

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 018.433/2019-7.

Natureza: Relatório de Auditoria.

Órgãos/Entidades: Ministério da Infraestrutura, Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do estado de São Paulo – DH/SP e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit.

Interessado: Congresso Nacional.

Responsáveis: Evandro Torquato Sobrado (150.744.588-11); Marco Antonio de Araújo (075.122.558-45); Marcos Vinicius Silva Victorino (470.354.129-72); Osvaldo Padilha Junior (037.169.338-13); Pedro Victoria Junior (045.686.178-55); Rinaldo Tacola Filho (987.157.208-53); Vanessa Regina da Silva Pires (173.080.998-73).

Representação legal: Carlos Alberto da Silva (OAB/SP 147.001), representando Osvaldo Padilha Junior.

Sumário: FISCOBRAS 2019. OBRAS DE AMPLIAÇÃO DO CANAL DE NAVEGAÇÃO A JUSANTE DA ECLUSA DE NOVA AVANHANDAVA E EXECUÇÃO DE MELHORIAS NO CANAL DE ACESSO DA ECLUSA DE IBITINGA, AMBAS NA HIDROVIA DO RIO TIETÊ, NO ESTADO DE SÃO PAULO. FALHAS PROCEDIMENTAIS. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DA DEFESA DE TRÊS RESPONSÁVEIS. IDENTIFICAÇÃO DE ATENUANTES. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DOS DEMAIS.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir o relatório de fiscalização elaborado pela equipe da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária – SeinfraPortoFerrovia (peça 26), cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência do escalão dirigente da unidade técnica (peças 27 e 28):

“I. Apresentação

1. Trata-se de auditoria de conformidade, no âmbito do Fiscobras 2019, realizada no período compreendido entre 1/7/2019 a 16/8/2019, junto ao Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do estado de São Paulo (DH/SP) e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), autarquia vinculada ao Ministério da Infraestrutura, com o objetivo de fiscalizar as obras de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava e as obras de melhorias no canal de acesso da Eclusa de Ibitinga, ambas na Hidrovia do Rio Tietê, no estado de São Paulo.

2. O empreendimento consiste no aprofundamento do canal de navegação, no trecho compreendido do Km 126,5 ao Km 135,8 da Hidrovia do Rio Tietê, cujo objetivo é garantir em toda a extensão do trecho uma profundidade igual ou superior a 3,5 m abaixo da cota mínima do canal. Desta forma, busca-se eliminar as restrições impostas à passagem de embarcações entre os reservatórios de Três Irmãos e Nova Avanhandava e melhorar as condições de navegabilidade e segurança na hidrovia.

3. Além disso, foi avaliada a obra do canal de acesso à eclusa de Ibitinga. Essa obra é abrangida pelo Protocolo de Intenções 1/2011-Ministério dos Transportes (Evidência 1) firmado entre o Governo Federal e o Governo Estadual. A intervenção tem como objetivo um melhoramento no traçado do canal de navegação junto a entrada a montante da eclusa de Ibitinga, pois

atualmente o ângulo acentuado de aproximação da embarcação ao muro guia da eclusa provoca danos tanto ao muro quanto às embarcações.

4. Os critérios de seleção para a escolha dos objetos foram a materialidade, cerca de R\$ 200 milhões, e a relevância da Hidrovia Tietê-Paraná para o transporte de cargas, especialmente grãos, dos estados do Sudeste e Centro Oeste. Em 2018, foram transportadas aproximadamente 9 milhões de toneladas de carga.

1.1. Importância socioeconômica

5. A Hidrovia Tietê-Paraná integra importante sistema nacional de transporte multimodal, funcionando como corredor de exportação, atendendo aos estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, São Paulo e Paraná, uma região de 76 milhões de hectares, conectando seis estados produtores de grãos.

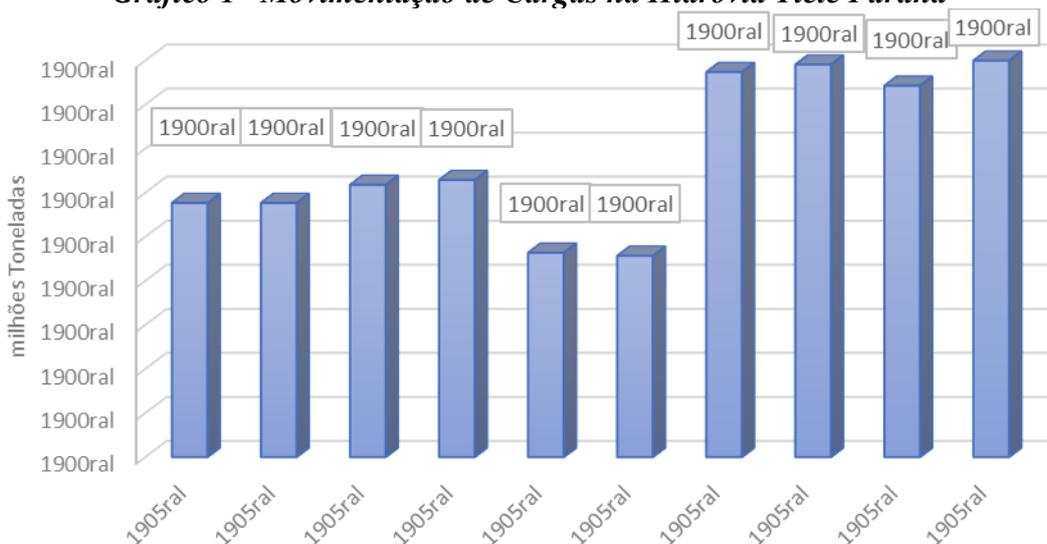
6. Nesse contexto, em 2018, foram transportados 8,4 milhões de toneladas de cargas, compostas principalmente de areia, soja, cana de açúcar e milho. A Hidrovia Tietê-Paraná conta com extensão de 2.400 km navegáveis, dos quais 800 km estão no rio Tietê, basicamente entre a cidade de Pederneiras e a foz do Tietê no rio Paraná. Essa hidrovia conta com um complexo de oito barragens com eclusas, terminais intermodais e canais artificiais de navegação, a exemplo do canal Pereira Barreto.

7. Destaca-se nessa hidrovia o uso múltiplo das águas com forte vocação para aproveitamento do potencial hidroelétrico, bastando informar que fazem parte dessa bacia hidrográfica as hidroelétricas de Itaipu, com capacidade de 14.000 MW, e a de Ilha Solteira, com capacidade de 3.500 MW.

8. Esse aproveitamento múltiplo das águas, em períodos de seca, torna-se conflituoso, dado que a geração de energia rebaixa o nível dos reservatórios a níveis insuficientes para manutenção das profundidades de navegação dos comboios da hidrovia, como de fato ocorreu em 2014. Nesse ano, em função de grave crise hídrica na bacia do Rio Tietê, a navegação de longa distância na hidrovia foi suspensa devido aos baixos níveis no reservatório da represa de Três Irmãos, local próximo às intervenções tratadas nesta fiscalização.

9. O gráfico seguinte demonstra a movimentação de cargas realizada na Hidrovia Tietê-Paraná. É possível observar a redução significativa da movimentação de cargas, em razão da interrupção da navegação de longo curso no período de estiagem em 2014 e 2015.

Gráfico 1 – Movimentação de Cargas na Hidrovia Tietê Paraná



Fonte: Caderno de apresentação geral da hidrovia Tietê Paraná do Departamento Hidroviário

10. A fim de solucionar esse conflito entre geração de energia e transporte de cargas, a obra de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava tem como objetivo

aprofundar o leito do trecho crítico da hidrovia e assim melhorar as suas condições de navegabilidade e segurança, garantindo tanto o melhor aproveitamento do potencial energético como a garantia da disponibilidade do calado mínimo, mesmo em períodos de estiagem. Calado é a distância entre o nível d'água e a parte mais baixa do navio.

11. A segunda intervenção na estrutura avaliada é o melhoramento do traçado do canal de navegação na entrada da eclusa de Ibitinga. Atualmente, os comboios, conjuntos de chata e empurrador, necessitam efetuar a manobra de entrada na eclusa de Ibitinga em um ângulo obtuso em relação ao muro guia dessa estrutura, o que eventualmente acarreta danos tanto ao muro guia como às embarcações. Logo a obra consiste numa suavização do traçado do canal de entrada, de forma que a manobra de aproximação das embarcações ocorra de forma tangente ao muro guia, conforme demonstra a figura 4, adiante.

12. Fonte de Informações: Justificativa técnica apresentada pelo DH/SP - caderno de apresentação geral do Departamento Hidroviário do Governo do Estado de São Paulo e sites da Usina de Itaipu e Ilha Solteira.

II. Introdução

II.1. Deliberação que originou o trabalho

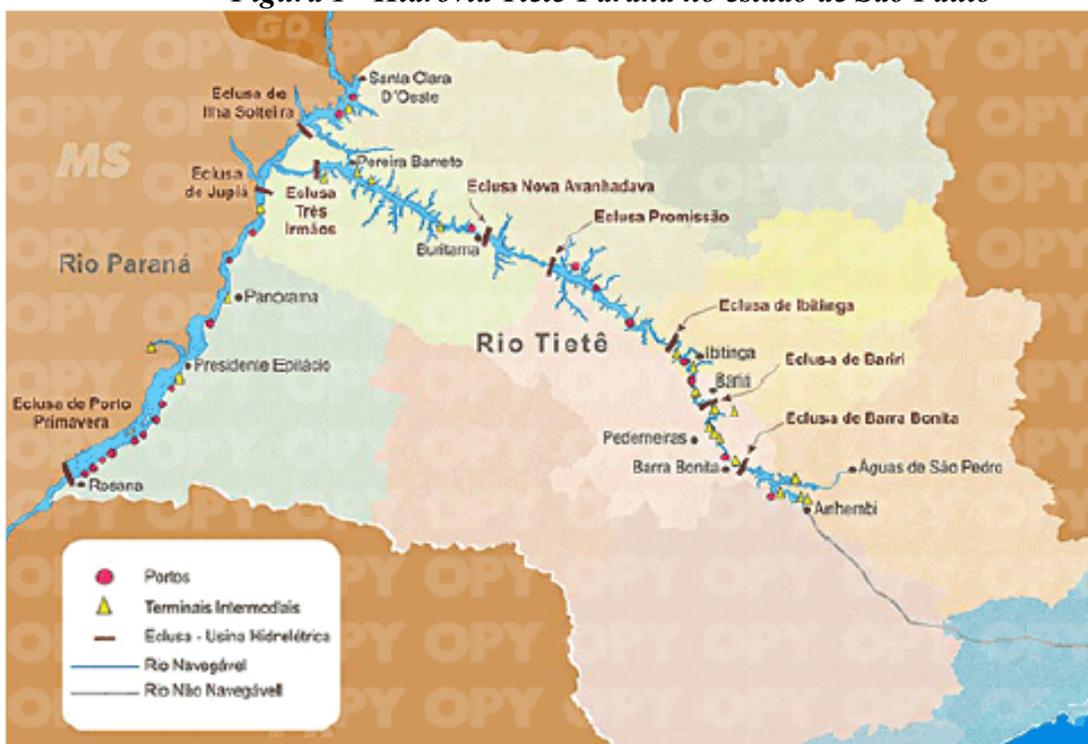
13. Em cumprimento ao Acórdão 835/2019 – TCU - Plenário, realizou-se a auditoria no Ministério da Infraestrutura, no Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo-DH/SP e no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, no período compreendido entre 1/7/2019 e 16/8/2019.

14. As razões que motivaram esta auditoria foram a elevada materialidade dos investimentos federais previstos, da ordem de R\$ 200 milhões, e a importância do empreendimento para o escoamento de cargas pelo modal hidroviário para a infraestrutura de transporte brasileira.

II.2. Visão geral do objeto

15. O objetivo da auditoria é a fiscalização das obras na Hidrovia Tietê-Paraná, mais precisamente aquelas abrangidas pelo protocolo de intenções firmado entre o extinto Ministério do Transportes e o Governo do estado de São Paulo. Assim, as obras restringem-se ao trecho sob administração do governo estadual, ou seja, abrangem apenas à bacia do rio Tietê. Conforme ilustra a figura seguinte.

Figura 1 - Hidrovia Tietê-Paraná no estado de São Paulo



Fonte: www.cidadespaulistas.com.br

16. O protocolo de intenções visava ao atendimento com recursos financeiros de R\$ 1.498.781.000, sendo R\$ 899.980.000 da participação do governo federal e R\$ 598.801.000,00 do governo estadual para promover a eliminação de gargalos, extensões e obras em terminais, permitindo o fortalecimento do modal hidroviário nesse importante corredor de exportação nacional.

17. O referido protocolo de intenções englobava a realização de diversas ações na hidrovia e previa a celebração de termos de compromissos contemplando, de forma individual, essas ações. Nesse sentido foi firmado o Termo de Compromisso 589/2014 (Evidência 2), cujo objeto é a execução das obras de ampliação do canal de navegação a jusante da Usina Hidroelétrica (UHE) Nova Avanhandava, sendo este o principal objeto da presente auditoria.

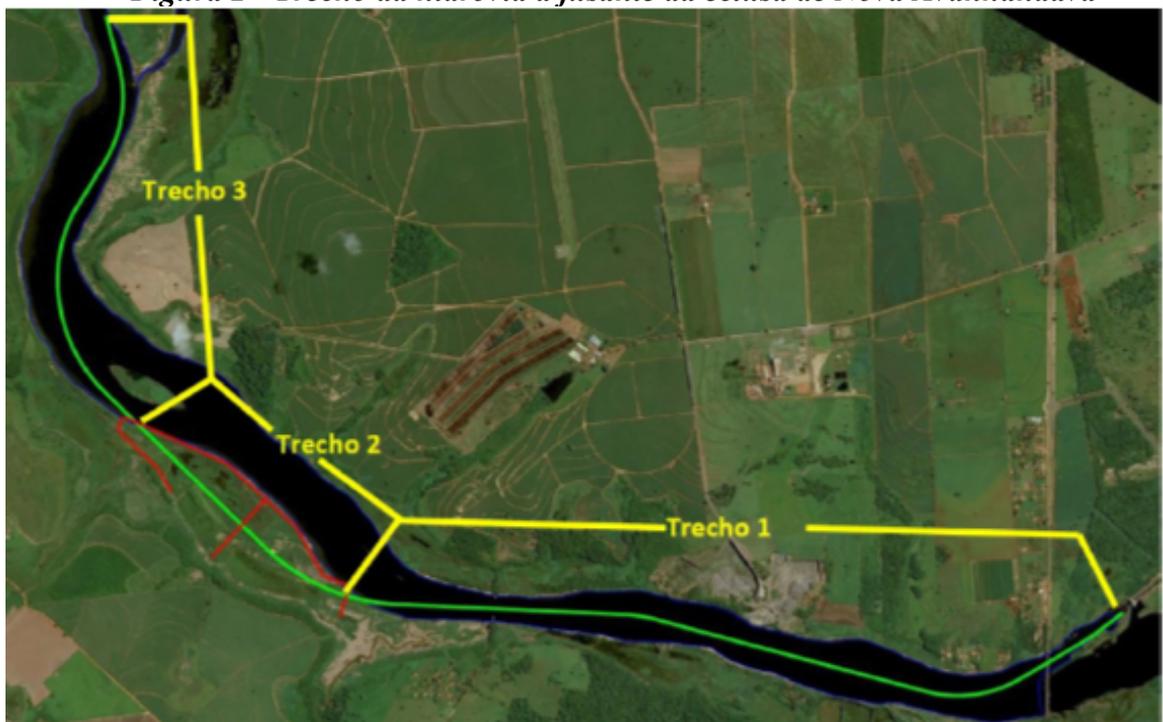
18. O canal de acesso à eclusa inferior da UHE Nova Avanhandava, situado no extremo do reservatório de Três Irmãos, tem profundidades que restringem a navegação regular e o tráfego das embarcações na Hidrovia Tietê-Paraná, quando o nível d'água no reservatório de Três Irmãos está abaixo da cota 325,40 m.s.n.m (metros sobre o nível do mar).

19. Há a intenção de possibilitar que o Reservatório de Aproveitamento Múltiplo (AM) de Três Irmãos possa operar nas condições de projeto, que é a cota mínima operacional do reservatório para aproveitamento hidroelétrico, cota 323,00 m.s.n.m, permitindo a utilização plena para geração de energia hidroelétrica do volume d'água útil dos reservatórios do complexo Três Irmãos e Ilha Solteira, reservatórios interligados pelo Canal Pereira Barreto, ponto situado na foz do rio Tietê.

20. Para atingir esse objetivo, considerando o calado operacional das embarcações de 3 m mais 0,5 m de folga (pé de piloto), seria necessário que a cota de fundo do canal de navegação da hidrovia atingisse o gabarito de 319,5 m.s.n.m.. Dessa forma, seria garantida a confiabilidade ao modal de transporte e a plenitude do potencial hidroelétrico do complexo, promovendo assim melhor eficiência no aproveitamento das águas.

21. Está prevista para execução da obra a escavação da extensão de aproximadamente 10,0 km de canal, que é constituído por rocha basáltica sã, e, em um comprimento de aproximadamente 2,0 km na região a ser ensecada (Trecho 2), está recoberta por camada de sedimento aluvionar não consolidado. A figura seguinte demonstra a visão geral da obra.

Figura 2 - Trecho da hidrovia a jusante da eclusa de Nova Avanhandava



Fonte: Projeto executivo – Referência Google Earth –UHE Nova Avanhandava

22. O processo de escavação do canal será realizado em trechos, a saber:

a) O Trecho 1 apresenta um comprimento total de 5.280 m, com início (estaca 0) junto à eclusa de Nova Avanhandava em direção a jusante até a estaca 264; esse trecho será escavado por meio de derrocamento subaquático, com emprego de explosivos. O volume total de derrocagem calculado é de 339.066 m³;

b) O Trecho 2, com comprimento total de 1.680 m, está compreendido entre os tramos transversais de montante e jusante da ensecadeira, representada pelas linhas vermelhas da figura superior, se iniciará na estaca 264 em direção jusante até a estaca 348, e a sua execução será realizada por escavação a fogo, a seco, sob o abrigo de ensecadeiras especialmente construídas na área. O volume total de escavação em solo é de 543.939 m³ e de escavação em rocha, 181.557 m³;

c) O Trecho 3, com extensão total de 2.920 m, está compreendido entre o tramo transversal jusante da ensecadeira (Trecho 2) na estaca 348 e o final do canal de navegação na estaca 494, e sua escavação será realizada por derrocagem subaquática, com emprego de explosivos; apresentando um volume total de derrocamento de 186.748 m³.

23. O derrocamento subaquático é um serviço realizado com emprego de explosivos, adotando técnicas para salvaguarda da fauna aquática. Para tanto, as detonações não serão realizadas no período de defeso, compreendido entre os meses de novembro e fevereiro. A Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), órgão ambiental estadual, emitiu as licenças ambientais de instalação e de operação do empreendimento em 27/1/2016 (Evidência 3).

24. Também faz parte dessa obra a execução de proteção dos pilares da ponte da rodovia SP-461, com dolphins construídos com fôrmas metálicas perdidas, preenchidas com concreto ciclópico, e a instalação de defensas. A figura seguinte exemplifica os dolphins de proteção de pilares em uma das pontes da hidrovia.

Figura 3 – Dolphins de proteção de concreto com defensas



Fonte: Apresentação da Hidrovia Tietê-Paraná do DH

25. As diretrizes de projeto adotadas foram as seguintes:

a) Dimensões necessárias da calha: a largura mínima do canal em seus trechos retilíneos deverá ser de 60 m, com adoção de sobrelargura nos trechos em curva; exceção para o trecho sob a ponte da rodovia SP-461.

b) *Profundidade*: a lâmina d'água mínima prevista para o canal a ser escavado será de 3,50 m, correspondente ao calado de 3,00 m da embarcação mais 0,50 m de pé de piloto. A cota de fundo do canal foi determinada a partir dos estudos hídricos realizados.

c) *Traçado*: o traçado do canal foi projetado de maneira a otimizar os volumes de escavação submersa, aproveitando-se a possibilidade de execução a seco de trecho com cerca de 2,0 km de extensão, com a utilização de ensecadeiras.

d) *Embarcação-tipo*: a embarcação padrão adotada foi o comboio tipo Tietê, utilizado em todos os projetos da Hidrovia do Tietê, com as seguintes características comprimento total 137 m; boca 11,0 m (composição simples) e 22,0 m (composição dupla); e calado máximo 3,0 m. A figura seguinte ilustra uma composição dupla.

Figura 4 – Composição dupla de navegação (2 chatas e 1 empurrador)



Fonte: Fotografia de domínio público

e) *Bota-fora*: o material derrocado será depositado em áreas situadas dentro do remanso do reservatório de Três Irmãos e o material escavado a seco, em áreas situadas nas laterais do canal escavado. Parte do derrocamento dos trechos submersos será utilizada para a construção da ensecadeira.

f) *Tráfego durante a obra*: a navegação da hidrovia não poderá ser paralisada em razão das obras de derrocamento, garantindo-se meia via desobstruída.

g) *Canteiro*: o canteiro de obras de Nova Avanhandava está previsto para ser instalado à margem direita do rio Tietê, em área adjacente ao trecho da obra, ao lado esquerdo da SP-461, sentido Birigui. Esse canteiro será destinado ao apoio direto aos funcionários da obra, manutenção e pequenos reparos nos equipamentos operacionais, estoque de material e guarda de ferramentas e maquinário utilizado durante os serviços.

26. O traçado do canal permitirá o cruzamento das embarcações em toda a sua extensão para comboios com formação R-1-1 (empurrador e duas chatas em sequência), dupla via, salvo entre a ponte e o muro guia da eclusa onde, devido à geometria local dos pilares, não serão admitidas ultrapassagens ou cruzamentos de comboios. Para o caso de formações R-2-2 (empurrador e pares de chatas em sequência), adotar-se-á condição de monovia para todo o trecho do canal em estudo.

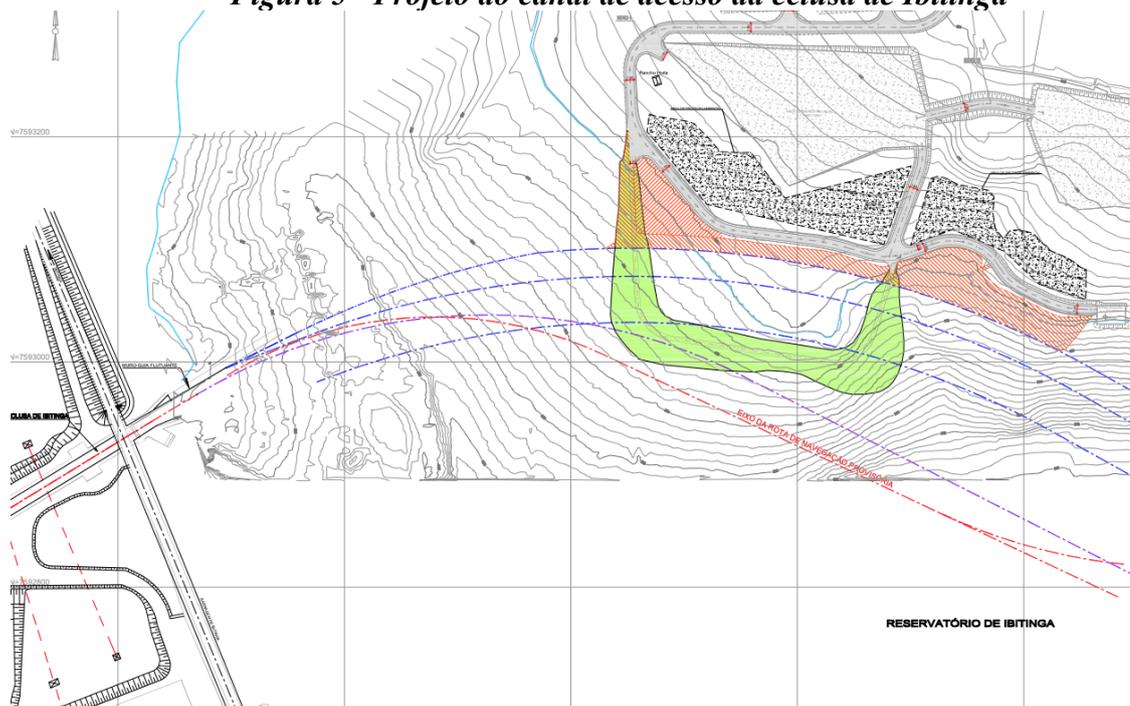
27. Para a execução do empreendimento, o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio do Departamento Hidroviário da Secretaria de Estado de Logística e Transporte, celebrou o

Contrato DH 128/2017, em 10/2/2017, com o Consórcio Hidrovia Tietê-Paraná (CHTP), composto pelas empresas Construtora Queiroz Galvão SA e Cetenco Engenharia SA, com prazo de vigência de 29 meses, a partir da emissão da ordem de início dos serviços, em 23/2/2017.

28. Um segundo objeto verificado na presente auditoria é a execução da obra de implantação do canal de montante da eclusa de Ibitinga, Contrato DH-142/2019, no valor de cerca de R\$ 9 milhões. A obra consiste na melhoria do traçado do canal de aproximação a montante da eclusa, de forma a reduzir o ângulo de impacto das embarcações ao muro guia de entrada da estrutura.

29. A figura seguinte demonstra a alteração a ser efetuada no canal de acesso.

Figura 5 - Projeto do canal de acesso da eclusa de Ibitinga



Fonte: Projeto Executivo do canal de Ibitinga.

Observação: Em verde é a enseadeira projetada e em vermelho é a previsão do aterro final de conformação do canal

30. Fonte de Informações: Justificativa técnica apresentada pelo DH/SP - caderno de apresentação geral do Departamento Hidroviário do Governo do Estado de São Paulo e projeto executivo do canal de Ibitinga.

II.3. Objetivo e questões de auditoria

31. A presente auditoria teve por objetivo fiscalizar as obras de ampliação e redução de gargalos na Hidrovia Tietê-Paraná.

32. A partir do objetivo do trabalho e a fim de avaliar em que medida os recursos estão sendo aplicados de acordo com a legislação pertinente, formularam-se as questões adiante indicadas:

Questão 1: O tipo do empreendimento exige licença ambiental e foram realizadas todas as etapas para esse licenciamento?

Questão 2: Há projeto básico/executivo adequado para a licitação/execução da obra?

Questão 3: O procedimento licitatório foi regular?

Questão 4: A formalização do contrato atendeu aos preceitos legais e sua execução foi adequada?

Questão 5: O orçamento da obra encontra-se devidamente detalhado (planilha de quantitativos e preços unitários) e acompanhado das composições de todos os custos unitários de seus serviços?

Questão 6: A administração está tomando providências com vistas a regularizar a situação da obra?

II.4. Metodologia utilizada

33. Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União, Portaria-TCU 280, de 8/12/2010, alterada pela Portaria-TCU 168, de 30/6/2011, e com observância aos Padrões de Auditoria de Conformidade estabelecidos pelo TCU na Portaria-Segecex 26, de 19/10/2009.

34. Além disso, o presente trabalho foi realizado com a utilização do sistema Fiscalis, o qual facilitou a implementação das diretrizes traçadas nos Padrões de Auditoria de Conformidade.

35. O levantamento das informações foi realizado mediante expedição de ofícios de requisição ao Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística do estado de São Paulo.

36. Para responder às questões de auditoria da matriz de planejamento e preencher a matriz de achados, utilizaram-se as seguintes técnicas de auditoria: análise documental; confronto de informações e documentos; pesquisa em sistemas informatizados; entrevista com os gestores; comparação com a legislação, jurisprudência do TCU e doutrina.

37. Não foi realizada visita in loco, pois o estado em que se encontra a obra, fase de rescisão contratual e baixa mobilização de recursos e equipamentos pela contratada, não justificavam o deslocamento.

II.5. Limitações inerentes à auditoria

38. Não foram impostas limitações à auditoria.

II.6. Volume de recursos fiscalizados

39. O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 214.993.592,10, compostos por R\$ 181.498.267,59 referentes ao valor inicial do contrato principal DH-128/2017, cujo objeto é ampliação do canal de Nova Avanhandava, acrescidos de R\$ 10.115.126,48 do 1º Termo Aditivo, de R\$ 9.279.761,18 referentes ao Contrato 142/2019, cujo objeto é a obra de implantação do canal de montante da Eclusa de Ibitinga, e R\$ 14.100.436,25 do Contrato DH-97/2013 de Supervisão das Obras.

II.7. Benefícios estimados da fiscalização

40. Entre os benefícios estimados desta fiscalização destaca-se a melhoria na gestão e fiscalização de contratos em geral no âmbito do DH, além daqueles provenientes da expectativa do controle e possível indução de melhorias na forma de atuação do órgão fiscalizado.

III. Achados de auditoria

III.1. Existência de atrasos que comprometem o prazo de entrega do empreendimento

A. Situação Encontrada

41. Foi constatado ritmo baixo de execução da obra de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava, objeto do Contrato DH-128/2017, firmado entre o Departamento Hidroviário da Secretária de Logística e dos Transportes do estado de São Paulo-DH/SP e o Consórcio Hidrovia Tietê-Paraná – CHTP, constituído pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A e Cetenco Engenharia S.A., em virtude da mobilização insuficiente de recursos e baixo desempenho da contratada, em afronta aos arts. 77, 78 e 86 da Lei 8.666/1993. Ante os fatos, a Administração iniciou processo de rescisão unilateral do referido contrato. O efeito do atraso é a possibilidade de ocorrência de novas interrupções de navegação no canal, caso ocorra outro período de escassez grave de chuvas.

42. As obras de ampliação da Hidrovia Tietê-Paraná foram objeto de fiscalização no âmbito do Fiscobras em 2016 e 2017. Em 2016 foi avaliado o Edital de Licitação DH-111/2016, que resultou no Contrato DH-128/2017. Já em 2017, avaliaram-se o cumprimento das formalidades de contratação e a análise orçamentária do referido contrato. Na primeira fiscalização (TC 008.497/2016-8) foi apontada a adoção de critérios subjetivos de habilitação técnica, o que foi prontamente corrigido com a republicação do edital, além de recomendação ao Departamento

Hidroviário para que articulasse com o Dnit a data mais adequada para a emissão da ordem de serviço para o início das obras, de forma a evitar que fossem mobilizados equipamentos e trabalhadores para o derrocamento subaquático às vésperas do período de defeso da ictiofauna (Acórdão 2185-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas). A segunda fiscalização (TC 008.225/2017-6) não resultou em achados.

43. A análise orçamentária do contrato realizada na fiscalização de 2017 não revelou a ocorrência de sobrepreço unitário ou global. O orçamento base da obra foi de R\$ 286.922.147,46 (data base: maio/2015) e o valor contratado foi de R\$ 181.498.267,59, equivalente a 63,2% do orçamento da Administração. Assim, o desconto ofertado foi de 36,8% e, ante esse elevado percentual, as demais participantes da concorrência alegaram inexecutabilidade e inconsistências na proposta do Consórcio CHTP. O excerto seguinte do relatório anterior (Evidência 4 - Relatório de Fiscalização 118/2017) esclarece o assunto e indica uma das conclusões:

42. Na visão dos demais participantes da Concorrência, as composições de preço unitário utilizadas pelo Consórcio CHTP apresentavam inconsistências, entre as quais destacam-se: supressão de equipamentos necessários à execução dos serviços de carga, transporte e descarga em bota-fora (itens 5.1.2 e 5.1.3 do orçamento); coeficientes de produtividade incompatíveis com a capacidade e o dimensionamento de equipamentos (itens 5.1.2 e 5.1.3 do orçamento); preço de mão de obra inferior ao mínimo indicado em convenções coletivas; e utilização de método manual de fabricação e transporte de concreto ciclópico convencional (4.800m³) e submerso (5.651,63m³).

43. Ao analisar os recursos administrativos, o Departamento Hidroviário registrou, com base nas contrarrazões apresentadas pelo vencedor da licitação, que o Consórcio Hidrovia Tietê-Paraná deveria executar os serviços rigorosamente conforme projeto, memoriais descritivos, especificações técnicas e no custo e no prazo apresentados em sua proposta. Com efeito, a comissão de licitação concluiu não ter havido nenhum fato ou elemento que determinasse a alteração da classificação dos licitantes e, desse modo, manteve o Consórcio CHTP como vencedor do certame.

44. Tendo em conta os apontamentos feitos pelos licitantes e o compromisso do Consórcio CHTP em realizar os serviços nos preços e prazos assumidos, é imprescindível que o Departamento Hidroviário, como responsável pelo empreendimento, supervisione com rigor necessário o andamento da obra quanto aos prazos, qualidade e quantitativos de serviços executados. Cabe lembrar que a obra teve seus preços de referência estimados a partir de composições do Sicro 2, com quantitativos levantados com base em projeto executivo.

44. Pelo exposto, já se vislumbravam riscos, que foram devidamente apontados pelas demais licitantes, e, pelo teor das contrarrazões apresentadas, mostrava-se pertinente a exigência pela contratante do fiel cumprimento das condições ofertadas para execução da obra, sem alterações de qualidade ou revisão de preços unitários.

45. De fato, verificou-se que as condições avençadas pouco se alteraram, não foram firmados aditivos modificando preços ou incluindo serviços novos, houve apenas um aditivo alterando quantitativos relacionados à ocorrência de mais um período de defeso no escopo do contrato, o que impactou meramente na inclusão de custos administrativos, de sinalização provisória e de programas ambientais. Logo, o equilíbrio inicial da avença manteve-se.

46. Por outro lado, desde o início dos serviços, a execução contratual mostrou-se aquém do planejado. Os argumentos apontados inicialmente pelas demais licitantes sobre a exequibilidade da proposta mostraram-se verídicos. Segundo informado em reunião técnica entre a equipe de auditoria, os técnicos e gestores do Departamento Hidroviário e os técnicos da supervisora, os motivos do baixo desempenho da contratada foram a mobilização insuficiente de recursos e a utilização de uma barcaça transportadora do material rochoso inadequada, que não suportava os esforços requeridos, quebrando frequentemente, e demandava um longo tempo para ir até os pontos de bota fora e retorno ao local de carregamento.

47. Outro fator determinante foi que as detonações de material rochoso frequentemente

precisavam ser refeitas por não ser atingida a conformação de fundo definida em projeto.

48. A fim de esclarecer as causas dos atrasos, foi solicitada, por meio do *Ofício de Requisição 2-162/2019-TCU/SeinfraPortoFerrovia* (evidência 5), a explicação dos principais motivos para o baixo desempenho do Consórcio CHTP. A resposta foi a seguinte, conforme evidência 6.

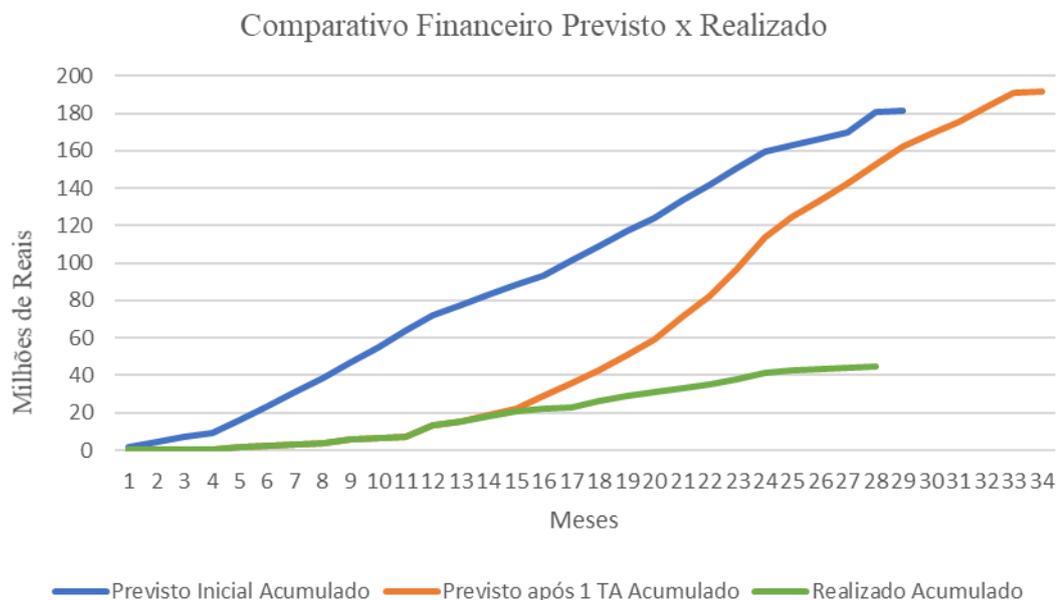
Resposta - O baixo desempenho apresentado pelo CHTP, é em virtude da insuficiente e inadequada mobilização de equipamentos especiais, fato este retratado desde o início da obra, e a incapacidade técnica para escavar com arrasamento em cota de projeto as frentes de serviços liberadas. Razões pelas quais o Consórcio CHTP não concluiria o objeto contratual no prazo definido.

Ainda, neste contexto de insuficiente e inadequada mobilização, unido à inquestionável incapacidade técnica do Consórcio contratado, conforme acima citado, acabam por inviabilizar novas liberações de frentes de serviço no mesmo trecho, em função das condicionantes existentes na especificação técnica do contrato que veda o desenvolvimento de novas atividades em área contigua das frentes de serviço já liberadas e não arrasadas em cota de projeto, como forma de evitar 'solução de continuidade' ao tráfego hidroviário.

Tal condição é decorrente dos procedimentos e metodologias inconsistentes adotados pelo Consórcio CHTP, notadamente quanto a sua insuficiente e inadequada mobilização de equipamentos especiais, com o agravante de sua surpreendente incapacidade técnica para execução de derrocagem e escavação subaquática em seção e cota de projeto.

49. Os efeitos disso podem ser comprovados pelo gráfico seguinte em que se compara o cronograma previsto e o realizado do contrato. Sendo que, em ordem decrescente de execução financeira, está a linha prevista inicialmente de execução (azul), definida logo após a contratação, em sequência a linha (vermelha) mostra a execução financeira revista após o primeiro aditivo ao contrato e a terceira linha (verde) demonstra a execução realizada.

Gráfico 1 – Execução financeira prevista x realizada



Fonte: Cronograma financeiro da contratado e revisto após primeiro aditivo e dados dos boletins de medição 1º ao 28º.

50. Até a última medição disponibilizada, maio de 2019, (Evidência 7), o valor acumulado pago era de R\$ 44.940.797,38, equivalente a 23,45% do total. Em termos de execução física, a contratada havia executado somente os serviços de derrocagem subaquática no trecho 1 da obra (ver Figura 2, p. 8) com a respectiva disposição do material em bota fora. Por haver discordância entre as partes sobre a metodologia executiva do trecho 2 as obras não foram iniciadas. E não

houve autorização da contratante para execução do trecho 3, por conta do baixo desempenho no trecho 1.

51. Assim, nas condições atuais, com a mobilização de pessoal e equipamentos utilizados até o momento, não há meios de executar a obra dentro do prazo contratual vigente. Ainda que fossem promovidas novas prorrogações de prazo, o desempenho da contratada até então não é favorável à sua permanência no contrato.

B. Termo Aditivo

52. O contrato em apreço foi aditado uma única vez em abril de 2018 e a justificativa para o aditivo foi a inclusão de quatro meses de prazo, modificando a vigência de 29 meses para 33 meses, com término previsto em 22/11/2019, e acarretando em impactos financeiros de R\$ 10.166.639,56, o que representa o acréscimo percentual de 5,60% (Evidência 8 – 1º Termo Aditivo e Justificativas).

53. Os quatro meses adicionados correspondem ao atraso inicial da emissão da ordem de serviço do contrato, pois a mesma foi emitida em fevereiro de 2017, após o período de defeso (novembro a fevereiro), época do ano em que as atividades de detonação com uso de explosivos não podem ser executadas, atendendo à exigência ambiental. O cronograma inicial previa a realização de atividades de mobilização de equipes e equipamentos exatamente nesse período, de forma que as atividades poderiam ser iniciadas imediatamente ao terminar o defeso. Como esse planejamento não foi efetivado, o cronograma ficou defasado de prazo correspondente a um período de defeso – 4 meses. Cabe lembrar que a recomendação presente no Acórdão 2.185/2016-TCU-Plenário era para evitar esse tipo de problema.

54. Em razão da extensão de prazo, os seguintes itens passaram por acréscimos de quantitativos na planilha orçamentária, todos eles relacionados a atividades necessárias mesmo em períodos de paralisação/defeso ou decorrentes disso.

Tabela 1 -Itens acrescidos no primeiro termo aditivo

Item	Descrição	Und	Quant	Novas	Diferenç	Valor
		.	. inicial	quant	a de	acrescido
				.	quant.	(R\$)
1.2	Operação e Manutenção do Canteiro	mês	27,00	31,00	4,00	183.795,08
1.4	Administração Local	un	1,00	1,15	0,15	2.002.161,92
7.1	Sinalização náutica provisória	mês	24,00	28,00	4,00	152.741,20
8.1	Implantação e Monitoramento dos Programas Ambientais	mês	29,00	33,00	4,00	759.447,56
8.5	Paralisação de equipe de perfuração e detonação	mês	4,00	8,00	4,00	7.068.493,80
Total						10.166.639,56

Fonte: Elaboração própria a partir das informações do 1º Termo Aditivo (evidência 8)

55. Cumpre registrar que até a 28ª medição, última disponibilizada, os quantitativos acrescidos não foram medidos e caso a rescisão contratual ocorra antes do período de defeso, novembro de 2019, não deverão ser medidos.

C. Rescisão Contratual

56. Concomitante à celebração do 1º termo aditivo, as partes aprovaram um novo plano de trabalho para continuidade dos serviços, com aumento de produtividade, porém, os resultados pretendidos não foram alcançados e a obra permaneceu com baixo ritmo de avanço.

57. Ante o contexto, o Departamento Hidroviário optou por iniciar procedimento de rescisão unilateral do contrato em 12/6/2019 (Evidência 9). A fundamentação do ato foi a não adoção de medidas pela contratada para regularizar a execução dos serviços e concluir a obra nos prazos estabelecidos.

58. A fim de avaliar as justificativas do consórcio contratado, foram solicitadas as

manifestações de defesa do Consórcio no procedimento de rescisão (Evidência 10). Nessa peça os argumentos são no sentido de que havia uma falha no projeto do trecho 2 (trecho em que estava prevista a escavação do canal com a utilização de ensecadeira) e a demora da administração contratante para sanar as pendências da obra.

59. A falha de projeto alegada seria que a cota de projeto da ensecadeira do trecho 2 é incompatível com o atual nível d'água no trecho. De fato, a primeira licitação dessa obra foi em 2015, no auge da crise hídrica. Nessa época, conforme relatado pelos gestores, a cota do nível d'água era insuficiente até mesmo para a navegação dos equipamentos de desmonte subaquático das rochas, o que motivou a alteração de traçado para a alternativa possível de ser executada a seco, com a utilização de ensecadeira.

60. Entretanto, ao ser finalizada a contratação em 2017, os níveis d'água haviam aumentado consideravelmente, alterando as premissas anteriores de projeto, a exemplo da cota da ensecadeira e a impossibilidade de execução do trecho 2 por derrocagem subaquática, que resultaria em significativo aumento do valor da obra, o que gerou um impasse entre as partes logo no início da execução.

61. O consórcio construtor alegou que o Departamento Hidroviário demorou a aprovar os planos de trabalhos apresentados e a revisar os projetos da ensecadeira. Igualmente, negou-se a promover alteração da metodologia executiva do trecho 2, de escavação a seco com ensecadeira por derrocagem subaquática.

62. O consórcio afirma ainda que, diante das indefinições e da demora no tempo de resposta pelo DH/SP, o mesmo teria solicitado a rescisão amigável do contrato.

D. Providências adotadas pela Administração para regularizar a obra

63. Quanto às providências adotadas pela Administração, cumpre registrar que, em julho de 2017, o Departamento Hidroviário aplicou a penalidade de advertência ao contratado por conta da inexecução contratual, conforme reconhece o próprio Consórcio CHTP nas contra razões da rescisão (evidência 10). Em seguida, em setembro de 2018 o consórcio foi notificado, mas não formalmente advertido pelo mesmo motivo.

64. Nesse sentido, questionou-se por meio do Ofício de Requisição 1-162/2019-TCU/SeinfraPortoFerrovia (Evidência 11), o motivo da não aplicação da penalidade de multa. O Departamento Hidroviário apresentou a seguinte justificativa, conforme a evidência 12:

Em outubro de 2018 foi instaurado procedimento de aplicação de penalidade, houve o entendimento de que a sanção de advertência não era apropriada e que a aplicação de multa seria efetuada, entretanto, tendo em vista estar caracterizada a incapacidade técnica do Consórcio CHTP para a execução e conclusão dos serviços, a Administração entendeu ser cabível a Rescisão Unilateral do contrato e que fossem aplicadas, posteriormente, as penalidades de multa e suspensão de contratar, em decorrência da rescisão.

Cabe ressaltar que, com a instauração dos procedimentos para a Rescisão Unilateral, visando o resguardo do interesse público, foi notificada a seguradora quanto a retenção da Apólice de Seguro Garantia nº 02-0775-0406731 (Referência: 02-0775-0344561), para os casos de ressarcimento da Administração, multas ou indenizações, nos termos do inciso III, do artigo 80, da Lei Federal nº 8.666/93.

65. A seu turno, em todas as ocasiões de notificações, o Consórcio CHTP rebatia afirmando que os atrasos de cronograma eram imputáveis ao Departamento Hidroviário, por conta da indefinição presente no trecho 2. Nesse sentido, deve-se esclarecer o seguinte quanto ao tema.

66. A primeira licitação dessa obra foi lançada com o Edital DH-99/2014, publicado em 11/2015, ainda num contexto de restrições à navegação por conta da crise hídrica. Nessa licitação, o projeto executivo do trecho 2 previa a derrocagem submersa. No entanto, o edital e o projeto sofreram vários questionamentos das licitantes, acarretando na suspensão do certame.

67. O DH promoveu alterações no projeto e republicou o Edital DH-111/2016, que deu origem ao Contrato DH-128/2017. O novo projeto previa a execução do trecho 2 por meio de

ensecadeira. Essa nova licitação demandou um prazo considerável entre a publicação, em 29/3/2016, e a emissão da ordem de serviço em 23/2/2017.

68. Ocorre que nesse período, entre a revisão do projeto do trecho 2 e a efetiva emissão da ordem de serviços da obra, o volume de chuvas se recuperou e a situação de crise hídrica deixou de existir.

69. Como esclarecimento, a ensecadeira é um barramento provisório realizado no leito do curso d'água ou em suas margens, seguido do esgotamento da água retida no interior da ensecadeira para realização de intervenções no leito a seco. Em geral, busca-se realizar os trabalhos com ensecadeira de forma célere no período mais seco do ano, de forma que o menor nível d'água possibilite uma cota menor da ensecadeira, menores pressões de empuxo nas paredes da mesma, proporcionando menores custos e maior segurança para os operários.

70. Assim, a ensecadeira não é projetada para assegurar uma ampla margem de variação no nível d'água. No caso, a ensecadeira projetada para 323,00 m.s.n.m. em nada se assemelha a uma ensecadeira para a cota de 328 m.s.n.m., que é a cota máxima prevista nesse trecho, limitada pela cota do vertedor da barragem de Três Irmãos a jusante. Considerando-se tal margem de variação entre os níveis até mesmo a viabilidade técnica e econômica da solução teria que ser questionada. Sobre o tema, em consulta ao Sistema de Acompanhamento de Reservatórios-SAR da Agência Nacional de Águas, verifica-se a variação da cota no reservatório de 325,56 m e a máxima de 328,06 m entre 2/2017 (emissão da ordem de serviço) e 8/2019.

71. A título ilustrativo, a sequência de imagens de satélite seguintes, obtidas pelo Google Earth©, demonstram o local da ensecadeira (ver referência Figura 2, p. 8) em anos distintos relacionados aos períodos de projeto, licitação e execução e permitem inferir mudanças significativas ao longo do tempo como largura do canal e aumento de profundidade no local da ensecadeira a construir.

Figura 6 – Local da ensecadeira durante a fase de projeto



Figura 7 – Local da ensecadeira após emissão da ordem de serviço



Figura 8 – Local da ensecadeira durante a fase de projeto



72. Essa contextualização permite firmar o entendimento, ao contrário das alegações do Consórcio, de que não houve falha de projeto do trecho 2, mas um dimensionamento da ensecadeira adequado a um período de grave escassez hídrica, cuja permanência da situação dependia das condições hidrológicas, de todo imprevisíveis.

73. Além disso, não se pode olvidar que a extensão total da obra era de 9.880 m, enquanto o

trecho 2 em si é de apenas 1.680 m, representando 17% do total, e todas justificativas do Consórcio CHTP pelo descumprimento do cronograma referiam-se a esse trecho, sem que fossem apresentados, por exemplo, fundamentos consistentes para a inexecução do trecho 1, o maior deles.

74. Nesse sentido, avaliando-se o teor das argumentações do Consórcio quanto ao procedimento de rescisão e a proposta para execução do trecho 2, depreende-se que o mesmo aproveitou a mudança da condição hidrológica para, primeiro, imputar ao DH a responsabilidade pelo atraso, mesmo nos trechos em que não havia tais impedimentos e, segundo, para obter vantagem econômica em uma proposta alternativa para execução do trecho 2, conforme REL.ENG 12 (Evidência 13). Essa proposta aumentaria o valor do contrato dos atuais R\$ 191.613.394,07 para R\$ 264.214.471,35, acréscimo de R\$ 72.601.077,28, o que representaria +39,6% em relação ao valor inicial do contrato.

75. Além do valor proposto ultrapassar o limite legal de 25% definido pelo § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993, nessa proposta constam itens incompatíveis com o contrato inicial, como, por exemplo, a previsão de que 40% do material escavado no interior da enseadeira deveria ser dragado e para isso seriam utilizadas duas dragas distintas e não previstas inicialmente, ensejando mobilização de equipamentos e serviços novos. Ademais, havia a previsão de prazo de 27 meses adicionais apenas para o trecho 2.

76. Caracterizando a indisposição do consórcio contratado para executar as obras nas condições ofertadas na licitação, o próprio contratado sugeriu, em 12/12/2018, a rescisão do contrato, conforme expresso na transcrição seguinte da carta CHTP-2018/236 (Evidência 14):

Assim, uma vez que, para o efetivo início das obras do Trecho 2 e de partes dos Trechos 1 e 3 impactadas por este não podem ser executadas sem as definições acima citadas sejam resolvidas, não nos resta outro entendimento senão sugerir ao DH a rescisão do Contrato nº DH-128/2017, de forma a não impactar ainda mais o regular desenvolvimento deste contrato para implantação do Canal de Nova Avanhandava.

77. Sendo que essa solicitação do contratado foi reforçada em outras duas oportunidades por meio das comunicações CHTP-2019/026 e 2019/055 (Evidência 14).

78. Por fim, coligiu-se, por meio do Ofício de Requisição 2-162/2019-TCU/SeinfraPortoFerrovia, a manifestação do DH em relação ao tema das alegações do Consórcio CHTP sobre a impossibilidade de executar ao trecho 2 com o projeto licitado. A resposta foi a seguinte:

Resposta: As alegações de que o projeto apresenta problemas desde o seu início, não refletem a verdade, o Consórcio CHTP não executou de forma eficiente a obra contratada, pois em nenhum momento mobilizou os equipamentos necessários para realização dos serviços na forma ajustada, causando descompasso entre o andamento da obra e o cronograma físico-financeiro de sua proposta de trabalho.

Não existem indefinições no projeto. Ele é de conhecimento do Consorcio CHTP.

O Consorcio CHTP frisa que seus infortúnios ou atrasos ou quiçá mobilização ineficiente é por culpa de uma suposta indefinição do projeto referente ao Trecho 2.

E pior, que detectou o problema desde a assinatura do contrato. Causa espanto que não tenha observado o suposto erro quando teve acesso ao mesmo e ao local das obras, notando sua difícil execução posteriormente.

É certo que foi elaborado um estudo meteorológico para elaboração do projeto e o método aplicado a cada trecho.

Contudo, não havia previsão para intensa chuva que ocorreu durante o contrato, aliás vale observar o mapa anexo, que demonstra de forma clara as mudanças do nível da água no rio, o que obviamente altera o método de execução da obra.

Tentar imputar culpa para o DH ou falar de indefinições do projeto do trecho 2, sem considerar a mudança do nível da água do rio é inaceitável, pois existem previsões meteorológicas e não a certeza de que não existiriam mudanças climáticas. Ademais, o Trecho 2 não impede o

andamento na execução das obras no Trecho 1.

Imprescindível salientar que as obras no canal de navegação compreendem o aprofundamento do canal por escavação a fogo, a seco e por meio de derrocagem subaquática, realizado em 03 (três) trechos distintos, sendo:

Trecho 1 – Estaca 0 a 264, derrocagem subaquática com emprego de explosivos;

Trecho 2 – Estaca 264 e 348, escavação a fogo, a seco e sob o abrigo de ensecadeira;

Trecho 3 – Estaca 348 a 494, derrocagem subaquática com emprego de explosivos.

Deste modo, seguindo as premissas do Edital, os serviços de derrocagem subaquática foram planejados pelo próprio CHTP com início das atividades a partir do Trecho 1.

Até então o Consorcio CHTP não havia demonstrado sua discordância com o projeto, que muito bem conhecia.

Seu atraso na execução das obras não se deu por suposta indefinição do projeto, e sim de sua ineficiência e ausência de mobilização eficaz, na execução das obras desde o início, como bem demonstrado na vasta documentação anexada a presente.

79. Ante o quadro exposto, é razoável o posicionamento do DH, no sentido de rescindir unilateralmente o contrato, nos termos do inciso I do art. 79 da Lei 8.666/1993, observadas todas as cautelas pertinentes à continuidade das operações da hidrovía, o cumprimento das exigências ambientais, a correta averiguação dos valores devidos e a glosar do contrato, em razão da má execução, e a aplicação das penalidades devidas, sem prejuízo de acompanhamento dessa situação pelo Tribunal.

80. Ademais, em vista da intenção de realizar nova licitação do objeto, será proposta a realização de oitiva do DH para que esclareça de forma precisa a cota de projeto da ensecadeira, conforme licitado, a cota da ensecadeira, que atenda às condições hidrológicas atuais, indicando a viabilidade técnica e econômica de execução, e se há a intenção de alterar metodologia executiva do trecho em uma nova licitação, indicando as avaliações de viabilidade.

E. Declaração indevida de bom andamento dos trabalhos

81. Verificou-se a emissão, em 2/4/2018, cerca de 14 meses após a emissão da ordem de serviços, de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, conforme evidência 15. Entende-se que a declaração não refletia as condições da execução contratual à época, visto que o desvio relevante de cronograma já restava configurado.

82. Logo, faz-se oportuno ouvir o DH quanto ao contexto e a motivação dessa declaração, visto que ela é inconsistente com o teor das notificações e ofícios remetidos ao Consórcio CHTP pelo próprio DH e a todo o exposto nesse relatório. Além disso, a própria declaração é contraditória, pois afirma o avanço de 8,5%, enquanto o cronograma previa o avanço de 45% para os 14 meses decorridos até então de obra.

83. Essa declaração, quando utilizada fora de contexto, pode prejudicar o Departamento Hidroviário caso a rescisão seja judicializada, além de que a declaração pode ter sido usada em outros processos licitatórios, beneficiando as empresas de forma inverídica.

F. Conclusão

84. Assim, a despeito do achado de atraso relevante na obra, entende-se que as medidas adotadas para regularizar a situação da obra, em suma, rescisão contratual, foram adequadas ante o baixo desempenho da contratada.

85. Quantos às indefinições do Trecho 2, não é razoável afirmar que se trata de falha de projeto, visto que ocorreram mudanças significantes nas condições hidrológicas e, em decorrência, surgiu a necessidade de ajustar o projeto às novas condições.

86. Por fim, será proposta a oitiva do Departamento Hidroviário, para que se manifeste a respeito da declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, quando já havia desvios relevantes de cronograma e notificações e advertências pelo baixo desempenho.

G. Proposta de Encaminhamento

87. Oitiva do Departamento Hidroviário para que se manifeste a respeito da declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, conforme evidência 15, quando já havia desvios relevantes de cronograma e notificações e advertências pelo baixo desempenho. A manifestação deve esclarecer os seguintes pontos i) os motivos da declaração e ii) o contexto dessa declaração.

IV. Análise dos comentários dos gestores

88. O achado pode ser considerado de complexidade moderada, o assunto é de pleno conhecimento dos gestores, e, no momento, não acarretam grande impacto, o que conforme o item 145 da Portaria TCU 168/2011 (Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União - NAT), permite dispensar o envio do relatório preliminar para comentários dos gestores.

89. Em face do exposto, e em nome da celeridade processual, considera-se despidendo o envio do presente relatório para comentário dos gestores.

V. Conclusão

90. Avaliaram-se as obras em curso na hidrovia Tietê Paraná a primeira de maior vulto (R\$ 190 milhões), o canal a jusante de Nova Avanhandava, e a segunda (R\$ 10 milhões) foi o canal de acesso a Eclusa de Ibitinga. As obras encontravam-se em fases distintas, a primeira em fase rescisão contratual e a segunda na fase de mobilização.

91. A auditoria resultou em um achado referente a obra de ampliação do canal a jusante de Nova Avanhandava, que foi a existência de atrasos que comprometem o prazo de entrega do empreendimento. Foi relatada, no achado, a situação de grave desvio no cronograma físico-financeiro da obra (itens 41 a 51 do relatório), por sinal, existente desde o início da obra, e as causas da inexecução contratual, resumidas em baixa produtividade em razão de equipamentos inadequados e técnicas de desmonte de rochas ineficiente.

92. Adicionalmente abordaram-se as tratativas do DH para regularizar o andamento do contratado junto ao Consórcio CHTP, como por exemplo a celebração de termo aditivo (itens 52 ao 55 do relatório), e, ao fim, a instauração de processo de rescisão contratual (itens 56 a 62).

93. As medidas tomadas pelo DH para regularizar a obra foram consideradas regulares (itens 63 ao 80 do relatório), entretanto, propõe-se a realização de oitiva para obter melhor esclarecimento sobre o projeto do trecho 2 da obra. Ademais, verificou-se em meio à documentação remetida uma declaração de bom andamento da obra, o que não condizia com a realidade naquele momento e entende-se que essa declaração pode até mesmo prejudicar o Departamento Hidroviário, caso ocorra a judicialização do processo de rescisão contratual (itens 80-82). O que enseja a realização de oitiva do órgão a fim de esclarecer os motivos e o contexto dessa declaração.

94. Quanto à obra do canal de acesso da eclusa de Ibitinga, foram aplicados os procedimentos de auditoria planejados e não se constataram irregularidades relevantes. O aspecto a ser observado refere-se ao cumprimento das exigências ambientais do licenciamento, que dada a fase ainda de mobilização da empreiteira, serão implementadas durante a execução da obra e devem ser acompanhadas pelo DH, de forma a evitar paralisações.

95. Quanto às questões de auditoria propostas apenas a questão 4: 'A formalização do contrato atendeu aos preceitos legais e sua execução foi adequada?' resultou em resposta negativa devido à execução inadequada do Contrato DH-128/2017, conforme relatado no achado III.1. As demais respostas e as explicações da aplicação dos procedimentos constam do apêndice D.

96. Por fim, avaliaram-se os orçamentos dos dois contratos, sendo que para o Contrato DH-128/2017 aproveitou-se a análise empreendida na fiscalização anterior, pois o Termo Aditivo firmado alterou apenas o quantitativo do item Administração Local de 1 unidade para 1,15 da curva ABC, e esse não havia referencial de preço, logo não houve qualquer impacto. Ademais, naquela ocasião não foi apontado sobrepreço, pois o referencial adotado, o Sicro 3, ainda não era vigente à época da licitação, portanto não há irregularidade no orçamento.

97. Já para o Contrato DH-142/2019 realizou-se análise orçamentária regular por meio da

elaboração da curva ABC e avaliação dos principais itens não foi constatada irregularidade. Os extratos das análises compõem a evidência 18.

VI. Proposta de encaminhamento

98. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

98.1. com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU (RITCU), determinar a oitiva do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística do estado de São Paulo para que se manifeste, no prazo de quinze dias, sobre:

a) esclareça de forma precisa a cota de projeto da enseadeira, conforme licitado, a cota da enseadeira, que atenda às condições hidrológicas atuais, indicando a viabilidade técnica e econômica de execução, e se há a intenção de alterar metodologia executiva do trecho em uma nova licitação, indicando as avaliações de viabilidade;

b) declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, conforme evidência 15, quando já havia desvios relevantes de cronograma e notificações e advertências pelo baixo desempenho em afronta aos incisos I, II e III do art. 78 da Lei 8.666/1993, a manifestação deve esclarecer especialmente (i) os motivos da declaração de bom andamento, quando de fato já havia atraso relevante e (ii) o contexto dessa declaração;

c) remeta as informações atualizadas sobre a rescisão do Contrato DH-128/2017; como as medições finais, os termos da rescisão e as eventuais sanções aplicadas”.

2. Mediante o despacho exarado em 24/9/2019 (peça 29), autorizei a promoção da oitiva alvitrada, bem como a adoção das demais medidas necessárias ao saneamento do processo e à instrução de mérito da presente fiscalização.

3. Em nova intervenção (peça 34), a SeinfraPortoFerrovia assim se manifestou sobre os elementos de defesa acostados aos autos:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de auditoria de conformidade, no âmbito do Fiscobras 2019, realizada no período compreendido entre 1/7/2019 a 16/8/2019, junto ao Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do estado de São Paulo (DH/SP) e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), autarquia vinculada ao Ministério da Infraestrutura, com o objetivo de fiscalizar as obras de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava e as obras de melhorias no canal de acesso da Eclusa de Ibitinga, ambas na Hidrovia do Rio Tietê, no Estado de São Paulo.

HISTÓRICO

2. A deliberação que originou o trabalho foi o Acórdão 835/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, que teve por objetivo fiscalizar as obras de ampliação e redução de gargalos na Hidrovia Tietê-Paraná e, assim, avaliar em que medida os recursos estão sendo aplicados de acordo com a legislação pertinente.

3. O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 214.993.592,10, compostos por R\$ 181.498.267,59 referentes ao valor inicial do Contrato Principal DH-128/2017, cujo objeto é ampliação do canal de Nova Avanhandava, acrescidos de R\$ 10.115.126,48 do seu 1º Termo Aditivo, de R\$ 9.279.761,18 referentes ao contrato DH-142/2019, cujo objeto é a obra de implantação do canal de montante da Eclusa de Ibitinga, e de R\$ 14.100.436,25 do Contrato DH-97/2013, relativo à supervisão das obras.

4. Como resultado do processo licitatório, através do Edital DH-111/2016, foi firmado o Contrato DH-128/2017, entre o Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e dos Transportes do Estado de São Paulo-DH/SP e o Consórcio Hidrovia Tietê Paraná – CHTP, constituído pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A e Cetenco Engenharia S.A., com execução prevista em 29 meses, prazo prorrogado para 33 meses, por meio do 1º Termo Aditivo já mencionado (peça 14).

5. Foram formuladas as seguintes questões de auditoria:

- a) *Questão 1: O tipo do empreendimento exige licença ambiental e foram realizadas todas as etapas para esse licenciamento?*
- b) *Questão 2: Há projeto básico/executivo adequado para a licitação/execução da obra?*
- c) *Questão 3: O procedimento licitatório foi regular?*
- d) *Questão 4: A formalização do contrato atendeu aos preceitos legais e sua execução foi adequada?*
- e) *Questão 5: O orçamento da obra encontra-se devidamente detalhado (planilha de quantitativos e preços unitários) e acompanhado das composições de todos os custos unitários de seus serviços?*
- f) *Questão 6: A administração está tomando providências com vistas a regularizar a situação da obra?*

6. *Os principais achados de auditoria em relação ao contrato principal DH-128/2017 foram (peça 26, p. 12-21):*

a) *Baixo ritmo de execução da obra de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava, em virtude da mobilização insuficiente de recursos e baixo desempenho da contratada, em afronta aos arts. 77, 78 e 86 da Lei 8.666/1993, sendo o efeito do atraso a possibilidade de ocorrência de novas interrupções de navegação no canal, caso ocorra outro período de escassez grave de chuvas. Essa lentidão na execução das obras, ao final, originou processo de rescisão unilateral do referido contrato pelo DH/SP (peça 15).*

b) *Emissão, em 2/4/2018, depois de 14 meses da emissão da ordem de serviços para o Consórcio, pelo DH/SP, de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio e, diante do exposto, tal declaração não refletia as condições da execução contratual à época, visto que o desvio relevante de cronograma já restava configurado (peça 21).*

6.1. *Quanto ao Contrato DH-142/2019, relativo à implantação do canal de montante da Eclusa de Ibitinga, foram aplicados os procedimentos e não foram constatadas irregularidades até o momento, devendo ser cuidadosamente acompanhado o cumprimento das exigências ambientais do licenciamento, que serão implementadas durante a execução da obra ainda não iniciada, de forma a evitar paralisações indevidas (peça 26, p. 22).*

7. *Em relação ao achado '6a', desde o início dos serviços, a execução contratual mostrou-se aquém do planejado. Os argumentos apontados, pelas demais licitantes, por ocasião do processo licitatório do Edital DH-111/2016, sobre a inexecutabilidade da proposta do Consórcio vencedor, mostraram-se verídicos. Segundo informado em reunião técnica entre a equipe de auditoria, os técnicos e gestores do DH/SP e os técnicos da supervisora, os motivos do baixo desempenho da contratada foram a mobilização insuficiente de recursos e a utilização de uma barcaça transportadora do material rochoso inadequada, que não suportava os esforços requeridos, quebrando frequentemente, e demandava um longo tempo para ir até os pontos de bota fora e retorno ao local de carregamento (peça 26, p. 13-15).*

7.1. *Outro fator determinante para o baixo desempenho do Consórcio foi que as detonações de material rochoso frequentemente precisavam ser refeitas por não ser atingida a conformação de fundo definida em projeto.*

7.2. *Respondendo ao pedido formal de esclarecimentos da equipe do TCU (peça 11), o DH/SP (peça 12) acrescentou que foi observada inquestionável incapacidade técnica do Consórcio no tocante ao Trecho 1, evidenciada na execução de derrocagem e escavação subaquática em seção e cota de projeto, que inviabilizou novas liberações de frentes de serviço no mesmo trecho, em função das condicionantes existentes na especificação técnica do contrato, que vedava o desenvolvimento de novas atividades em área contígua das frentes de serviço já liberadas e não arrasadas em cota de projeto, como forma de evitar 'solução de continuidade' ao tráfego hidroviário.*

7.3. *Dessa forma, constatou-se que, até a última medição do contrato, realizada em maio de 2019 (peça 13), o valor acumulado pago era de R\$ 44.940.797,38, equivalente a 23,45% do total. A*

execução física até então consistia nos serviços de derrocagem subaquática no Trecho 1, com a deposição do material em bota fora.

7.4. E que, por haver discordância entre as partes sobre a metodologia executiva do Trecho 2 as obras não foram iniciadas e tampouco houve autorização do DH/SP para execução do Trecho 3, em razão do baixo desempenho demonstrado no Trecho 1.

8. O consórcio contratado apresentou manifestações de defesa no procedimento de rescisão (peça 16), justificando que havia uma falha no projeto do Trecho 2, no qual estava prevista a escavação do canal a seco, com a implantação de ensecadeira, e que houve demora da contratante para sanar as pendências da obra apontadas ao longo da execução (peça 26, p. 16-17).

8.1. A falha de projeto alegada está relacionada à cota de projeto da ensecadeira definida em projeto elaborado no auge da crise hídrica, que se mostrou incompatível com o atual nível d'água no trecho.

8.2. Acrescentou que, ao ser finalizada a contratação, em 2017, os níveis d'água haviam aumentado consideravelmente, alterando as premissas anteriores de projeto, e a derrocagem subaquática do Trecho 2 representaria significativo aumento do valor da obra, o que gerou um impasse entre as partes logo no início da execução.

8.3. O Consórcio construtor alegou, ainda, que o DH/SP demorou a aprovar os planos de trabalhos apresentados e a revisar os projetos da ensecadeira, negando-se alterar a metodologia executiva do Trecho 2, de escavação a seco com ensecadeira por derrocagem subaquática.

8.4. Diante disso, o Consórcio teria, ele mesmo, solicitado a rescisão amigável do contrato.

9. Em relação ao assunto, atendendo requisição de informações do TCU já citada, o DH/SP contestou as alegações do Consórcio, destacando que o mesmo não executou de forma eficiente a obra contratada, sem que tenha mobilizado os equipamentos necessários para realização dos serviços na forma ajustada, sendo inteiramente responsável pelo descompasso entre o andamento da obra e o cronograma físico-financeiro de sua proposta de trabalho (peça 26, p. 20-21).

9.1. Afirmou que não existem indefinições no projeto, elemento de total conhecimento do Consórcio, sendo certo que foi elaborado um estudo meteorológico para elaboração do projeto e o método aplicado a cada trecho. Porém, não havia previsão para a chuva intensa que ocorreu durante o contrato, assim como das mudanças do nível da água no rio, o que alterou o método de execução da obra. E que havia previsões meteorológicas, mas não certeza de que não existiriam mudanças climáticas.

9.2. Que as obras do Trecho 2 não impediam o andamento independente da execução das obras dos Trechos 1 e 3, com aprofundamento do canal por meio de derrocagem subaquática com emprego de explosivos.

9.3. E que, assim, o atraso na execução das obras não se deu por suposta indefinição do projeto, mas ineficiência e ausência de mobilização eficaz por parte do Consórcio.

10. Quanto às providências adotadas pelo DH/SP no curso da execução contratual, em julho de 2017, foi aplicada a penalidade de advertência ao contratado por inexecução contratual, e em setembro de 2018, houve notificação do consórcio, sem que o mesmo tenha sido formalmente advertido pelo mesmo motivo (peça 26, p. 17).

11. O entendimento da equipe de auditoria, analisando a situação do contrato, foi de que não houve falha de projeto do trecho 2, mas um dimensionamento da ensecadeira adequado a um período de grave escassez hídrica, cuja permanência da situação dependia das condições hidrológicas, de todo imprevisíveis, e que a extensão total da obra era de 9.880 m, e o trecho 2 era de apenas 1.680 m, representando 17% do total (peça 26, p. 20-21).

11.1. Destaca-se que todas justificativas do Consórcio CHTP pelo descumprimento do cronograma referiam-se ao Trecho 2, sem a apresentação de fundamentos consistentes dos demais trechos.

11.2. Nesse sentido, na avaliação dos argumentos do Consórcio, observou-se que o mesmo aproveitou a mudança da condição hidrológica para imputar ao DH a responsabilidade pelo

atraso, inclusive nos trechos em que não havia tais impedimentos. Com isso poderia obter vantagem econômica, com proposta de alternativa para execução do trecho 2, que aumentaria o valor do contrato em 39,6%, o que, além de ultrapassar o limite legal de 25% (§ 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993), conteria itens incompatíveis com o contrato inicial, como dragagem e material da ensecadeira com duas dragas distintas e não previstas inicialmente, representando equipamentos e serviços novos. Propôs, também, acréscimo de prazo de 27 meses apenas para o trecho 2.

11.3. Ainda no sentido da constatação do desinteresse do consórcio construtor no prosseguimento das obras contratadas nas condições ofertadas na licitação, o mesmo sugeriu, em 12/12/2018, a rescisão do contrato.

11.4. Por fim, o relatório de fiscalização entendeu razoável o posicionamento do DH/SP, e acertada a providência de rescindir unilateralmente o contrato, nos termos do inciso I do art. 79 da Lei 8.666/1993, observadas todas as cautelas pertinentes à continuidade das operações da hidrovía, o cumprimento das exigências ambientais, a correta averiguação dos valores devidos e a glosar do contrato, em razão da má execução, e a aplicação das penalidades devidas, sem prejuízo de acompanhamento dessa situação pelo Tribunal.

11.5. E que havia necessidade de oitiva do DH/SP para esclarecimento, de forma precisa, da cota de projeto da ensecadeira do Trecho 2, que atenda às condições hidrológicas atuais, indicando a viabilidade técnica e econômica de execução, e da necessidade de alterar a metodologia executiva do trecho, indicando as avaliações de viabilidade, tendo em vista a intenção de realizar nova licitação do objeto.

11.6. No mesmo sentido, caberia ouvir o DH/SP em relação ao contexto e à motivação da declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, pelo DH/SP (subitem 6b), tendo sido fartamente demonstrado ser inconsistente com o teor das notificações e ofícios remetidos ao Consórcio, sendo elemento contraditório, pois afirma o avanço de 8,5%, enquanto o cronograma previa 45% para os 14 meses decorridos até então de obra.

11.6.1. Ademais, essa declaração, se utilizada fora de contexto, pode prejudicar o DH/SP em caso de judicialização da rescisão contratual, ou mesmo podendo tal declaração ser usada em outros processos licitatórios, beneficiando as empresas contratadas indevidamente.

12. Foi então proposta a oitiva do DH/SP, acolhida por meio do Despacho de 24/9/2019 do Exmo. Ministro-Relator Augusto Nardes (peça 29), tendo sido encaminhado aos gestores o Ofício 0557/2019-TCU/SeinfraPortoFerrovia, de 1/10/2019 (peça 30), para que se manifestassem e enviassem ao TCU documentos sobre:

a) a cota de projeto da ensecadeira que atenda às condições hidrológicas atuais, indicando a viabilidade técnica e econômica de execução, e se há a intenção de alterar metodologia executiva do trecho em uma nova licitação, indicando as avaliações de viabilidade;

b) declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, quando já havia desvios relevantes de cronograma e notificações e advertências pelo baixo desempenho em afronta aos incisos I, II e III do art. 78 da Lei 8.666/1993, explicitando os motivos da declaração de bom andamento, quando de fato já havia atraso relevante e o contexto dessa declaração;

c) remessa de informações atualizadas sobre a rescisão do Contrato DH-128/2017, incluindo as medições finais de obras, os termos da rescisão e as eventuais sanções aplicadas ao Consórcio contratado.

13. Por meio do Ofício DH/170/2019, de 25/10/2019, o Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística do estado de São Paulo encaminhou as informações solicitadas, que passam a ser analisadas na seção Exame Técnico desta instrução.

EXAME TÉCNICO

Informações dos gestores do DH/SP

14. A cota de projeto da crista da ensecadeira para as obras do Canal de Nova Avanhandava era de 328,00 metros sobre o nível do mar (msnm), considerando-se nível d'água do Reservatório do AM Três Irmãos na cota 326,50 msnm., valor obtido por observações de níveis

entre os anos de 2014 e 2015, período de uma das maiores crises hídricas havidas na região, cujo efeito foi a paralisação da hidrovía Tietê-Paraná no trecho do Estado de São Paulo, entre maio/2014 e janeiro/2016 (peça 32, p. 1-3).

14.1. Que nessa ocasião, foram realizadas reuniões com o Operador Nacional do Sistema Elétrico Brasileiro (ONS), responsável pela gestão da operação dos reservatórios integrantes do Sistema Interligado Nacional (SIN), para permitir a execução das obras, nas condições de operação integrada dos reservatórios envolvidos, em termos de geração.

14.2. Que, entre 2016 e 2017, houve reestabelecimento dos níveis operacionais normais do reservatório de Três Irmãos, que passou a operar na condição de máximo normal de 328,00 msnm.

14.3. Sendo previsto que o reservatório operasse em níveis superiores à cota 326,50 msnm, o Operador Nacional do Sistema Elétrico Brasileiro informou não ser possível garantir o atendimento às restrições informadas pelo DH em relação à cota máxima da ensecadeira projetada, oferecendo a adoção de medidas operativas durante o período de execução das obras, especialmente nos períodos chuvosos, com comunicações com antecedência de 48 horas, no caso de possibilidade de ocorrência de níveis d'água superiores ao máximo admissível para a ensecadeira do Canal de Nova Avanhandava (galgamento), para evacuação de pessoal e maquinário, além de outras providências no local. O DH informou também que sempre foi considerada essa possibilidade nos documentos de projeto integrantes do Contrato DH-128/2017, em função das condições hidrológicas locais.

14.4. Em razão das mudanças hidrológicas durante a execução da obra, foi feita revisão do projeto da ensecadeira, para restringir a possibilidade de galgamento, passando a cota de crista a 330,00 msnm, com base em novo estudo hidráulico.

14.5. Essa mudança da cota superior da ensecadeira, resultou em maior seção transversal da estrutura, volumes de materiais superiores ao previsto e necessidade de escavações adicionais em solo mole, o que tornou a alternativa de escavação a céu aberto, com ensecadeira, mais onerosa que a escavação submersa com derrocamento a fogo.

14.6. O DH/SP apresentou tabela comparativa, com custos da solução com ensecadeira de R\$234.207.502,058 e com derrocamento total de R\$ 223.840.709,87. O valor da solução com ensecadeira com a nova altura é superior à solução original em mais de R\$ 10.000.000,00, valores calculados com base nos preços praticados no Contrato DH-128/2017.

14.7. Acrescentou que, além de mais onerosa, a solução da nova ensecadeira está associada a um determinado risco, em função da utilização de uma estrutura temporária e dimensionada para atuar em condições específicas durante as obras, ainda que tal risco seja 'contornável', segundo eles.

14.8. Diante disso, confirmou que, na nova licitação das obras, será utilizada a técnica de execução de derrocamento em todo o canal.

Análise

15. As informações do DH/SP corroboram o que se vislumbrou durante a execução do contrato, com elevação dos níveis d'água no leito da hidrovía em recuperação, sendo esperada a revisão de projeto para a solução de derrocamento total, com uso de explosivos, para assegurar a profundidade de segurança à navegação.

15.1. Tendo sido atendida a solicitação de informações do TCU em oitiva para este assunto, as informações ora juntadas são suficientes e adequadas para o saneamento dos autos em relação a esse apontamento da oitiva, sem necessidade de outras providências.

Informações dos gestores do DH/SP

16. Quanto à controversa emissão das declarações de bom andamento das obras para benefício do Consórcio, o DH/SP informou que investigou a autoria do documento, que foi emitido pelo Eng. Osvaldo Padilha Junior, Diretor Técnico Operacional à época dos fatos, tendo o mesmo elaborado e emitido tais declarações 'a pedido' do Consórcio, apenas para que as empresas (CHTP) pudessem renovar o Seguro Garantia, tendo o emitente do questionado documento

informado, ainda, que 'entendeu que os problemas ocorridos anteriormente estavam superados com a celebração do ajuste' (peça 32, p. 3).

Análise

17. A justificativa apresentada é desprovida de razoabilidade, além de não explicitar qual 'ajuste' teria superado os problemas ocorridos, uma vez que há procedimentos administrativos e judiciais em andamento para solução da pendência contratual, não estando nada resolvido ou 'superado', não se justificando, portanto, a emissão dessa informação favorável ao Consórcio contratado, que, antes de tudo, não correspondia à realidade do contrato na época de sua emissão.

17.1. É certo que o documento emitido tem força probante, por ter sido emitido por uma autoridade da parte contratante, retirando força dos argumentos objetivos de descumprimento do contrato pelo Consórcio, caracterizando, por isso, erro ou falsa informação da maior gravidade.

17.2. Ademais, sendo inequívoco que o documento foi gerado e, inclusive, faz parte dos autos (peça 21), o DH/SP deixou de abordar e apresentar as informações requeridas de maior importância, que são os motivos dessa declaração, ainda que o contexto tenha sido explicitado.

17.3. A emissão dessa Declaração não é razoável diante do contexto das obras, injustificadamente atrasadas, e da atitude omissa dos representantes do Consórcio contratado em não apresentar as reais razões que os levaram ao descumprimento reiterado e sistemático das fases contratuais até então, culminando com ação de rescisão unilateral do contrato.

17.4. Tal declaração favorece injustificadamente a parte responsável pelo descumprimento do contrato com o próprio órgão que a emitiu e que, por fim, deixou de apresentar justificativa plausível para tal ato, sendo evasiva e desviando-se o DH/SP de fornecer a resposta com o rigor e a objetividade que o caso requer.

17.5. Cabe, assim, propor a audiência dos responsáveis pelo DH/SP, nos termos do art. 202, inciso III do RITCU, para que apresentem razões de justificativa quanto à emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, quando já havia desvios relevantes de cronograma e notório descumprimento do contrato pelos mesmos, em relação a todas as fases contratualmente previstas.

17.6. O emitente da controversa declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, datada de 2/4/2018, foi Osvaldo Padilha Junior (CPF 037.169.338-13), diretor do Centro Técnico Operacional à época, como se extrai do rol de responsáveis à peça 6.

Informações dos gestores do DH/SP

18. Quanto à remessa de informações atualizadas sobre a rescisão do Contrato DH-128/2017, incluindo as medições finais de obra, os termos da rescisão e as eventuais sanções aplicadas ao Consórcio contratado, o DH/SP esclareceu que sua Diretoria, em 10/6/2019, determinou a instauração do procedimento de rescisão unilateral como última alternativa disponível, diante do descumprimento do contrato pelo Consórcio, apresentando, em anexo, o despacho, a notificação, as publicações nos órgãos de imprensa oficiais e outros documentos pertinentes (peça 32, p. 3-5).

18.1. Informou que o Consórcio, na mesma ocasião, distribuiu uma Ação Declaratória de Rescisão Contratual, junto à 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (processo 1033867-41.2019.8.26.0053), visando à declaração judicial de rescisão contratual por culpa da Administração Pública.

18.2. Que o Consórcio alegou que DH/SP não cumpriu disposições da Lei 8.666/1993, inclusive em relação ao atraso no pagamento de seus serviços há mais de 90 dias, e que o projeto é 'impossível de ser executado', tendo o contratante dificultado os seus trabalhos desde o início.

18.3. E que o Consórcio pediu tutela antecipada, para suspender o tramite do processo administrativo iniciado pelo DH/SP, a execução da garantia oferecida, a eventual aplicação de pena e a 'liberação de valores indevidamente retidos'.

18.4. Informou ainda o DH/SP que o pedido de antecipação de tutela do Consórcio foi indeferido na primeira instância, tendo a decisão sido reformada pelo Tribunal de Justiça, em

decisão monocrática, que deferiu o pedido de tutela antecipada.

18.5. Quanto aos trâmites judiciais, informou que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo opôs Embargos de Declaração, e a decisão do TJSP foi reformada, ficando 'restrita tão somente a quem deu causa a rescisão contratual'.

18.6. E que a ação em tramitação na primeira instância aguarda manifestação do Juiz e, o Agravo de Instrumento está concluso com o Relator aguardando manifestação.

18.7. Quanto à aplicação de sanções e multas, informou que sua Diretoria decidiu pela 'instauração de procedimento rescisório unilateral e posterior instauração de procedimento para aplicação de penalidades', procurando demonstrar que consta da notificação 'a retenção da apólice de seguro, para eventual ressarcimento da Administração, multas ou indenizações'.

18.8. E que, encontra-se suspenso o processo administrativo até o julgamento do mérito da ação judicial, pela 'propositura da Ação Declaratória'.

18.9. Por fim, encaminhou para exame do TCU as três últimas medições, sendo a 29^a, a 30^a e a 31^a.

Análise

19. As informações do DH/SP, na forma, atendem ao que foi solicitado pelo TCU, em oitiva, no que diz respeito ao fornecimento de informações e comprovação da rescisão do Contrato DH-128/2017 e as medições finais de obra.

19.1. No que tange à aplicação de eventuais sanções e multas ao Consórcio contratado, o DH/SP informou que sua Diretoria decidiu por instaurar previamente procedimento rescisório unilateral, com retenção da apólice de seguro, para garantia de eventuais multas ou indenizações.

19.2. Tal procedimento, além de não ser a prática na execução de contratos públicos ou privados, não tem respaldo no Contrato DH-128/2017 e não se mostra razoável, por representar uma burla desfavorável de etapas plenamente válidas de acompanhamento contratual e injustificável da prerrogativa do contratante na gestão de contratos de obras públicas.

19.3. Verifica-se que a Cláusula Décima Quinta do contrato citado, estabelece que (peça 22, p. 14):

15.2 No caso de a CONTRATADA, sem justo motivo, descumprir as obrigações assumidas, poderão ser aplicadas as sanções previstas na Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações posteriores, inclusive de seu Art. 87, na Lei Estadual nº 6.544/89 e respectivas alterações e na resolução ST nº 40/94 (Anexo IV), se prejuízo da rescisão contratual, ficando, ainda, sujeita às seguintes penalidades, garantida a prévia defesa:

15.2.1 Advertência, nos casos de desatendimento das determinações regulares dos agentes designados para acompanhar a fiscalização da execução do contrato, assim como a de seus superiores, ou nos casos de descumprimento doloso ou culposo, do Cronograma de Atividades.

15.2.2 Multa, para os casos de reincidência dos casos punidos com advertência, nos seguintes valores:

(...)

b) Pelo atraso injustificado na execução do contrato:

I – De 0,1% (zero vírgula um por cento), incidente sobre o valor da obrigação, por dia de atraso.

c) Pela inexecução total ou parcial das obrigações contratuais:

I – De 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento), sobre o valor da parcela da obra ou serviço, por inexecução total ou parcial da obrigação assumida;

II – Multa correspondente à diferença de preço resultante de nova licitação realizada para complementação ou realização da obrigação não cumprida.

(...)

19.4. Dessa forma, constata-se que as penalidades de advertência e aplicação de multa são instrumentos contratuais à disposição da Administração para correção de desvios da contratada durante a execução, não havendo qualquer plausibilidade em se aguardar a rescisão contratual

para sua aplicação, ou seja, agindo de modo análogo à situação de 'aplicação do remédio depois da morte do paciente'.

19.4.1. Conforme enunciado do Acórdão 2.345/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

O atraso injustificado na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, de maneira que o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada.

19.5. Assim, cabe propor audiência dos diretores responsáveis pelo DH/SP, para justificar, com base em cláusulas e práticas contratuais, a razão da não aplicação de novas penalidades de advertência ou de multa ao Consórcio, pelo reiterado descumprimento das obrigações contratuais, dessa forma favorecendo sua ineficiência e a execução insatisfatória da obra. Além disso, colocar em risco a navegabilidade do trecho do canal objeto das obras em exame, com prejuízo incalculável para a operação da hidrovia e para a Economia da região.

19.5.1. A esse respeito frisa-se que o Decreto 45.087/2000, do Estado de São Paulo, coloca que cabe ao Diretor do DH (art. 12, inciso I, 'c') 'zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos'.

19.5.2. Verifica-se que o contrato DH/128/2017 vigorou de 10/2/2017 a 12/6/2019.

19.5.3. O Diretor Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo a partir de 16/5/2016, que detinha a responsabilidade máxima pela gestão do contrato do Consórcio construtor, pois o DH foi o signatário pelo Estado de São Paulo, é Jairo de Almeida Machado Junior, cujo falecimento se deu em 27/7/2017. Deixa-se, assim, de propor a audiência do responsável ou de qualquer outra medida que poderia afetar seus sucessores, dado o caráter personalíssimo de eventual multa.

19.5.4. O gestor falecido foi sucedido na gestão da entidade pelos responsáveis Vanessa Regina da Silva Pires, que respondeu pelo DH/SP de 27/9/2017 a 3/5/2018, Evandro Torquato Sobrado, de 4/5/2018 a 8/2/2019 e Rinaldo Tacola Filho, de 18/2 a 24/6/2019, este último, embora tenha assumido o departamento quando o prazo de execução da obra já estava avançado, teve tempo suficiente para aplicar as penalidades, eis que a rescisão contratual ocorreu em 12/6/2019 (peça 15, p. 4).

19.6. Cabe também realizar a audiência dos diretores do Centro Técnico-Operacional do DH durante a vigência do contrato DH/128/2017, que igualmente deixaram de tomar as devidas providências no sentido de adotar procedimento para aplicação de sanção à contratada faltosa.

19.6.1. Por força do art. 7º do Decreto 45.087/2000, do Estado de São Paulo, os responsáveis tinham as seguintes atribuições:

Artigo 7.º - Os Núcleos Técnicos Regionais do Baixo Tietê e Paraná e do Alto e Médio Tietê, do Centro Técnico Operacional, têm, em suas respectivas áreas de atuação as seguintes atribuições:

(...)

III - gerenciar contratos de obras e serviços;

IV - controlar e supervisionar, tecnicamente, as obras e serviços realizados por terceiros;

19.6.2. Foram gestores do CTO, no período, Pedro Victoria Junior, de 12/3/2014 a 2/4/2017, Evandro Torquato Sobrado, de 3/4 a 5/10/2017, este responsável tendo ocupado também a direção geral do DH/SP de 4/5/2018 a 8/2/2019 (subitem 19.5.4), Osvaldo Padilha Junior, de 18/12/2017 a 17/5/2018, e Marco Antonio de Araújo, de 8/4 a 28/11/2019.

19.7. Por derradeiro, propõe-se a audiência do fiscal do contrato nos períodos de 10/2 a 27/11/2017, de 21/5 a 31/12/2018 e a partir de 12/4/2019, Marcos Vinicius Silva Victorino, pois, nessa qualidade, deveria ter iniciado procedimento para a aplicação de penalidade à contratada faltosa. Nos intervalos dos períodos indicados, foram responsáveis pela gestão/fiscalização do contrato DH/128/2017 gestores já identificados em outras funções, como apresentado nos subitens

19.5 e 19.6.

CONCLUSÃO

20. Os dados e informações apresentados pelo DH/SP foram considerados suficientes para justificar a nova cota de projeto da ensecadeira, de acordo com às atuais condições hidrológicas atuais, metodologia que se mostrou inviável do ponto de vista de custo-benefício, tendo o DH/SP demonstrado e justificado apropriadamente a mudança de projeto para execução de derrocamento em todo o canal, solução a ser utilizada em uma nova licitação, tendo a oitiva sido eficaz para trazer informações hábeis dos gestores para sanear os autos nesse caso.

21. Restaram inconclusivos os esclarecimentos da emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas 'a pedido do consórcio', pelo DH/SP, exatamente o contratante das obras, que apontou o descumprimento contratual, com desvios relevantes de cronograma, que suscitou a emissão de notificações e advertências pelo baixo desempenho, tendo, inclusive, instruído processo de rescisão contratual unilateral pela Administração, com farta exposição de motivos, que foram julgados apropriados e aceitos pela equipe do TCU.

21.1. Cabe, então, propor a audiência do responsável identificado no Exame Técnico, para que apresentem razões de justificativa para a emissão de tal documento, que não condiz com os fatos apontados pelos próprios gestores emitentes, conforme examinado no subitem 17.5.

22. Quanto à remessa de informações atualizadas sobre a rescisão do Contrato DH-128/2017, incluindo as medições finais de obras e os termos da rescisão, estas foram julgadas apropriadas e suficientes para justificar a medida de rescisão contratual unilateral pela Administração, tendo a oitiva sido satisfatoriamente atendida neste caso.

22.1. No entanto, quanto às sanções aplicadas ao Consórcio contratado, restaram inconclusivos os esclarecimentos fornecidos, tendo sido informado, pelo DH/SP, que instaurou procedimento de rescisão unilateral como 'última alternativa disponível', diante do descumprimento do contrato pelo Consórcio, mas que decidiu pela 'instauração de procedimento rescisório unilateral e posterior instauração de procedimento para aplicação de penalidades'.

22.2. Como analisado pela equipe técnica do TCU nesta instrução, tal procedimento não se mostrou razoável, por, injustificadamente, deixarem de ser adotadas medidas previstas no próprio contrato para correção de desvios na execução de seu objeto, indo diretamente ao ponto de rescisão contratual, pulando etapas válidas e apropriadas para minimizar o prejuízo maior, que foi o rompimento contratual, em razão do que será proposta a audiência dos gestores identificados nos subitens 19.5, 19.6 e 19.7.

22.3. As razões desse procedimento não foram apresentadas com a objetividade e detalhamento que o caso requer, sendo passível de audiência do gestor responsável identificado no Exame Técnico para complementar as informações fornecidas, através de apresentação formal de suas razões de justificativas para o caso examinado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

23. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo que:

a) sejam considerados saneados os autos, diante da oitiva dos responsáveis para esclarecimentos da revisão da metodologia construtiva a adotar em nova licitação das obras para ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava, assim como pela remessa de informações sobre a rescisão unilateral do Contrato DH-128/2017, que foram julgadas apropriadas e suficientes para justificar a medida;

b) nos termos dos arts. 10, § 1º, e 12, inciso III, c/c art. 202, incisos I e III do RITCU, a realização de audiência dos seguintes responsáveis:

b1) Senhor Osvaldo Padilha Junior (CPF 037.169.338-13), Diretor do Centro Técnico Operacional do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do Estado de São Paulo (DH/SP) de 18/12/2017 a 17/5/2018, para que, no prazo de quinze dias, apresente razões de justificativas pelas seguintes irregularidades:

b1.1) emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do Consórcio construtor, em 2/4/2018, em que pese a ocorrência de verificado e reiterado descumprimento contratual, provocando desvios relevantes no cronograma das obras, tendo, inclusive, havido a emissão de notificações e advertências pelo baixo desempenho e posterior instrução de processo de rescisão contratual unilateral, pela Administração, em afronta aos princípios da moralidade e da boa-fé;

b1.2) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese as atribuições dadas no art. 7º do Decreto 45.087/2000, do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

b2) Senhores Vanessa Regina da Silva Pires (CPF 173.080.998-73), Evandro Torquato Sobrado (CPF 150.744.588-11) e Rinaldo Tacola Filho (CPF 987.157.208-53), que ocuparam o cargo de Diretor Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 27/9/2017 a 3/5/2018, de 4/5/2018 a 8/2/2019 e de 18/2 a 24/6/2019, respectivamente, para que, no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativas para a não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese terem sido os responsáveis máximos pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 12, inciso I, 'c', do Decreto 45.087/2000 do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

b3) Senhores Pedro Victoria Junior (CPF 045.686.178-55) e Marco Antonio de Araújo (CPF 075.122.558-45), que ocuparam o cargo de Diretor do Centro Técnico-Operacional do DH/SP durante a vigência do contrato DH/128/2017, de 12/3/2014 a 2/4/2017 e de 8/4 a 28/11/2019, respectivamente, para que, no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativas para a não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese terem sido os responsáveis máximos pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 7 do Decreto 45.087/2000 do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

b4) Senhor Marcos Vinicius Silva Victorino (CPF 470.354.129-72), fiscal do Contrato DH-128/2017 nos períodos de 10/2 a 27/11/2017, de 21/5 a 31/12/2018 e a partir de 12/4/2019, para que, no prazo de quinze dias, apresente razões de justificativa por não ter tomado as medidas de sua alçada com vistas à aplicação de sanções pecuniárias à construtora responsável pelos atrasos na execução das obras, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia;

c) enviar cópia da instrução aos responsáveis para auxiliá-los na elaboração de suas razões de justificativa”.

4. Após analisar as defesas apresentadas pelos responsáveis, o auditor da SeinfraPortoFerrovia lavrou a seguinte instrução de mérito (peça 99), cuja proposta contou com a anuência do diretor (peça 100):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de auditoria de conformidade, realizada no período compreendido entre 1/7/2019 a 16/8/2019, no âmbito do Fiscobras 2019, junto ao Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do estado de São Paulo (DH/SP) e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), autarquia vinculada ao Ministério da Infraestrutura, com o objetivo de fiscalizar as obras de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava e as obras de melhorias no canal de acesso da Eclusa de Ibitinga, ambas na

Hidrovia do Rio Tietê, no estado de São Paulo.

HISTÓRICO

2. *A deliberação que originou o trabalho foi o Acórdão 835/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, que teve por objetivo fiscalizar as obras de ampliação e redução de gargalos na Hidrovia Tietê-Paraná e, assim, avaliar se os recursos foram aplicados de acordo com a legislação pertinente.*

3. *O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 214.993.592,10, abrangendo 3 contratações, sendo R\$ 181.498.267,59 referentes ao valor inicial do Contrato Principal DH-128/2017, cujo objeto é ampliação do canal de Nova Avanhandava, acrescidos de R\$ 10.115.126,48 do seu 1º Termo Aditivo, de R\$ 9.279.761,18 referentes ao contrato DH-142/2019, cujo objeto é a obra de implantação do canal de montante da Eclusa de Ibitinga, e de R\$ 14.100.436,25 do Contrato DH-97/2013, relativo à supervisão das obras.*

4. *Como resultado do processo licitatório, através do Edital DH-111/2016, foi firmado o Contrato DH-128/2017, entre o Departamento Hidroviário da Secretária de Logística e dos Transportes do estado de São Paulo-DH/SP e o Consórcio Hidrovia Tietê Paraná – CHTP, constituído pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A e Cetenco Engenharia S.A.. O prazo inicial de execução foi de 29 meses, prorrogado para 33 meses, por meio do 1º Termo Aditivo (peça 14).*

5. *As constatações de auditoria foram relacionadas ao Contrato DH-128/2017 e estão expostas a seguir (peça 26, p. 12-21):*

a) *Baixo ritmo de execução da obra de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava, em virtude da mobilização insuficiente de recursos e baixo desempenho da contratada, em afronta aos arts. 77, 78 e 86 da Lei 8.666/1993, sendo o efeito do atraso a possibilidade de ocorrência de novas interrupções de navegação no canal, caso ocorra outro período de escassez grave de chuvas. Essa lentidão na execução das obras, ao final, originou processo de rescisão unilateral do referido contrato pelo DH/SP (peça 15).*

b) *Emissão, em 2/4/2018, depois de 14 meses da emissão da ordem de serviços para o Consórcio, pelo DH/SP, de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, quando tal declaração não refletia as condições da execução contratual, visto que o desvio relevante de cronograma já restava configurado (peça 21).*

6. *As irregularidades, descritas de forma pormenorizada no Relatório de Fiscalização (peça 26), foram objeto de oitiva do Departamento Hidroviário de São Paulo, que apresentou as manifestações pertinentes (peça 32). Os argumentos apresentados pelo DH/SP foram avaliados na instrução preliminar (peça 34) e foi considerado adequado a realização de audiências dos responsáveis pelas irregularidades.*

7. *Os responsáveis foram notificados e apresentaram as razões de justificativas. A tabela seguinte indica as notificações, as ciências e as respostas nos autos, por responsáveis.*

Tabela 1 – Responsáveis e notificações.

Responsável	Ofício Notificação	Ciência (peça)	Resposta
<i>Oswaldo Padilha Junior</i>	<i>OF 45.855/2020</i>	<i>13/10/2020 (94)</i>	<i>Peça 96</i>
<i>Vanessa Regina da Silva Pires</i>	<i>OF 45.856/2020 (37)</i>	<i>26/9/2020 (78)</i>	<i>Peças 86-93</i>
<i>Evandro Torquato Sobrado</i>	<i>OF 45.859/2020 (38)</i>	<i>30/9/2020 (76)</i>	<i>Peça 77</i>
<i>Rinaldo Tacola Filho</i>	<i>OF 45.860/2020 (39)</i>	<i>25/9/2020 (75)</i>	<i>Peças 79-85</i>
<i>Pedro Victoria Junior</i>	<i>OF 45.862/2020 (40)</i>	<i>17/9/2020 (73)</i>	<i>Peça 73</i>
<i>Marco Antonio de Araújo</i>	<i>OF 45.863/2020 (41)</i>	<i>3/9/2020 (43)</i>	<i>Peça 74</i>
<i>Marcos Vinicius Silva Victorino</i>	<i>OF 45.864/2020 (42)</i>	<i>9/9/2020 (44)</i>	<i>Peças 45-71</i>

8. *Assim, estando presentes os elementos necessários ao prosseguimento dos autos serão*

detalhados na seção seguinte as condutas dos responsáveis, os principais argumentos das razões de justificativas e as respectivas análises.

EXAME TÉCNICO

9. As audiências tratadas nos autos decorrem da execução irregular do Contrato DH-128/2017, firmado entre o Departamento Hidroviário da Secretária de Logística e dos Transportes do estado de São Paulo-DH/SP e o Consórcio Hidrovia Tietê Paraná – CHTP.

10. Antes da análise das razões de justificativa, para facilitar a compreensão, será apresentado breve contexto dos fatos ensejadores das audiências.

11. A obra consistia na execução do desmonte de rochas com o uso de explosivos, procedimento conhecido como derrocagem a fogo, e a movimentação do material derrocado para um bota fora estabelecido em projeto. O trecho da intervenção possuía cerca de 10 km e é uma passagem crítica da Hidrovia Tietê, sendo que nos anos de 2014/2015, ante uma severa escassez de chuvas na região, o trecho causou impedimento operacional da hidrovia.

12. A extensão da obra foi dividida em três trechos, sendo que em dois era prevista a execução regular do serviço de derrocagem, ou seja, realização das atividades submersas, e em um dos trechos, com cerca de 1.700 m, era prevista a execução das escavações a seco, com a execução de ensecadeira.

13. O Consórcio Hidrovia Tietê Paraná, constituído pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A e Cetenco Engenharia S.A., sagrou-se vencedor da licitação da obra e, logo após a fase de mobilização e instalação de canteiro de obras, começaram a ocorrer desvios de cronograma e a produção aquém da necessária para cumprimento do prazo contratual de 29 meses.

14. A equipe técnica do DH/SP relatou que os equipamentos de transporte do material escavado, uma balsa transportadora, exigia um ciclo de ida e retorno ao bota fora elevado, além de quebrar frequentemente, reduzindo a produtividade do equipamento, e que as detonações não eram executadas a contento, exigindo retrabalhos para o atingimento da conformação de projeto.

15. Por outro lado, o Consórcio contratado alegava que as condições previstas no projeto, especialmente do trecho 2, haviam sido modificadas e apontava necessidade de revisão da metodologia de escavação a seco para a derrocagem subaquática. O fundamento era de que a licitação demorou mais de dois anos para ser concluída e o regime de escassez hídrica, presente na fase de projeto, não perdurou e as cotas de projeto para execução da ensecadeira não correspondiam aos novos níveis da água. Esse impasse, na visão da contratada, trazia riscos para uma maior mobilização de equipamentos.

16. A situação manteve-se da forma narrada, sem que houvesse a resolução dos impasses, até a instauração do procedimento de rescisão unilateral do Contrato pelo DH/SP. Vale ressaltar que os projetos não foram revistos e a contratada não mobilizou os recursos necessários à execução da obra. O contrato foi executado em apenas 25%.

17. Nesse contexto de baixa execução contratual, os responsáveis pela execução do contrato pelo Departamento Hidroviário foram chamados em audiência pelo motivo da não aplicação de sanções de multa ao contratado.

18. Segundo o entendimento da equipe de auditoria, o procedimento seria acertado, pois as contestações da contratada eram insuficientes para justificar a não mobilização, não houve efetivamente falha de projeto do trecho 2, mas sim um dimensionamento da ensecadeira adequado a um período de grave escassez hídrica, cuja permanência da situação dependia das condições hidrológicas, de todo imprevisíveis; e que a extensão total da obra era de 9.880 m, e o trecho 2 possuía apenas 1.680 m, representando 17% do total (peça 26, p. 20-21).

19. As conclusões da equipe de auditoria e do Departamento Hidroviário eram de que as condições diversas de projeto no menor dos trechos da obra não seria impedimento para a execução da maior parte do contrato. Sendo que os argumentos mais relevantes do Consórcio CHTP pelo descumprimento do cronograma referiam-se ao Trecho 2, sem a apresentação de fundamentos consistentes dos demais trechos. Portanto, o primeiro ponto tratado na audiência diz

respeito a não aplicação da penalidade de multa à contratada por inexecução contratual.

20. O segundo ponto tratado nas audiências, imputado a apenas um responsável, é a emissão pelo Diretor do Centro Técnico Operacional, Sr. Osvaldo Padilha, de declaração de bom andamento quando já havia desvios significativos de cronograma.

21. Realizada a contextualização do caso, segue o exame das audiências, seguindo a ordem crescente de hierarquia no DH/SP em relação à execução Contrato DH 128/2017, ou seja, fiscal do contrato, Diretores do Centro Técnico Operacional e Diretores do Departamento Hidroviário.

Responsável - Senhor Marcos Vinicius Silva Victorino (CPF 470.354.129-72), fiscal do Contrato DH-128/2017 nos períodos de 10/2 a 27/11/2017, de 21/5 a 31/12/2018 e a partir de 12/4/2019.

22. O responsável foi chamado em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) não ter tomado as medidas de sua alçada com vistas à aplicação de sanções pecuniárias à construtora responsável pelos atrasos na execução das obras, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovía.

23. O responsável apresentou tempestivamente suas razões de justificativas (peça 45) e as inicia esclarecendo que atuava como fiscal do contrato e, nessa condição, delimita suas atribuições, informando que, conforme o § 2º do art. 67 da Lei 8.666/1993, a definição de modalidades de penalidade e a sua aplicação são atribuições exclusivas do dirigente máximo do órgão contratante, podendo o fiscal apenas sugerir, em tempo hábil, a aplicação das mesmas.

24. Nesse sentido, o fiscal nega que tenha atuado de forma omissa no exercício de suas atribuições e desconhece as razões pela quais os expedientes produzidos com sugestão de aplicação de penalidades de multa não foram levados a termo pelos dirigentes do Departamento Hidroviário.

25. Em suas razões de justificativa, o fiscal do contrato informa que exerceu suas atribuições contando com o auxílio do Consórcio Supervisor SGS Enger-Planal e que frequentemente a supervisora e o fiscal encaminhavam aos seus superiores relatórios de acompanhamento da obra e memorandos relatando os atrasos e, por vezes, indicações para aplicação de penalidades.

26. Como exemplo, afirma que após quatro meses da emissão da ordem de serviço e já constatando a mobilização insuficiente e a execução de serviços fora dos padrões estabelecidos nos projetos, o fiscal encaminhou memorando para seus superiores a fim da instauração de processo de penalização, que, após o devido processamento, resultou na aplicação da penalidade de advertência.

27. Relata as ações tomadas em suas atividades de fiscalização ora frente ao contratado ora frente aos seus superiores a fim de solicitar maior mobilização do Consórcio Construtor e de alertar a Administração do DH/SP dos frequentes e reiterados atrasos e da necessidade de prosseguimento dos tramites de aplicação de sanção.

28. Acrescenta que, passados quase dois anos de baixa execução contratual, a iniciativa de rescisão unilateral teve como fundamentos os relatórios e memorandos produzidos em suas atividades de fiscalização das obras.

29. Ademais, o fiscal enumera dezessete ofícios encaminhados para o Consórcio construtor tratando do tema de atrasos da obra e quinze memorandos internos para as instâncias superiores sobre o baixo desempenho da contratada, o que demonstraria o seu empenho no exercício de suas atividades em relação à inexecução do cronograma pactuado.

Análise

30. O responsável apresentou suas razões de justificativa alegando que exerceu fiscalização de forma ativa, sempre notificando e solicitando da empresa contratada mobilização de recursos e o refazimento de serviços que estavam em desconformidade com os projetos e com as especificações da obra. Além disso, no uso de suas atribuições, enviou diversos memorandos e relatórios à alta administração do Departamento Hidroviário de forma a iniciar e fundamentar a

instauração de processos sancionatórios à contratada por atrasos no cronograma e pelo baixo desempenho.

31. Afirma desconhecer os motivos do não prosseguimento dos procedimentos de aplicação de sanções pecuniárias, visto que as falhas da contratada ocorreram de forma reiterada e sempre plenamente documentadas pelo fiscal e pela supervisora contratada.

32. Nesse sentido, o responsável acostou aos autos diversos ofícios, memorandos, pareceres e despachos (peças 46 a 71) comprovando sua atuação sobre o tema.

33. O fiscal afirma que a primeira penalidade de advertência aplicada à contratada, com apenas quatro meses de obra, decorreu de sua ação de encaminhar memorando aos seus superiores tratando do baixo desempenho na execução das obras e que, ao final, diversos documentos de sua autoria, solicitando a aplicação de sanções pecuniárias serviram para a fundamentação do processo de rescisão unilateral do contrato.

34. Verifica-se, pela avaliação da documentação juntada ao processo pelo responsável e por seus argumentos das razões de justificativas, uma atuação proativa do fiscal, pois, atuando dentro de suas atribuições, realizou acompanhamento contratual e por diversas vezes encaminhou aos seus superiores propostas, devidamente fundamentadas, para aplicação de penalidades face às reincidências de baixo desempenho na execução do contrato, sendo que o não prosseguimento das ações fugia a sua esfera de atuação. Portanto, pelo exposto, **deve-se acatar as razões de justificativa do fiscal da obra** quanto a não aplicação de sanção de multa ao Consórcio contratado.

Responsável - Senhor Pedro Victoria Junior, que ocupou o cargo de Diretor do Centro Técnico-Operacional do DH/SP, durante a vigência do contrato DH/128/2017, de 12/3/2014 a 2/4/2017.

35. O responsável foi chamado em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese ter sido responsável pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 7 do Decreto 45.087/2000 do estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH 128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovía.

36. De forma sumária, objetiva e tempestiva, o senhor Pedro Victoria Junior esclarece que a ordem de serviço para início do Contrato DH 128/2017 foi emitida em 24/2/2017 e em 2/4/2017 o responsável foi exonerado do cargo de Diretor do Centro Técnico Operacional do DH/SP deixando de exercer funções atinentes ao contrato. Portanto, permaneceu na gestão do cargo por 38 dias e, no período, foram realizadas apenas as atividades iniciais de mobilização e instalação do canteiro.

37. Esclarece que no curto prazo que esteve a frente da gestão contratual não havia inconformidades suficientes para aplicação de multa.

Análise

38. **As razões de justificativa do Senhor Pedro Victoria Júnior devem ser acatadas**, considerando o curto espaço de tempo 38 dias em que o responsável atuou no contrato ante os 29 meses de prazo inicial e ainda que a sua gestão foi na fase inicial da execução, pois nem sequer houve tempo para caracterizar atrasos relevante para fins de aplicação direta de multa, no período havia apenas instalação do canteiro de obras e mobilização.

Responsável - Senhor Osvaldo Padilha Junior (CPF 037.169.338-13), que ocupou o cargo de Diretor do Centro Técnico Operacional do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do Estado de São Paulo (DH/SP), de 18/12/2017 a 17/5/2018.

39. O responsável foi chamado em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do Consórcio construtor, em 2/4/2018, em que pese a ocorrência de verificado e reiterado descumprimento contratual, provocando desvios relevantes no cronograma das obras, tendo,

inclusive, havido a emissão de notificações e advertências pelo baixo desempenho e posterior instrução de processo de rescisão contratual unilateral pela Administração, em afronta aos princípios da moralidade e da boa-fé;

b) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese as atribuições dadas no art. 7º do Decreto 45.087/2000, do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e a segurança da hidrovia.

40. O responsável apresentou suas razões de justificativas, representado por advogado, tempestivamente, conforme consta da peça 96.

41. O defendente afirma que a atuação do gestor seguiu a conduta tradicional e esperada de qualquer gestor público idôneo que busca privilegiar o interesse público no sentido de buscar alternativas para alcançar o objetivo estabelecido, o que, no caso concreto, seria a retomada do ritmo de execução contratual para a entrega da obra de ampliação e redução de gargalos na Hidrovia Tietê Paraná.

42. Afirma que, no momento da emissão da declaração de bom andamento das obras, as partes travavam discussões sobre a capacidade técnica operacional da empresa, o suposto preço inexequível da proposta, falhas de projeto, de planejamento da obra, atrasos nos pagamentos e outras pendências. E, ante esse quadro, as partes procuravam realizar ajustes contratuais a fim de sanar o contrato e permitir a retomada do adequado ritmo de obras e entrega, ainda que tardio.

43. Esclarece que a declaração foi emitida em um ambiente de confiança, respeito, tecnicidade, ética e profissionalismo de maneira a conciliar as partes contratuais e prosseguir a relação contratual. Contudo, reconhece, que do ponto de vista do observador contemporâneo, a declaração emitida pode sim servir para outros fins que não aquele do momento da ação.

44. Critica, com as devidas vênias, o posicionamento exposto na auditoria que a declaração foi emitida de forma irregular, afirmando que o contexto fático não foi devidamente apurado.

45. Informa que o gestor assumiu a função quando a gestão do contrato se encontrava em situação de 'reconhecidos apontamentos de inoportuna, do ponto de vista estratégico' (peça 96, p. 3).

46. Pondera ainda que a empresa foi sancionada com advertência, em 15/8/2017, decorridos apenas quatro meses da emissão da ordem de início dos serviços, e que em 6/4/2018, foi formalizado termo aditivo prorrogando o prazo do contrato, sendo que a declaração de bom andamento foi emitida em 2/4/2018. Assim, a referida declaração foi emitida concomitante aos trâmites de aditamento contratual e, conforme a praxe administrativa, a formalização de aditivos pressupõe a avaliação dos elementos técnicos e jurídicos, a conveniência, a oportunidade e o interesse público. Logo, a declaração foi emitida ao encontro das avaliações realizadas para formalização do aditivo.

47. Por fim, reforça que a declaração foi emitida em um cenário conciliatório e com objetivo de permitir a retomada do ritmo adequado de obras, sem jamais afrontar os princípios da moralidade ou boa fé, no que roga o afastamento das irregularidades que lhe foram imputadas.

Análise

48. As audiências do responsável Sr. Osvaldo Padilha Junior versam sobre duas condutas irregulares que, em síntese, foram: i) a não aplicação da penalidade de multa à contratada por baixo desempenho e descumprimento contratual; ii) a emissão de declaração de bom andamento do contrato, quando, de fato, havia atrasos relevantes.

49. O responsável argumentou que ao assumir a gestão do contrato já havia desvios de prazos e discordâncias entre as partes em relação a diversos aspectos como atrasos nos pagamentos dos serviços executados, falta de liberação de frentes de obra, ineficiência na execução das obras, falta de sincronismo nas etapas de obra, desconhecimentos das interferências do local, impropriedades nos projetos e no cronograma entre outras. E, diante desse contexto, as

partes passaram a tecer tratativas a fim de solucionar as pendências e sanear a execução contratual.

50. Informa que na tentativa de conciliação, cujo ápice foi a celebração do primeiro termo aditivo contratual, adotou as medidas de não iniciar procedimentos sancionatórios e emitiu a declaração de bom andamento dos trabalhos (peça 21).

51. Quanto à não adoção dos procedimentos para aplicação de penalidade de multa, deve-se considerar a gravidade da penalidade, que gera efeitos financeiros diretos e, também, indiretos, ao afetar a reputação das empresas frente ao mercado. No contexto em que havia vontade entre as partes para o saneamento do contrato e, portanto, uma relação de conciliação, a instauração de procedimento de aplicação de multa iria impedir o andamento das tratativas, o que justifica parcialmente a atuação do gestor nesse momento.

52. Deve-se considerar ainda que o gestor atuou no período em que a execução dos serviços de derrocagem não poderiam ser executados devido ao período de defeso, portanto, a conduta da contratada de baixo ritmo de execução contratual estava cessada nesse período.

53. Passado o período de defeso, o gestor continuou no cargo por três meses e na metade desse período ocorreu a formalização do termo aditivo e repactuação do cronograma físico, que marcou o novo parâmetro de avaliação da continuidade do ritmo de execução. Não seria razoável exigir que em um prazo curto de avaliação (um mês e meio) o gestor tivesse elementos suficientes para concluir pelo atraso frente aos novos parâmetros contratuais e decidir pela aplicação de penalidade de multa, portanto, há excludente de culpabilidade para essa conduta do gestor e **deve-se acatar as razões de justificativa para esse item da audiência.**

54. Agora examina-se a defesa no tocante à emissão de declaração de bom andamento da obra, que, efetivamente, não refletia a situação contratual. A conduta adotada pelo responsável, no uso de suas atribuições de acompanhamento contratual, foi comissiva e assertiva, conforme demonstra as declarações acostadas à peça 21, não deixando dúvidas ou ressalvas quanto ao andamento da obra.

55. Os argumentos de que no momento da declaração havia um contexto conciliatório na relação entre as partes contratuais não justifica o teor da declaração emitida, a qual descrevia o bom andamento do contrato, quando, na verdade a contratada já havia sido formalmente advertida, o atraso no cronograma estava configurado, a relação entre as partes era conflituosa, entre outras pendências. Logo, havia ressalvas relevantes sobre o andamento contratual.

56. A defesa argumenta ainda que a equipe de auditoria contestou os efeitos prospectivos da declaração de bom andamento, como, por exemplo, a utilização da declaração em eventual discussão judicial entre as partes decorrentes da inexecução contratual, sem que fosse avaliado o contexto das negociações entre as partes.

57. De fato, foi apontado esse efeito prospectivo, mas, também, contestaram-se os efeitos concretos decorrentes da emissão da declaração. Conforme apurado, a declaração teve como finalidade a renovação da apólice de seguro da garantia contratual, ou seja, considerando que a declaração do agente público atuando na função de fiscalização do contrato possui fé pública frente a terceiros, a seguradora diante de tal declaração, pressupondo-a fidedigna ao retratar a situação real da execução contratual, calcula o prêmio a ser pago pela apólice com base no exposto, possivelmente mais benéfico à contratada. Porém, a validade da apólice fica comprometida, visto que é baseada em informação inverídica.

58. Dessa forma, a conduta do agente com a emissão de declaração de andamento do contrato sem as ressalvas presentes no caso concreto, para fins de renovação de apólice de seguro garantia da obra, beneficiou as contratadas do consórcio, em contrapartida, expondo a Administração Pública a riscos de invalidade da apólice e de repercussões judiciais adversas.

59. Portanto, as razões de justificativas em relação a emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do Consórcio construtor, desconsiderando a ocorrência de evidentes e reiterados descumprimentos contratuais, os quais provocaram desvios

relevantes no cronograma das obras, tendo, inclusive, havido a emissão de notificações e advertências pelo baixo desempenho, em afronta aos princípios da moralidade e da boa-fé, **não devem ser acatadas.**

Responsável - Marco Antonio de Araújo (CPF 075.122.558-45), que ocupou o cargo de Diretor do Centro Técnico-Operacional do DH/SP, durante a vigência do contrato DH/128/2017, de 8/4 a 28/11/2019.

60. O responsável foi chamado em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese ter sido o responsável pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 7 do Decreto 45.087/2000 do estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

61. O responsável apresentou suas razões de justificativas (peça 74) tempestivamente. Esclarece que exerceu o cargo de Diretor do Centro Técnico Operacional a partir de 8/4/2019, quando a obra de ampliação do canal de Nova Avanhandava já contava com dois anos de execução. Informa que, ao assumir o cargo, os atrasos eram irreversíveis e já havia indicação firme da fiscalização da obra de que a providência necessária era a rescisão unilateral da avença e a aplicação de sanções pecuniárias, ante a reincidência dos atrasos e da inexecução contratual.

62. Afirma que, tão logo tomou ciência da situação, concordou com os encaminhamentos da fiscalização e remeteu a proposta para a Diretoria do Departamento Hidroviário. A Diretoria do órgão optou por adotar as providências, começando pela instauração do processo de rescisão unilateral, pois, necessitava primeiro e com celeridade rescindir o contrato firmado antes de desencadear o processo de nova contratação do objeto, possibilitando a continuidade das operações na hidrovia com segurança e perenidade.

63. Pondera que, quanto à aplicação da penalidade de multa, assim que o consórcio foi notificado sobre a instauração do processo de rescisão unilateral, o DH/SP notificou a seguradora sobre a retenção da apólice de seguro a fim de resguardar a Administração para o recebimento de eventuais saldos contratuais e sanções pecuniárias.

64. Indica que o Consórcio construtor, ao tomar conhecimento das medidas, optou por judicializar a questão e na segunda instância judicial obteve liminarmente proteção contra a aplicação imediata de sanções pecuniárias. Desde então o processo de rescisão e aplicação de penalidade segue aguardando os encaminhamentos do processo judicial.

Análise

65. Conforme exposto nos argumentos, o gestor assumiu o cargo passados dois anos de obra, quando a situação contratual era irreversível, o que ensejava a medida de rescisão contratual e o planejamento de nova contratação. A atuação descrita pelo responsável foi de simplesmente avaliar todo quadro e dar prosseguimento à proposta da fiscalização de aplicar a penalidade pecuniária ante os reincidentes atrasos na execução da obra e rescindir unilateralmente o contrato.

66. Verifica-se, portanto, que o gestor, ao tempo que exerceu funções no contrato, adotou as medidas que lhe cabiam. O seu cargo era intermediário entre a fiscalização contratual e a Diretoria do Departamento Hidroviário, e logo ao assumir sua função tomou conhecimento do andamento contratual e das falhas cometidas pela contratada e encaminhou a proposta recebida da fiscalização aos seus superiores para prosseguimento do feito.

67. Assim, pelo exposto, **devem-se acatar as razões de justificativa do responsável** visto que o mesmo adotou a conduta necessária para prosseguimento da aplicação da sanção pecuniária à contratada, afastando o nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado final observado de não aplicação da sanção de multa, decisão que dependia de adoção de providências pela alta Administração do DH/SP.

Responsável - Vanessa Regina da Silva Pires, que ocupou o cargo de Diretora Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 27/9/2017 a 3/5/2018.

68. A responsável foi chamada em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese ter sido a responsável máxima pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 12, inciso I, 'c', do Decreto 45.087/2000 do estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

69. A responsável apresentou tempestivamente suas razões de justificativa (peça 86). Informa detidamente a sequência de ações do contrato, visto que são elementos fundamentais para a avaliação de sua atuação.

70. Esclarece que assumiu a função de Diretora do Departamento Hidroviário em 27/9/2017 e que o Consórcio CHTP, contratado, iniciou suas atividades na obra em 23/2/2017 com a emissão da ordem de início dos serviços. Afirma que, segundo o planejamento inicial do Departamento, a ordem de serviço era para ser emitida em novembro de 2016, pois, entre novembro a fevereiro ocorre o período de defeso e os serviços de detonação não podem ser realizados. Entretanto, em razão de atrasos na licitação esse cronograma inicial não pôde ser cumprido.

71. Dessa forma, alega que com o início da mobilização no final de fevereiro de 2017, ao assumir a Diretoria do DH/SP a obra contava com apenas 7 meses de andamento, ante os 29 previstos. À ocasião, a situação contratual era de atraso e a contratada havia sido penalizada com advertência no final do mês de agosto de 2017 e tramitava recurso administrativo dessa decisão, além disso, as partes estavam negociando a 3ª revisão do plano de trabalho e do cronograma físico financeiro da obra.

72. Informa que um mês após o início de sua gestão ocorreu o período de defeso e as partes passaram a negociar um termo aditivo a fim de sanear o andamento contratual. O aditivo foi firmado em 6/4/2018.

73. Acrescenta que, durante as negociações do aditivo, fez constar que nos dois meses subsequentes ao término do período de defeso era imprescindível o acompanhamento rigoroso dos volumes previstos nos novos termos contratuais e caso houvesse o descumprimento, deveriam ser adotadas as medidas cabíveis para recuperação da produtividade. Contudo, pessoalmente, não pôde acompanhar o atingimento dos volumes em razão da sua saída do Departamento Hidroviário.

Análise

74. Verifica-se que o período de gestão da responsável foi de nove meses. Assumiu a Diretoria do DH/SP em um momento em que já havia atraso relevante no contrato, a penalidade de advertência havia sido aplicada cerca de um mês antes de sua nomeação no cargo e ainda tramitava recurso da penalidade.

75. Um mês após sua nomeação sobreveio o período de defeso, em que as atividades principais do contrato, execução de detonações subaquáticas, foram suspensas por 4 meses. Nesse período, conforme relatado, houve a negociação entre as partes para ampliação do prazo da obra e repactuação do cronograma físico-financeiro.

76. Pelo exposto, em razão do período de defeso, a prática de baixo ritmo de execução contratual pela empresa construtora foi cessado logo após um mês da nomeação da responsável, por conta da restrição ambiental prevista no cronograma.

77. Ademais, durante o período de defeso, as partes passaram a negociar o saneamento da execução contratual e, conforme informou o Sr. Osvaldo Padilha em suas manifestações, havia um contexto conciliatório entre as partes. A equipe de auditoria avaliou o 1º termo aditivo e não encontrou irregularidades, os termos eram adequados à situação contratual vigente, sendo que um dos objetivos cruciais do aditivo era repactuação do cronograma físico.

78. O aditivo foi formalizado em 6/4/2018 e a responsável foi exonerada do cargo em 3/5/2018. Avaliando-se o sequenciamento dos fatos, não seria razoável exigir que a responsável conseguisse avaliar se a empresa havia retornado às atividades abaixo do ritmo esperado na repactuação contratual com apenas dois meses após o fim do período de defeso e apenas um mês após a formalização de termo aditivo revisando o cronograma físico.

79. De fato, não há elementos processuais que comprovem a baixa execução no período imediatamente (um mês) após a formalização do aditivo, portanto, não seria exigível conduta diversa, configurando excludente de culpabilidade, razão pela qual as razões de justificativa da Sra. Vanessa Regina devem ser acatadas.

Responsável - Rinaldo Tacola Filho (CPF 987.157.208-53), que ocupou o cargo de Diretor Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 18/2 a 24/6/2019.

80. O responsável foi chamado em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese ter sido o responsável máximo pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 12, inciso I, 'c', do Decreto 45.087/2000 do estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

81. O responsável apresentou suas razões de justificativa (peça 79) tempestivamente. O início da manifestação traz sucintamente parte do histórico contratual no que diz respeito à contratação, as sanções aplicadas e a alteração contratual.

82. Esclarece que, efetivamente, houve a aplicação da primeira sanção de advertência em 15/8/2017, posteriormente, em 6/4/2018, foi celebrado termo aditivo alterando prazo e readeguando a planilha de quantidades, e, diante de novos atrasos, em 13/9/2018, foi instaurado novo procedimento de aplicação de penalidade na modalidade de advertência, a qual não foi efetivada, pois a consultoria jurídica da pasta devolveu o processo em janeiro de 2019 com a sugestão de substituição da aplicação de penalidade de advertência pela de multa.

83. Afirma que, durante a avaliação jurídica do caso e dois meses após a emissão do parecer, de dezembro de 2018 a abril de 2019, o Departamento Hidroviário foi desestruturado em razão da saída de diversos funcionários que atuavam no DH/SP, mas eram cedidos pela Companhia de Energia do Estado de São Paulo (CESP) na ocasião da privatização da empresa de energia.

84. Informa que ao assumir o cargo em meados de fevereiro de 2019, após reuniões com os técnicos, análises e avaliações dos documentos, a situação contratual havia piorado e não havia qualquer possibilidade de conclusão da obra pelo Consórcio CHTP, portanto, visando o resguardo do patrimônio e interesse público, o responsável optou por iniciar o processo de rescisão unilateral e a assunção da obra pela Administração, a fim de evitar a deterioração dos serviços já executados com a redução dos riscos à segurança do sistema de navegação.

85. Acrescenta que a decisão de não aplicar a penalidade concomitantemente com a instauração da rescisão contratual teve a finalidade de promover maior celeridade à resolução do contrato em atenção à preservação dos bens envolvidos e ao resguardo da segurança à navegação.

86. Cita que a despeito de não ter instaurado os dois processos sucessivamente, emitiu notificação à seguradora informando a retenção da apólice para os casos de ressarcimento da Administração de multas ou indenizações.

87. Ademais, adotou o sequenciamento dos procedimentos de rescisão e multa amparado na Orientação Normativa AGU 51, transcrita a seguir (peça 79, p. 4):

A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições. mesmo depois de expirada a vigência contratual.

(Referência: Arts. 57, 69 e 73, §2º, da Lei 8.666, de 1993; Parecer PGFN/CJU/COJLC/No 1759/2010)

88. Por fim, informa que, ao final, a aplicação de multa não pôde ser concluída, pois, o Consórcio CHTP obteve medida judicial protetiva e toda e qualquer aplicação de penalidade está sub judice.

Análise

89. As razões de justificativa apresentadas pelo gestor esclarecem de forma clara a sequência de acontecimento dos fatos e trazem a justificativa do responsável para não instauração do procedimento de aplicação de multa por inexecução contratual.

90. Em suma, as justificativas são: i) o responsável assumiu a função de Diretor do Departamento Hidroviário em um período de reorganização, diversos funcionários anteriormente cedidos da CESP, em razão da privatização da estatal, voltaram para a empresa recém privatizada; ii) após avaliar o quadro geral da obra e diante de uma situação em que a retomada da obra pelo consórcio construtor era irreversível optou por instaurar o processo de rescisão unilateral sem a indicação de multa a fim de promover maior celeridade, garantir a assunção da obra e resguardar os serviços já feitos e a segurança à navegação; e iii) havia previsão legal para aplicação da multa, mesmo após a rescisão contratual.

91. Verifica-se à peça 15, que o responsável iniciou o processo de rescisão unilateral em 10/6/2019, cerca de quatro meses após ter assumido o cargo.

92. Quanto à instauração do procedimento de multa por atrasos na execução contatual, a jurisprudência do TCU segue a linha exposta no voto condutor do Acórdão 2.345/2017-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, exposto a seguir:

(...)

24. A exemplo de minha manifestação ao relatar o Acórdão 2.714/2015-Plenário, considero que o atraso na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, de maneira que o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada.

25. No mesmo sentido, cito o recente Acórdão 981/2017-Plenário, em que o TCU multou o ex-Diretor de Abastecimento e a ex-Presidente da Petrobrás, bem como outros funcionários da Estatal, em razão da omissão na aplicação de sanções diante do atraso na obra de construção das tubovias no Comperj.

26. Sustento que a instauração de processo administrativo para a aplicação de penalidades contratuais é ato administrativo vinculado. Isso porque o poder sancionador é uma prerrogativa detida pela Administração Pública para ser aplicado em benefício da coletividade, na hipótese de descumprimento de deveres por ela impostos. Assim, com fundamento no princípio da legalidade, a Administração é obrigada a submeter-se a todos os comandos que a lei contém, não lhe sendo permitida qualquer conduta que a eles se contraponha. A base legal para aplicação de sanções nos contratos administrativos está disposta nos seguintes artigos da Lei 8.666/1993, dentre outros:

‘Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

(...)

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

(...)

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

(...)

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.'

27. Idêntica conclusão é obtida sobre o prisma do princípio da indisponibilidade do interesse público, que estabelece que a Administração não tem disponibilidade sobre os interesses da coletividade e do povo em geral confiados à sua guarda. Assim, é defeso ao administrador a prática de quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Havendo previsão contratual de aplicação de multa moratória, por exemplo, não pode o gestor deixar de aplicá-la no caso de observar a injusta demora por parte da contratada no cumprimento da obrigação acordada.

(...)

32. Há diversos julgados desta Corte de Contas entendendo pelo caráter vinculante da aplicação de penalidades contratuais, dos quais cito os seguintes Acórdãos: 3.738/2007-Plenário, 1.793/2011-Plenário, 836/201-Plenário, 2.077/2017-Plenário, 887/2010-2ª Câmara, 2.558/2006-2ª Câmara, 754/2015-Plenário, 6.462/2011-1ª Câmara.

93. Conforme se depreende do voto, a instauração de procedimento de aplicação de multa por atraso é ato vinculado quando presentes os elementos para adoção da medida. No caso concreto, como bem afirmou em suas manifestações, já havia indicativo para aplicação de penalidade das instâncias inferiores do Departamento Hidroviário e opinião assertiva da consultoria jurídica para aplicação de multa desde janeiro de 2019.

94. Dessa forma, o responsável detinha fundamentos técnicos e jurídicos suficientes para

instaurar o processo de aplicação de multas e a própria situação do andamento contratual não deixava dúvidas quanto aos atrasos, tanto é que o gestor optou pela rescisão unilateral por inexecução.

95. Assim, os argumentos apresentados pelo responsável não foram suficientes para esclarecer os motivos da não instauração de procedimento de penalização com multa em momento anterior ao processo de rescisão unilateral ou mesmo sucessivamente, **razão pela qual suas razões de justificativas devem ser rejeitadas.**

Responsável - Evandro Torquato Sobrado, que ocupou o cargo de Diretor Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 4/5/2018 a 8/2/2019.

96. O responsável foi chamado em audiência para que se manifestasse sobre o seguinte:

a) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese ter sido o responsável máximo pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 12, inciso I, 'c', do Decreto 45.087/2000 do estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

97. O responsável apresentou suas razões de justificativas (peça 77) tempestivamente. Esclarece que atuou na gestão do contrato primeiro como Diretor do Centro Técnico Operacional, no início da execução contratual, ocasião em que atuou para a aplicação da sanção de advertência à contratada por baixo desempenho na execução da obra, e, em um segundo momento, como Diretor do Departamento Hidroviário, sendo que, entre os dois períodos de sua gestão, o contrato passou por aditivo contratual de prazo e readequação da planilha orçamentária. O quadro linha do tempo constante da peça 77, p. 3, demonstra graficamente seus períodos de atuação no contrato e os fatos relevantes.

98. Afirma que não foi omissivo em sua atuação no contrato, pois com apenas quatro meses de execução do contrato encaminhou aos seus superiores indicação para aplicação de penalidade de advertência e, quando assumiu o cargo máximo no Departamento Hidroviário, diante da continuidade do quadro de inexecução contratual deu início aos trâmites de aplicação de nova penalidade.

99. Esclarece que ao iniciar o andamento de aplicação da segunda penalidade optou por encaminhar nova advertência e não multa por entender que a formalização do 1º termo aditivo havia inaugurado novo cronograma contratual e, portanto, não se tratava de reincidência da inexecução contratual e sim de um novo descumprimento do contrato. O contrato estabelecia que a penalidade de multa seria aplicável no caso de reincidência da mesma desconformidade.

100. Em sua defesa, o responsável traz fundamentos jurisprudenciais que embasam seus argumentos por ter feito a opção. As transcrições (peça 77, p. 6) seguintes sintetizam os argumentos:

16. De impulso, pode-se chegar ao questionamento, neste momento, do porquê não se aplicou de imediato da sanção de multa na contratada e tal acontecimento se explica pelo necessário princípio do 'Devido Processo Legal', o qual deve ser interpretado à luz da Constituição de 1988, principalmente com supedâneo no art. 5º, incisos LIV e LV, os quais consagram a exigência de um processo formal regular antes de a administração tomar decisões que tragam gravame e possam atingir a liberdade e a propriedade.

17. Nota-se ainda que o contrato fora repactuado com a assinatura do aditivo e com isto se fez necessário outra observação, de outro princípio insito à Administração Pública, agora o da 'Proporcionalidade'. Se o caso da lentidão da mobilização no contrato original ensejou a aplicação de 'Advertência', proporcional seria no contrato repactuado em prazo, e com motivação idêntica, instaurar um processo de idêntica sanção, para só após, a aplicação da sanção almejada pela equipe de auditoria do TCU, a pecuniária.

101. Assim, afirma que de maneira alguma foi omissa em relação ao atraso constatado na obra, o que afastaria sua conduta irregular. Indica que não há nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado observado da não aplicação da multa e cita jurisprudência do TCU nesse sentido.

102. Acrescenta também o Decreto Federal 9.830/2019, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segundo essa regulamentação, a penalização de agente público necessita da comprovação da atuação com dolo ou erro grosseiro, o que não ocorreu no caso concreto, pois a conduta omissiva descrita no relatório se transmutou em mero erro de interpretação entre aplicar nova advertência ou multa.

103. Por fim, o responsável informa que, ao final da sua gestão, houve o desmonte do Departamento Hidroviário com o retorno de diversos funcionários a sua empresa de origem ao ponto em que o responsável foi o único servidor com curso superior atuando no Departamento Hidroviário.

Análise

104. Pelo exposto nas razões de justificativa, o responsável busca afastar sua omissão na condução da gestão contratual e do Departamento Hidroviário, informando que tratou de aplicar penalidades ao Consórcio contratado em duas oportunidades.

105. Quanto à primeira advertência evidentemente foi aplicada com razoável celeridade com apenas quatro meses de execução contratual ante o prazo contratual inicial de 29 meses, assim que restou configurada baixa mobilização. À época, o gestor não ocupava a Diretoria do Órgão. Quanto a essa atuação não houve contestações.

106. Pode-se afirmar ainda que sua atuação na segunda tentativa de penalização foi compatível com o período em que esteve a frente do Departamento Hidroviário. Após a celebração do termo aditivo ao contrato em 6/4/2018, o responsável assume a Diretoria do DH/SP em 4/5/2018, ante a continuidade da conduta faltosa do consórcio contratado, em setembro de 2018 o responsável notificou a empresa sobre nova sanção e, em outubro de 2018, instaurou o processo para aplicação de nova advertência.

107. Justifica que a opção de nova advertência ocorreu em um contexto após a formalização de termo aditivo que tinha como objetivo o saneamento da execução contratual e novo cronograma. A justificativa possui razoabilidade, pois havia margem para interpretação sobre qual penalidade aplicar na situação corrente. Contudo, verificou-se que o andamento desse processo de penalização teve prosseguimento e a consultora jurídica entendeu ser o caso de aplicação de multa, conforme destacado no parecer da consultoria jurídica da Secretária de Logística do estado de São Paulo (peça 81, p. 7),

Considerando-se a subcláusula 15.2.2 do contrato nº DH-128/2017, recomendo que a Pasta certifique a informação lançada às fls. 1504/15043 sobre a desconsideração da penalidade anterior. Isso porque a referida subcláusula prevê a penalidade de multa para os casos de reincidências dos casos punidos por advertência.

108. Esse parecer foi emitido em 14/1/2019, ocasião em que o responsável ainda respondia pelo Departamento Hidroviário e poderia ter retificado o curso da sanção com nova notificação à contratada inaugurando ainda em sua gestão o rito para aplicação da sanção pecuniária, tal providência mostrava-se ainda mais necessária para garantir a continuidade da sanção em um contexto de desmonte e reorganização do Órgão.

109. A não adoção dessa providência, de caráter vinculado, conforme jurisprudência transcrita no item 92 desta instrução, antes de sua saída do cargo contribuiu para a descontinuidade da ação de aplicação de multa, portanto, **suas razões de justificativa devem ser rejeitadas.**

CONCLUSÃO

110. Foram avaliadas na instrução as razões de justificativas dos responsáveis arrolados nos autos em razão do cometimento de irregularidades na execução do Contrato DH 128/2017,

referente às obras de redução de gargalos e ampliação da Hidrovia Tietê-Paraná no trecho a jusante da eclusa de Nova Avanhandava.

111.O Consórcio (CHTP) contratado para execução das obras apresentou baixo desempenho na execução, o que, passados 2 anos de obras, culminou na instauração de processo de rescisão unilateral por inexecução contratual.

112.O contrato passou por exame de auditoria, no âmbito do Fiscobras 2019, e foram constadas as irregularidades de não aplicação de sanção pecuniária à contratada, diante dos atrasos reiterados na execução das obras, e da emissão por um dos gestores do contrato de declaração de bom andamento, sem ressalvas, a pedido do consórcio para renovação da apólice de seguros, quando a situação de atraso já era evidente e inclusive já havia sido aplicada sanção de advertência por baixo desempenho.

113.A instrução preliminar de oitiva do Departamento Hidroviário (peça 34) concluiu pela necessidade de realização de audiência dos fiscais do contrato, gestores locais e dos Dirigentes máximos do Departamento Hidroviário.

114.As razões de justificativas dos Senhores Marcos Vinicius Silva Victorino (itens 22 ao 34 da seção exame técnico), Pedro Victoria Júnior (itens 35 a 38 da seção exame técnico), Marco Antonio de Araújo (itens 60 ao 67 da seção exame técnico) e Vanessa Regina da Silva Pires (itens 68 ao 79 da seção exame técnico) foram avaliadas e propôs-se acatá-las.

115.As razões de justificativas dos Senhores Rinaldo Tacola Filho (itens 80 ao 95 da seção exame técnico) e Evandro Torquato Sobrado (itens 96 a 109 da seção exame técnico) foram avaliadas e propôs-se rejeitá-las, assim, face à reprovabilidade de suas condutas será proposta a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

116.Quanto ao Senhor Osvaldo Padilha Júnior, pelos motivos expostos aos itens 39 ao 59 da seção exame técnico, propõe-se **rejeitar as razões de justificativas em relação ao item b.1.1** da audiência: emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do Consórcio construtor, em 2/4/2018, em que pese a ocorrência de verificado e reiterado descumprimento contratual, provocando desvios relevantes no cronograma das obras, tendo, inclusive, havido a emissão de notificações e advertências pelo baixo desempenho e posterior instrução de processo de rescisão contratual unilateral, pela Administração, em afronta aos princípios da moralidade e da boa-fé; e **acatar as razões de justificativa em relação ao item b.1.2** da audiência: não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese as atribuições dadas no art. 7º do Decreto 45.087/2000, do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

117.Assim, face à reprovabilidade da conduta do Sr. Osvaldo Padilha Júnior será proposta a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

118.Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) **acatar as razões de justificativa** dos Srs. Pedro Victoria Junior (CPF 045.686.178-55) e Marco Antonio de Araújo (CPF 075.122.558-45), que ocuparam o cargo de Diretor do Centro Técnico-Operacional do DH/SP de 12/3/2014 a 2/4/2017 e de 8/4 a 28/11/2019, respectivamente; do Sr. Marcos Vinicius Silva Victorino (CPF 470.354.129-72), fiscal do Contrato DH-128/2017 nos períodos de 10/2 a 27/11/2017, de 21/5 a 31/12/2018 e a partir de 12/4/2019; e da Sra. Vanessa Regina da Silva Pires (CPF 173.080.998-73) Diretora Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 27/9/2017 a 3/5/2018;

b) **rejeitar parcialmente as razões de justificativas** do Sr. Osvaldo Padilha Junior (CPF 037.169.338-13), Diretor do Centro Técnico Operacional do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do Estado de São Paulo de 18/12/2017 a 17/5/2018; e **aplicar-lhe a multa** prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso II, do

Regimento Interno, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

*c) **rejeitar as razões de justificativa** do Sr. Evandro Torquato Sobrado (CPF 150.744.588-11), Diretor Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 4/5/2018 a 8/2/2019; e do Sr. Rinaldo Tacola Filho (CPF 987.157.208-53), Diretor Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo de 18/2 a 24/6/2019; **aplicar-lhes a multa** prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;*

d) autorizar o pagamento das dívidas acima em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, caso solicitado, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

e) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações”.

5. O titular da unidade técnica manifestou-se (peça 101) de acordo com a proposta apresentada pelo auditor, sem prejuízo das seguintes considerações:

“Não obstante, entendo se fazer necessário trazer à consideração alguns fatos relacionados à responsabilização dos Srs. Evandro Torquato Sobrado e Rinaldo Tacola Filho, ambos na condição de Diretor-Geral do Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transporte do Estado de São Paulo.

No caso do Sr. Evandro Torquato Sobrado, conforme bem explanado na derradeira instrução, ainda que houvesse margem para interpretação sobre qual penalidade aplicar no contrato, a consultoria jurídica emitiu parecer alertando para a previsão contratual de aplicação de multa para os casos de reincidência dos casos punidos com advertência. Como o parecer foi emitido em 14/1/2019, o citado responsável, que ainda respondia pelo referido departamento, poderia ter retificado o curso da sanção, a fim de inaugurar o rito para aplicação de sanção pecuniária.

Ocorre que esse gestor permaneceu no cargo até 8/2/2019, ou seja, apenas mais 25 dias após a emissão do referido parecer jurídico. Assim, em atenção ao art. 22 do Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que preceitua que devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, passa-se a tecer as seguintes ponderações.

Vale lembrar que se tratavam de vultosos investimentos, de cerca de R\$ 181 milhões no contrato sob exame, que demandavam do dirigente máximo o acompanhamento e conhecimento próximo de todas as ocorrências relevantes. Assim, era esperado do gestor a adoção de medidas tempestivas para questão tão relevante como essa relacionada ao processo de aplicação de penalidade, como a reformulação do seu posicionamento para aplicação de multa à contratada em virtude da reincidência do fato que gerou a primeira advertência. Além disso, as alegações relativas à saída de diversos profissionais de nível superior do departamento não foram acompanhadas de evidência. Dessa forma, coaduno-me com a proposta de rejeição das justificativas apresentadas.

Não obstante, creio haver dois atenuantes a serem levados em consideração na dosimetria da eventual multa. A primeira está relacionada ao já mencionado fato de que o ex-dirigente havia determinado a notificação à empresa em procedimento de aplicação de penalidade (ainda que não pecuniária), o que demonstra que não ficou completamente omissa em seu dever de atuar quanto ao descumprimento contratual por parte da construtora.

O segundo, embora não tenha sido arguido pelo responsável, está relacionado ao tempo de 25 dias passado entre a emissão do parecer da consultoria jurídica e a sua exoneração. Apesar de este tempo poder ter sido suficiente para a reforma de seu posicionamento, não se pode afirmar que foi tão demasiado para caracterizar desídia na sua conduta.

Quanto ao Sr. Rinaldo Tacola Filho, alinho-me à análise no sentido de que não prosperam as razões de justificativa apresentadas, pois a intenção de dar celeridade à rescisão não justifica a falta de adoção de providência para ao menos instaurar o procedimento de aplicação de multa.

Não obstante, também vislumbro um atenuante em sua conduta, qual seja o de notificar a da seguradora quanto à retenção da apólice para ressarcimento da Administração de multas ou indenizações, o que demonstra que havia ao menos uma preocupação e intenção de em algum momento futuro proceder à aplicação das multas contratuais”.

É o relatório.

VOTO

Trata-se do relatório da auditoria de conformidade realizada no âmbito do Fiscobras 2019, no período de 1º/7/2019 a 16/8/2019, junto ao Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do estado de São Paulo – DH/SP e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, com o objetivo de fiscalizar as obras de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava e de execução de melhorias no canal de acesso da Eclusa de Ibitinga, ambas na Hidrovia do Rio Tietê, no estado de São Paulo.

2. Para a execução das obras de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava, o DH/SP celebrou o Contrato DH-128/2017, em 10/2/2017, com o Consórcio Hidrovia Tietê-Paraná (CHTP), composto pelas empresas Construtora Queiroz Galvão SA e Cetenco Engenharia SA, no valor inicial de R\$ 181.498.267,59 e vigência de 29 meses.

3. Já para as obras de melhoria do canal de montante da eclusa de Ibitinga, a entidade celebrou o Contrato DH-142/2019, em 13/3/2019, com a empresa ETC Empreendimentos e Tecnologia em Construções Ltda., no valor de R\$ 9.279.761,18 e vigência de 13 meses.

4. Durante a fiscalização, não foram apuradas irregularidades no Contrato DH-142/2019. Todavia, em relação ao Contrato DH-128/2017, identificaram-se os seguintes achados de auditoria: a) baixo ritmo de execução da obra, em virtude da mobilização insuficiente de recursos e do desempenho insatisfatório do consórcio contratado, que, ao final, originou processo de rescisão unilateral do contrato pelo DH/SP; b) declaração pelo DH/SP, em 2/4/2018, depois de 14 meses da emissão da ordem de serviços para o início das obras, de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio contratado, a qual não refletia as reais condições da execução contratual à época, visto que o desvio relevante do cronograma já restava configurado.

5. Nesta etapa processual, analisam-se as respostas às audiências abaixo descritas, efetuadas junto aos responsáveis após o aprofundamento do exame dos achados de auditoria no Contrato DH-128/2017:

a) Osvaldo Padilha Junior, Diretor do Centro Técnico Operacional do DH/SP no período de 18/12/2017 a 17/5/2018, em razão da:

a.1) emissão de declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do Consórcio construtor, em 2/4/2018, em que pese a ocorrência de verificado e reiterado descumprimento contratual, provocando desvios relevantes no cronograma das obras, tendo, inclusive, havido a emissão de notificações e advertências pelo baixo desempenho e posterior instrução de processo de rescisão contratual unilateral, pela Administração, em afronta aos princípios da moralidade e da boa-fé;

a.2) não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese as atribuições dadas no art. 7º do Decreto 45.087/2000, do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia;

b) Vanessa Regina da Silva Pires, Evandro Torquato Sobrado e Rinaldo Tacola Filho, Diretores Gerais do DH/SP no período de 27/9/2017 a 3/5/2018, 4/5/2018 a 8/2/2019 e 18/2 a 24/6/2019, respectivamente, em razão da não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras, em que pese terem sido os responsáveis máximos pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 12, inciso I, “c”, do Decreto 45.087/2000 do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia;

c) Pedro Victoria Junior e Marco Antonio de Araújo, Diretores do Centro Técnico-Operacional do DH/SP durante a vigência do contrato DH-128/2017, no período de 12/3/2014 a 2/4/2017 e de 8/4 a 28/11/2019, respectivamente, em razão da não adoção de providências para a aplicação de sanções pecuniárias à contratada faltosa, ante os reiterados atrasos na execução das obras,

em que pese terem sido os responsáveis máximos pela gestão do contrato e por zelar pelo cumprimento de prazos fixados para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme o art. 7 do Decreto 45.087/2000 do Estado de São Paulo, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia;

d) Marcos Vinicius Silva Victorino, fiscal do Contrato DH-128/2017 nos períodos de 10/2 a 27/11/2017, 21/5 a 31/12/2018 e a partir de 12/4/2019, por não ter tomado as medidas de sua alçada com vistas à aplicação de sanções pecuniárias à construtora responsável pelos atrasos na execução das obras, em afronta à Cláusula Décima Quinta do Contrato DH-128/2017, à jurisprudência do TCU e pondo em risco a navegabilidade e segurança da hidrovia.

6. Em sua instrução de mérito (peça 99), a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária – SeinfraPortoFerrovia propôs a rejeição das razões de justificativas apresentadas pelo Sr. Osvaldo Padilha Júnior em relação à audiência consignada no subitem 5.a.1 acima e pelos Srs. Rinaldo Tacola Filho e Evandro Torquato Sobrado, com a aplicação aos três responsáveis da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Quanto aos demais, propôs o acolhimento das defesas apresentadas.

7. Antes de adentrar no exame dessa proposta, faço, a seguir, um breve histórico dos principais acontecimentos envolvendo a execução do Contrato DH-128/2017, para melhor compreensão dos fatos:

- dois meses após a emissão da ordem de início dos serviços, em 23/2/2017, a fiscalização do contrato notificou o consórcio sobre o descumprimento de prazos contratuais, com recomendação para recuperação do descompasso ocorrido entre o andamento das obras e o cronograma físico-financeiro aprovado, tendo posteriormente sugerido às instâncias superiores do DH/SP, em 26/6/2017, a aplicação de sanção ao consórcio contratado em razão da baixa execução contratual;

- em 15/8/2017, o DH/SP notificou o consórcio contratado da penalidade de advertência por conta de inexecução contratual, em virtude de atrasos no andamento das obras;

- em 2/4/2018, decorridos 14 meses da emissão da ordem de início dos serviços, o DH/SP emitiu uma declaração de bom andamento dos trabalhos para as duas empresas do consórcio, com avanço de 8,5% das obras, não obstante o cronograma pactuado previsse à época o avanço de 45%;

- em 6/4/2018, dois dias depois dessa declaração, foi celebrado termo aditivo ao contrato repactuando o cronograma físico e alterando o prazo de vigência contratual para 33 meses, com término previsto em 22/11/2019, bem como readequando a planilha dos quantitativos previstos, com impacto financeiro de R\$ 10.166.639,56, equivalente a um acréscimo percentual de 5,60%;

- em 13/9/2018, diante de novos atrasos no andamento das obras, foi instaurado novo procedimento de aplicação de penalidade de advertência ao consórcio contratado;

- em 12/12/2018, o consórcio contratado sugeriu a rescisão amigável do contrato, tendo por justificativa alegadas indefinições do projeto e a demora do DH/SP em saná-las;

- em 14/1/2019, o órgão jurídico do DH/SP manifestou-se pela substituição da aplicação de penalidade de advertência pela de multa;

- até maio de 2019, data da última medição do contrato, o valor acumulado pago ao consórcio contratado foi de R\$ 44.940.797,38, equivalente à execução física de 23,45% do total;

- em 10/6/2019, foi determinada a instauração do procedimento de rescisão unilateral do contrato, sob o fundamento da não adoção de medidas pelo consórcio contratado para regularização da execução dos serviços e conclusão das obras nos prazos estabelecidos, e a posterior aplicação das penalidades de multa e suspensão de contratar, em decorrência da rescisão;

- em julho de 2019, o consórcio contratado ajuizou Ação Declaratória de Rescisão Contratual junto à 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (Processo 1033867-41.2019.8.26.0053), visando à declaração judicial de rescisão contratual por culpa da Administração Pública, sob a alegação de que o DH/SP não teria cumprido as disposições da Lei 8.666/1993, inclusive em relação ao atraso no pagamento dos serviços há mais de 90 dias, e de que o projeto seria

“impossível de ser executado”, tendo o contratante dificultado os seus trabalhos desde o início das obras;

- em agosto de 2019, o consórcio contratado obteve, em segunda instância, tutela antecipada para suspender o trâmite do processo administrativo iniciado pelo DH/SP, a execução da garantia oferecida, a eventual aplicação de pena e a liberação de valores indevidamente retidos;

- desde então, o processo de rescisão e aplicação de penalidade ao consórcio contratado segue aguardando os encaminhamentos do processo judicial.

8. Dito isso, manifesto, de pronto, minha concordância com o exame empreendido pela unidade técnica, cuja argumentação incorporo às minhas razões de decidir, com exceção da questão afeta à aplicação de sanção aos responsáveis.

9. Com efeito, relativamente à não instauração de procedimento visando à aplicação de multa ao consórcio contratado por inexecução contratual, apurou-se que Marcos Vinicius Silva Victorino atuou de forma proativa e diligente no exercício de suas atribuições de fiscal do contrato, intercedendo junto ao consórcio contratado com vistas ao bom andamento das obras e noticiando às instâncias superiores o baixo desempenho da execução contratual, com indicação de aplicação de penalidades.

10. Quanto a Marco Antonio de Araújo, constatou-se a adoção de providências de sua alçada visando ao encaminhamento às instâncias superiores da proposta apresentada pela fiscalização da obra de aplicação de penalidade pecuniária ao consórcio contratado e de rescisão contratual.

11. Já para Vanessa Regina da Silva Pires, Pedro Victoria Junior e Osvaldo Padilha Júnior, verificou-se o curto período de atuação desses dirigentes à frente da gestão contratual e/ou a não caracterização de atrasos relevantes/inconformidades suficientes para a aplicação de multa ao consórcio contratado durante as respectivas gestões.

12. Assim, sigo a linha demonstrada pela SeinfraPortoFerrovia no sentido de acolher as defesas apresentadas por esses responsáveis em relação à ocorrência em tela.

13. No caso de Rinaldo Tacola Filho e Evandro Torquato Sobrado, restou demonstrado que, como dirigentes máximos da entidade, tais responsáveis agiram em desconformidade com o regramento legal e com as cláusulas contratuais ao não adotarem providências visando à aplicação de multa ao consórcio contratado durante suas gestões, não obstante a existência de pareceres técnicos e jurídicos opinando nesse sentido desde janeiro de 2019.

14. De fato, conforme assentado no precedente citado pela unidade técnica (Acórdão 2.345/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler), *“a instauração de processo administrativo para a aplicação de penalidades contratuais é ato administrativo vinculado. Isso porque o poder sancionador é uma prerrogativa detida pela Administração Pública para ser aplicado em benefício da coletividade, na hipótese de descumprimento de deveres por ela impostos. Assim, com fundamento no princípio da legalidade, a Administração é obrigada a submeter-se a todos os comandos que a lei contém, não lhe sendo permitida qualquer conduta que a eles se contraponha”*, sendo que a base legal para aplicação de sanções nos contratos administrativos está disposta nos arts. 58, 80, 81, 86 e 87 da Lei 8.666/1993, dentre outros.

15. Destarte, assiste razão à unidade técnica quando afirma que não se pode acolher as justificativas ofertadas por esses responsáveis para a ocorrência em exame.

16. Passando à segunda ocorrência objeto de audiência, relativa à emissão de declaração destoante da realidade contratual na época de sua emissão, imputada a Osvaldo Padilha Júnior, concluiu-se pela reprovação da conduta do responsável, notadamente diante de um contexto de baixo desempenho do consórcio contratado, que acabou por culminar com a ação de rescisão unilateral do contrato.

17. Na mesma linha defendida pela SeinfraPortoFerrovia, entendo que as justificativas apresentadas para tal conduta não lograram justificá-la.

18. Como conclusão do presente exame, seria o caso de se apenar os Srs. Rinaldo Tacola Filho, Evandro Torquato Sobrado e Osvaldo Padilha Júnior com multa.

19. Todavia, a meu ver, os três casos em análise guardam peculiaridades que devem ser consideradas por este Tribunal ao avaliar se as falhas observadas seriam suficientes para ensejar a adoção dessa medida.
20. Como colocou o titular da SeinfraPortoFerrovia, não obstante a prática de falhas procedimentais, as defesas apresentadas demonstram diversas atenuantes para as condutas questionadas.
21. No caso do Sr. Evandro Torquato Sobrado, o responsável havia determinado a notificação do consórcio contratado em procedimento de aplicação de penalidade (ainda que não pecuniária), o que evidencia que não ficou completamente omissos em seu dever de atuar quanto ao descumprimento contratual por parte do consórcio contratado.
22. Outrossim, na época, havia margem para interpretação sobre qual penalidade aplicar ao consórcio contratado (advertência em vez de multa), haja vista que o contrato estabelecia que a penalidade de multa seria aplicável no caso de reincidência da mesma desconformidade e que a formalização do 1º termo aditivo havia inaugurado novo cronograma contratual, de forma que os atrasos em relação a esse novo cronograma poderiam ser interpretados como novo descumprimento do contrato, e não como reincidência da inexecução contratual.
23. Havia, também, questionamentos do consórcio contratado defendendo a existência de falhas de projeto e a demora do DH/SP para saná-las, o que teria contribuído para os atrasos nas obras, em função do que, inclusive, teria solicitado a rescisão amigável do contrato.
24. Ademais, esse gestor permaneceu no cargo somente por mais 25 dias após o parecer da consultoria jurídica pela aplicação de multa para os casos de reincidência dos casos punidos com advertência, tempo esse que, não obstante possa ser considerado suficiente para a reforma de seu posicionamento, não é tão demasiado para caracterizar desídia na sua conduta.
25. Quanto ao Sr. Rinaldo Tacola Filho, também se vislumbra uma atenuante em sua conduta, qual seja, a de notificar a seguradora, tão logo o consórcio contratado foi informado sobre a instauração do processo de rescisão unilateral do contrato, quanto à retenção da apólice de seguro a fim de resguardar a Administração para o recebimento de eventuais saldos contratuais e sanções pecuniárias, o que demonstra que havia, ao menos, uma preocupação e intenção de, em algum momento futuro, proceder à aplicação das multas contratuais.
26. Outrossim, adotou o sequenciamento dos procedimentos de rescisão e multa amparado na Orientação Normativa AGU 51, a qual previa a possibilidade de aplicação da multa mesmo após a rescisão contratual, **in verbis**: “*A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições. mesmo depois de expirada a vigência contratual*”.
27. Em se tratando do Sr. Osvaldo Padilha Júnior, a emissão da declaração se deu concomitante aos trâmites de aditamento contratual, ou seja, em um contexto conciliatório entre as partes, de busca de alternativas para o alcance do objetivo estabelecido e, por conseguinte, o atendimento do interesse público, qual seja, a retomada do ritmo de execução contratual para a entrega da obra de ampliação e redução de gargalos na Hidrovia Tietê Paraná, não tendo sido apurados indícios de conluio ou má fé por parte dos envolvidos.
28. Há de se destacar, ademais, a inoccorrência de prejuízos financeiros ao erário em decorrência das irregularidades levantadas por ocasião da auditoria realizada.
29. Diante disso, entendo que seria de rigor desproporcional às ocorrências apuradas aplicar multa aos Srs. Evandro Torquato Sobrado, Rinaldo Tacola Filho e Osvaldo Padilha Júnior, razão pela qual, em que pese rejeitar as defesas apresentadas, deixo de adotar tal medida.
30. Considero, também, para fins de não aplicação de sanção aos responsáveis, a regra prevista no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao avaliar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo. Neste caso específico, o quadro era de conflitos envolvendo a capacidade técnico-operacional do consórcio contratado, a exequibilidade dos preços acertados, a correção dos projetos e o planejamento das obras, entre outras

questões, em que se buscou, em uma relação de conciliação, a realização de ajustes contratuais a fim de permitir a entrega, ainda que tardia, do bem público pretendido e, com isso, resguardar a segurança à navegação.

Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Egrégio Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de maio de 2021.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

ACÓRDÃO Nº 1218/2021 – TCU – Plenário

1. Processo: TC 018.433/2019-7.
2. Grupo: II; Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Congresso Nacional.
 - 3.2. Responsáveis: Evandro Torquato Sobrado (150.744.588-11); Marco Antonio de Araújo (075.122.558-45); Marcos Vinicius Silva Victorino (470.354.129-72); Osvaldo Padilha Junior (037.169.338-13); Pedro Victoria Junior (045.686.178-55); Rinaldo Tacola Filho (987.157.208-53); Vanessa Regina da Silva Pires (173.080.998-73).
4. Órgãos/Entidades: Ministério da Infraestrutura, Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do Estado de São Paulo – DH/SP e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária – SeinfraPortoFerrovia.
8. Representação legal: Carlos Alberto da Silva (OAB/SP 147.001), representando Osvaldo Padilha Junior.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia o relatório da auditoria de conformidade realizada, no âmbito do Fiscobras 2019, junto ao Departamento Hidroviário da Secretaria de Logística e Transportes do estado de São Paulo – DH/SP e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, com o objetivo de fiscalizar as obras de ampliação do canal de navegação a jusante da eclusa de Nova Avanhandava e de execução de melhorias no canal de acesso da Eclusa de Ibitinga, ambas na Hidrovia do Rio Tietê, no estado de São Paulo,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. acatar as razões de justificativas apresentadas por Vanessa Regina da Silva Pires, Pedro Victoria Junior, Marco Antonio de Araújo e Marcos Vinicius Silva Victorino;
 - 9.2. rejeitar parcialmente as justificativas apresentadas por Osvaldo Padilha Júnior, sem, contudo, aplicar-lhe multa, pelas razões expostas no voto condutor desta decisão;
 - 9.3. rejeitar as razões de justificativas apresentadas por Rinaldo Tacola Filho e Evandro Torquato Sobrado, sem, contudo, aplicar-lhes multa, pelas razões expostas no voto condutor desta decisão;
 - 9.4. arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal.
10. Ata nº 18/2021 – Plenário.
11. Data da Sessão: 26/5/2021 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1218-18/21-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Raimundo Carreiro, Vital do Rêgo e Jorge Oliveira.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral