do relatório de auditoria.

46. Alega ainda que:

Por outro lado, os autos evidenciam que a conversão dos percentuais de BDI do sistema TPU para a metodologia fixada no Acórdão 2.662/2013-Plenário é uma questão técnica controversa e que não encontra resposta unívoca na área de engenharia de custos, motivo pelo qual parece não haver, até o presente momento, parâmetros seguros e aptos a embasar um eventual juízo de irregularidade por essa Egrégia Corte.

47. Justamente por ser um tema complexo, que se considerou temerário se basear os cálculos do reequilíbrio em itens do BDI da contratada que não sofreram qualquer análise quanto à adequabilidade de seus percentuais. Ademais, consideraram-se os cálculos altamente benéficos à contratada, uma vez que não foi considerada a flexibilização que toda empresa deve ter, no que diz respeito aos gastos com sua Administração Local.

48. Alegou-se que a Ministra Ana Arraes, em despacho proferido nestes autos em 6 de dezembro de 2017 (peça 307), reconheceu que a controvérsia encerra debate técnico complexo e constitui tema novo no âmbito do Tribunal de Contas da União.

49. Não se discute que o tema, de fato, é complexo. Justamente por isso que a Ministra Relatora, no mesmo despacho (peça 307), não se convenceu sobre o acolhimento da unidade técnica (instrução à peça 264) de se inserir os itens “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil” no cálculo do reequilíbrio e determinou que se aprofundasse os estudos acerca do tema.

50. O Governo de São Paulo alegou ainda:

Ora, se mesmo Sua Excelência reconheceu que o tema é novo no âmbito desse Tribunal, carente portanto de um debate técnico mais profundo, resta inconsistente, com a devida vênua, afirmar de antemão a ilicitude do procedimento adotado pela empresa estatal, que agiu com diligência ao consultar um especialista renomado para realizar tais cálculos.

51. *A priori*, não foi apontada ilicitude ou licitude do procedimento. O que se indicou foi a discordância com os critérios adotados nos cálculos. Ademais, não foram feitos apontamentos sobre a diligência da Dersa e também não se questionou a capacidade do especialista consultado, tendo apenas sido apontadas inconsistências em seus cálculos.

52. Diante do exposto acima, verificou-se que os argumentos apresentados pelo Governo do Estado de São Paulo não foram suficientes para alterar o entendimento sobre as questões relativas ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de atrasos na obra.

V – ADITIVO PARA ALTERAÇÃO DA TAXA DE BDI

53. À época da fiscalização, o Contrato 4.349/2013 contava com o 9º Termo Aditivo Modificativo. Desde então, foi assinado, até onde se tem notícia, o 10º TAM (peça 364, p. 61-78), que incorporou o valor do reequilíbrio econômico financeiro para o prazo complementar e promoveu acréscimos e supressões de serviços que resultaram em impacto financeiro. Também alterou o valor do BDI seguindo a metodologia do mesmo parecer técnico que calculou o valor do reequilíbrio, o que se verifica a partir da existência de dois preços unitários novos com BDI reduzido (“inicial – BDI revisado – prazo complementar (BDI 22,52%)” e “desonerado – BDI revisado – prazo complementar (BDI 25,20%)”) e da existência de serviços novos originalmente contemplados no BDI agrupados em “18 – Despesas diretas (despesas retiradas da taxa de BDI)”: “Administração Local (prazo complementar)” e “mobilização e desmobilização de equipamentos (prazo complementar)”.

54. Nesse sentido, há que apontar que os valores, tanto do BDI quanto dos novos serviços decorrentes de sua retirada do BDI, sofrem dos mesmos vícios já descritos acima: consideram que Administração Central, Seguro Responsabilidade Civil e toda a Administração Local deve ser mantida com o valor mensal fixo, conforme se verifica nos cálculos apresentados no Parecer MBS-L2-v3/2016 (peça 178, p. 35-37). Ou seja, também esses valores estão superestimados, já que considerou o aumento do percentual dos itens “Administração Local”, “Gestão QSMS, inclusive EPI’s”, “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”. Pelos cálculos do parecer, o preço total para o período complementar passaria a ser de R\$ 236.578.216,18.

55. Quanto aos cálculos apresentados no Parecer, há que se fazer três ressalvas.

56. A primeira diz respeito a um erro metodológico ao se utilizar como custo base, para o cálculo dos valores monetários de “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”, o Custo TCU. Isso porque o BDI original estava aplicado sobre o custo original (na planilha, denominado “Custo Atual”). A alteração da base de cálculo para o “Custo TCU”, que é maior por incorporar os itens que se pretende transferir para a planilha de custos diretos, resulta em majoração do valor financeiro do BDI. Como a intenção dessa operação é somente fazer a remoção de itens de BDI para a planilha de custos diretos, o valor do preço total não deve ser alterado.

57. Nesse sentido, a leitura do Quadro 13 do Parecer (peça 178, p. 36) não deixa claro esse equívoco, pois os cálculos misturam tanto a remoção dos itens de BDI quanto a aplicação de percentuais diferenciados decorrentes dos atrasos nas obras. Assim, para deixar mais evidente esse equívoco, formulou-se duas planilhas (peças 358 a 359) com os percentuais originais do BDI contratual, de modo a isolar o efeito sobre o preço final da consideração do “Custo TCU” como base de cálculo dos valores dos demais itens de BDI.

58. Conforme se verifica, quando realizados os cálculos da maneira que se fez no Parecer (peça 358, p. 1), o preço total é aumentado em R\$ 1.986.175,66, o que não ocorre quando se realiza os cálculos com base no “Custo Atual” (peça 358, p. 2). Considerando-se que a operação tratou apenas de remanejar itens do BDI para a planilha de custos diretos, ela não pode resultar em alteração do valor contratual, o que comprova a inadequação dos cálculos adotados no Parecer.

59. Os cálculos anteriores buscaram apenas demonstrar os erros nos cálculos do Parecer, mas não refletem o valor total do impacto desse erro, visto que o parecer incluiu alterações de percentuais de itens do BDI. O cálculo do sobrepreço resultante será apresentado mais adiante, já considerando a correção desse erro.

60. A segunda ressalva é em relação à adoção dos percentuais diferenciados para os itens de “Administração Local”, “Gestão QSMS, Inclusive EPI’s”, “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”. A ressalva, na verdade, não se dá em relação ao que dispõe o Parecer, mas na maneira em que foi aplicada ao contrato por meio do 10º TAM.

61. Convém lembrar que o cálculo do valor de reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo complementar, item PCP-108 incluído na planilha de serviços do Contrato 4.349/2013 por meio do 10º TAM, se baseou na comparação do valor que seria pago a título de alguns itens de BDI, considerando o BDI original do contrato, frente ao valor que seria devido por estes itens no período. Ou seja, trata-se de um valor complementar a ser pago para suprir a insuficiência do BDI original. Considera, portanto, que no prazo complementar os preços dos serviços serão pagos com base no BDI original do contrato (peça 178, p. 33-34).

62. O cálculo do novo BDI para o prazo complementar, ao utilizar os percentuais aumentados para esses itens, já compensa a insuficiência dos valores previstos no BDI original. Ou seja, ao se utilizar esse novo BDI revisado, não há mais que se falar em pagamento por reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo complementar. Corrobora esse apontamento o fato de o valor calculado para a parcela de reequilíbrio para o prazo complementar (R\$ 17.512.762,13 – peça 178, p. 37) ser exatamente o mesmo do acréscimo no preço contratual previsto com as alterações de BDI indicadas no Quadro 13 (R\$ 236.578.216,18 - R\$ 219.065.454,05 = R\$ 17.512.762,13).

63. Portanto, as duas opções – BDI novo com percentuais aumentados e pagamento extra pelo reequilíbrio econômico-financeiro – são excludentes. A adoção de ambas as soluções resulta em pagamento em duplicidade, o que ocorre no contrato em questão (possivelmente também os demais contratos do empreendimento). Note-se que o parecer não afirma que as duas soluções poderiam ser aplicadas cumulativamente, embora também não seja explícito sobre a não coexistência das duas soluções, de modo que o erro de aplicação decorre de interpretação falha de quem era responsável por empregá-lo no contrato. Por essa razão, é necessário diligenciar a Dersa para que encaminhe todas as análises, pareceres técnicos e jurídicos, Propostas de Resolução de Diretoria, Resoluções de Diretoria e demais documentos relacionados à definição dos valores adotados no 10º TAM em decorrência da revisão do BDI, incluindo os valores dos serviços que foram transferidos do BDI para a planilha de custos diretos.

64. Vale ressaltar que o valor acima apontado independe do entendimento de quais itens devem ou não ser considerados para o cálculo de eventual reequilíbrio econômico-financeiro, visto que decorrem de duplicidade de pagamento do reequilíbrio, de modo que aqui nenhuma majoração de percentual poderia ter sido aplicada.

65. Observa-se, ainda, que o valor em duplicidade de R\$ 17.512.762,13 é referente ao valor vigente do contrato à época da elaboração do Parecer, quando restavam a ser medidos R\$ 219.065.454,05. Ocorre que o 10º TAM, ao mesmo tempo em que gerou o reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo complementar, transferiu itens do BDI para a planilha de custos diretos e alterou o percentual do BDI, também promoveu acréscimos e supressões de serviços no valor de R\$ 86.594.331,68. Isso significa que o percentual majorado para os itens de “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil” – frise-se novamente, aqui relacionado ao pagamento em duplicidade do reequilíbrio econômico-financeiro, ou seja, sua majoração é irregular independentemente do entendimento sobre se devem ou não ser considerados para o cálculo do reequilíbrio – foi aplicado também aos itens acrescidos no contrato.

66. A terceira ressalva é um erro de cálculo do próprio percentual de BDI. Para explicitar esse erro, novamente se recorre à planilha de cálculos que isola o efeito da remoção de itens do BDI para a planilha contratual (ver parágrafos 56 a 58). Esse erro está relacionado àquele

anteriormente apontado sobre a base a ser considerada para o cálculo do valor monetário dos itens do BDI. Como o valor do BDI a ser considerado para o cálculo do valor é o “Custo Atual”, mas o percentual será aplicado sobre o “Custo TCU”, a adaptação do BDI deveria ter sido acompanhada por uma adaptação dos percentuais tendo em vista a alteração do custo-base sobre o qual o BDI seria aplicado.

67. Com a exclusão de itens do BDI para a planilha de custos diretos houve um aumento dos custos diretos, de modo que os percentuais dos itens remanescentes deveriam ser reduzidos na mesma proporção de modo a não se alterar o valor monetário do BDI com essa adaptação. Portanto, a aplicação da fórmula de cálculo do BDI (peça 178, p. 36) não poderia ser aplicada com os percentuais do BDI original. O novo percentual de BDI deveria ter sido calculado a partir do quociente entre o “Total de BDI Revisado” e o “Custo TCU”.

68. Enfrentadas essas três ressalvas, conclui-se que o cálculo dos valores dos itens excluídos do BDI para a planilha de serviços e do BDI aplicável ao período complementar estão superestimados, pois:

a) considera percentuais majorados em relação ao BDI contratual, incorrendo em duplicidade com o pagamento do reequilíbrio econômico-financeiro em item específico;

b) apresenta erro no cálculo do valor financeiro referente aos itens remanescentes ao aplicar os percentuais referentes à metodologia original sobre o “Custo TCU”; e

c) apresenta erro no cálculo da taxa de BDI aplicável ao prazo complementar por não realizar a adaptação dos percentuais dos itens remanescentes à nova metodologia.

69. Em se mantendo as condições contratuais à época, particularmente o saldo (preço e custo) a ser medido, a superestimativa se limitaria à duplicidade de pagamentos de R\$ 17.512.762,13, já calculada.

70. A eventual correção desse valor no contrato deve passar pela revisão dos valores dos serviços “PCP-106 – Administração Local (prazo complementar)” e “PCP-107 – Mobilização e desmobilização de equipamentos (prazo complementar)”, além da taxa de BDI para o prazo complementar, adotando as correções acima descritas.

71. O valor acima apontado foi calculado com base no saldo existente à época da elaboração do Parecer. No entanto, o 10º TAM promoveu acréscimos e supressões de serviços que acrescentaram R\$ 71.901.204,88 de serviços além daqueles que foram considerados no parecer, representando aumento de R\$ 63.104.405,59 de custo (peça 360). Considerando que o cálculo do BDI para o prazo complementar se utilizou dos percentuais aumentados de “Administração Central” e “Seguro Responsabilidade Civil”, de 7,42% e 1,05% (peça 178, p. 36), ao invés dos 5,16% e 0,73% adequados para a nova metodologia (peça 360), houve um acréscimo de R\$ 1.628.131,65 no sobrepreço decorrente da alteração de BDI no 10º TAM.

V – CONCLUSÃO

72. Ratifica-se então a irregularidade apontada no achado III.2 do relatório de fiscalização e também os cálculos efetuados para se definir o sobrepreço de R\$ 23.147.293,71 (nov/2012), relativo ao reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo contratual original, objeto do 8º TAM, e de R\$ 13.789.576,48 (nov/2012), relativo ao valor do reequilíbrio para o prazo complementar - 10º TAM. Também se identificou mais R\$ 17.512.762,13 de pagamentos em duplicidade relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente do cálculo realizado para a alteração da metodologia do BDI e materializados nos valores dos novos itens de planilha “PCP-106 – Administração Local (prazo complementar)” e “PCP-107 – Mobilização e desmobilização de equipamentos (prazo complementar)” e dos novos percentuais de BDI, todos formalizados no 10º TAM. Acrescenta-se mais R\$ 1.628.131,65 decorrente da majoração do novo BDI aplicado

sobre os novos custos decorrentes dos acréscimos e supressões de serviços promovidos no 10º TAM. Totaliza-se, assim, R\$ 56.077,763,97.

73. Até a 62ª medição (março/2018) já havia sido medida a totalidade do reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo contratual original e R\$ 9.251.992,23 do reequilíbrio econômico-financeiro para o prazo complementar (52,83% do total de R\$ 17.512.762,13). Também já haviam sido medidos R\$ 545.353.084,24 de serviços (excetuando-se os valores referentes ao reequilíbrio econômico-financeiro, sobre os quais não incide BDI), restando um saldo de R\$ 139.341.425,92 a medir.

74. Assim, não foram acatadas as manifestações apresentadas pela Dersa e pela Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, em sede de oitiva, relativa à medida cautelar de suspensão de pagamentos referentes à parcela instituída no 8º TAM do Contrato 4.349/2013 e a novas parcelas referentes ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de atrasos nas obras.

75. Diante do não acatamento das manifestações apresentadas (em sede de cautelar) pela Dersa e pela OAS, do surgimento de indícios adicionais de sobrepreço decorrente do cálculo do reequilíbrio e da alteração de BDI, além da constatação de que ainda há saldo de valores a pagar relativos ao aditivo, poderia ser proposta medida cautelar de suspensão de pagamentos referentes à parcela instituída no 10º TAM do Contrato 4.349/2013, especificamente ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de atrasos nas obras, e de retenção dos valores relativos aos demais indícios, contudo, entende-se que o Ministro Relator em seu despacho (peça 329) considerou a perda do seu objeto.

APÊNDICE C - ANÁLISE DA IRREGULARIDADE ALTERAÇÃO INJUSTIFICADA DE QUANTITATIVOS

I – INTRODUÇÃO

1. Por meio do item III.3 do Relatório de Fiscalização 539/2016, na sua parte introdutória, esta unidade técnica pronunciou-se acerca dos quantitativos do 1º e do 3º Termos Aditivos Modificativos (TAM) ao Contrato 4.349/2013 (Evidências 8 e 22), referente às obras do Lote 2 do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas, os quais não estariam harmônicos com os projetos executivos da obra naquele momento. Enquanto serviços novos acresceram R\$ 92.569.819,36 ao contrato (nov/2012 – peça 233, p. 70), outros serviços, essenciais à conclusão da obra, tiveram diminuição de quantitativos. Essas alterações tiveram impacto nulo no custo da obra (peça 233, p. 43 a 46).

2. Como o projeto inicial refletia de perto a planilha contratada, concluiu-se que a planilha composta dos quantitativos decorrentes do 1º e 3º TAM não se harmonizavam com o projeto então vigente. Nesse caso, a planilha orçamentária teria valores fictícios, não espelhando a realidade de projeto (peça 233, p. 44).

3. Em resposta a questionamento da equipe técnica do TCU, ainda durante a fiscalização realizada em 2017, a Dersa apresentou os documentos de peças 146 a 150. Em análise sumária devido à intempestividade da entrega desse material, não se dirimiu o indício de incompatibilidade entre os quantitativos e o projeto (peça 233, p. 48).

4. Outrossim, documentos que embasaram a elaboração do 1º e 3º TAM para serviços de escavação de material de 1ª e 2ª categorias tiveram como origem extratos das medições de serviços executados, grande parte delas realizadas após a assinatura do 3º TAM (30/9/2015). Esse fato revelou, segundo o Relatório de Fiscalização 539/2016, incoerência metodológica dos documentos apresentados (peça 233, p. 48).

5. De acordo com o despacho do Ministro Relator Walton Alencar (peça 329) para realizar a instrução, deve-se realizar as análises ainda pendentes solicitadas pela pretérita Ministra Relatora Ana Arraes (peça 307).

6. Diante disso, nessa será realizada uma reanálise do achado III.3. alteração injustificada de quantitativos à luz dos elementos trazidos aos autos pela OAS (peça 267), pela Dersa (peça 268) e pelo Governo do Estado de São Paulo (peça 334), o qual teve o ingresso autorizado nos autos pelo Despacho do Ministro Relator (peça 337). Essa análise cumprirá em partes a determinação contida no item “a” do Despacho.

II - DO MÉTODO

7. Primeiramente, será realizado uma síntese das alegações contidas nas manifestações da Dersa e do Governo do Estado de São Paulo. Posteriormente, será feita a análise para verificar se a irregularidade apontada durante a fiscalização persiste.

8. Foram adotados os seguintes critérios:

- a) **Lei 8666/1993, art. 6º, inciso X:** define o que é Projeto Executivo;
- b) **Lei 8666/1993, art. 7º, § 4:** veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo;
- c) **Lei 8666/1993, art. 65, inciso I:** estabelece os casos que os contratos podem ser alterados;

d) Lei 8666/1993, art. 65, § 1º: estabelece o limite de 25% para os acréscimos e supressões que podem ser alterados nos contratos;

e) Contrato 4.349/2013, Subcláusula 3.1.b.ii: informa que o Engenheiro deverá obter a aprovação específica da Agência Contratante antes de agir realizar uma Variação que aumente o Valor Aceito do Contrato em menos que a porcentagem especificada nos Dados do Contrato;

f) Contrato 4.349/2013, Subcláusula 14.1: informa que as quantidades previstas estabelecidas no Quadro de Quantidades e Preços ou outro Cronograma são quantidades estimadas e não devem ser consideradas com as quantidades reais e corretas;

g) Contrato 4.349/2013, Condições Especias do Contrato (CEC), Parte A – Dados do Contrato: estabelece que qualquer Variação, conforme subcláusula 3.1.b.ii, que resulte no Valor Aceito do Contrato exigirão aprovação da Agência Contratante

III - MANIFESTAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

9. Segundo a Dersa, o fato não caracterizaria qualquer situação prevista na LDO art. 121, §1º, inciso IV, da Lei 13.408/2016 (LDO 2017), que pudesse culminar na paralisação do empreendimento. Ou seja, não haveria materialidade relevante em relação ao valor do contrato, não haveria potencial para ensejar a nulidade da licitação ou do contrato ou a configuração de grave afronta aos princípios constitucionais que regem a administração pública. As justificativas para estas afirmações estão dispostas a seguir (peça 268, p. 85).

10. A Dersa alegou que a metodologia de desenvolvimento dos projetos executivos ocorreria simultaneamente à execução das obras, da forma como previsto no artigo 7º, inciso II, § 1º da Lei 8.666/1993. Assim, detalhamentos do projeto executivo do Rodoanel Norte provocaram remanejamentos que acabaram por refletir nos tipos e quantidades de serviços e materiais inicialmente previstos na licitação (peça 268, p. 86).

11. Acrescentou que a Dersa sempre agiu de forma transparente e compatível com as cláusulas contratuais. A fim de evidenciar isso, transcreveu o item 14.1 do contrato (peça 268, p. 88).

“14.1 Preço do Contrato

Salvo disposição em contrário nas condições especiais do contrato:

c) quaisquer quantidades estabelecidas no Quadro de Quantidades e Preços ou outro Cronograma são quantidades estimadas e não devem ser consideradas com as quantidades reais e corretas:

(i) das obras que o Empreiteiro deve executar ou ...”

12. Tendo como base esses argumentos, a Dersa alegou que, com a celebração dos aditivos, teria buscado manter o controle da obra em busca do melhor custo-benefício para a Administração.

13. A Dersa também consignou que, à época da celebração do 1º e 3º Termos Aditivos ao Contrato 4.349/2013, os projetos executivos do Lote 2 estavam com avanços de 58,77% e 72,76%, respectivamente em outubro/2014 e setembro/2015, meses dos referidos aditivos contratuais. Esses números, segundo a Dersa, demonstrariam que a parcela faltante de projetos executivos representaria alto grau de incerteza na consolidação das quantidades necessárias para conclusão da obra. Isso justificaria a decisão de se ajustar as quantidades provisoriamente com o objetivo de atender às

necessidades mais urgentes das obras, evitando quaisquer interrupções na continuidade desses empreendimentos (peça 268, p. 90).

14. Acrescentou que o Contrato 4.349/2013 estava adstrito às condições do Convênio 185/11 (Estado de São Paulo – BID) e ao Convênio 4/99 (Estado de São Paulo – União). Modificações no valor da obra implicariam na reserva de recursos orçamentários, em momento no qual o saldo contratual existente ainda não demandava novos aportes para fazer frente à execução da obra (peça 268, p. 92 e 93).

15. Em continuidade, a Dersa expôs que:

- a) o BID teria apresentado a sua “não objeção” aos termos aditivos celebrados no empreendimento;
- b) o BID teria ciência de que o momento insipiente tanto no andamento da obra, quanto do projeto não permitiam uma assertividade sobre a alteração no valor do empreendimento; e
- c) a aprovação do projeto executivo do Rodoanel e a consolidação da planilha deveriam ser precedidas de aprovação formal do agente financiador e que tal etapa não poderia ser feita naquele momento (peça 268, p. 100).

16. A fim de justificar a regularidade dessas medidas de alteração da planilha contratual, com inserção de novos quantitativos sem alteração de valor originalmente pactuado, a Dersa apresentou julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Como exemplo, transcreve-se o que segue (peça 268, p. 96 e 97):

Os Termos em exame tratam da seguinte matéria:

- a) 6º Termo de Alteração de Contrato, de 31/05/2011 (fls. 22249/22480) – **incluiu no contrato preços extracontratuais de nº 421421**, que se encontram especificados na ‘Planilha para Orçamento de Obras’ e na ‘Regulamentação de Preços e Critérios de Medição’, que integram o Anexo I (fls. 22481/22483), **sem alterar o valor inicialmente previsto**;

(...)

A Assessoria Técnica, sob os aspectos jurídicos (fls.22520/22522), opinou pela regularidade do 7º aditivo e irregularidade do 6º termo, propondo a aplicação de prazo porque foram incluídos preços extracontratuais e mantido o valor original do contrato, sem qualquer detalhamento sobre eventuais compensações.

(...)

Decido

(...)

A questão relativa à inclusão de preços extracontratuais não é nova nesta Corte, porquanto em diversas oportunidades já obteve juízo de regularidade

(...)

Em razão do exposto, acolho as manifestações favoráveis da Chefia de ATJ e PFE e **julgo regulares os 6º e 7º Termos de Alteração.** (grifo no original)

17. Segundo a Dersa, as medidas tomadas para a condução da obra apenas buscaram garantir o perfeito atendimento ao previsto na minuta editalícia e no instrumento contratual, zelando pela boa condução do empreendimento.

18. Nesse sentido, segunda a Dersa, houve o cumprimento da Lei de Licitações que prevê a possibilidade de alteração de contrato administrativo para inclusão ou supressão dos novos serviços. A fim de fundamentar esse argumento, transcreveu o art 65 da Lei de Licitações (peça 268, p. 102):

Art.65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

(...)

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos (grifo no original).

19. A Dersa também ressaltou jurisprudência do TCU em que essas modificações no contrato seriam possíveis. Transcreve-se excerto da manifestação da empresa pública (peça 268, p. 103):

“8. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento. (...) Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. (...) Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato.”(Acórdão nº2352/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça)

20. Acrescentou que a Dersa incorreria em erro se não alterasse o contrato por meio de termos aditivos para adequá-lo à nova realidade e, ao invés disso, mantivesse a solução técnica original que se mostrou inadequada.

21. A partir desses argumentos, a Dersa alegou que teria demonstrada a regularidade de todos os atos praticados na condução da obra e, por consequência, teria afastado o enquadramento de IGP para o achado III.3.

22. A Dersa também expôs que realizou diversos procedimentos por meio da sua área técnica de modo a atender à demanda do TCU, principalmente com memórias de cálculo dos serviços contratados. Esses estudos estariam condensados em HD encaminhado ao Tribunal. Vale transcrever o texto que explicita esse posicionamento (peça 268, p. 81):

Assim, em atendimento ao quanto apontado pela Fiscalização do TCU sobre as memórias de cálculo do Contrato 4.349/2013 e sobre as dúvidas remanescentes do TCU sobre a amplitude os reflexos financeiros provocados pelas adequações da planilha contratual, a DERSA realizou um levantamento detalhado, acompanhado das memórias de cálculo, com a adequação dos serviços e respectivas quantidades na planilha orçamentária em conformidade ao efetivamente necessário para a execução das obras de acordo com o projeto vigente. Apenas para facilitar o entendimento, essa nova planilha consolidada foi chamada de 13º TAM, apesar deste aditamento estar em fase final de instrução, e ainda será celebrado (grifo no original).

23. A Dersa ainda afirmou que as alterações na planilha orçamentária acrescentariam à obra o correspondente a 17,88%, não extrapolando os 25% previstos em lei (peça 268, p. 81). A Dersa também encaminhou ao TCU um HD, mídia digital, com memórias de cálculo das quantidades da planilha orçamentária. Ressalta-se que, devido ao tamanho dos arquivos, essa mídia não pôde ser integrada digitalmente ao processo, encontrando-se no Serviço de Administração desta Unidade Técnica.

24. Por sua vez, o Governo do Estado de São Paulo, representado pelo Governador, também interpôs manifestação à peça 334 destes autos. Foi alegado que somente peritos estariam abalizados para avaliar a ocorrência ou não de dano patrimonial em face de acréscimos alegadamente desnecessários de determinados itens ou serviços nos trabalhos até então executados.

25. Outrossim, a análise da equipe técnica do TCU careceria de aprofundamento técnico. De modo a embasar esse posicionamento, o Estado de São Paulo transcreveu frase contida no Relatório de Fiscalização 539/2016 em que a equipe técnica afirmou que alguns documentos puderam apenas ser avaliados superficialmente (peça 334, p. 33).

26. Concluiu as suas assertivas alegando ser imperativo, perante o art. 464, § 1º, inc. I, do Código de Processo Civil, a inteira elucidação e demonstração do dano patrimonial efetivamente incorrido para o julgamento da eventual irregularidade no Contrato 4.349/2013 (peça 334, p. 33).

IV - ANÁLISE

27. De início, a Dersa apoiou a sua argumentação no fato de que o desenvolvimento dos projetos executivos ocorreria simultaneamente à execução das obras, da forma como previsto no artigo 7º, inciso II, § 1º da Lei 8.666/1993. Como os projetos se encontravam com avanços de 58,77% e 72,76%, em outubro/2014 e setembro/2015, meses dos 1º e 3º TAM, respectivamente, esse fato representaria alto grau de incerteza na consolidação das quantidades necessárias da obra. Isso justificaria a decisão de se ajustar as quantidades provisoriamente, de modo a atender às necessidades mais urgentes das obras, evitando, desse modo, interrupções na continuidade da obra.

28. Nota-se que os argumentos da Dersa deixaram de se contrapor ao mérito central do achado III.3 do Relatório de Fiscalização 539/2016: alterações de quantitativos sem suporte em projetos. A Empresa Pública preferiu asseverar o alto grau de incerteza em razão do projeto executivo encontrar-se, àquela época, em estágio prematuro quanto aos avanços futuros da obra. Acrescentou também que a necessidade de continuar a obra foi determinante para a elaboração do 1º e do 3º TAM, mesmo que os projetos não espelhassem os reais quantitativos necessários.

29. Também como justificativas para a celebração do 1º e do 3º TAM, a Dersa expôs que estava adstrita às condições do Convênio 185/11 (Estado de São Paulo – BID) e ao Convênio 4/99 (Estado de São Paulo – União). Modificações no valor da obra implicariam na reserva de recursos orçamentários, em momento no qual o saldo contratual existente ainda não demandava novos aportes para fazer frente à execução da obra. Outrossim, o BID tinha ciência das alterações que estavam sendo realizadas e apresentou a sua não objeção aos termos aditivos.

30. Mais uma vez a Dersa não contestou a irregularidade contida no item III.3 do Relatório de Fiscalização 539/2016. A Empresa Pública justificou os aditivos que tiveram impacto zero no saldo contratual em razão da desnecessidade de alterações dos termos de compromisso com os financiadores da obra, BID e União. Portanto, a Empresa

Pública não ataca o cerne do achado III.3 que é a alteração de quantitativos, com inclusão de serviços novos e exclusão de serviços anteriormente previstos, sem que houvesse projetos que sustentassem essas modificações. Nesse caso, mantém-se os apontamentos iniciais pela irregularidade dos atos.

31. Mesmo sem contestar a essência do achado III.3, a Dersa manifestou-se pela regularidade das alterações promovidas por meio do 1º e do 3º TAM. A fim de justificar essa posição, transcreveu o item 14.1 do Contrato, *in verbis*:

Salvo disposição em contrário nas condições especiais do contrato:

c) quaisquer quantidades estabelecidas no Quadro de Quantidades e Preços ou outro Cronograma são quantidades estimadas e não devem ser consideradas com as quantidades reais e corretas:

(i) das obras que o Empreiteiro deve executar ou ...”

32. De fato, o quadro de quantidades e preços (planilha contratual) não tem a pretensão de ser absolutamente preciso quanto aos quantitativos finais da obra, entretanto, as alterações promovidas por meio desses dois aditivos foram expressivas e vieram desacompanhadas de projetos que subsidiariam esses quantitativos. Esses fatos foram caracterizadores da carência de elementos definidores da obra que se apresentava com números aparentemente fictícios àquela época.

33. Também foram apresentados julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) em que foi decidido pela regularidade da inclusão de preços extracontratuais, sem alterar o valor inicialmente previsto e sem detalhamento sobre eventuais compensações.

34. Quanto a esse ponto, registre-se que decisões do TCE-SP não vinculam decisões do TCU já que são independentes. Portanto, a depender do entendimento de cada Corte, os julgamentos podem ser díspares. Vale consignar que, a despeito da decisão pela regularidade do aditivo, a equipe técnica no TCE-SP entendeu que havia irregularidade nesse ato, conforme se pode ver à peça 268, p. 96. Esse posicionamento se harmoniza com as análises do Relatório de Fiscalização 539/2016 e com esta instrução.

35. Além disso, a inclusão de serviços novos sem alteração do valor total do contrato, por si só, não é inadequada, desde que as reduções que compensaram os acréscimos decorram de fato de supressões do projeto. Mas esse não foi o caso das alterações que ora se questionam.

36. A Dersa também transcreveu o art. 65, inciso I, alínea a, da Lei de Licitações, em que é facultado à Administração modificar o contrato com as devidas justificativa quando houver alteração de projeto ou de especificações de modo a se ter adequação técnica aos objetivos do empreendimento.

37. No caso concreto, a legislação citada retro mais uma vez corrobora os apontamentos contidos no Relatório de Fiscalização 539/2016. Isso porque não foram apresentadas as alterações de projeto ou de especificações que subsidiassem as mudanças na planilha orçamentária.

38. A Dersa também apresentou excerto do Acórdão 2352/2006, TCU-Plenário, Relator Marcos Vinícios Vilaça, o qual teria manifestado pela possibilidade de modificações no contrato. Ao final do trecho, tem-se: “é ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato” (peça 268, p. 103).

39. É de se notar que esse acórdão do TCU reforça mais uma vez a tese do achado em análise. Ou seja, alterações qualitativas implicam em mudanças no valor do contrato. Ocorre que, no caso concreto, observou-se justamente o contrário. Houve alterações qualitativas que implicariam alterações no valor do contrato, mas a variação de valor não se refletiu na planilha porque outras, sem fundamento em projeto, as compensou. Ante as análises das manifestações da Dersa, reafirma-se a ocorrência da irregularidade.

40. Por fim e a respeito dos aditivos contratuais ainda montarem em 17,88% quando poderia ser de até 25%, frisa-se que esse índice não se mostra hábil a comprovar a regularidade de medições na obra. Especialmente considerando que tal percentual considera a compensação de acréscimos e supressões, a despeito de entendimento já firmado há muito por este Tribunal de que, para a apuração do limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011, todos do Plenário).

41. Em relação aos dados contidos na mídia digital citada na peça 268, p. 104, registre-se que análise subsequente abordará essas informações.

42. O Governo do Estado de São Paulo também apresentou as suas manifestações à peça 334. Alegou que as análises realizadas por meio do Relatório de Fiscalização 539/2016 careciam de aprofundamento técnico, de modo a elucidar a eventual irregularidade para a inteira elucidação do fato. Outrossim, somente peritos estariam aptos a avaliar essas possíveis inconsistências (peça 334, p. 33).

43. Deve-se assinalar que o processo ainda se encontra em fase de elucidação da irregularidade. Nessa etapa, analisa-se tão somente a oitiva decorrente da proposta de IGP. Ou seja, caso as justificativas dos responsáveis analisadas nesta instrução não sejam aptas a afastar o achado III.3 do Relatório de Fiscalização 539/2016, haverá outras oportunidades para que os envolvidos tragam as suas manifestações de modo a dirimir eventuais dúvidas que ainda cercam os fatos. Enquanto os indícios de falhas persistirem, o processo deve seguir o seu curso natural.

44. Ademais, no processo de Controle Externo, em especial nesse caso em que os valores inseridos nas planilhas contratuais pela Dersa não apresentam embasamento nos projetos, não é necessária a atuação de peritos para se realizar tal verificação. O dever de prestar contas cabe à Dersa, de modo que o ônus da prova é invertido: não é o TCU que deve comprovar que os valores estão incorretos, mas a Dersa que tem que comprovar, por meio das memórias de cálculo detalhadas e referenciadas aos documentos que lhes embasam, que os valores inseridos na planilha orçamentária refletem a estimativa adequada dos quantitativos necessários para a conclusão das obras conforme o projeto.

45. Nesse sentido, cita-se o Voto do Acórdão 903/2007 TCU 1ª Câmara, Ministro Relator Raimundo Carreiro:

3. Com efeito, há jurisprudência pacífica no âmbito desta Corte de Contas no sentido de que, ex vi do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 93 do Decreto-lei nº 200/1967, o ônus de comprovar a regularidade integral na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente os gastos efetuados, bem assim o nexos causal entre estes e os recursos repassados, o que não ocorreu nos presentes autos.

4. A respeito do tema, transcrevo trecho do voto do Ministro Adylson Motta para a Decisão nº 225/2000 - 2ª Câmara (autos do TC 929.531/1998-1):

“A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão nº 176, verbis: ‘Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova’. Há que se destacar, ainda, que, além do dever legal e constitucional de prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos recebidos, devem os gestores fazê-lo demonstrando o estabelecimento do nexo entre o desembolso dos referidos recursos e os comprovantes de despesas realizadas com vistas à consecução do objeto acordado (...).”

46. Cita-se, também, Relatório do Acórdão 1.730/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator Raimundo Carreiro:

Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007 – 1ª Câmara; 1.445/2007 – 2ª Câmara; 1.656/2006 – Plenário.

Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir.

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (grifos acrescidos)

Desse modo, não há como acolher o pleito do recorrente. O ex-Secretário demonstra não compreender a natureza do presente processo de Tomada de Contas Especial, pois não se trata de provar a ocorrência de determinada conduta penalmente tipificada. Trata-se, em verdade, de apurar qual o uso dos recursos públicos federais pelos quais se responsabilizou ao assinar o convênio em tela, de verificar se tais recursos foram aplicados de forma boa e regular, conforme os dispositivos legais e regulamentares aplicáveis.

Quanto à alegada requisição de produção de provas, cabe ressaltar que as inspeções e auditorias, nos termos do artigo 71, inciso IV, da Constituição Federal, são realizadas por iniciativa própria desta Corte de Contas, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou de Comissão técnica ou de inquérito. Não cabe, desta forma, ao jurisdicionado a prerrogativa de requisitar a realização de novas perícias ou diligências. (grifos acrescentados)

A - Visão geral – dados atualizados

47. Em análise da situação mais recente dos contratos, observa-se que foram realizados aditivos que mudaram a situação dos contratos em relação à situação encontrada a época da auditoria.

48. Até o 3º Termo aditivo Modificativo (TAM) ao Contrato 4.349/2013, referente às obras do Lote 2 do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas, os referidos termos aditivos incorporaram novos serviços, aumentaram a quantidade de alguns existentes e reduziram de outros, não resultando em nenhum impacto financeiro. Essas alterações não guardavam correspondência com os projetos, comprometiam a obra e havia indícios da ocorrência de quantitativos artificialmente reduzidos em relação àqueles necessários para que o projeto fosse concluído.

49. Após o 3º TAM, analisado à época da auditoria, foram realizados dois termos aditivos com acréscimos e supressões de serviços, o 10º e o 13º TAM.

Tabela 1: Dados do Contrato 4.349/2013

Lote 02 – Contrato 4.349/2013			
TAM	Data da assinatura	Alteração	Valor alterado (R\$)
1	28/10/2014	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
3	30/9/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
10	28/7/2017	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 86.594.521,01
13	23/3/2018	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ -30.681.706,01

Fonte: Peça 369, p. 4.

50. No 10º termo aditivo, é possível observar serviços essenciais à conclusão da obra que foram suprimidos por meio do 3º Termo aditivo retornarem à planilha no aditivo subsequente. Tal fato comprova a assertividade do apontamento realizado pela equipe de auditoria no Relatório de Fiscalização 539/2016.

Tabela 2 – Exemplo de item com supressão de quantidades no 3º TAM e acréscimo no 10º TAM.

Serviço	Quantidade inicial do contrato (m³)	Quantidade suprimida no 3º TAM (m³)	Quantidade acrescida no 10º TAM (m³)
9.15-Concreto Projetado 30 MPA medido na seção do túnel	35.172,87	(23.641,00)	16.386,27

Fonte: Peça 369, p. 3.

51. Esses dados indicam que os contratos, no estágio atual, possivelmente já tiveram a reposição dos quantitativos essenciais à realização da obra. No entanto, não há evidências de que os novos quantitativos estejam corretos frente aos projetos atuais, dúvida razoável ao se considerar o histórico de alterações de planilha sem respaldo nos projetos.

52. Nesse caso, é possível que a parte do apontamento do achado III.3 do Relatório de Fiscalização 539/2016 que trata da suposta carência de quantitativos de serviços essenciais à conclusão da obra tenha sido sanada. Entretanto, a carência de elementos que corroborem os quantitativos contratados e medidos ainda persiste como será tratado adiante nesta instrução.

53. A título de informação e em razão de os apontamentos contidos no Relatório de Fiscalização 539/2016 terem se referido aos demais lotes do Rodoanel Trecho Norte, entendeu-se adequado compilar a situação atual desses lotes. Nota-se, pelos dados, que a situação nesses lotes se assemelha à verificada no Lote 2.

Tabela 3 – Aditivos de acréscimos e supressões de serviços dos contratos de execução das obras dos lotes de 01 a 05 do Rodoanel com impacto financeiro.

Lote 01 – Contrato 4.348/2013			
TAM	Data da assinatura	Alteração	Valor alterado
1	12/5/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
3	30/9/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
9	28/7/2017	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$103.987.661,87
12	23/3/2018	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ -3.803.578,23
Lote 02 – Contrato 4.349/2013			
TAM	Data da assinatura	Alteração	Valor alterado (R\$)
1	28/10/2014	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
3	30/9/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
10	28/7/2017	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 86.594.521,01
13	23/3/2018	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ -30.681.706,01
Lote 03 – Contrato 4.350/2013			
TAM	Data da assinatura	Alteração	Valor alterado (R\$)
2	30/9/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
9	28/7/2017	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 54.199.245,81
11	23/3/2018	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ -51.207.658,85
Lote 04 – Contrato 4.351/2013			
TAM	Data da assinatura	Alteração	Valor alterado (R\$)
3	30/9/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
9	28/7/2017	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ -10.668.957,70
Lote 05 – Contrato 4.352/2013			
TAM	Data da assinatura	Alteração	Valor alterado (R\$)
1	30/10/2014	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
2	30/9/2015	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 0,00
9	28/7/2017	Acréscimos, supressões e incorporação de novos serviços	R\$ 50.038.354,25

Fonte: peça 369, p. 5 a 19.

B. Parte específica – Análise dos grupos de serviços

54. As análises dos serviços das manifestações da Construtora OAS S.A., em recuperação judicial, serão abordadas neste item em razão de ter-se apresentado tratando especificamente dos serviços. Essas análises contemplarão também as informações encaminhadas pela Dersa na peça 268, p. 104.

55. Quanto ao impacto financeiro apresentado nos serviços acrescidos no 1º e no 3º TAM, a OAS apresentou algumas justificativas para suas inclusões (peça 267, p. 33 e 34). Vale apresentar os argumentos relativos aos serviços de transporte de materiais de 1ª/2ª/3ª categorias além de 15 km:

Novo preço de transporte em função da alteração de bota-fora (DME 94) previsto na licitação; Alteração pela CET da rota de tráfego de caminhões com destino ao Bota-Fora (DME Badra). Esta alteração aumentou substancialmente a distância média de transporte e implicou a aprovação do serviço de transporte além de 15 km.

56. Explanou também que boa parte do aumento da distância de transporte se deu em função da alteração imposta pela CET – Companhia de Engenharia de Tráfego da rota de tráfego de caminhões com destino ao Bota-Fora (DME Badra), o que não teria sido considerado no estudo realizado pela Equipe de Auditoria.

57. Afirmou que a exclusão de quantitativos realizados no 1º TAM se deu também em função de mudanças no projeto executivo dos viadutos do Lote 2, visto que definiu nova configuração às estruturas, acarretando diminuição na quantidade de vigas e na área de tabuleiro de cada obra de arte em relação ao projeto básico e, conseqüentemente, provocando diminuição na quantidade de serviços referentes a superestrutura, em função da eliminação de um vão.

58. Expôs que, para cada serviço, a diferença entre a quantidade da Planilha Contratual e a soma das respectivas quantidades levantadas nos projetos executivos dos quatro viadutos foram lançados como redução de quantidade no 1º TAM.

59. Quanto à suposta irregularidade de medição duplicada na 47ª medição referente a execução de rampas de acesso à seção plena do Túnel 202, esclareceu, ainda em fase preliminar, que a rampa de acesso à seção plena dos emboques é um acesso para a frente de serviço, o qual foi removido apenas após a conclusão da escavações e liberação da área para nova etapa construtiva do túnel. Esclareceu que o quarto parágrafo do critério de medição do edital de licitação para execução dos serviços de escavação do túnel descreve:

Após a detonações, estão inclusos ainda, a carga do material para transporte do material escavado com túnel, calota, rebaixo, túnel piloto, galeria lateral (side drift) e túnel de ligação, sobre escavação de qualquer natureza, e todos os serviços de colocação e retirada de **rampas de acesso à frente de escavação** (grifado).

60. Afirmou ainda que, conforme descrito na citação acima, estariam previstas no preço de escavação dos túneis as rampas de acesso às frentes de escavação de túneis propriamente dita (núcleo de escavação). Os volumes medidos na 47ª medição seriam relativos aos serviços de terraplenagem para execução e remoção, apenas, das rampas de acesso às seções plenas dos emboques do túnel 202, não caracterizando medição inadequada.

61. Seguem as análises agrupadas por conjunto de serviços e seguirão a ordem disposta no Relatório de Fiscalização 539/2016, a qual segue:

- a) Volumes de terraplenagem;
- b) Transporte de material escavado;
- c) Deposição de material de bota-fora.

B.1 - Análise – Volumes de terraplenagem

62. Segundo Relatório de Fiscalização 539/2016, a inclusão de quantitativos por meio do 3º TAM aos serviços de escavação desequilibraram a equação contratual entre os quantitativos da planilha orçamentária e os quantitativos de projeto. Ou seja, enquanto a planilha contratual inicial apresentava quantitativos iguais aos de projeto, a planilha contratual após o 3º aditivo apresentou-se desprovida de suporte em projeto.

63. A diferença entre os quantitativos contratados e os quantitativos comprovados mediante projeto (583.934,08 m³) foi considerado sobrepreço, cujos cálculos remontavam à época do 3º TAM o valor de R\$ 1.886.717,09 para os serviços de escavação (peça 233, p. 47).

64. Atualmente, essa diferença de quantitativos está em 81.507,72 m³. Em que pese a Dersa ter apresentado memórias de cálculo de volumes de terraplenagem (peças 146 a 150), não se demonstrou a pertinência desses documentos com os projetos da obra. Dessa forma, deixa-se de tecer mais considerações quanto a esses fatos para propor diligência a Dersa para obtenção de documentos necessários à análise.

65. Segue tabela com as quantidades consolidadas após o 10º TAM.

Tabela 4 – Volumes de terraplenagem após 10º TAM e no Projeto Executivo

Serviço	Unidade de medida	Quantidade de contrato	Quantidade de Projeto	Diferença de quantidades
2.6 Escavação material de 1/2ª categoria	m³	1.930.991,99	1.414.409,00	297.440,96
2.7 Escavação e carga de material de 2ª categoria com ripper	m³	0,00	246.304,00	-246.189,00
2.8 Escavação e carga de material de 2ª categoria com explosivo	m³	0,00	0,00	155,00
2.9 Escavação e carga de material de 3ª categoria	m³	73.295,29	66.698,00	5.061,49
PCP-005 Desmonte de rocha a frio com argamassa expansiva	m³	44.802,44	0,00	47.480,42
PCP-017 Remoção de matacões em escavação a céu aberto	m³	479.823,00	0,00	479.985,21
Volume Total de Escavação	m³	2.528.912,72	1.727.411,00	801.501,72
2.20 Compactação de aterro maior/igual 95% PN	m³	345.510,00	202.767,00	142.743,00
Volume total de aterros	m³	345.510,00	202.767,00	142.743,00

Fonte: Tabela 27 do Relatório de Fiscalização 539/2016 com atualizações do 10º TAM.

B.2 - Análise - Transporte de material escavado

66. Conforme já explicitado no relatório de auditoria, o transporte de material escavado é medido por meio de serviços distintos das escavações, na unidade “m³ x km”, que corresponde ao produto do volume medido no corte, em m³, pela distância de transporte entre os locais de corte e os locais de deposição (aterro ou bota-fora), em km, e na unidade “ton x km”, que corresponde ao produto da quantidade do material escavado pela distância entre os locais de remoção e de deposição (peça 233, p. 49).

67. À época da fiscalização e do 3º TAM, foi verificado que os locais de bota-fora foram alterados devido à impossibilidade de utilização de áreas anteriormente previstas.

Conforme o relatório de auditoria (peça 233, p. 49), a distância média de transporte entre um dos locais de botafora e os locais de escavação variava entre 20,23 e 22,26 km.

68. Também foi evidenciado que no 3º TAM a distância média de transporte prevista para os materiais de 1ª e 2ª categorias era de 37,30 km.

69. Em análise da situação mais recente do contrato no 13º TAM, verifica-se que a DMT para os materiais de 1ª, 2ª e 3ª categorias estão em 24,63 e 28,85 km, respectivamente.

Tabela 5 – DMT inferidas a partir das planilhas orçamentárias do Lote 2

Material	Planilha original do contrato			Consolidada 3º TAM		
	Quantidade escavação* M³[A]	Momento de Transporte do material* m³xkm[B]	DMT inferida Km [B/A]	Quantidade escavação* m³[C]	Momento de Transporte do material* m³xkm[D]	DMT inferida km[D/C]
1ª e 2ª categorias	1.493.497,01	15.108.803,15	10,05	1.788.154,97	66.703.249,79	37,30 km
3ª categoria	404.546,79	4.140.984,00	10,24	832.371,19	12.348.661,37	14,84 km

Material	Consolidada 10º TAM			Consolidada 13º TAM		
	Quantidade escavação* M³[E]	Momento de Transporte do material* m³xkm[F]	DMT inferida Km [F/E]	Quantidade escavação* m³[G]	Momento de Transporte do material* m³xkm[H]	DMT inferida km[H/G]
1ª e 2ª categorias	2.127.113,97	56.222.650,55	26,43	2.061.502,49	50.778.975,41	24,63 km
3ª categoria	981.078,54	24.340.685,57	24,81	800.350,97	21.847.840,14	25,85 km

* já contemplados os respectivos serviços dos túneis.

Fonte: peça 369, p. 2.

70. Em que pese ter havido uma redução no momento de transporte e na DMT dos materiais de 1ª e 2ª categorias, observou-se um acréscimo bastante representativo dos volumes de escavação de materiais no 10º termo aditivo e nas medições da obra.

71. Ainda que à peça 168 a Dersa tenha apresentado a medição acumulada de setembro de 2017 com razoável nível de detalhamento, não é possível aferir e realizar análise criteriosa dos volumes de materiais de escavação e deposição da obra em função dos projetos disponibilizados à época da auditoria não guardarem compatibilidade de quantitativos com os discriminados nos termos aditivos, conforme já relatado no relatório de auditoria.

72. Vale ressaltar que a superveniência dos novos aditivos de acréscimo e supressão de quantitativos que supostamente teriam restituídos os quantitativos da planilha para aqueles relativos ao projeto e que alteraram inclusive os serviços de escavação e de transporte de materiais culminou na perda do objeto em relação à quantidade de itens específicos do 3º TAM.

73. Assim, nesse momento processual, deixa-se de tecer mais considerações quanto aos documentos e às alegações preliminares da Dersa e da OAS quanto a esse indício de irregularidade para propor diligência à Empresa Pública.

B.3 - Análise - Deposição de material em bota fora

74. Quanto aos indícios de sobreavaliação dos serviços de deposição de material em bota-fora quando comparados aos serviços de escavação, observa-se, conforme tabela abaixo, que ocorreram mudanças nos volumes desses materiais no 10º Termo Aditivo.

Tabela 6 – Situação até o 13º Termo Aditivo dos quantitativos de escavação de materiais e deposição em bota-fora

Material	Planilha original do contrato		Consolidada 3º TAM	
	Quantidade escavação*	Quantidade deposição em DME	Quantidade escavação*	Quantidade deposição em DME
1ª e 2ª categorias	1.493.497,01 m³	1.381.345,00 m³	1.788.154,97 m³	1.998.563,49 m³
3ª categoria	404.546,79 m³	279.135,00 m³	832.371,19 m³	592.371,19 m³
TOTAL	1.898.043,80 m³	1.660.480,00 m³	2.620.526,16 m³	2.590.934,68 m³

Material	Consolidada 10º TAM (jul/2017)		Consolidada 13º TAM (mar/18)	
	Quantidade escavação*	Quantidade deposição em DME	Quantidade escavação*	Quantidade deposição em DME
1ª e 2ª categorias	2.127.113,97 m³	1.998.563,49 m³	2.061.502,49 m³	1.948.587,10 m³
3ª categoria	981.078,54 m³	845.847,15 m³	800.350,97 m³	771.961,30 m³
TOTAL	3.108.192,51 m³	2.844.410,64 m³	2.861.853,46 m³	2.720.548,40 m³

* já contemplados os respectivos serviços dos túneis

Fonte: peça 369, p. 2.

75. Em análise a esses números, observa-se que entre o 3º e o 10º TAM ocorreu um aumento dos volumes de escavação de materiais de 1ª, 2ª e 3ª categorias e de deposição de material de 3º em DME e a manutenção dos volumes de 1ª e 2ª em DME.

76. O quantitativo de deposição em DME de material de 1ª e 2ª categorias em quantitativo superior ao de escavação presente no 3º TAM e apontado no relatório de auditoria não mais se manifesta no 10º e 13º TAM, no entanto, conforme já explanado na análise do indício de irregularidade infra, não há nos autos projetos atualizados que expliquem os quantitativos de escavação presentes no 10º e 13º termos aditivos.

77. Em relação ao achado de duplicidade na 47ª medição dos serviços de execução da rampa de acesso à seção plena do emboque do Túnel 202 (pc. 233, pág. 48), avalia-se que os elementos apresentados pela OAS (peça 267, p. 36) não foram suficientes para esclarecer o indício de irregularidade e somente com os projetos detalhados da obra será possível dirimir o indício de irregularidade.

78. Quanto a este serviço, cabe a mesma conclusão em relação ao transporte de materiais: com a superveniência dos novos aditivos de acréscimo e supressão de quantitativos perdeu-se o objeto em relação à quantidade de itens específicos do 3º TAM, devendo-se realizar a diligência anteriormente proposta para que se possa avaliar as quantidades constantes da nova planilha orçamentária.

79. Assim, deixamos a análise apurada das alegações de defesa da Dersa e da OAS para momento posterior, quando da análise dos documentos a serem apresentados conforme proposta de diligência deste achado.

V – CONCLUSÃO

80. As análises retro apontam para a confirmação da parte inicial da irregularidade que tratou da alteração dos quantitativos consolidados no 3º TAM desprovidos de projetos bem como de justificativas que os comprovassem.

81. Os dados atualizados do contrato do Lote 2 demonstram que quantitativos de serviços essenciais à conclusão da obra, suprimidos no 3º TAM, retornaram à planilha contratual após 10º TAM. Esse fato tanto demonstra a assertividade do apontamento do Relatório de Fiscalização 539/2016, corroborando aquela parte do achado, quanto poderia demonstrar o saneamento desse mesmo achado no momento atual na hipótese de comprovação das quantidades por meio de projetos. Assim, o mérito dessa irregularidade depende da apresentação de novos documentos, os quais possibilitarão a análise mais profunda dos dados apresentados.

82. Em relação aos quantitativos de escavação, bota-fora (DME) e momento de transporte, os dados atuais dos termos aditivos são diferentes da situação tratada anteriormente no Relatório de Fiscalização 539/2016. A eventual comprovação de dano ao erário demandaria a análise dos projetos e demais elementos caracterizadores da exatidão das quantidades dos serviços constantes dos termos aditivos.

83. Nesse caso, propõe-se diligenciar a Dersa para a obtenção dos seguintes documentos das obras do **Lote 2** do Rodoanel Norte:

- Todos os documentos que compõem o projeto atualizado completo da obra (pdf pesquisável e dwg);
- Notas de serviço de terraplenagem do projeto atualizado (pdf pesquisável e xls);
- Quadro de origem e destino dos materiais da obra (cortes, aterro, bota-foras e empréstimos) do projeto atualizado (pdf pesquisável e .xls);
- Planilha vigente de quantidades de serviços do Contrato 4.349/2013 (pdf pesquisável e xls); e
- Memórias de cálculo das quantidades constantes da planilha vigente de quantidades e serviços do Contrato 4.349/2013 acompanhadas de toda a documentação que comprove os valores adotados e sua relação com o projeto vigente.

TC 034.481/2016-8

Natureza: RELATÓRIO DE AUDITORIA

Órgão/Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), vinculado ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, e Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A.

Pronunciamento da SeinfraRodoviaAviação/D2

Manifesto-me de acordo com as propostas de encaminhamento constantes da instrução elaborada pelos auditores, Rafael Simão de Moraes Jardim, André Amaral Burle de Castro, Cláudio Gomes de Moraes, Marcos Hiraici Hashi e Orliван Matos de Souza.

Complemento esse despacho com a informação de que, quando da fase final da elaboração da instrução processual, o Senhor Edison Mineiro Ferreira dos Santos, engenheiro fiscal do Lote 1 do empreendimento auditado, entrou com petição de habilitação como interessado nos autos do processo e de cadastramento nos autos de seus advogados (peça 340). O interesse de peticionário se deve ao fato de que foi denunciado pelo Ministério Público Federal (peça 341) e que parte do presente processo foi utilizado como fundamentação para as investigações criminais contra a sua pessoa. Baseia sua petição no artigo 146 do Regimento Interno do TCU e na Súmula Vinculante 14 do STF.

O referido artigo do regimento deste Tribunal, em seu parágrafo primeiro, exige a demonstração pelo interessado, de forma clara e objetiva a razão legítima para intervir no processo. Nesse quesito vê-se que o interessado baseia a sua petição em trecho da denúncia do MPF que cita que as irregularidades detectadas pelo MPF também foram encontradas quando do Relatório de Auditoria 539/2016 deste Tribunal de Contas da União. Para o peticionário, o relatório do TCU faz parte da fundamentação da denúncia.

Acontece que, ao ler a denúncia encaminhada em anexo à petição, percebe-se que o relatório referenciado serviu apenas de apoio aos argumentos já trazidos pela investigação do próprio Ministério Público. Ademais o motivo pelo qual o peticionário foi denunciado foram as irregularidades devidas ao Lote 1 do Trecho Norte do Rodoanel, enquanto que o presente processo, apesar de estender alguns achados para outros lotes do mesmo empreendimento, trata apenas de irregularidades referentes ao Lote 2, conforme pode ser verificado em trechos da conclusão do Relatório de Auditoria (peça 233):

397. Além do Lote 02, os demais lotes também foram objeto de aditivos contratuais para recompor o equilíbrio econômico financeiro baseados em pareceres do mesmo consultor, de modo que é bastante provável que as inadequações verificadas nos cálculos realizados relativos ao Lote 02 tenham ocorrido nos demais lotes, embora não tenha sido quantificado eventual sobrepreço nesses lotes, já que o objeto da fiscalização foi apenas o Contrato 4.349/13. O total aditivado para reequilíbrio econômico financeiro nos seis lotes foi de R\$ 235.005.727,55 (nov/12) e os novos aditivos preveem novos acréscimos de R\$ 50.676.494,08 (nov/12).

(...)

408. No tocante à subcontratação irregular (item III.4), ela se refere à subcontratação, no valor de R\$ 54.028.472,95 (nov/2012), de empresa para a execução da escavação e tratamentos subterrâneos do Túnel 201. A irregularidade ocorre também em relação ao Túnel 301 (Lote 03), no valor de



R\$ 117.834.151,11 (nov/2012), mas como esse lote não foi objeto da fiscalização, o processo de aprovação da subcontratação somente foi avaliado em relação ao Lote 02.

Corroborando, ainda mais, para a conclusão de que o presente processo trata apenas do Lote 2 das obras, o fato de que o peticionário não consta como responsável pelas irregularidades na matriz de responsabilização do Relatório de Auditoria.

Sendo assim, não se vislumbra como o peticionário será afetado pelo desfecho processual da presente auditoria. O processo judicial se desenvolve de forma independente ao processo administrativo, a decisão a ser tomada por este Tribunal não vincula a decisão judicial acerca da denúncia apresentada pelo MPF, ainda mais se a decisão administrativa, apesar da semelhança entre as irregularidades, recair sobre objeto diferente ao qual o peticionário foi denunciado.

Dessa forma, deve ser negada a habilitação do Sr. Edison Mineiro Ferreira dos Santos como interessado nos autos do processo.

Uma vez negada a habilitação, se exclui, também, a aplicação da Súmula Vinculante 14, pois essa garante ao defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Como o peticionário não se defende de nenhuma investigação realizada nesses autos, não se vislumbra a aplicação da referida Súmula.

Ademais, os acórdãos desta Corte de Contas são públicos e de fácil acesso pela *internet*, permitindo ao peticionário o conhecimento das decisões do Tribunal no presente processo. Ademais, existe a possibilidade de requerimento das informações do processo por meio da Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI).

Sendo assim, propõe-se que a petição realizada pelo Sr. Edison Mineiro Ferreira dos Santos, pelas peças 340 e 341, seja negada, com fundamento no §1º do art. 146 do Regimento Interno do TCU.

À consideração superior.

Brasília, 4 de setembro de 2018

Fábio F. P. de Oliveira

AUFC - Mat. 8661-4

Diretor/DT-2



TC 034.481/2016-8

Natureza: RELATÓRIO DE AUDITORIA

Órgão/Entidade: DESENVOLVIMENTO
RODOVIÁRIO SA - DERSA, Departamento
Nacional de Infraestrutura de Transportes, Ministério
dos Transportes, Portos e Aviação Civil

Pronunciamento da Unidade

Estando a instrução pretérita em fase derradeira de elaboração, foi enviado pelo Ministério Público Federal – Procuradoria da República em São Paulo – o Ofício n. 12140/2018, encaminhando documentos da Ação Penal 0005963-55.2017.4.03.6181, compartilhados com o TCU após decisão da Exma. Sra. Juíza da 5ª Vara Criminal Federal (peça 370). Do conjunto, foram acostados aos autos os documentos relacionados ao Lote 02 das obras (peças 371 a 373). No entanto, as informações neles contidas, de caráter sigiloso, **não foram** utilizadas na elaboração da instrução. Não obstante, cotejando o conteúdo dessas peças com os assuntos abordados nesta fase processual, não se vislumbra qualquer prejuízo ao processo, tendo em vista que no momento estão sendo propostas medidas preliminares.

Também foram recebidos no TCU, em 3/9/2018, novos elementos encaminhados pela Dersa (peça 374). Em síntese, o documento, em sua parte principal, apresenta inicialmente histórico processual ocorrido após o término do relatório de fiscalização 539/2016. Em seguida, alude à reunião ocorrida em 27/8/2018, nesta unidade técnica, com representantes da Dersa, da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e com o Sr. Mozart Bezerra da Silva, autor do parecer técnico que embasou o reequilíbrio econômico-financeiro contratual, tema do achado III.2 do relatório de fiscalização, requerendo a juntada da apresentação ministrada pelo especialista (Doc. 02).

Prossegue o documento apresentando também parecer jurídico da Profa. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Doc. 03). E, por fim, solicita juntada do Parecer Final da Junta de Conflitos Lotes 02 e 03 - Rodoanel Mário Covas Trecho Norte (Doc. 04), do Pedido de Esclarecimentos formulado pela DERSA (Doc. 05), da Resposta da Junta de Conflitos Lotes 02 e 03 - Rodoanel Mário Covas Trecho Norte ao Pedido de Esclarecimentos da Contratante Dersa - Correspondência CE-EG DIOBA 138/20187 (Doc. 06).

Em relação ao parecer do especialista, este já era de conhecimento da equipe de auditoria por ocasião da fiscalização. De qualquer forma, o assunto foi retomado na instrução que ora se encaminha ao crivo do Relator, tendo sido considerados, na fase final de sua elaboração, os argumentos apresentados na reunião ocorrida em 27/8/2018. O registro da reunião encontra-se à peça 377.

No que tange ao parecer da jurista, datado de 14/5/2018, como observado pela Dersa, ele já se encontra acostado, desde 22/6/2018, ao TC 006.186/2012-4, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz. Esse processo trata de auditoria na construção do Rodoanel de São Paulo – Trecho Norte, e conforme se pode verificar no resumo do relatório (peça 98 do TC 006.186/2012-4), focou o projeto



básico e o orçamento referencial das obras, visto que na ocasião a licitação encontrava-se na fase de pré-qualificação.

O referido parecer se propôs a responder consulta da Dersa questionando a aplicabilidade, às licitações para construção do Rodoanel, de normas postas por Lei de Diretrizes Orçamentárias da União e decreto federal, no caso a Lei 12.465/2011 (LDO 2012) e o Decreto 7.983/2013.

Sobre o assunto, conclui que tais dispositivos não se aplicariam ao caso do Rodoanel, especificamente sobre a utilização das tabelas referenciais consagradas pelas diversas LDO e recepcionadas pelo referido decreto – Sicro e Sinapi.

Ocorre que o empreendimento recebeu substanciais recursos federais via convênio ou termo de compromisso. Assim, cabe rememorar o voto condutor do Acórdão 307/2009-TCU-Plenário, de lavra do Ministro Walton Alencar Rodrigues, nos seguintes termos:

Convênios são instrumentos legais de transferências voluntárias de recursos públicos federais, cuja titularidade permanece na esfera do Poder concedente, para a consecução de finalidades comuns, de recíproco interesse público. Neles, somente a execução é descentralizada. A titularidade dos recursos, apesar da transferência, permanece federal. Nesse sentido, diferem ontologicamente das transferências constitucionais compulsórias, a exemplo dos fundos de participação, cujos recursos pertencem aos Estados e Municípios (FPE e FPM - artigo 159, I, da CF).

Para garantir a consecução das finalidades albergadas nos convênios, a União estabelece as regras e as condições de utilização, no que concerne à destinação, prazo de execução, gestão financeira etc.

Nessa linha, Hely Lopes Meirelles assevera que *“os signatários dos convênios ficam sujeitos ao poder normativo, fiscalizador e controlador dos órgãos federais competentes, dependendo a liberação dos recursos do fiel cumprimento dos programas e das cláusulas do ajuste”* (in *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 714).

Dada a pertinência com a matéria em exame, vale reproduzir excerto da manifestação do Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do MP/TCU, nos autos do TC 002.363/2000-6:

“(...) A distribuição de competência para fiscalização de recursos públicos é matéria constitucional e tem por critério básico a espécie (União, Estado, Distrito Federal ou Município) do ente federativo proprietário dos recursos. Daí decorre que a referida distribuição de competência não pode ser alterada por lei ou medida provisória ainda mais quando promulgada por ente federativo distinto daquele a que pertencem os recursos.

Assim, se os recursos públicos são da União, a competência fiscalizatória será exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, mesmo quando a aplicação desses recursos é transferida a Estados, Distrito Federal ou Municípios. É o que se depreende dos artigos 70, caput, 71, caput e incisos II e VI, da Constituição da República (...)” (Decisão n.º 223/2000 - Plenário, in Ata n.º 12/2000).”

Nessa linha, é importante também aludir ao trecho da Lei 12.465/2011 (LDO 2012) que consagra os sistemas referenciais Sicro e Sinapi como os balizadores de custos de obras executados com recursos federais:

Art. 125. O custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na **internet**, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.



Oportuno comentar que o artigo transcrito tem redação igual ao art. 127 da Lei 12.309/2010 (LDO 2011). Assim, ainda que se alegue uma indevida retroatividade de aplicação da Lei 12.465/2011, visto que o orçamento do projeto teria sido elaborado antes de sua entrada em vigor, verifica-se que o dispositivo legal de subsunção dos custos aos sistemas referenciais já existia na lei orçamentária do ano anterior, não sendo uma inovação surgida no ano de 2011.

Quanto ao cabimento de aplicação do Decreto 7.983/2013 ao caso em comento, vale lembrar que a discussão travada no presente processo é relativa a preços novos incluídos no contrato por meio de termos aditivos, e não a preços submetidos a uma disputa licitatória. Portanto, não há que se falar igualmente em aplicação retroativa do decreto ao momento da licitação.

O 3º Termo Aditivo Modificativo ao Contrato 4.349/13 foi assinado em data posterior ao Decreto 7.983/2013. Dessa maneira, vale transcrever trecho do referido diploma legal:

Art. 1º Este Decreto estabelece regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da administração pública federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União.

(...)

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

(...)

Art. 16. Para a realização de transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, os órgãos e entidades da administração pública federal somente poderão celebrar convênios, contratos de repasse, termos de compromisso ou instrumentos congêneres que contenham cláusula que obrigue o beneficiário ao cumprimento das normas deste Decreto nas licitações que realizar para a contratação de obras ou serviços de engenharia com os recursos transferidos.

Art. 17. Para as transferências previstas no art. 16, a verificação do disposto no Capítulo II será realizada pelo órgão titular dos recursos ou mandatário por meio da análise, no mínimo:

(...)

§ 1º Em caso de celebração de termo aditivo, o serviço adicionado ao contrato ou que sofra alteração em seu quantitativo ou preço deverá apresentar preço unitário inferior ao preço de referência da administração pública, mantida a proporcionalidade entre o preço global contratado e o preço de referência, ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do art. 14 e respeitados os limites do previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Do exposto, em expedita análise, considera-se que tanto as Leis de Diretrizes Orçamentárias quanto o Decreto 7.983/2013 aplicam-se ao caso tratado no presente processo.

Em relação ao Parecer Final da Junta de Conflitos Lotes 02 e 03 - Rodoanel Mário Covas Trecho Norte, verifica-se que o corpo do parecer, de setenta páginas, juntamente com o parecer divergente de um dos membros, de seis páginas, já havia sido apresentado pelo Governo do Estado de São Paulo (peça 334, p. 129-204) e pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (peça 336, p. 2-77). O documento apresentado nesta ocasião (Doc. 04), de 181 páginas contém, além das partes já apresentadas anteriormente, os seguintes trechos: “Resposta Quesitos OAS”, “Memórias das análises de regressão”, “Listagens de blocos e matacões”, “Relatórios Visitas Obras”, “Atas Reuniões Membros”, e “Qualificação Membros e Secretaria”.



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Secretaria-Geral de Controle Externo
Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil

Em que pese a flagrante diferença entre as versões, a parte principal do parecer já foi analisada na instrução que ora se encaminha ao Relator, e que inclusive questiona a validade da junta de conflitos à luz do contrato. Assim, não se vislumbra impacto dessa nova versão apresentada no deslinde da matéria.

Quanto ao Pedido de Esclarecimentos formulado pela DERSA (Doc. 05) e à Resposta da Junta de Conflitos Lotes 02 e 03 - Rodoanel Mário Covas Trecho Norte ao Pedido de Esclarecimentos da Contratante Dersa - Correspondência CE-EG DIOBA 138/20187 (Doc. 06), cabe observar que o segundo documento já havia sido apresentado pelo Governo do Estado de São Paulo (peça 334, p. 206-223) e foi considerado na elaboração da instrução da equipe. Como é uma resposta ao primeiro, este também já foi considerado, ainda que indiretamente.

Por fim, após o exposto, manifesto-me de acordo com a proposta lançada pela equipe de auditores, bem como com o adendo proposto pelo Sr. Diretor da 2ª DT. Encaminhem-se os autos ao Gabinete do Relator, Exmo. Sr. Ministro Walton Alencar Rodrigues.

SeinfraRodoviaAviação, 5 de setembro de 2018.

(assinado eletronicamente)
Luiz Fernando Ururahy de Souza
Secretário – Matr. 6245-6