

TC 011.101/2003-6

Apensos: TC 009.183/2005-2; 004.714/2004-5; 006.128/2006-3; 008.535/2007-7; 011.137/2008-0; 007.766/2009-6; 008.949/2010-7; 018.588/2007-4; 027.720/2007-8.

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidades Jurisdicionadas: Prefeitura Municipal de Guarulhos/SP, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (extinta)

Responsáveis: Construtora Oas Ltda, Airtton Tadeu de Barros Rabello, **Alexandre Lobo de Almeida, Artur Pereira Cunha, Carlos Eduardo Corsini, Douglas Leandrini, Eloi Alfredo Pieta, Fernando Antonio Duarte Leme, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Jovino Cândido da Silva, Kimei Kunyoshi, Roberto Yoshiharu Nisie, Sueli Vieira da Costa, Valdir Antonucci Minto, Vania Moura Ribeiro.** **Advogados:** Carlos Eduardo Moreira Valetim, OAB/SP 231.500, Luís Justiniano de Arantes Fernandes, OAB/DF 2.193/A, e outros. (Anexos 3 e 14)

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) decorrente da conversão de processo de Levantamento de Auditoria (Relatório de Auditoria 331/2003) realizado nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos/SP, objeto do Contrato 39, de 30/6/1999, celebrado entre o Município e a Construtora OAS Ltda., pelo valor inicial de R\$ 78.143.106,71 (Junho/1999). Nesse momento, avalia-se nova manifestação apresentada pela Construtora OAS Ltda., em 8/5/2013.

HISTÓRICO

2. O histórico de todo o processo é detalhado na última instrução técnica desta Secretaria (peça 15, p. 16, a peça 16, p. 50, do processo digitalizado).

3. Resume-se que a TCE foi determinada pelo Acórdão 355/2007-TCU-Plenário (peça 10, p. 257-258) e tem como objeto a apuração de superfaturamento em razão do pagamento de serviços em contrato que sofreu desequilíbrio econômico-financeiro por modificações nos quantitativos inicialmente previstos, gerando débito perante a União.

4. Na referida instrução, foram analisadas as razões de justificativa e as alegações de defesa apresentadas pela Construtora OAS e demais responsáveis. Concluiu-se pela existência de superfaturamento decorrente, principalmente, do sobrepreço unitário e do aumento de quantitativos no serviço de “remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km (item 01.04)”, o qual representa cerca de 95% do superfaturamento total de R\$ 6.802.293,15 (data base junho/1999).

5. Na sequência do processo, em 26/06/2012, o Ministério Público junto ao TCU manifestou concordância com a proposta desta Secretaria (peça 49).

6. Em 8/2/2013, alegando como fato superveniente ter tido acesso à documentação que até então estava apreendida pelo Poder Judiciário, a OAS solicitou prazo de noventa dias para apresentação de nova manifestação (peça 66).

7. O pedido foi analisado pelo Ministro Relator, que, considerando os princípios do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado e da busca da verdade material e ainda a legitimidade das razões invocadas pela interessada, deferiu, excepcionalmente, o prazo de 90 dias para apresentação de elementos adicionais de defesa. A manifestação foi então entregue pela Construtora OAS em 08/5/2013, dentro do prazo estabelecido.

8. Dessa forma, a presente instrução objetiva analisar apenas os novos argumentos trazidos pela Construtora OAS em manifestação posterior à última análise desta Secretaria.

EXAME TÉCNICO

9. Conforme informado, a presente instrução tem como objetivo analisar apenas os novos argumentos trazidos pela Construtora OAS Ltda. em 8/5/2013, em manifestação posterior à última análise técnica desta Secretaria, concluída em 29/12/2011.

I. Dos argumentos para apresentação de nova manifestação

10. Inicialmente esclarece-se que, para que essa nova manifestação fosse recebida nos autos, os representantes da Construtora argumentaram que “após prolongada discussão judicial, os documentos de propriedade da Requerente lhe foram devolvidos em 29 de janeiro do corrente, sendo certo que, neste momento, reúne condições de se defender, adequadamente, dos apontamentos que lhe são irrogados neste processo”.

11. Nesse sentido, diante **deste fato superveniente**, solicitou “prazo suficiente para exercer, com plenitude, seu direito de defesa e em tempo compatível com a complexidade da causa e com a extensa quantidade de documentos e informações a analisar e processar”.

12. A Construtora, por meio de seus representantes, ainda afirma que “para garantia de seus direitos, apresentou **defesa exclusivamente jurídica**, ressaltando, desde sempre, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a oportuna apresentação de nova manifestação quando lhe fosse franqueado acesso aos documentos que lhe foram tomados”. Acrescenta que “ainda não teve a oportunidade de efetivamente apresentar **defesa técnica**, tendo se limitado a apontar nulidades processuais e questões de ordem.

13. Resume-se então que, para a apresentação de uma nova manifestação, a Construtora OAS Ltda., por meio de seus representantes legais, alegou a existência de fato superveniente, consubstanciado na liberação dos documentos que estavam apreendidos, e a possibilidade de apresentação de defesa técnica, uma vez que até então sua defesa teria sido exclusivamente jurídica.

II. Da análise dos argumentos para apresentação de nova manifestação

14. Antes de adentrar na análise da documentação apresentada, ressalta-se que esta é a **quinta manifestação** apresentada pela Construtora OAS Ltda. no âmbito desse processo, sendo que quatro delas são alegações de defesa decorrentes das citações, relacionadas, portanto, à apuração do débito.

15. A primeira dessas quatro é relativa ao débito até a 32ª medição e compõe o Anexo 11. A segunda engloba os valores relativos aos débitos da 33ª a 42ª medição e está anexada às fls. 2279-2334 do vol. 11, 2337-2519 do vol. 12 e 2522-2539 do vol. 13. A terceira defesa foi apresentada após o refazimento das citações, em razão da alteração da responsabilidade dos servidores e está inserida no Anexo 13, fls. 48-100. A última é a apresentada neste momento.

16. Anteriormente, no âmbito dessas defesas, a Construtora OAS apresentou, entre outros argumentos, três relatórios técnicos no intento de demonstrar a inexistência de sobrepreço. O

primeiro deles do Engenheiro Jaime Vicente Caserta Scatena, contratado pela própria OAS (fls. 270-288 do vol. 1 do Anexo 11). O segundo do Prof. Hélio de Souza Ricardo, anexos às fls 298-306 do Anexo 11 e o terceiro da PINI Serviços de Engenharia, anexo às fls. 2372-2540 dos vol. 12 e 13. Todos foram analisados no escopo da última instrução desta Secretaria.

17. Desta forma, não se pode dizer que as defesas anteriores da Construtora OAS tiveram caráter exclusivamente jurídico. Pelo contrário, foram vários os argumentos e relatórios técnicos apresentados e todos eles considerados nas análises anteriores. No relatório da PINI Serviços de Engenharia, inclusive, foram apresentadas composições de serviços para todos aqueles que foram questionados por este Tribunal, sendo cada uma delas analisada separadamente nos Anexos II e III da última instrução.

18. Já com relação ao segundo argumento da Construtora para apresentação de nova manifestação, relativo ao fato superveniente consubstanciado na liberação dos documentos que estavam apreendidos pelo poder judiciário, observa-se que os argumentos trazidos aos autos agora não apresentam relação com esses documentos que estavam apreendidos.

III. Da análise dos argumentos apresentados na nova manifestação

19. Em suma, a Construtora argumenta:

a) que não há possibilidade jurídica de se exigir a utilização da tabela Sicro ou Sinapi como referência de preços para esse contrato, uma vez que a determinação legal é posterior a ele;

b) que a eficiência dos equipamentos de transporte de material de bota-fora adotada pela então Secob 3 (agora SecobEnergia) em sua última instrução, não é adequado para a realidade local;

c) que a velocidade média de transporte de material de bota-fora foi demonstrada em relatório técnico anterior e não corresponde à velocidade adotada pela Secob em sua última instrução;

d) que o fato de não ter ocorrido a remoção integral até o início da execução contratual consistiu, sim, fato imprevisto, decorrente de motivo de força maior, incontornável pela vontade isolada da Requerente, diferente do que entendeu a Secob na última instrução;

e) que, ao contrário do que informou a Secob em sua última instrução, a responsabilidade pela obtenção da licença ambiental dos locais usados como bota-fora é de seu proprietário ou administrador, não podendo a requerente ser onerada como se fosse "substituta" destes na obtenção da licença;

f) que a tomada de preços limita-se a analisar o sobrepreço do item de serviço referente ao transporte de carga até 20km e não engloba os demais serviços questionados.

20. Além dos argumentos citados, a Construtora apresentou um novo demonstrativo do efetivo custo do serviço relativo ao item "01.04 Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km - (m3)" (Doc. 01). Segundo ela, o relatório foi baseado em dados obtidos nos documentos contratuais e em informações retiradas de referenciais e literaturas reconhecidas nos meios técnicos, voltados para custos e orçamentos de obras. Todavia, verifica-se que não há referência alguma aos documentos apreendidos, no tocante aos dados utilizados. São feitas considerações apenas aos dados que haviam sido utilizados na instrução anterior, ao Manual de Custos Rodoviários do Dnit, a revistas e a outras publicações técnicas.

21. Quanto aos argumentos, observa-se que apenas o primeiro não rebate diretamente pontos da última instrução da SecobEnergia e que **nenhum deles tem relação com os processos apreendidos**. Ou seja, a defesa ora apresentada não guarda relação com os processos que estavam apreendidos, apenas questiona pontos da última análise técnica desta Secretaria, e não está, portanto, relacionada a nenhum fato superveniente, argumento considerado quando da autorização para apresentação de nova manifestação.

22. Verifica-se então que os dois argumentos apresentados pela Construtora OAS para apresentação de nova manifestação, quais sejam, existência de fato superveniente, consubstanciado na liberação dos documentos que estavam apreendidos, e possibilidade de apresentação de defesa técnica, uma vez que até então sua defesa teria sido exclusivamente jurídica, não se confirmam com a defesa apresentada. Por esta razão, poder-se-ia propor que fossem desconsiderados os elementos trazidos pela defendente, com fulcro no princípio constitucional da razoável duração do processo, do exercício anterior da ampla defesa e do contraditório e da falta de amparo regimental para apresentação de novas alegações de defesa após a extinção do prazo.

23. Todavia, a fim de contribuir com o princípio da verdade material, optou-se por examinar os elementos trazidos.

24. Inicialmente, ressalva-se que, a despeito da discussão quanto à aplicabilidade das tabelas Sicro e Sinapi como preços de referência para o Contrato 39, de 30/6/1999, o superfaturamento não foi calculado com base nesses referenciais. Foram utilizados como preços de referência aqueles informados pela Prefeitura Municipal de Guarulhos, baseados na Tabela da Secretaria de Vias Públicas do Município de São Paulo (Tabela da SVP/SP). Essa metodologia mostrou-se mais conservadora, resultando em um superfaturamento menor do que se fossem utilizados os custos das tabelas Sicro e Sinapi, que serviram apenas para confirmação dos resultados obtidos.

25. No tocante à eficiência e à velocidade dos equipamentos de transporte de material de bota-fora, os valores adotados pela então Secob 3 em sua última instrução, para verificação do preço do serviço de “remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km”, estão em consonância com os valores adotados no Sicro e também serviram apenas para confirmação dos resultados, uma vez que concluiu-se pela adoção do preço da PMG como referencial.

26. Na verificação inclusive, adotou-se a velocidade média sugerida pelo parecerista contratado pela Construtora, de 30km/h. Só não foi possível adotar o valor de eficiência sugerido pela Construtora de 70% ($i=0,70$), pois o mesmo não foi tecnicamente justificado. Ou seja, apresentou-se um valor inferior ao do Sicro em 30%, sem justificar tecnicamente a razão para tanto.

27. Ponderou-se que no Sicro, o fator de eficiência usualmente adotado é de 0,83 e, apenas para obras de restauração, utiliza-se um fator de eficiência de 0,75, ainda acima do adotado pela defendente. Citou-se situação similar, julgada pelo Acórdão 1891/2008-TCU-Plenário, ocorrida nas obras de ampliação e revitalização do Aeroporto Internacional São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro, em que não foram aceitas as justificativas da Infraero no sentido de que interferências, tal como a restrição de velocidade de tráfego dentro do sítio aeroportuário, imposta pelas normas de segurança, dentre outras, implicariam na redução do fator de eficiência em 20%. No caso das obras da Infraero, assim como no presente caso, não havia demonstração da redução da produtividade, razão pela qual esse valor não pode ser aceito.

28. Ainda assim, mesmo que fossem adotados os valores de eficiência e velocidade informados pela Construtora naquele relatório, o valor encontrado para o serviço seria de R\$ 13,85/m³ e não de R\$ 20,26/m³ como sugeria o parecer, uma vez que a fórmula adotada pelo parecerista contratado pela Construtora continha inconsistências, conforme detalhado no item 15.4 da instrução anterior.

29. No novo demonstrativo do custo do serviço relativo ao item "01.04 Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km - (m³)", apresentado nesse momento, a responsável passa a adotar um fator de eficiência de **0,56** e não mais 0,70. O novo valor é, portanto, bem inferior ao que havia sido sugerido por ela mesma em outros relatórios, o qual já não havia sido acatado. Para justificar esse índice, a Construtora adota um fator de eficiência inicial de 0,75, menor valor utilizado no Sicro, e sobre ele ainda aplicada um fator redutor, justificado em razão das condições climáticas (chuvas).

30. Para tanto, afirma ter se baseado em estudo realizado no Estado de São Paulo pelo Engenheiro Sérgio Then de Barros, cujas conclusões foram publicadas em artigo da revista "Construção" da Editora PINI Ltda., n. 2504, em 5/2/1996. Sobre este estudo fazem-se as seguintes críticas:

i) os valores de chuva (mm) que influenciariam ou não a produtividade de uma obra e o quanto influenciariam foram obtidos por simples observação em campo, em uma única obra, sem definição de metodologia científica;

ii) as referidas observações em campo foram feitas nos anos de **1957 a 1961**, quando eram utilizados outros equipamentos, com outras produtividades de serviço, com certeza inferiores às atuais, em razão da evolução das máquinas, de forma que os **resultados obtidos estão, portanto, obsoletos**; e

iii) não consta no relatório que tal fator de ajuste aplicar-se-ia sobre um fator de eficiência inicial, ou seja, não há no relatório previsão da redução da produtividade por dois fatores de ajustes, muito menos sobrepostos.

31. Assim, conclui-se que, por não ter base científica e por seus resultados estarem obsoletos, tal relatório não pode servir de base para justificar a adoção de um fator de eficiência de 0,56, muito inferior aos fatores usualmente adotados: 0,83 para obras normais e 0,75 para obras de restauração.

32. Ainda com relação a esse novo demonstrativo de custo, ressalva-se que as inferências feitas pela Construtora quanto a possíveis falhas do Sinapi nos valores apresentados como custo horário dos caminhões basculantes não são suficientes para afastar o custo fornecido pelo referencial oficial, Sinapi, e adotar os preços disponibilizados pela PINI. Conforme detalhado na instrução anterior (itens 15.4.23 a 15.4.34), a adoção do custo horário produtivo de R\$ 35,00/h para o caminhão basculante mostrou-se, inclusive, conservadora, quando da realização de outras verificações (comparação com o Sicro e com outras composições do próprio Sinapi).

33. Ademais, como já explanado, o superfaturamento não foi calculado com base nesses referenciais. De forma conservadora, propôs-se que fossem mantidos os preços de referência adotados pela Secex/SP, baseados na Tabela da Secretaria de Vias Públicas do Município de São Paulo (Tabela da SVP/SP), sendo esse o valor pelo qual foi feita a citação dos responsáveis.

34. No tocante aos problemas ocorridos na remoção e desapropriação da favela e das fábricas para liberação das áreas e na obtenção de licenças para locais de bota-fôra, sem adentrar na discussão dos pontos questionados pela OAS, ressalta-se apenas que tais fatores não influenciaram no cálculo do superfaturamento. Na apuração desse, partiu-se da premissa de que as modificações eram pertinentes, não tendo sido imputado nenhum débito decorrente de execução desnecessária de quantitativos.

35. Por fim, o fato da tomada de contas englobar também os demais serviços questionados já foi discutido nas instruções anteriores, não merecendo outras ponderações. E, ainda que coubesse razão à Construtora, **somente o serviço de “remoção de terra além de 1º km até a DMT de 20 km” é responsável por 95% do superfaturamento total**, sendo os demais serviços menos relevantes para o cômputo do superfaturamento.

36. Além dessas considerações, cabe ressaltar duas conclusões consignadas na análise técnica anterior.

37. Primeiro, os preços apresentados à época por duas das quatro licitantes que participaram do certame também confirmam a adequabilidade do preço de referência de R\$ 11,47/m³. A Construtora Queiroz Galvão S/A apresentou preço de R\$ 11,00/m³ e a Galvão Engenharia Ltda. apresentou preço de R\$ 11,30/m³. Além da OAS, apenas a Andrade Gutierrez apresentou preço

maior que o adotado como referência (R\$ 15,61), mas ainda assim, bem abaixo do preço da OAS (R\$ 20,82).

38. Segundo, caso fossem adotados na licitação os quantitativos de serviço definidos após a assinatura do termo aditivo, a empresa vencedora do processo licitatório seria a Construtora Queiroz Galvão S/A e a **Construtora OAS Ltda seria a última colocada.**

39. Pelo exposto, conclui-se que os elementos trazidos não inovam e não são capazes de alterar a conclusão anterior. Assim sendo, para o andamento do processo, propõe-se a manutenção das propostas contidas no pronunciamento anterior do Secretário da SecobEnergia (peça 16, p. 52-59), o qual realizou alguns ajustes na proposta da instrução (peça 15, p. 45-50).

CONCLUSÃO

40. Nesta instrução foram analisados os novos argumentos trazidos pela Construtora OAS Ltda., em 8/5/2013, em manifestação posterior à última análise técnica desta Secretaria, concluída em 29/12/2011. Considerando a presente documentação, é a quinta manifestação a ser analisada pela unidade técnica referente ao superfaturamento em discussão, sendo quatro delas análises de alegações de defesa.

41. Todavia, antes de esta Secretaria realizar uma análise de cada um dos novos argumentos apresentados, verificou-se que eram improcedentes os dois argumentos trazidos pela Construtora OAS para justificar a apresentação de nova manifestação, quais sejam, existência de fato superveniente, consubstanciado na liberação dos documentos que estavam apreendidos, e possibilidade de apresentação de defesa técnica, uma vez que até então sua defesa teria sido exclusivamente jurídica.

42. O primeiro, porque os argumentos apresentados apenas rebatem diretamente pontos da última instrução da SecobEnergia e **não tem relação com os processos apreendidos.** O segundo, porque a Construtora já havia apresentado vários argumentos e relatórios técnicos, todos eles considerados nas análises anteriores.

43. Ainda assim, mesmo não tendo sido verificada legitimidade nas razões inicialmente invocadas pela interessada, com base nas quais o Ministro-Relator determinou a realização de exame dos novos elementos apresentados, examinaram-se os elementos trazidos, a fim de contribuir com o princípio da verdade material.

44. Concluiu-se que os elementos trazidos não inovam e não são capazes de alterar a conclusão anterior. Por esta razão, encaminham-se os autos ao gabinete do Ministro Relator, propondo a manutenção das propostas contidas no pronunciamento anterior do Secretário da SecobEnergia (peça 16, p. 52-59), o qual realizou alguns ajustes na proposta da instrução (peça 15, p. 45-50).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

45. Ante todo o exposto, encaminham-se os autos ao Gabinete do Exmº Ministro Relator Benjamin Zymler, propondo manter as propostas contidas no pronunciamento anterior do Secretário da SecobEnergia (peça 16, p. 52-59), uma vez que os novos elementos trazidos não inovam e não são capazes de alterar a conclusão anterior.

SecobEnergia, 3ª DT, 23 de julho de 2013.

Alessandra F. Santos

AUFC – matrícula 8650-9