

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 011.101/2003-6 [Apensos: TC 006.370/2013-6, TC 009.186/2005-2, TC 008.535/2007-7, TC 004.714/2004-5, TC 007.766/2009-6, TC 008.949/2010-7, TC 013.223/2011-9, TC 018.588/2007-4, TC 027.720/2007-8, TC 006.128/2006-3, TC 011.137/2008-0]

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (extinta), Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades e Município de Guarulhos – SP.

Responsáveis: Airton Tadeu de Barros Rabello (027.372.718-43); Alexandre Lobo de Almeida (123.172.818-38); Artur Pereira Cunha (002.053.201-63); Carlos Eduardo Corsini (827.792.878-53); Construtora OAS Ltda. (14.310.577/0011-86); Douglas Leandrini (853.070.928-49); Fernando Antonio Duarte Leme (754.998.358-53); Jorge Luiz Castelo de Carvalho (344.471.647-87); Jovino Cândido da Silva (693.441.328-87); Kimei Kunyoshi (039.128.688-91); Nelson Rodrigues Pandeló (305.134.648-91); Roberto Yoshiharu Nisie (009.623.208-03); Sueli Vieira da Costa (876.086.938-00); Valdir Antonucci Minto (045.723.648-50); Vania Moura Ribeiro (047.883.204-44).

Interessado: Congresso Nacional

Advogados constituído nos autos: Paulo Henrique Triandafelides Capeloto (OAB/SP 270.956), Augusto Neves Dal Pozzo (OAB/SP 174.392) e outros, representando Construtora OAS Ltda.; Vanessa Araujo Bueno de Godoy (OAB/SP 214.753), representando o Município de Guarulhos – SP; Carlos Eduardo Colombi Froelich (OAB/SP 170.435) e outros, representando Nelson Rodrigues Pandeló; Rafael Ramires Araújo Valim (OAB/SP 248.606) e outros, representando Kimei Kunyoshi; Carlos Eduardo Moreira (OAB/SP 169.809), representando Alexandre Lobo de Almeida, Artur Pereira Cunha, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Valdir Antonucci Minto; Rafael Ramires Araújo Valim (OAB/SP 248.606) e outros, representando Douglas Leandrini; João Carlos Pannocchia (OAB/SP 79.458), representando Fernando Antonio Duarte Leme; Rafael Ramires Araújo Valim (OAB/SP 248.606) e outros, representando Sueli Vieira da Costa.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DE CONVERSÃO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA.

INDÍCIOS DE DANO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ALTERAÇÕES CONTRATUAIS. SUPOSTO DESEQUÍLIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO EM RAZÃO DE JOGO DE PLANILHA. INDÍCIOS DE DEFICIENTE FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DAS OBRAS. OUTRAS IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUDIÊNCIAS E CITAÇÕES. ARGUMENTOS APRESENTADOS INSUFICIENTES PARA DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE DANO. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA PROPORCIONAL AO DÉBITO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de tomada de contas especial decorrente da conversão de processo de auditoria realizada nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos/SP, objeto do Contrato 39/1999, celebrado entre o Município e a Construtora OAS Ltda., no valor inicial de R\$ 78.143.106,71 (Junho/1999).

2. As obras em apreço foram custeadas parcialmente com recursos federais repassados pelo Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Ministério da Integração Nacional, por meio de vários convênios e contratos de repasses celebrados entre 1998 e 2002.

3. No âmbito da auditoria, foram identificados indícios de irregularidades que deram ensejo à celebração de audiência dos responsáveis. Dentre os achados apontados pela equipe de fiscalização, destaca-se a ocorrência 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 no valor de R\$ 2.417.394,09.

4. Após a adoção das referidas medidas processuais e o posterior pronunciamento da Secob acerca da matéria, esta Corte de Contas, por meio do Acórdão 355/2007-Plenário, decidiu:

9.1. com fulcro no art. 47 da Lei 8.443/92, converter os autos em tomada de contas especial, a fim de que sejam citados os Srs. Roberto Yoshiharu Nisie (relativamente aos débitos da 12ª à 21ª medições e das medições de Taboão da 1ª à 3ª), Valdir Antonucci Minto (relativamente aos débitos da 22ª à 32ª medições), Douglas Leandrini (relativamente aos débitos da 12ª à 15ª medições), Alexandre Lobo de Almeida (relativamente ao débito da 20ª e 21ª medições) e Jorge Luiz Castelo de Carvalho (relativamente aos débitos da 22ª à 32ª medições), bem como solidariamente a Construtora OAS Ltda. (pela totalidade dos débitos), para que apresentem alegações de defesa ou recolham. a quantia abaixo discriminada, corrigida monetariamente e acrescida de juros, haja vista a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 039/1999 desfavorável ao interesse público, autorizando desde logo que sejam abatidos desse valor eventuais descontos pela Prefeitura de Guarulhos de saldos a pagar à construtora OAS bem como eventuais compensações a serem feitas nas faturas que vierem a ser emitidas pela construtora no decorrer da execução da obra, esclarecendo que ao débito indicado poderão ser acrescidas as parcelas referentes aos pagamentos indevidos efetuados nas medições posteriores:

(...)

9.2. promover, em renovação, a audiência dos seguintes responsáveis acerca das ocorrências a eles atribuídas:

9.2.1. dos Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, então Secretário de Obras de Guarulhos e Presidente da Comissão de Licitação, e Jovino Cândido da Silva, ex-Prefeito do Município de Guarulhos acerca da seguinte irregularidade: autorizar e/ou homologar a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/93;

9.2.2. dos Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, Secretário de Obras de Guarulhos de 1/1/97 a 19/9/98, Artur Pereira Cunha, Secretário de Obras de Guarulhos desde 1/1/01, Sueli Vieira da Costa, Secretária de Obras de Guarulhos de 7/10/98 a 8/1/00, Vânia Moura Ribeiro, Secretária de

Obras de Guarulhos de 10/1/00 a 11/7/00, Kimei Kunyoushi, Secretário de Obras de Guarulhos de 11/07/00 a 31/12/00 sobre a seguinte irregularidade: dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes;

9.2.3. do Sr. Artur Pereira Cunha, Secretário de Obras de Guarulhos, sobre a seguinte irregularidade: aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.666/93;

9.2.4. dos Srs. Carlos Eduardo Corsini e Fernando Antonio Duarte Leme, membros da Comissão de Licitação que analisaram os preços, acerca da seguinte irregularidade: admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo com o art. 43, IV, da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixando de chamar atenção para futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos;

9.2.5. dos Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto, Douglas Leandrini, Alexandre Lobo de Almeida e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, engenheiros fiscais, acerca da seguinte irregularidade: aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato;

9.3. autorizar à Secex/SP a incorporar ao valor do débito indicado no subitem 9.1, com base nas informações juntadas ao processo, se possível, as parcelas referentes aos pagamentos indevidos ocorridos em razão das medições efetuadas posteriormente a sua última manifestação dos autos, podendo a Unidade Técnica incluir no rol de responsáveis, para fins de citação, os agentes públicos que deram origem a tais pagamentos, seguindo a mesma linha de responsabilização adotada no processo;

9.4. determinar à Secex/SP que emita pronunciamento acerca das novas irregularidades apontadas pela Secob, propondo as medidas pertinentes, autorizando a Unidade, desde já, a, caso entenda conveniente, autuar processo em separado para apuração dos fatos e posterior submissão ao Relator competente

5. Em seguida, a Secex/SP elaborou instrução e, cumprimento ao subitem 9.3 do mencionado **decisum**, propôs a citação solidária do Sr. Artur Pereira Cunha, Secretário de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos, e da sociedade empresária Construtora OAS Ltda., relativamente aos débitos ocorridos entre as 33ª à 37ª medições, tendo em vista o desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999, decorrente do Aditamento nº 3/03, de 6/9/2003 (peça 12, p. 48-50).

6. Após a análise das alegações de defesa apresentadas, o Ministro Augusto Nardes, então Relator do processo, anuiu proposta da unidade técnica no sentido de encaminhar os autos à Secob para que fosse dada continuidade à instrução do feito até o julgamento de mérito (peça 14, p. 72).

7. Ato contínuo, a Secob-3 promoveu o exame da responsabilização pelo débito e alvitrou a uniformização dos critérios usados nas medições de 12ª Parcial até a 32ª Complementar e nas medições de 33ª Parcial até 37ª Complementar, a fim de evitar imputações de débito indevidas e desproporcionais à participação dos agentes.

8. Nesse passo, a unidade técnica propôs que fossem refeitas as citações, imputando a responsabilidade pelos débitos apenas aos Diretores de Obras e aos Secretários de Obras do Município de Guarulhos, nos períodos de suas ocorrências, solidariamente à Construtora OAS Ltda. Ademais, alvitrou a audiência da Sra. Sueli Vieira da Costa, uma vez que as alterações do contrato que causaram o possível superfaturamento foram iniciadas à época em que ela ocupava o cargo de Secretário de Obras (peça 14, p. 73-85). O ilustre Ministro Augusto Nardes anuiu a aludida proposta (peça 14, p. 87).

9. A fim de fixar a matéria litigiosa, cumpre transcrever os responsáveis, a medida processual e as respectivas irregularidades em face das quais foram instados a se manifestar:

Responsáveis	Medida Processual	Irregularidade/Conduta
Sr. Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 4ª Parcial até 14ª Parcial, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Kimei Kunyoshi, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 10ª Parcial até 14ª Parcial, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 1ª Taboão a 3ª Taboão e da 20ª Parcial a 42ª Complementar, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Nelson Rodrigues Pandeló, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 2ª Taboão e 3ª Taboão, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 20ª Parcial até 42ª Complementar, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, então Secretário de Obras de Guarulhos e Presidente da Comissão de Licitação, e Jovino Cândido da Silva, ex-Prefeito do Município de Guarulhos	Audiência	Autorizar e/ou homologar a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/1993
Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, Secretário de Obras de Guarulhos de 1/1/1997 a 19/9/1998, Artur Pereira Cunha, Secretário de Obras de Guarulhos desde 1/1/2001, Sueli Vieira da Costa, Secretária de Obras de Guarulhos de 7/10/1998 a 8/1/2000, Vânia Moura Ribeiro, Secretária de Obras de Guarulhos de 10/1/2000 a 11/7/2000, Kimei Kunyoshi, Secretário de Obras de Guarulhos de 11/07/2000 a 31/12/2000	Audiência	Dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes
Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos	Audiência	Aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8º, parágrafo

		único, da Lei 8.666/1993;
Srs. Carlos Eduardo Corsini e Fernando Antonio Duarte Leme, então membros da Comissão de Licitação	Audiência	Admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo com o art. 43, IV, da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixando de chamar atenção para futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos
Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto, Douglas Leandrini, Alexandre Lobo de Almeida e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, então engenheiros fiscais	Audiência	Aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato
Sra. Sueli Vieira da Costa, ex-Secretária de Obras do município de Guarulhos	Audiência	Ter autorizado a modificação do Contrato 39/1999, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda, por alterações de serviços e de quantitativos, o que prejudicou o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo e deu origem a um superfaturamento.

10. Transcrevo a seguir, excerto do exame das respostas encaminhadas pelas partes, efetivado no âmbito da Secob-3 (peça 15, p. 16-52, e peça 16, p. 1-50), o qual contou com a anuência do Diretor da subunidade:

“14. Nesta instrução, será feita a análise das alegações de defesa da Construtora OAS Ltda, apresentadas agora e anteriormente, das alegações de defesa dos demais responsáveis e das propostas de encaminhamento sugeridas nas outras instruções deste processo.

EXAME TÉCNICO

15. *Irregularidade: 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 no valor de R\$ 2.417.394,09 (julho/2003)*

15.1. Resumo da Situação Encontrada

15.1.1. *A irregularidade em questão foi apontada no levantamento de auditoria realizado no Fiscobras 2003. O indício de superfaturamento é decorrente de possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, gerado pela alteração de quantitativos com preços desalinhados com os de mercado.*

15.1.2. *Foram elevados quantitativos de itens que apresentavam preços unitários superiores aos de mercado e reduzidos quantitativos de itens com preços inferiores aos de mercado, configurando o conhecido "jogo de planilha".*

15.1.3. *O problema teve início na 4ª Medição do contrato, ainda em 1999, quando começaram as alterações. Porém, entre a 4ª e a 12ª Medição Parcial, ocorreram, variavelmente, superfaturamentos e*

descontos. Ou seja, as alterações de serviços e quantitativos efetuadas provocaram em algumas medições o aumento do custo da obra e em outras medições a sua redução, conforme discriminado na Tabela 1 do Anexo I.

15.1.4. Para a primeira citação realizada, foi calculado o saldo dessas medições, somando-se os créditos e os débitos até a 12ª Medição Parcial, desconsiderando a atualização das medições anteriores até a data desta medição. A partir desse ponto, os débitos foram discriminados separadamente até a 32ª Medição Complementar.

15.1.5. Na segunda citação realizada, relativa às medições ocorridas após a primeira citação, da 33ª Parcial até 42ª Complementar, considerou-se que, no balanço entre débitos e créditos, o resultado entre a 38ª e a 42ª Complementar foi positivo para a União e, por esta razão, a citação foi feita apenas para os valores relativos às Medições entre a 33ª Parcial e a 37ª Complementar.

15.1.6. Ademais, da 4ª à 32ª Medição Complementar, as obras foram executadas com alterações de serviços e quantitativos não formalizadas. Essas modificações foram oficializadas somente em 2003, pelo Termo de Aditamento 003/03, o qual acresceu o valor contratual a preços iniciais (data-base: junho 1999) de R\$ 78.143.106,71 para R\$ 97.678.861,30. Essa alteração representou um aumento de R\$ 19.535.754,59, alcançando o limite de 25%. Daí em diante, o superfaturamento continuou a ocorrer, porém baseado já em aditivo formalizado.

15.1.7. Durante o interstício de tempo entre a 4ª medição e a formalização do termo aditivo, os engenheiros fiscais da obra atestaram serviços que não estavam previstos no Contrato, motivo pelo qual também foram chamados em audiência, conforme será tratado adiante.

15.1.8. Desta maneira, as modificações contratuais, em conjunto com os sobrepços e subpreços unitários e com o atesto de serviços não previstos em contrato, potencialmente ocasionaram um contrato final superfaturado, gerando prejuízo à Administração.

15.2. Análises efetuadas e pendentes

15.2.1. Em instrução anterior da Secex/SP, anexa às fls. 1758-1783 (vol. 9), foram analisadas as razões de justificativa apresentadas em atendimento às audiências determinadas no despacho à fl. 788. Na instrução seguinte da Secex/SP, anexa às fls. 2556-2577 (vol. 13) foram analisadas as alegações de defesa e as razões de justificativa relativas às citações e audiências determinadas por meio do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário.

15.2.2. Essa última instrução foi conclusiva quanto ao acatamento ou não das manifestações apresentadas em relação às irregularidades, com exceção das defesas relativas ao indício de superfaturamento. Para essa irregularidade, a Secex avaliou somente as defesas apresentadas pelos responsáveis pessoas físicas e considerou que, em razão da presença de diversos pareceres técnicos da área de engenharia civil apresentados pela Construtora OAS, seria melhor que a continuidade da análise e o acompanhamento do processo fossem feitos pelas Secretarias de Fiscalização de Obras.

15.2.3. Assim, serão analisadas em seguida as defesas que já haviam sido apresentadas pela Construtora OAS Ltda., as quais não foram ainda avaliadas, e as novas manifestações apresentadas pelos responsáveis em razão de despacho à fl. 2602 (vol.13), o que inclui uma nova manifestação da Construtora.

15.3. Alegações de Defesa da Responsável: Construtora OAS Ltda.

15.3.1. A Construtora OAS Ltda. apresentou, até o momento quatro manifestações. A primeira delas, anexa aos vol. 6, 7 e 8 (fls. 1511-1655), é relativa à notificação determinada por meio de despacho (fl. 788, vol. 3). Conforme dito, essa manifestação foi analisada em instrução anterior da Secex/SP, anexa às fls. 1758-1783 (vol. 9), a qual balizou o Acórdão 355/2007-TCU-Plenário.

15.3.2. *As outras três manifestações são alegações de defesa decorrentes das citações. A primeira delas 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, e está inserida no Anexo 13, fls. 48-100.*

15.3.3. *1ª Alegação de Defesa (Anexo 11)*

15.3.4. *Em sua primeira defesa, a Construtora OAS focou seus argumentos em quatro pontos. Alegou:*

- i) que o orçamento base da PMG e as propostas de preço, incluindo a sua, foram baseados no projeto básico da obra, sendo, portanto, esperada e usual a necessidade de alterações após a elaboração do projeto executivo, atividade esta concomitante à obra;*
- ii) que as modificações de projeto que deram origem ao termo aditivo foram realmente necessárias e tiveram como causa a identificação de um tipo de solo inicialmente não previsto e os impedimentos administrativos e de remoção de coisas e pessoas ocorridos;*
- iii) que não houve qualquer irregularidade nos preços ofertados pela defendente; e*
- iv) que o jogo de planilha só existiria se estivessem presente três premissas: a) existência de itens com sobrepreço; b) aumento do quantitativo desses itens; e c) ausência de justa causa para alteração dos quantitativos - e que não foram confirmadas a primeira e a última premissas, por estar o preço da Construtora de acordo com o de mercado, não existindo, portanto, sobrepreço, e por serem as alterações de quantitativos legítimas, lastreadas de justificação técnica.*

15.3.5. *Quanto ao item ii, a Construtora detalhou que:*

- a) antes do início das obras haviam sido executadas apenas dez sondagens para caracterização do solo, o que "não foi suficiente para demonstrar a efetiva realidade daquilo a ser encontrado";*
- b) as sondagens complementares, realizadas posteriormente, indicaram a presença de argila mole e muito mole em quantidade superior ao esperado;*
- c) "caso a construção fosse realizada sobre o solo mole, certamente a obra apresentaria problemas de estabilidade, podendo deformar, rachar e até ceder"; e*
- d) por esta razão, foi necessária a troca do solo, implicando necessidade de remoção e transporte de um volume de terra maior que o inicialmente previsto.*

15.3.6. *Finalizou dizendo: "Conclui-se em relação ao aumento do quantitativo do serviço de transporte, que a defendente obviamente não tinha (e nem teria) condições de saber que o subsolo do local da obra era formado por solo mole e que haveria a necessidade de remoção do material impróprio em grande quantidade". (grifo nosso)*

15.3.7. *Com relação aos citados impedimentos administrativos e de remoção, a Construtora alegou que a presença de uma favela e de duas empresas privadas que permaneciam em processo de remoção e desapropriação, respectivamente, impediram a execução da obra da forma que havia sido planejada. Como consequência, a obra que seria executada partindo-se do ponto central para as duas extremidades, esquerda e direita, teve que ser iniciada somente pela frente liberada, lado esquerdo, uma vez que a permanência da empresa e da favela impedia a execução pelo lado direito.*

15.3.8. *Ademais, a Construtora não teria conseguido utilizar as jazidas e bota-foras inicialmente previstos, por parte deles não estarem devidamente licenciados e também pelas mesmas causas que modificaram a ordem de execução das obras.*

15.3.9. Segundo a responsável, o método de execução partindo-se do ponto central para as duas extremidades seria mais eficiente e teria um menor custo, pela configuração espacial da obra. As jazidas posicionadas no lado direito estavam localizadas a distâncias menores (de até 10 km), enquanto que a do lado esquerdo estava a aproximadamente 20 km. Desta forma, a alteração da metodologia teria contribuído para o aumento do custo da obra, incluindo nele o aumento do quantitativo do serviço de transporte até 20 km.

15.3.10. Continuou:

'Assim, a obrigatoriedade de se concentrar apenas na construção da extremidade esquerda da obra, e o fato de que só existia um 'bota-fora' e uma jazida aptos a receber os materiais da obra, sendo certo que estas áreas de disposição e dispensa de matérias se encontravam a mais de 16 km da obra, acarretaram no aumento tão somente do serviço de transporte, cuja distância média (entre ida e volta) é de 20 km.'

15.3.11. Quanto ao item iii, relativo ao sobrepreço do item 01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km, a Construtora argumentou que "o preço de referência usado na licitação pela Prefeitura não é aplicável ao caso concreto" e justificou que:

a) a referência de preço estipulada por este Tribunal, correspondente ao valor fixado pela PMG, não é válida, uma vez que "sua composição leva em consideração os serviços de obras em geral e não contempla peculiaridades como as existentes na obra do Complexo Viário em discussão";

b) conforme parecer do Engenheiro Jaime Vicente Caserta Scatena da própria Construtora OAS, cujos cálculos estão resumidos nas fls. 27 a 30 e detalhados nas fls. 270-288 do Anexo 11, o custo para este serviço seria de R\$ 20,26/m³, considerando a distância média de 19 km, a velocidade média de 29,51 km/h e a capacidade máxima de carga de 11,43 m³ do caminhão trucado;

c) conforme parecer do Prof. Hélio de Souza Ricardo (fls. 298-306 do Anexo 11), contratado pela OAS, o preço do serviço seria R\$ 21,45/m³; e

d) sendo assim, o preço contratual estaria de acordo com o preço de mercado.

15.3.12. Para o item 01.03 - Transporte de material de escavação até DMT de 10 km, no qual foi apontado subpreço, a defendente informou que a estratégia adotada foi a escolha aleatória de preços unitários a serem reduzidos para ter uma posição de preço global competitivo. Acrescenta que a estratégia de formular os preços para a obra faz parte do regime jurídico privado, que se funda na autonomia da vontade, não cabendo à administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada.

15.3.13. Por fim, quanto ao item iv, relativo à possível ocorrência de jogo de planilha, a responsável ressaltou o fato de que não teria como prever as modificações no contrato que se fizeram necessárias e que não foi comprovado o nexo de causalidade entre a atividade da defendente no momento da elaboração de sua proposta comercial e a necessidade de uma posterior alteração do contrato inicialmente firmado.

15.3.14. Argumentou a responsável que o nexo causal é negado por três fatores: 1) a Construtora não detinha informações técnicas inerentes a um projeto executivo, e nem era de sua incumbência desenvolvê-lo na fase licitatória, não tendo conhecimento de que seria obrigada a trocar o solo, aumentando o transporte do mesmo; 2) não era fato esperado, ou sob seu controle, que a remoção da favela e o processo de desapropriação das empresas localizadas no centro geográfico da obra, local do posto central de trabalho e onde a obra seria iniciada, ainda não estavam completos; 3) não detinha conhecimento, e nem era de sua incumbência, o fato de que muitos dos "bota-foras" e das "jazidas" ora previstas estariam ainda inaptos no início das obras, além de que não deter conhecimento de que essas ficariam posicionadas longe do local de efetivo início da execução.

15.3.15. *Em anexo, a Construtora OAS apresentou pareceres dos Profs. José Tadeu Balbo (fls. 45-70 do Anexo 11) e Hélio de Souza Ricardo (fls. 298-306).*

15.3.16. *O primeiro concluiu que "não ocorreu oferta de valor abusivo no custo unitário dos serviços de transporte de terraplenagem, para distância entre o 1º km e o 20º km" e que "as discrepâncias ocorridas (alterações de quantitativos) são até esperadas para o caso, consideradas as evidentes complexas condições geotécnicas locais e o nível de detalhamento de projeto que serviu de parâmetro para o processo licitatório".*

15.3.17. *O segundo concluiu que o preço encontrado por ele para o item 01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km é compatível com o preço oferecido pela Construtora OAS Ltda.*

15.3.18. *2ª Manifestação (Fls. 2279-2334 do vol. 11, vol. 12 e 2522-2539 do vol. 13)*

15.3.19. *A principal novidade desta manifestação foi o entendimento da Construtora de que a Tomada de Contas Especial (TCE) teria sido instaurada apenas por conta dos prejuízos decorrentes do serviço: 01.04 - Remoção de terra além do 1º km, até a DMT de 20 km.*

15.3.20. *A razão para tanto, conforme expôs a responsável, reside no seguinte trecho do voto do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário:*

'No presente processo, a própria Secex/SP registra que o débito proveniente do acréscimo do quantitativo do item 01.04 da planilha (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 20km), cujo preço estabelecido no contrato estaria apresentando sobrepreço em relação ao mercado de cerca de 85%, representou perto de 72% do débito total apurado inicialmente no processo. Todos os demais itens responderiam pelo restante. No caso do item mencionado, as evidências de manipulação indevida da planilha estão razoavelmente patenteadas no processo, mesmo após a oitiva inicial dos responsáveis, justificando a transformação dos autos em tomada de contas especial. Porém, é imperioso reconhecer que o mesmo não se pode dizer com relação aos outros itens, que estão a contribuir para o débito final, às vezes com valores relativamente pequenos, sem maiores indicações de conduta ilegal.'

15.3.21. *Assim, para a Construtora, os outros serviços apontados no ofício de citação 2109/2009-TCU/SECEX/SP não ensejaram a instauração de TCE, nos termos do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário. Parte deles, por não ter se confirmado a irregularidade após manifestação anterior, e parte deles, por não ter sido nem objeto de defesa prévia.*

15.3.22. *Por esta razão, entendeu a responsável que teria sido contrariado o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez ela não teve o direito de se pronunciar sobre esses novos serviços, em defesa prévia, antes da abertura da TCE.*

15.3.23. *A responsável citou também o princípio da presunção de legitimidade, ponderando que diante dele o TCU deveria manter seu entendimento anterior, segundo ela, de que esta TCE refere-se somente ao serviço: 01.04 - Remoção de terra além do 1º km, até a DMT de 20 km.*

15.3.24. *Quanto à regularidade das alterações do contrato e ao sobrepreço dos serviços de transporte, a defendente reforçou os argumentos anteriores. Acrescentou que "a inocência e a boa-fé, em nosso ordenamento jurídico, são presumíveis e somente podem ser afastadas por provas cabais de condutas ilegais, nunca por meros indícios, sob pena de descumprimento das normas de direito".*

15.3.25. *A defendente argumentou que "foge à competência dos órgãos de fiscalização distender observações acerca do que seria o preço justo", pois "justo e adequado é aquele preço oriundo do processo licitatório e fixado no contrato".*

15.3.26. Ainda quanto ao sobrepreço do contrato, a responsável apresentou um terceiro parecer a respeito do tema, sendo este último da PINI Serviços de Engenharia (fls. 2372-2540 dos vol. 12 e 13). Concluiu a empresa que:

'A tabela inserida no item 4.2 deste trabalho 'Tabela dos Preços Totais dos Serviços em Função das Quantidades Originais e Medidas até a 42ª medição complementar - Cálculo dos débitos e créditos', demonstra, para o total dos itens analisados, que o valor contratual é inferior ao preço de mercado em R\$387.961,05 (Trezentos e oitenta e sete mil, novecentos e sessenta e um reais e cinco centavos), na data-base de Março de 1998, considerando-se as quantidades efetivamente medidas.'

15.3.27. O quarto parecer apresentado pela OAS é do Prof. Carlos Ari Sundfeld (fls. 2338-2367 do vol. 12), que foi contratado para analisar duas questões: 1) Os órgãos de fiscalização são dotados de um poder em aberto para estabelecer, de forma inequívoca, os preços "justos" de todos os itens que compõem os contratos administrativos sob sua fiscalização? 2) Quando, durante a execução de um contrato, circunstâncias de fato provocam variações importantes de quantitativos, os órgãos de fiscalização podem considerar como preço "justo" exclusivamente aquele constante de tabelas referenciais genéricas?

15.3.28. Concluiu o Professor que:

'A maneira prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro para a determinação dos preços adequados dos contratos administrativos é, em regra, a realização de prévia e regular licitação; isto é, se houve certame licitatório regularmente processado, os preços dele advindos são os melhores que se poderia ter obtido naquele momento, fruto das estratégias empresariais empregadas por cada licitante e do conjunto de fatores influentes na precificação àquela altura. Ademais, a competência para a aferição da legitimidade dos preços constantes das propostas comerciais formuladas pelos particulares é da Administração Pública, e o momento de seu exercício é aquele previsto na legislação, previamente à celebração do contrato.

Essas são as razões pelas quais é vedado aos órgãos de fiscalização considerar irregulares os preços advindos de licitações processadas nos estritos termos da lei pelo simples argumento de que tais valores não seriam corretos ou "justos". Prestigiar tal postura significaria cancelar a atuação daqueles órgãos como verdadeiros "gestores de segundo grau", dotados de poderes para atuar como câmaras revisoras de decisões tomadas pela Administração por ocasião da licitação.

(...)

O ente de fiscalização não pode estipular, segundo seus conceitos, quais são os preços "Justos" para os serviços realizados, especialmente sem considerar as condições extraordinárias que suscitaram as alterações pactuadas entre o Poder Público e o particular contratado. (grifos acrescidos)'

15.3.29. Essa segunda defesa da OAS trouxe ainda um pedido para que sejam considerados no cálculo do débito total os créditos a favor da Construtora relativos às medições 38 a 42, no valor de R\$ 173.761,31.

15.3.30. 3ª Manifestação (Fls. 48-100 do Anexo 13)

15.3.31. A terceira manifestação da Construtora OAS Ltda. trouxe um pedido de sobrestamento do processo por terem sido apreendidos, em 29/5/2009, pelo Poder Judiciário os documentos referentes à obra em questão. Entendeu a defendente que resta prejudicado o exercício pleno do direito de contraditório e ampla defesa.

15.3.32. Na sequência são reforçados argumentos já apresentados. Entre eles, o de que a TCE é relativa somente ao serviço de: 01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km, e que sua continuidade vai de encontro ao devido processo legal. Essa conclusão parte do entendimento da OAS de que não foram esgotadas as medidas administrativas para reparação do dano antes da abertura da TCE, pois ela não se manifestou previamente sobre os demais serviços.

15.3.33. Como argumentos novos, a responsável afirmou:

- a) que a instrução anterior não conseguiu demonstrar o elemento subjetivo doloso, que seria a intenção de causar o dano;
- b) que não há dano, porque não há sobrepreço, pelas razões já expostas;
- c) que, por consequência, não há nexo de causalidade; e
- d) que por terem sido executados todos os serviços, não há ato ilícito.

15.4. Análise da Defesa da Construtora OAS Ltda. quanto ao Sobrepreço

15.4.1. O primeiro ponto a ser discutido é a existência ou não de sobrepreço no Contrato 39-99, pois essa definição irá balizar a análise dos demais argumentos.

15.4.2. Para argumentar a inexistência de sobrepreço a Construtora OAS apresentou três relatórios técnicos. O primeiro deles é do Engenheiro Jaime Vicente Caserta Scatena, contratado pela própria OAS. O relatório cuida apenas do serviço de remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km (fls. 270-288 do vol. 1 do Anexo 11).

15.4.3. Nele, o autor utilizou fórmulas empíricas para definir o preço do serviço no local. No cálculo da produtividade do equipamento (caminhão basculante, diesel, com potência de 260 HP - 194 kW, capacidade carga útil 16 t, caçamba 12 m³) foi utilizada a fórmula seguinte, retirada das Tabelas de Composições de Preços para Orçamentos da PINI (TCPO 12), composição de código 22800.9.15, conforme informado:

15.4.4. $P = b \times g \times h \times i \times t/2$, onde:

P - Produtividade do equipamento;

b - capacidade do equipamento

g - fator de carga = 1,00

h - fator de conversão = 1,00

i - fator de eficiência = 0,70

t - velocidade média = 30 km/h

15.4.5. Essa mesma fórmula é utilizada para o cálculo da produtividade no Sistema de Custos Rodoviários (Sicro), sistema de referência de preços do DNIT, porém com fatores diferentes, os quais devem ser avaliados caso a caso.

15.4.6. Quanto ao parâmetro "b", o engenheiro explica que a capacidade do caminhão foi "adaptada para 11 t devido a capacidade máxima de carga do caminhão ser de 12 m³ (16 t / 1,4 t/m³ = 11,43 m³)". O valor de 1,4 t/m³ é relativo à densidade do material solto, adotada pelo autor. Seu cálculo seguiu da seguinte forma:

15.4.7. $P = 11 \times 1,00 \times 1,00 \times 0,70 \times 30/2 = 115,50 \text{ t} \times \text{km} / \text{h}$

15.4.8. Percebe-se que tal adaptação não é correta. Se o resultado da aplicação da fórmula aparece com as unidades t x km / h, por coerência, o parâmetro "b" deve ser inserido com a unidade tonelada.

15.4.9. Se o caminhão possui uma caçamba com capacidade para 12 m³ e a densidade do material solto é de 1,4 t/m³, poderiam ser transportadas até 16,8 t por viagem se não fosse considerada a limitação da capacidade (12 m³ x 1,4 t/m³ = 16,8 t). Porém, como a capacidade do caminhão é limitada a 16 t, este deve ser o valor adotado para o parâmetro "b", ou seja: b = 16 t. Assim, não há sentido em adotar b = 11.

15.4.10. Fazendo essa correção e adotando-se os demais parâmetros indicados pelo engenheiro, mesmo que a adoção de alguns deles não tenha sido motivada ou justificada, teríamos o seguinte resultado:

$$15.4.11. P = 16 t \times 1,00 \times 1,00 \times 0,70 \times (30 \text{ km} / \text{h}) / 2 = 168,00 t \times \text{km} / \text{h}$$

15.4.12. Como a densidade do material natural foi definida pelo autor do relatório como 1,70 t / m³ (critério de medição no corte), o coeficiente horário de produção passaria a ser:

$$15.4.13. \text{Coef} = (1 / P) \times 1,70 t / \text{m}^3 = (1 / 168,00) \times 1,70 = 0,01012 \text{ h} / \text{m}^3 \times \text{km}$$

15.4.14. Aplicando-se o custo horário do caminhão basculante adotado pela defendente (R\$ 53,36/h) ao novo coeficiente horário de produção (0,01012 h / m³ x km), teríamos o seguinte momento de transporte = 0,01012 x R\$ 53,36 = R\$ 0,54 por m³ x km.

15.4.15. Com isso, o preço do serviço encontrado pelo método utilizado pela OAS, fazendo apenas a correção da unidade, seria:

$$15.4.16. \text{Preço do serviço (data-base Junho/1999)} = 19 \text{ km} \times \text{R\$ } 0,54 / \text{m}^3 \times \text{km} \times (1+0,35) = \text{R\$ } 13,85 / \text{m}^3, \text{ onde:}$$

$$\text{Distância Média de Transporte (DMT)} = 19 \text{ km};$$

$$\text{Momento de transporte} = \text{R\$ } 0,54 / \text{m}^3 \times \text{km}; \text{ e}$$

$$\text{BDI} = 35\%.$$

15.4.17. Resumidamente, para o serviço de remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km tem-se:

$$\text{Preço contratado} = \text{R\$ } 20,82/\text{m}^3$$

$$\text{Preço referencial} = \text{R\$ } 11,47/\text{m}^3$$

$$\text{Preço calculado pelo parecerista} = \text{R\$ } 20,26/\text{m}^3$$

Preço calculado pelo parecerista, com a correção da capacidade do caminhão = R\$ 13,85/m³.

15.4.18. Assim, corrigindo apenas a capacidade do caminhão, o preço unitário do serviço seria R\$ 13,85/m³. Ressalta-se, porém, que esse preço unitário corrigido (R\$ 13,85/m³) não pode ainda ser usado como referência, pois outras observações devem ser feitas quanto aos demais parâmetros utilizados no cálculo anterior e quanto ao custo horário do caminhão basculante adotado pela OAS.

15.4.19. Quanto ao primeiro ponto, destaca-se que o engenheiro adotou um fator de eficiência de 70% (i = 0,70) sem justificar este valor. Apesar de ser razoável se supor que a velocidade do tráfego e a existência de semáforos e lombadas interfiram na produtividade do transporte, no caso, de material de escavação, não foram juntados aos autos estudos que demonstrem numericamente que as situações relatadas diminuíram a produtividade desse transporte em 30%, conforme considerado.

15.4.20. 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.

15.4.21. Em situação similar, julgada pelo Acórdão 1891/2008-TCU-Plenário que trata de obras e serviços de adequação, ampliação e revitalização do Aeroporto Internacional São Paulo/Guarulhos -

Governador André Franco Montoro, 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 nos índices de produtividade em 20%. No caso das obras da Infraero, assim como no presente caso, não há demonstração da redução da produtividade, razão pela qual esse valor não pode ser aceito.

15.4.22. Ademais, a velocidade média real ("t") já está sendo considerada na fórmula ($P = b \times g \times h \times i \times t/2$). Assim, se o cálculo for feito utilizando-se a velocidade média real (reduzida pelas restrições) e considerando-se uma redução de eficiência por conta da redução da velocidade, ter-se-ia uma redução da produtividade em duplicidade, o que seria indevido.

15.4.23. Quanto ao segundo ponto, o engenheiro adotou como custo horário operativo do caminhão basculante o valor de R\$ 53,36/h. Esse preço foi obtido pela aplicação da composição de código 22800.9.1.5 do livro TCPO-12 da PINI, apresentada em anexo à defesa. Na aplicação da composição foi adotado um caminhão basculante diesel, com potência de 260 HP (194 kW), capacidade carga útil 16 t, caçamba 12 m³.

15.4.24. A adoção de tal caminhão não foi justificada e não coincide com o que havia sido adotado na primeira manifestação da OAS, quando foi utilizado um caminhão de 18 m³, 180 CV (fl. 1399 do vol. 7).

15.4.25. Buscando verificar a regularidade do preço apresentado, consultou-se o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) da época (data-base junho/1999). Entretanto, não há na tabela de custos do Sinapi definição para o custo horário produtivo do caminhão basculante adotado pela OAS (capacidade carga útil 16 t, caçamba 12 m³).

15.4.26. Nele, verifica-se que o maior custo horário produtivo de caminhão basculante disponível é de R\$ 35,00/h e corresponde ao insumo 1137 - Caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, o qual já foi utilizado pela Construtora OAS em sua primeira manifestação. O custo horário operativo do caminhão basculante adotado, de R\$ 53,36/h, é 52,5% acima do maior custo encontrado no Sinapi.

15.4.27. Por outro lado, observa-se que é de R\$ 25,00/h o custo horário produtivo de caminhão basculante com capacidade 4 m³ / 11 t, potência 85,5 a 97,5 kW (114 a 130 HP). Este é o caminhão indicado na composição de código 14510.8.8.1 da PINI, adaptada pela própria Construtora para definir o preço do serviço em suas razões de justificativa apresentadas anteriormente.

15.4.28. No Sicro, o caminhão basculante com as características mais próximas às do indicado pela construtora, é o Caminhão Basculante Mercedes Benz, LK 2318, de 10 m³ e 15 t, o qual, em outubro de 2000, apresentava um custo horário produtivo de R\$ 35,94. Observa-se que, mesmo sendo a data-base de outubro de 2000, o preço indicado pela defendente encontra-se bem acima do preço constante no Sicro (48,5%). (Não há referências para março/1998, sendo a de outubro/2000 a primeira data-base na qual foram disponibilizados preços de referência para a região.)

15.4.29. Caso fosse adotado o caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, indicado na primeira manifestação da OAS, a produtividade e o coeficiente horário de produção seriam, respectivamente:

$$P = 25,2 \text{ t} \times 1,00 \times 1,00 \times 0,70 \times 30/2 \text{ km/h} = 264,6 \text{ t} \times \text{km/h}; e$$

$$\text{Coef} = (1 / P) \times 1,70 \text{ t} / \text{m}^3 = (1 / 264,6) \times 1,70 = 0,00642 \text{ h} / \text{m}^3 \times \text{km}$$

15.4.30. Aplicando-se o custo horário do caminhão basculante (R\$ 35,00) ao novo coeficiente horário de produção (0,00642 h / m³ x km), teríamos o seguinte custo do momento de transporte 0,00642 x R\$ 35,00 = R\$ 0,2249 por m³ x km.

15.4.31. Nesse caso, adotando-se o caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, o preço do serviço seria:

$$19 \text{ km} \times \text{R\$ } 0,2249 / \text{m}^3 \times \text{km} \times (1+0,35) = \text{R\$ } 5,77 / \text{m}^3$$

15.4.32. Feita a verificação da adequabilidade do preço por meio da análise das composições e seus insumos, passa-se a avaliar os preços pelo custo do serviço em si.

15.4.33. Constam no Sinapi, as composições "15317-003 Transporte de material escavado de 1ª e 2ª categoria com caminhão basculante de 6 m³" e "15318-001 Carga e descarga mecânica de solo". A primeira delas apresenta um custo unitário de R\$ 0,31/ m³ x km, que, no caso concreto (DMT = 19 km) corresponde a R\$ 5,89 / m³. A segunda tem um custo unitário de R\$ 0,50/ m³.

15.4.34. Em conjunto, essas duas composições apresentam um custo unitário de R\$ 6,39 e um preço unitário de R\$ 8,63/m³ (BDI = 35%). Elas equivalem ao serviço de remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km, descrito no orçamento da licitação e, por esta razão, poderiam ser usadas como parâmetro de preço.

15.4.35. Porém, a favor dos responsáveis, propõe-se que na responsabilização seja mantido o preço de referência adotado pela Secex/SP para o item 01.04, de R\$ 11,47, baseado 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.

15.4.36. Por coerência, na avaliação dos demais serviços relacionados a movimento de terra, realizada no Anexo II desta Instrução, deve ser adotado o mesmo momento de transporte do item 01.04, obtido pela divisão do seu preço unitário pela distância (R\$ 11,47 / 19 km = R\$ 0,45 / m³ x km). Também por coerência, quando aplicável, sugere-se adotar o caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, cujo custo unitário é de R\$ 35,00/h.

15.4.37. Destaca-se ainda que 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 (fls. 90 do vol. principal) e a Galvão Engenharia Ltda. apresentou preço de R\$ 11,30/m³ (fls. 94 do vol. principal). 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).

15.4.38. Os outros dois relatórios técnicos apresentados pela Construtora OAS Ltda. para argumentar a inexistência de sobrepreço estão anexos às fls 298-306 do Anexo 11 e fls. 2372-2540 dos vol. 12 e 13, sendo o primeiro do Prof. Hélio de Souza Ricardo e o segundo da PINI Serviços de Engenharia.

15.4.39. Na análise do custo do serviço de remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km e em outros serviços de movimento de terra, o relatório da PINI Serviços de Engenharia utiliza como base o coeficiente horário de produção encontrado pelo engenheiro da OAS, no qual se identificou a inconsistência citada.

15.4.40. Além disso, os dois relatórios apresentados, o da PINI e o do Prof. Hélio de Souza Ricardo, utilizam o custo horário operativo do caminhão basculante de R\$ 53,36/h. Como se considera esse preço inválido, entende-se que não devem ser consideradas as conclusões alcançadas quanto à inexistência de superfaturamento nesse serviço, uma vez que os dois relatórios partiram de premissas equivocadas.

15.4.41. Do exposto, conclui-se com relação ao sobrepreço do serviço de remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km, item 01.04 do orçamento:

i) que o cálculo do preço desse serviço apresentado pela defendente contém inconsistência;

- ii) *que a defendente não motivou a adoção do caminhão basculante com potência de 260 HP (194 kW), capacidade carga útil 16 t, caçamba 12 m³;*
- iii) *que, em sua primeira manifestação, a OAS havia adotado outro caminhão basculante (18 m³, 180 CV) para definir o preço do serviço;*
- iv) *que a própria composição da PINI utilizada pela Construtora para definir o preço do serviço indica o uso de outro caminhão basculante (com potência 85,5 a 97,5 kW, 114 a 130 HP, capacidade 4 m³ / 11 t);*
- v) *que, caso a inconsistência do cálculo seja corrigida, mesmo adotando o caminhão com potência de 260 HP (194 kW), ainda assim haveria um sobrepreço de 50 % no preço contratado deste serviço;*
- vi) *que caso fosse adotado o custo unitário do Sinapi para o caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, indicado na primeira manifestação da OAS, o preço do serviço seria R\$ 5,77 / m³.*

15.4.42. *Assim, diante das análises apresentadas acima, propõe-se que não sejam acatados os argumentos da Construtora OAS Ltda. quanto ao sobrepreço deste serviço e que seja mantido o preço de referência adotado pela Secex/SP, de R\$ 11,47/m³.*

15.4.43. *Quanto aos demais serviços, o único relatório técnico ainda não avaliado a tecer comentários é o da PINI Engenharia, cuja análise está feita no Anexo II desta instrução. Nele foram avaliadas as composições apresentadas pela PINI Engenharia para compor os preços unitários de cada serviço, tendo sido encontradas as inconsistências listadas ali.*

15.4.44. *Fazendo-se as devidas correções foram encontrados novos preços unitários, baseados nas composições apresentadas pela responsável. Esses novos preços foram utilizados em um cálculo que simulou qual seria o superfaturamento nesta situação (Tabela 5 do Anexo II).*

15.4.45. *O resultado encontrado indicou um superfaturamento do Contrato 039/1999 de R\$ 10.462.346,25 (data base junho/1999), valor esse superior ao inicialmente encontrado de R\$ 7.178.283,00 (data base junho/1999). Por esta razão e em função de todas as inconsistências encontradas, bem como da ausência de comprovação técnica que as composições de preço da Prefeitura de Guarulhos não seriam aplicáveis como preços de referência, concluiu-se pela permanência do superfaturamento tal como já havia sido apontado, com uma adequação apenas.*

15.4.46. *Na apuração do superfaturamento existente na 33^a medição e nas seguintes, realizada às fls. 2231-2233 do vol. 11, foram incluídas no cálculo de forma inadequada parcelas relativas ao débito decorrente dos serviços de itens 01.08, 02.13, 02.17, 03.08.01, 05.19, 13.02, 13.05, 13.07 a 13.10, 03.15 a 03.17, 13.20 a 13.22, 13.48, 13.54 e 13.72. Entretanto, de acordo com a metodologia de cálculo indica pelo Relator no Acórdão 355/2007-TCU-Plenário, só deveriam ser contabilizados os prejuízos decorrentes dos serviços: 01.01; 01.02; 01.04; 01.05; 02.01; 02.02; 02.03.; 02.06; 02.19; 03.01; 03.04; 03.07.02; 03.07.03; 03.07.05; 03.13.01; 03.14; e 03.15.*

15.4.47. *Sendo assim, para o completo atendimento ao que foi determinado no Acórdão 355/2007-TCU-Plenário, propõe-se que seja suprimido do cálculo do superfaturamento o débito decorrente dos serviços: 01.08, 02.13, 02.17, 03.08.01, 05.19, 13.02, 13.05, 13.07 a 13.10, 03.15 a 03.17, 13.20 a 13.22, 13.48, 13.54 e 13.72.*

15.4.48. *Com isso, o superfaturamento inicial de R\$ 7.178.283,00 seria reduzido para R\$ 6.802.293,15, conforme detalhado na Tabela 7 - Atualização do superfaturamento do Contrato 039/1999.*

15.4.49. *Ressalta-se que os responsáveis foram citados apenas pela parcela do débito que corresponde a recursos da União, o que correspondia a R\$ 2.511.511,18 (data base junho/1999).*

Feitas as adequações citadas, essa parcela passa a ser de R\$ 2.299.229,00 (data base junho/1999), sendo esse o montante para o qual se propõe a condenação (Tabela 8 - Apuração atualizada do débito relativo ao Contrato 039/1999).

15.5. *Análise da Defesa da Construtora OAS Ltda. quanto às Demais Irregularidades*

15.5.1. *Conforme já exposto nas instruções anteriores, as alegações de que as alterações eram necessárias não se aproveitam para abatimento dos débitos, pois na apuração destes partiu-se da premissa de que as modificações eram pertinentes, não tendo sido imputado nenhum débito decorrente de execução desnecessária de quantitativos.*

15.5.2. *Ademais, a maior parte das alterações foi justificada pela existência de um tipo de solo diferente do previsto e, estando a obra encerrada há vários anos, seria bastante difícil confirmar as condições anteriores do solo.*

15.5.3. *Também não se contesta o fato de terem ocorrido alterações entre o projeto básico e o projeto executivo, uma vez que essas modificações ficaram dentro dos limites impostos pela Lei 8.666/1993. Discorda-se, porém, do fato de que essas alterações eram imprevisíveis, principalmente, no tocante à necessidade de substituição do solo mole.*

15.5.4. *Ao discorrer sobre a formação geológica da área do Complexo Viário Baquirivu, o Prof. José Tadeu Balbo, autor de um dos pareceres apresentados pela defesa, cita que a ocorrência de solo mole já era esperada (fls. 45-70 do Anexo 11):*

'Diante desse tipo de formação geológica, a ocorrência dos chamados "bolsões de solo mole" é bastante comum, podendo ser esperada durante fases de elaboração de estudos preliminares e funcionais, projetos básicos e principalmente, em projetos de execução. (Grifo nosso)

(...)

Em função de consequências de engenharia como essa, ao passo de se tentar evitar sua ocorrência, as especificações em obras similares geralmente recorrem à remoção dos bolsões de areias aluviais e de solos moles orgânicos ou turfosos, eliminando-se assim riscos de rupturas por cisalhamento ou adensamento desses materiais após a conclusão das obras. Esse foi o caso das áreas de pistas de pouso e de decolagem, bem como de pistas de manobras e pátios de estacionamento do Aeroporto Internacional Governador André Franco Montoro (Guarulhos, Cumbica), cujo sítio localiza-se na mesma área de várzea do rio Baquirivu. Tais necessidades podem ser facilmente resgatadas dos projetos executivos e relatórios de obra daquele empreendimento realizado há cerca de 25 anos passados.'

15.5.5. *Usualmente, a formação geológica de uma área não se altera de forma brusca. As modificações de configuração são percebidas de forma gradual, continuamente. Dessa maneira, a ocorrência no passado de solos moles na área do Aeroporto de Guarulhos, vizinha ao Complexo Viário de Baquirivu, consistia em forte indicativo de que o mesmo aconteceria nessas obras.*

15.5.6. *Além disso, a construção do maior aeroporto do Brasil, com início ainda em 1980, é apenas um exemplo das obras realizadas naquela região que enfrentaram os mesmos problemas com solos moles. Como bem colocou o Prof. José Tadeu Balbo, a solução adotada na obra de do Complexo Baquirivu é corriqueira naquela região, sendo de conhecimento comum as características geológicas da área.*

15.5.7. *Assim, não se sustenta o argumento de que as alterações no contrato relacionadas com o aumento dos serviços ligados à substituição de solo mole eram imprevisíveis. Não que fosse obrigação da Construtora apontar uma falha que partiu de um projeto deficiente da Administração, o qual não*

identificou corretamente o montante de terra mole que deveria ser removida, mas também não se pode afirmar que tal alteração seria imprevisível.

15.5.8. *Também não é válida a alegação de que alguns dos locais previstos para uso como bota-fora não estavam licenciados. É da competência da executora da obra prever o uso de locais devidamente licenciados ou providenciar a requisição do licenciamento ambiental para áreas ainda não licenciadas. Sendo dela a responsabilidade, não há que se falar em imprevisibilidade.*

15.5.9. *O único fato citado pela responsável que poderia ser caracterizado como imprevisível refere-se à demora, além do previsto, na remoção e desapropriação da favela e das fábricas. Mas ainda assim, não cabe à defendente alegar desconhecimento da impossibilidade de se adotar o plano inicial de começar a obra do centro da pista em direção às suas extremidades, pois a visita técnica estava prevista no edital e a fase de habilitação exigia, conforme o item 3.1.2.5 do edital (fls. 48 do vol. principal), "Declaração de visita ao local da obra por engenheiro civil autorizado pela licitante, em papel timbrado da empresa participante".*

15.5.10. *Com relação ao "jogo de planilha", a defendente argumentou que para sua ocorrência seriam necessárias três premissas: a) existência de itens com sobrepreço; b) aumento do quantitativo desses itens; e c) ausência de justa causa para alteração dos quantitativos - e, para a Construtora, não teriam sido confirmadas a primeira e a última delas.*

15.5.11. *A existência da primeira premissa foi confirmada nesse trabalho, pela análise que levou à ratificação da existência do sobrepreço do contrato.*

15.5.12. *No tocante à ausência de justa causa para alteração dos quantitativos, cita-se trecho do voto do Acórdão 1757/2008-TCU-Plenário, segundo o qual: "Não é preciso avaliar o eventual dolo da administração ou da empresa para que se caracterize o desequilíbrio contratual e a necessidade de adoção de medidas no sentido de restaurar esse equilíbrio".*

15.5.13. *Ou seja, mesmo que as alterações tenham justa causa, tal fato não justifica o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e, independentemente da existência do dolo, é necessário restaurar o equilíbrio.*

15.5.14. *Nesse mesmo sentido é o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário, cujo voto esclarece que:*

'50. (...) Se, pela falta de delimitação dos preços unitários, as obrigações contratuais restaram desproporcionadas, o restabelecimento da simetria é imperativo.

51. Portanto, tem menos importância saber se o prejuízo sofrido pela administração decorre de um autêntico "jogo de planilha", de um comportamento volitivo por parte da empresa contratada no sentido de fraudar a administração pública. É puro dever de justiça agir na defesa do equilíbrio financeiro do contrato, quaisquer que sejam as causas do desequilíbrio, tanto mais quando se tem na origem uma licitação irregular. E acima disto, é imposição legal combater sobrepreços. Enfim, não é preciso analisar a conduta da empresa para responsabilizá-la pelo ganho de lucros indevidos e excessivos.'

15.5.15. *Portanto, uma vez caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, independente da causa que tenha levado ao resultado, se por jogo de planilha ou não, seu equilíbrio deve ser restabelecido.*

15.5.16. *Além disso, no caso em comento, o jogo de planilha está bem caracterizado. No tocante ao principal serviço em discussão, remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km, foi feita a seguinte análise pela Secex/SP em instrução anterior:*

'10.3.15.1.9. Cabe notar a similaridade dos serviços prestados nos itens 01.03 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 10 km - m3) e 01.04 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 20 km - m3). Em

análise comparativa, verificamos que, enquanto o item 01.03 tinha preço contratado (R\$ 2,92) 64,1 % inferior ao orçado (R\$ 8,13) e 53,4% inferior à média das licitantes (R\$ 6,27), o item 01.04, contratado a R\$ 20,82, tinha sobrepreço de 81,5% em relação ao valor orçado (R\$ 11,47) e era 41,8% superior à média das licitantes (R\$ 14,68)

10.3.15.1.10. Apesar de serem serviços de mesma natureza, o item 01.03, que tinha preço muito inferior ao de mercado, sofreu relevante supressão em seu quantitativo, reduzido em 518.956 unidades, uma supressão de 79,6% no quantitativo original de 652.289,00, enquanto o item 01.04, que apresentava sobrepreço, sofreu aditamento no quantitativo de 906.933,53, um aumento de 161,5% em relação ao quantitativo original de 561.605,00, conforme o Termo Aditivo nº 3/03 (fls. 1251-1256).’

15.5.17. Para justificar essa diferença de preço entre serviços tão semelhantes, a defendente alegou que o item 01.03 - Transporte de material de escavação até DMT de 10 km, entre outros, teria sido escolhido aleatoriamente para ter o preço unitário reduzido com o objetivo de alcançar um preço global competitivo.

15.5.18. Do exposto, considera-se incoerente a escolha aleatória de alguns preços para serem oferecidos acima dos de mercado e de outros para serem oferecidos abaixo dos de mercado, principalmente, quando serviços tão semelhantes são encontrados em situações opostas. Ao reduzir o preço de alguns itens apenas, os quais poderiam ter seus quantitativos acrescidos já que a escolha foi aleatória, a empresa estaria assumindo risco de prejuízos, tendo em vista a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração.

15.5.19. Tais variações bruscas de preços unitários são sinais de que, caso haja aditivos, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será sensivelmente alterado, o que reforça os indícios de jogo de planilha.

15.5.20. Ressalta-se mais uma vez que, mesmo tendo sido aleatória a escolha dos serviços que tiveram seus preços unitários reduzidos, o equilíbrio do contrato deveria ter sido preservado após a assinatura de termos aditivos.

15.5.21. Ademais, a planilha inserida no Anexo IV desta instrução, a qual simula qual seria o resultado da licitação caso o certame fosse realizado com os quantitativos finais do Contrato 039/1999, caracteriza bem a existência do jogo de planilha.

15.5.22. Conforme ficou demonstrado no Anexo IV e resumido a seguir, caso fossem adotados 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.

(...)

15.5.23. Quanto ao argumento de que "justo e adequado é aquele preço oriundo do processo licitatório e fixado no contrato", esclarece-se que tal afirmativa só seria verdadeira em uma situação ideal, em que o processo licitatório tivesse sido competitivo e permeado pelos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, como determina a Lei 8.666/1993.

15.5.24. Com relação à afirmação de que a tomada de contas especial teria sido instaurada apenas por conta dos prejuízos decorrentes do serviço “01.04 - Remoção de terra além do 1º km, até a DMT de 20 km”, informa-se que essa tomada de contas especial abrange também outros serviços, pelos quais a responsável já foi citada.

15.5.25. *Portanto, não há mudança de entendimento, nem ofensa ao princípio da presunção de legitimidade, pois o entendimento do Tribunal nunca foi de que a TCE estaria restrita ao serviço de remoção de terra.*

15.5.26. *Não se considera também que tenha havido ofensa ao princípio do devido processo legal quanto ao contraditório e à ampla defesa. A Tomada de Contas Especial é regida pela Instrução Normativa 56/2007 deste Tribunal e não há nela nenhuma determinação para que haja uma manifestação prévia do responsável, antes de sua abertura, mesmo porque ele poderá fazê-lo quando citado. A determinação existente é de que sejam esgotadas todas as medidas administrativas internas antes da abertura da TCE (Art. 1º, §3º, da IN n. 56/2007). No presente caso, não se vislumbra nenhuma medida administrativa que ainda pudesse ser adotada para obter o ressarcimento do dano que não a TCE.*

15.5.27. *Ressalta-se que neste processo constam quatro manifestações da defendente e, nas duas últimas, a Construtora OAS mostrou-se ciente de que o sobrepreço já considera os demais serviços.*

15.5.28. *Por estas mesmas razões, não é procedente pedido trazido na última manifestação da responsável para que fosse sobrestado o processo, por terem sido apreendidos pelo Poder Judiciário os documentos referentes à obra em questão. Entende-se que, tendo a auditoria sido realizada em 2003, sem que tenha havido a imputação de responsabilidade à OAS por algum fato novo desde sua última manifestação, não há prejuízo à ampla defesa.*

15.5.29. *Já o pedido da defendente para que sejam considerados no cálculo do débito total os créditos a favor da Construtora relativos às medições de n. 38 a 42, no valor de R\$ 173.761,31, considera-se que é procedente e tal ajuste já foi acatado na análise que subsidiou a última citação, de forma a existir proporcionalidade na apuração do débito.*

15.5.30. *Por fim, o fato de a obra ter sido entregue à população não afasta o prejuízo, pois se constatou que o custo para execução dessa obra foi superior ao de mercado, razão pela qual houve comprometimento indevido de recursos públicos.*

15.5.31. *Conclui-se que não devem ser acatadas as alegações de defesa da Construtora OAS Ltda., à exceção da inclusão no cálculo do débito total dos créditos a favor da Construtora, relativos às medições de n. 38 a 42, no valor de R\$ 173.761,31, já considerado na última citação.*

15.6. *Alegações de Defesa dos Responsáveis: Artur Pereira Cunha, Nelson Rodrigues Pandeló e Jorge Luiz Castelo de Carvalho (Fls. 2-13 do Anexo 13)*

15.6.1. *Os senhores Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Nelson Rodrigues Pandeló, ex-Diretores de Obras de Guarulhos, foram citados pelo débito, nos períodos de suas ocorrências, solidariamente à Construtora OAS Ltda., por terem dado continuidade às alterações realizadas no Contrato 039/99-GP que deram origem ao superfaturamento. Eles optaram por apresentar suas alegações de defesa em conjunto e solicitaram que as alegações apresentadas anteriormente pelos dois primeiros passem a ser consideradas também para Nelson Rodrigues Pandeló.*

15.6.2. *O resumo da referida manifestação e sua respectiva análise estão inseridos na última instrução da Secex/SP, item 2.2.2 (fls. 2559-2565 do vol. 13).*

15.6.3. *Nessa segunda defesa, os responsáveis, em síntese, alegaram:*

a) *que teriam ingressado no quadro da prefeitura a partir de abril de 2001, quando as alterações contratuais já estavam em andamento e que, por esta razão, não teriam responsabilidade quanto à irregularidade identificada;*

b) *que as alterações do contrato foram consideradas legítimas por este Tribunal e, "se houve efetivamente a necessidade das alterações e os requerentes simplesmente deram continuidade a estas*

situações fáticas observadas em campo como imprescindíveis ao regular prosseguimento da obra, em absoluto concorreram para as ditas condutas causadoras do suposto dano";

c) que a Lei de Licitações e Contratos determina que os preços ajustados não poderão sofrer alteração senão com a anuência expressa da contratada, a teor do disposto no § 1º do art. 58 da Lei 8.666, de 1993, e, por essa razão, admitida a possibilidade de a Administração impor unilateralmente a alteração à empresa contratada, surgiria a hipótese de uma contenda judicial, o que causaria prejuízo à população a ser beneficiada com a obra, sendo que a equação econômico-financeira se firma no instante em que a proposta é apresentada e, a partir de então, essa equação está protegida pelo direito;

d) que a formalização do aditivo firmado pelo requerente Artur Pereira Cunha apenas trouxe à luz do direito os fatos constatados durante a execução da obra pelos profissionais envolvidos no empreendimento, cuja necessidade foi expressamente reconhecida pela fiscalização desse Egrégio Tribunal e serviu para regularizar a situação do chamado atesto de serviços não previstos no contrato, mas efetivamente prestados; e

e) que pela aplicação da teoria do dano direto e imediato, citada por este Tribunal, somente pode responder por eventuais danos aquele que tiver dado causa ao prejuízo verificado e, no caso, não seriam estes os responsáveis, uma vez que eles não estavam ainda no quadro da PMG.

15.6.4. Por fim, foi citado o parecer do Prof. Hélio de Souza Ricardo (fls. 298-306), contratado pela Construtora OAS, o qual concluiu que o preço contratado do item 01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km estaria compatível com o preço de mercado. Assim, não haveria que se falar em superfaturamento.

15.7. Análise das Alegações de Defesa dos Responsáveis: Artur Pereira Cunha, Nelson Rodrigues Pandeló e Jorge Luiz Castelo de Carvalho

15.7.1. O argumento de que as alterações do contrato foram consideradas legítimas, conforme já exposto, não elide a irregularidade, pois na análise do sobrepreço partiu-se da premissa de que as alterações eram realmente necessárias.

15.7.2. Também se considera vencida a questão do sobrepreço, não tendo os responsáveis apresentado nenhum argumento novo quanto a isso.

15.7.3. Quanto à impossibilidade de a Administração impor unilateralmente a alteração de preços unitários à empresa contratada, esclarece-se que não foi essa a determinação. O §2º do art. 58 da Lei n. 8.666/1993, determina que, em caso de necessidade de alterações de projeto, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. Esse equilíbrio é assegurado tanto para o contratado, quanto para a Administração, cabendo a esta, em caso de recusa daquela, avaliar a possibilidade de rescindir ou anular o contrato.

15.7.4. Foi nesse sentido o Voto do Acórdão 985/2003-TCU-Plenário:

'Insisto em esclarecer que a repactuação constitui apenas uma faculdade à contratada, pois, esta Corte não determinou à empresa Ivaí que repactuasse os preços, mas sim, que a Superintendência do Porto de Itajaí/SC verificasse se havia interesse da contratada em repactuá-los, conforme especificado no Voto condutor da decisão embargada. Assim sendo, em não havendo interesse, o item 9.2.3. do Acórdão estabelece taxativamente a determinação para a Superintendência adotar providências no sentido de anular o contrato, ficando autorizada a conversão do processo em tomada de contas especial, consoante item 9.5 do Acórdão em apreço.'

15.7.5. Além disso, o princípio do "pacta sunt servanda" (vinculação ao contrato) deve ser limitado pelo princípio do "rebus sic stantibus" (conservação do equilíbrio econômico-financeiro inicial).

15.7.6. *Com relação ao argumento de que os responsáveis teriam entrado para os quadros da PMG quando as alterações contratuais já estavam em andamento, esclarece-se que essa situação não elide a irregularidade. Uma vez identificada a falha, deveriam os responsáveis ter adotado as medidas corretivas necessárias e não se manterem passivos diante dos fatos, ainda mais considerando os indícios facilmente identificáveis de jogo de planilha, especialmente relativos aos itens mais representativos na composição do débito, referentes à remoção de terra.*

15.7.7. *Conforme já demonstrado no processo em instrução anterior desta Secob-3, as alterações no Contrato 039/1999 foram propostas pela Construtora e autorizadas pelos detentores de cargos graduados da Administração Municipal, o de Diretor de Obras e o de Secretário de Obras. Além disso, a questão foi posteriormente formalizada pela apresentação de uma solicitação de aditamento do valor do contrato (fl. 606, vol. 3) no montante de R\$ 19.535.754,59, de 6/5/2003, assinada pelo Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, então Diretor de Obras, e pelo Termo de Aditamento nº 03/03, de 6/9/2003, assinado pelo Sr. Artur Pereira Cunha, à época, Secretário de Obras do município (fls. 1037/1038, vol. 4). Ressalta-se que o termo foi assinado mesmo após este Tribunal ter apontado o superfaturamento, durante a auditoria realizada em julho de 2003.*

15.7.8. *Considera-se, assim, que esse argumento se aproveita para a gradação da pena, mas não para afastar a responsabilidade dos defendentes.*

15.7.9. *Assim, por terem adotado as alterações não formalizadas para dar continuidade à execução do contrato 039/99, conduta que consistiu no antecedente fático que determinou a consequência (o dano), fica caracterizada a responsabilização desses defendentes, em consonância com a teoria do dano direto e imediato, adotada em instrução anterior.*

15.7.10. *Quanto ao Secretário de Obras Artur Pereira Cunha, quem formalizou o aditivo, considera-se que sua conduta foi agravada por esse fato. Concorda-se que as alterações deveriam ser formalizadas, o que foi objeto de determinação deste Tribunal inclusive. Porém, nessa oportunidade, deveria ter sido restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio da adequação dos preços unitários.*

15.7.11. *Conclui-se que, mesmo diante dos novos argumentos trazidos aos autos pelos responsáveis Artur Pereira Cunha, Nelson Rodrigues Pandeló e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, suas alegações de defesa não devem ser acatadas.*

15.8. *Alegações de Defesa do Responsável: Kimei Kunyoshi (fls. 14-32 do Anexo 13)*

15.8.1. *O responsável Kimei Kunyoshi, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, foi citado pelo débito, solidariamente à Construtora OAS Ltda., por ter dado continuidade às alterações realizadas no Contrato 039/99-GP que deram origem ao superfaturamento.*

15.8.2. *O responsável Kimei Kunyoshi alegou que:*

a) *o entendimento de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento não é mais válido, conforme jurisprudência trazida às fls. 19 e 20 do Anexo 13, e de que o prazo prescricional, nesse caso concreto, seria de cinco anos, considerando que não houve má-fé por parte do responsável;*

b) *entre a data do suposto dano (julho a dezembro de 2000) e a data da citação do responsável passaram-se mais de 10 anos, tempo suficiente para sepultar a pretensão da Administração Pública em reaver os supostos prejuízos;*

c) *a instauração dos presentes autos em 2003 não teria o condão de interromper o fluxo do prazo prescricional, pois as acusações por dano ao erário só foram dirigidas a ele a partir do dia 25/11/2009, uma vez que as irregularidades inicialmente imputadas a ele se restringiam a questões de natureza ambiental;*

d) a nova acusação que é dirigida ao responsável viola o princípio do devido processo legal, especialmente no que se refere à ampla defesa, pois suas manifestações anteriores se restringiam às questões ambientais; e

e) também há violação do princípio da segurança jurídica quanto à coisa julgada administrativa, pois as decisões do TCU em 2001 e 2002 acerca da obra em questão não constatarem irregularidades significativas.

15.8.3. O defendente retomou os argumentos de que as alterações efetuadas no contrato foram realmente necessárias e tiveram origem no tipo de solo encontrado no local e nos atrasos das desapropriações e remoções, conforme já detalhado pela Construtora OAS Ltda.

15.8.4. Quanto à ação do Sr. Kimei Kunyoshi que teria determinado a sua responsabilização: modificação do contrato por alterações de serviços e de quantitativos e a continuidade de sua execução com essas alterações prejudicando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato - argumentou ele que não há como imputar toda a responsabilidade a uma única pessoa, se nem o Tribunal de Contas de São Paulo, nem o Tribunal de Contas da União apontaram qualquer irregularidade nos valores unitários apresentados pela construtora. Sendo assim, não estaria presente o mais importante pressuposto da responsabilidade civil subjetiva: a culpa do agente.

15.8.5. O responsável também questionou a existência do dano, outro pressuposto da responsabilidade civil. Para tanto, ele citou os pareceres do Prof. Hélio de Souza Ricardo (fls. 298-306) e do Professor Carlos Ari Sundfeld (fls. 2338-2367), detalhados na defesa da OAS.

15.9. Análise das Alegações de Defesa do Responsável: Kimei Kunyoshi

15.9.1. As duas únicas alegações do responsável ainda não analisadas nesta instrução referem-se à prescrição da ação de ressarcimento e ao fato de os Tribunais de Contas da União e de São Paulo não terem identificado em suas auditorias anteriores as falhas apontadas na auditoria de 2003, o que serviria para eximir sua culpa também. Para ele, teria sido violado o princípio da segurança jurídica quanto à coisa julgada administrativa, pois as decisões do TCU em 2001 e 2002 acerca da obra em questão não constatarem irregularidades significativas.

15.9.2. Em primeiro lugar, esclarece-se que as auditorias deste Tribunal possuem variados escopos e que a não identificação de indícios de irregularidade em uma delas não pressupõe a regularidade da gestão dos recursos públicos, entre outras razões, porque a identificação de uma irregularidade pode ocorrer em pontos que não haviam sido objeto de avaliação em trabalhos anteriores.

15.9.3. Nesse sentido, vale a pena reproduzir aqui trecho da instrução anterior da Secex/SP (fl. 2556 a 2577), no qual se descaracteriza a alegação de violação do princípio da segurança jurídica quanto à coisa julgada administrativa:

‘Os processos de fiscalização, dentre eles, o de Levantamento de Auditoria, não se confundem com os processos de contas. As auditorias assemelham-se às investigações policiais. Nelas, se buscam provas que venham a demonstrar alguma irregularidade ou infração. Seria inadequado supor que, uma vez ocorrida uma investigação e não encontrada prova de crime, por exemplo, o caso se desse por encerrado e impossibilitasse haver nova investigação. O art. 18 do Código de Processo Penal assim preceitua: ‘Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia’. No mesmo sentido, é o art. 409, parágrafo único, do referido diploma legal. De igual forma, entendemos que o TCU pode realizar quantas fiscalizações considerar necessárias em uma determinada obra. Do contrário, seria exigir que a

fiscalização verificasse tudo em um único momento, o que não é possível. É sabido que as verificações são feitas por amostragem e analisados determinados aspectos.'

15.9.4. *No tocante à prescrição das ações de ressarcimento, alguns esclarecimentos merecem ser feitos.*

15.9.5. *Neste Tribunal muito se discutiu a cerca do prazo prescricional dessas ações, se elas seriam imprescritíveis ou se deveria ser adotado o prazo previsto pelo Código Civil.*

15.9.6. *A corrente majoritária vinha entendendo que a fixação do prazo para prescrição das ações de ressarcimento deveria ser feita de acordo com o Código Civil (Acórdãos 864/2003, 904/2003, 1.361/2003 e 569/2004 da 2ª Câmara e 1.516/2003 da 1ª Câmara), sendo, a priori, de dez anos, conforme definido no art. 205 da Lei 10.406/2002, atual Código Civil: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".*

15.9.7. *No caso em questão, a irregularidade imputada ao responsável Kimei Kunyoshi teve início em 31/7/2000, antes da vigência do novo Código Civil (2003). No entanto, como o prazo prescricional anterior, de vinte anos, não havia corrido pela metade, o prazo adotado por esta corrente seria de dez anos, conforme disposto no art. 2.028 da citada lei: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".*

15.9.8. *Ou seja, como no caso em questão o prazo prescricional da lei anterior não havia corrido pela metade, adota-se o prazo prescricional definido pelo art. 205 da Lei 10.406/2002 que é dez anos. Nessa situação, o prazo prescricional tem início na vigência do novo Código Civil, em 12/1/2003, e, de acordo com essa linha de pensamento, ele seria de dez anos, de forma que a ação não estaria prescrita quando responsável tomou ciência da citação, em 1/12/2010 (fl. 2648 do vol. 13).*

15.9.9. *Entretanto, em razão de entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), as decisões mais recentes desta Corte têm sido no sentido de que ações de ressarcimento são imprescritíveis, não sendo válida, por consequência, a alegação de que a ação estaria prescrita (Acórdãos: 1.016/2009, 1.178/2009 e 5.263/2011 da 1ª Câmara e 1.014/2009 e 4856/2010 da 2ª Câmara).*

15.9.10. *Assim, independente de qual seja a corrente adotada, não se considera que essa ação de ressarcimento tenha prescrito.*

15.9.11. *Para o responsável, o prazo prescricional seria de cinco anos. Porém, não consta na sua defesa em qual normativo esse posicionamento estaria apoiado. O defendente apenas afirma que seria pela ausência de má-fé.*

15.9.12. *Supõe-se que essa conclusão tenha sido baseada no art. 54 da Lei 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e se aplica de forma subsidiária aos processos que tramitam no TCU. Segundo ele: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".*

15.9.13. *Se assim for, considera-se que esse normativo não pode ser aplicado, pois não houve ato administrativo a favor do defendente que pudesse ser anulado.*

15.9.14. *Se a afirmação do responsável baseou-se no art. 1º da Lei 9.873/99, o qual define que prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia, esclarece-se que a prescrição quinquenal de que trata esse artigo não se aplica às ações de fiscalização do TCU, pois estas não têm como fundamento o exercício do poder de polícia, mas sim o exercício de atividades de controle externo, de previsão constitucional (Acórdão 2.483/2007).*

15.9.15. *O responsável também argumentou que a instauração do presente processo não teria o condão de interromper a contagem do prazo prescricional. Ainda que se assim fosse, e se o prazo*

prescricional de dez anos existisse, seguindo a primeira corrente, a ação não teria prescrito, uma vez que o prazo passa a ser contado a partir da vigência do novo Código Civil, 12/1/2003, e o Sr. Kimei Kunyoshi passou a ser responsabilizado por danos aos cofres da União a partir do Despacho do Ministro Relator de 22/3/2010 (fl. 2587 do vol. 13), tendo tomado ciência do fato em 1/12/2010, como confirma o aviso de recebimento dos correios.

15.9.16. Do todo, considera que essa ação de ressarcimento não prescreveu.

15.9.17. Conclui-se que as alegações de defesa do responsável Kimei Kunyoshi não devem ser acatadas.

15.10. Alegações de Defesa do Responsável: Douglas Leandrini (fls. 101-118 do Anexo 13)

15.10.1. O responsável Douglas Leandrini já havia apresentado alegações de defesa que foram analisadas na última instrução da Secex/SP, item 2.2.2 (fls. 2559-2565 do vol. 13).

15.10.2. Nesta nova manifestação, o defendente apresentou argumentos coincidentes com os do responsável Kimei Kunyoshi, os quais se deixam de repetir aqui por economia processual.

15.10.3. Além desses argumentos, o responsável Douglas Leandrini alegou que houve violação ao princípio do devido processo legal:

a) pelo fato de não se saber ao certo se as acusações imputadas ao responsável, acerca do débito decorrente do suposto desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, restringem-se aos serviços de transportes, mais especificamente ao item 01.04 da planilha, ou englobam os demais serviços; e

b) pelo fato de ele estar sendo responsabilizado pelo superfaturamento em vários serviços, enquanto essa TCE deveria tratar somente do serviço de: 01.04 - Remoção de terra além do 1º km, até a DMT de 20 km.

15.10.4. Quanto à responsabilidade do defendente pela falta de formalização adequada e tempestiva das alterações do projeto básico ocorridas durante a execução do contrato administrativo, ele argumentou que as alterações foram realmente necessárias e, por esta razão, não haveria qualquer prejuízo aos cofres públicos.

15.11. Análise das Alegações de Defesa do Responsável: Douglas Leandrini

15.11.1. A única alegação do responsável ainda não analisada nesta instrução refere-se à violação ao princípio do devido processo legal, pelo fato de o responsável não saber ao certo se as acusações imputadas a ele, restringem-se aos serviços de transportes, mais especificamente ao item 01.04 da planilha, ou englobam os demais serviços.

15.11.2. Entretanto, o Acórdão 355/2007-TCU-Plenário define de forma clara qual seria o débito: '18. Portanto, o valor do débito a ser considerado neste processo deverá ser aquele inicialmente apurado pela Secex/SP, conforme demonstrado à fl. 746 dos autos, devendo a Unidade Técnica promover o refazimento dos cálculos para incorporar àquele valor, se possível, os pagamentos indevidos ocorridos até a 42ª medição, efetuados posteriormente à última manifestação da Unidade.'

15.11.3. Nas fls. 658 a 745 do vol. 3 estão inseridas as planilhas utilizadas para obter o valor do débito pelo qual o responsável foi citado. Os valores de superfaturamento obtidos em cada medição estão resumidos na fl. 746, citada no Acórdão. Nessas planilhas, está claro que no cômputo do débito foram considerados outros serviços, além do item 01.04. Sendo o pedido de vistas ao processo um direito assegurado ao responsável, não pode o mesmo alegar que não sabe das acusações que lhe foram imputadas, não havendo violação ao princípio do devido processo legal.

15.11.4. Também para o Sr. Douglas Leandrini, a alegação de que a ação de ressarcimento estaria prescrita não é válida, ainda que se considere a existência de um prazo prescricional de dez anos. A irregularidade a ele imputada teve início em 30/12/1999 e sua citação ocorreu na abertura da TCE, em 2007.

15.11.5. Ressalta-se que para a definição da responsabilidade pelo superfaturamento foram considerados três documentos listados a seguir, dos quais dois estão relacionados ao Sr. Douglas Leandrini:

a) Registro de reunião do Sr. Douglas Leandrini com a Construtora OAS, em 14/1/2000, para discutir a “troca do solo da estaca 10 a 14”, fato que deu origem à necessidade do aditivo (fl. 90, Anexo 6);

b) Pedido de complementação dos recursos a serem alocados na obra, em razão da alteração de serviços e quantitativos, destinado à Secretaria de Finanças do Município e assinado pelo próprio ex-Diretor, Sr. Douglas Leandrini, em 20/10/2000 (fl. 98, Anexo 6); e

c) Ofício da Construtora OAS, de 3/1/2003, destinado ao ex-Secretário de Obras, Sr. Artur Pereira Cunha, solicitando o aditamento do Contrato em 25% (fls. 599/600, vol. 2).

15.11.6. Conclui-se que as alegações de defesa do responsável Douglas Leandrini não devem ser acatadas.

15.12. Razões de justificativa da Responsável: Sueli Vieira da Costa (fls. 33-48 do Anexo 13).

15.12.1. A responsável Sueli Vieira da Costa foi chamada em audiência, pelo fato de as alterações do contrato que deram origem ao superfaturamento terem sido iniciadas à época em que ela ocupava o cargo de Secretário de Obras. Não há imputação de débito, pois durante sua administração, entre 7/10/1998 e 8/1/2000, não foi registrado prejuízo à União decorrente das alterações do Contrato 039/99.

15.12.2. Suas razões de justificativa em muito se assemelham com as duas últimas defesas resumidas nesta instrução. Ela alegou que entre a sua saída dos quadros da Prefeitura de Guarulhos (8/1/2000) e a audiência relativa ao sobrepreço/superfaturamento transcorreram mais de dez anos e que o prazo para uma ação de ressarcimento da Administração Pública estaria prescrito, pelas mesmas razões dos defendentes Douglas Leandrini e Kimei Kunyoshi.

15.12.3. No tocante aos demais argumentos coincidentes, por economia processual, deixam-se de repeti-los aqui. Sua manifestação acrescentou apenas que:

‘Ao tempo em que fora Secretária de Obras do Município de Guarulhos, a pessoa responsável por fiscalizar, gerir e realizar todos os atos necessários para a execução da obra em questão, era o senhor Carlos Eduardo Corcini, secretário adjunto da senhora Sueli Vieira. Assim, eventuais alterações de serviços e de quantitativos ficavam ao seu encargo, sob a sua responsabilidade.’

15.12.4. A responsável concluiu que “não foi a responsável por qualquer alteração do contrato, e mesmo que fosse tais alterações foram inquestionavelmente necessárias, bem como remuneradas nos termos do contrato administrativo vigente”.

15.13. Análise das Razões de justificativa da Responsável: Sueli Vieira da Costa

15.13.1. A ex-Secretária de Obras apresentou um único argumento que ainda não havia sido analisado nesta instrução. Refere-se à afirmação de que o real responsável por fiscalizar, gerir e realizar todos os atos necessários para a execução da obra em questão, era o senhor Carlos Eduardo Corcini, secretário adjunto da Sra. Sueli Vieira.

15.13.2. *Entretanto, não foi apresentado qualquer documento que comprovasse tal colocação, não podendo ser aceito esse argumento.*

15.13.3. *Quanto à alegação da prescrição da ação de ressarcimento, ressalta-se que no caso da responsável Sueli Vieira da Costa não há imputação de débito, não estando, portanto, coerente esse argumento.*

15.13.4. *Conclui-se que as razões de justificativa da responsável Sueli Vieira da Costa devem ser rejeitadas.*

16. *Irregularidade: Alterações onerosas no projeto sem justificativa formal, em desacordo com o art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993*

16.1. *Resumo da Situação Encontrada*

16.1.1. *Conforme já detalhado, a partir do 4º Boletim de Medição do Contrato 39/1999 ocorreram modificações dos serviços executados em relação aos serviços que estavam previstos no projeto básico (itens 01.02 e 11.04), sem que existisse a formalização de tais alterações por termos aditivos.*

16.1.2. *No último boletim de medição encontrado à época da fiscalização (32ª med. complementar), as mudanças já se apresentavam bastante significativas, culminando com um pedido de aditivo da Construtora OAS Ltda. para que fossem alterados alguns dos quantitativos inicialmente previstos. Até aquele momento, o termo aditivo ainda não havia sido formalizado.*

16.1.3. *Nesse apontamento de irregularidade, questionou-se a conduta dos engenheiros fiscais da obra e dos diretores de obras públicas que concordaram com as modificações informais do projeto, assinando os boletins de medição que confirmavam a execução de serviços não previstos no contrato, sem apontar a necessidade prévia de formulação de termo aditivo.*

16.1.4. *As audiências dos fiscais da obra e dos Diretores de Obra da PMG foram determinadas pelo Acórdão 355/2007-TCU-Plenário.*

16.2. *Razões de Justificativa apresentadas pelos responsáveis:*

16.2.1. *Os argumentos trazidos pelos responsáveis quanto a esse indício de irregularidade se confundem com aqueles relativos à irregularidade anterior, não havendo divisão por tema nas razões de justificativa apresentadas.*

16.2.2. *Desta forma, as seguintes manifestações tratam do superfaturamento e do atesto de serviços não previstos em contrato:*

- a) *Roberto Yoshiharu Nisie: fls. 2196-2198 do vol. 11 (Engenheiro Fiscal);*
- b) *Douglas Leandrini: fls. 2129-2131 do vol. 10 (Diretor do Departamento de Obras Públicas da Prefeitura Municipal de Guarulhos à época da contratação);*
- c) *Alexandre Lobo de Almeida: fls. 1-20 do anexo 6 (Engenheiro Fiscal); e*
- d) *Jorge Luiz Castelo de Carvalho (Diretor do Departamento de Edificações Públicas) e Valdir Antonucci Minto (Engenheiro Fiscal): fls. 1-19 do anexo 8.*

16.2.3. *Essas razões de justificativa já foram objeto de análise em instrução da Secex/SP, anexa às fls. 2556 a 2577. Reproduz-se aqui a síntese das manifestações realizada naquela oportunidade:*

2.2.2.2 Em síntese, os responsáveis pessoas físicas (Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Douglas Leandrini, Alexandre Lobo de Almeida, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Valdir Antonucci Minto e Arthur Pereira Cunha) alegam que:

- a) as alterações não foram "indevidas", mas sim necessárias, e apresentam diversos argumentos na defesa dessa tese, alegando que, tendo as alterações sido devidas, não houve irregularidade;
- b) a assinatura do Termo Aditivo n. 3 (fls. 1037-1042 do vol.11), de 6 de agosto de 2003, supriu a falta de formalização das alterações;
- c) nada foi executado ou medido pela fiscalização que já não estivesse assentado em detalhadas plantas, especificações e memoriais descritivos, devidamente aceitos por todos, especialmente pela Administração;
- d) não ocorreu sobrepreço no curso da execução da obra porque os preços ofertados pela licitante vencedora, que apresentou o menor preço global, foram observados durante a execução da obra;
- e) a Lei de Licitações e Contratos determina que os preços ajustados não poderão sofrer alteração senão com a anuência expressa da contratada, a teor do disposto no § 1º do art. 58 da Lei 8.666, de 1993, e, por essa razão, admitida a possibilidade de a Administração impor unilateralmente a alteração à empresa contratada, surgiria a hipótese de uma contenda judicial, o que causaria prejuízo à população a ser beneficiada com a obra, sendo que a equação econômico-financeira se firma no instante em que a proposta é apresentada e, a partir de então, essa equação está protegida pelo direito;
- f) houve descontos ofertados pela contratada quando da negociação e a empresa pleiteia judicialmente valores supostamente devidos pela Administração, alguns inclusive decorrentes de medições anteriores não atestadas conforme ofício protocolizado pela empresa contratada em 28/12/2000, três dias antes que assumisse o novo governo, denotando que inexistiu o intento da Administração de conceder vantagem indevida à empreiteira, tampouco de causar prejuízo aos cofres públicos;
- g) considerando as decisões do TCU em 2001 e 2002 acerca da obra em questão, as quais não constataram irregularidades e eram terminativas, a teor do art. 10 da Lei 8443, de 16 de julho de 1992, forçoso é reconhecer a coisa julgada administrativa no processo, prestigiando o princípio da segurança jurídica insculpido na Carta Magna;
- h) o Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Diretor do Departamento de Obras Públicas, e os Srs. Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida, Engenheiros Fiscais, argumentaram que, em momento algum, concorreram para a prática da irregularidade, ou, se o fizeram, agiram, invariavelmente, com boa-fé e no estrito cumprimento de suas atribuições técnicas e legais, argumentando, nesse sentido:
- h.1) o processo licitatório foi iniciado em 1998, na gestão municipal anterior; a obra teve início autorizado em julho de 1999, quando os requerentes não conjecturavam vir a acompanhar as obras licitadas; as modificações começaram a ocorrer a partir da 4ª medição, de dezembro de 1999; os Srs. Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Valdir Antonucci Minto só passaram a integrar o corpo técnico responsável pelo acompanhamento da obra a partir da 22ª medição, no final de 2001, três anos após o certame licitatório e dois anos após a ordem de início da obra;
- h.2) os requerentes não podem ser responsabilizados, seja porque passaram a acompanhar a obra muito tempo após seu efetivo início e apenas cuidaram de manter a situação encontrada, seja porque sua atribuição era somente atestar os boletins de medição de acordo com os serviços executados, conforme a necessidade da obra (os requerentes, subordinados que eram, tinham por atribuição, essencialmente, fiscalizar a

obra em campo, atestar os serviços que estavam sendo executados e rejeitar os que porventura não estivessem em conformidade com as normas técnicas);

h.3) em agosto de 2001, sobreveio decisão do TCU julgando regulares os atos praticados pela Administração naquela obra até aquele momento e, em agosto de 2002, o TCU proferiu a Decisão no 1.100/2002 - Plenário, em que se entendeu a inexistência de irregularidades. Caso o TCU tivesse alertado os problemas nas decisões anteriores, estes teriam sido prontamente sanados, pois tão logo surgiu por parte da auditoria do TCU o questionamento atinente à ausência de formalização dos aditivos, a Administração cuidou do saneamento do problema, anexando aos autos as inclusas plantas, projetos complementares e as justificativas que culminaram com a celebração do Termo Aditivo n. 3 (fls. 1037-1042 do vol. 4), de 2003, e que o instrumento tem como parte integrante planilha de itens de serviço contendo todas as alterações promovidas até a data de sua celebração;

h.4) os requerentes não tiveram qualquer participação nas alterações do objeto do contrato, na ausência de formalização das alterações desde sua primeira ocorrência e na persistência da falha e, sobretudo após julgamento favorável do TCU, os requerentes não poderão responder por suposto débito, sob pena de se estar cometendo uma enorme injustiça;

h.5) a Caixa Econômica Federal, entidade que intermedeia o repasse de recursos federais e habitualmente realiza fiscalização nas obras públicas em que há liberação desses recursos, não só deixou de apontar irregularidades como liberou outras parcelas.'

16.2.4. Observa-se que esses argumentos já foram analisados nesta instrução da Secob-3 e também pela Secex/SP, no item 2.2 da instrução anexa às fls. 2556 a 2577.

16.2.5. Com relação à análise da Secex/SP, a Secob-3 possui posição divergente quanto à não responsabilização dos engenheiros fiscais da obra e dos diretores de obra da PMG, conforme será explicado a diante. Quanto aos demais pontos, entendem-se válidas as considerações feitas pela Secex/SP.

16.2.6. No tocante à responsabilidade dos fiscais, entendeu a Secex/SP que o prejuízo ao erário foi configurado apenas por conta de "jogo de planilha" e não pela inexecução de serviços medidos, razão pela qual, revendo a questão da responsabilidade na jurisprudência deste Tribunal, considerou que os fiscais da obra não deveriam ser responsabilizados.

16.2.7. Destaca-se que cabe ao fiscal da obra verificar e atestar a execução dos serviços para fins de pagamento. Entre as suas responsabilidades está a tarefa de conferir se os quantitativos de serviços indicados pela contratada como executados foram efetivamente realizados e se estão de acordo com a previsão contratual.

16.2.8. Desta forma, o trabalho do fiscal de obra não se restringe a atestar se os serviços foram efetivamente executados. Ele deve também verificar se os serviços executados estão de acordo com o estabelecido em contrato.

16.2.9. No presente caso, a irregularidade que se aponta não se refere ao atesto de serviços que não foram executados, mas pode ser considerada tão grave quanto, pois os fiscais atestaram quantitativos de serviços em dissonância com o contrato inicialmente firmado. Foram constatados quantitativos de execução de serviços superiores aos previstos no contrato, sem a devida formalização de aditivo.

16.2.10. Além disso, a conferência da realização de serviços no caso da execução de obras é formalizada por meio dos boletins de medição. Como se verifica nos autos (fls. 402-576 dos vol. 1 e

2), os boletins de medição do Contrato 039/99 foram assinados pelos fiscais de obra, confirmando a sua responsabilidade.

16.2.11. *Por estas razões, os argumentos trazidos aos autos pelos engenheiros fiscais da obra não são capazes de elidir a irregularidade. Ao verificar que os serviços executados não estavam de acordo com os serviços previstos em contrato, deveriam eles não atestar a execução, até que houvesse a formalização das alterações por meio de termo aditivo.*

16.2.12. *Com relação à responsabilização dos Diretores de Obras do Município de Guarulhos, a Secex/SP entendeu que eles também deveriam ser excluídos da responsabilidade pelos débitos, "tendo em vista que estes também não tinham competência para decidir quanto às alterações dos termos iniciais da contratação".*

16.2.13. *Neste ponto, discorda-se da Secex-SP. Como demonstrado na instrução anterior desta Secob-3 (fls. 2588-2600 do vol. 13), as alterações do contrato foram propostas pela Construtora e autorizadas pelos detentores dos cargos de Diretor de Obras e Secretário de Obras. Portanto, seria dos diretores a responsabilidade de decidir quanto às alterações dos termos iniciais do contrato.*

16.2.14. *Sendo assim, eles não deveriam ter aceitado alterações de projetos e especificações, sem que essas modificações estivessem formalizadas por termo aditivo.*

16.2.15. *Entende-se que também seria função dos diretores supervisionar os trabalhos dos fiscais no atesto da execução de serviços. Esse trabalho de supervisão pode ser confirmado pela assinatura dos diretores de obra nos boletins de medição (fls. 402-576 dos vol. 1 e 2), que também foram assinados pelos fiscais da obra.*

16.2.16. *Considera-se, assim, que, como os fiscais, também os diretores de obra devem ser responsabilizados pelo atesto de boletins de medição com serviços não previstos no contrato, uma vez que houve falha por parte deles na supervisão do trabalho, culpa in vigilando.*

16.2.17. *Conclui-se que as razões de justificativa dos responsáveis Roberto Yoshiharu Nisie, Alexandre Lobo de Almeida e Valdir Antonucci Minto, fiscais da obra, e dos responsáveis Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretores de Obra, não merecem ser acatadas, com imputação de multa. Aos primeiros, por terem atestado boletins de medição com serviços não previstos no contrato, aos segundos, pela mesma conduta anterior e por terem aceitado indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal, contrariando o que determina o art. 60 da Lei 8.666/1993.*

17. Demais Irregularidades

17.1. *Com relação às demais irregularidades, não foram apresentadas outras manifestações após a análise da Secex/SP. Assim, mesmo considerando as novas manifestações trazidas aos autos quanto às outras irregularidades, concorda-se com as análises e propostas de encaminhamento inseridas em instrução anterior da Secex/SP (fls. 2556-2577 do vol. 13), com as exceções descritas a seguir:*

17.2. *Quanto à irregularidade "autorizar e/ou homologar a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o art. 7o, § 2o, III, da Lei 8.666, de 1993", propõe-se rejeitar as razões de justificativa dos responsáveis, Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, e Jovino Cândido da Silva, ex-Prefeito do Município de Guarulhos, com imputação de multa a eles, por terem autorizado e homologado (fl. 107 do vol. principal) a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente.*

17.3. *Quanto à irregularidade "dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes", propõe-se:*

17.3.1. *Acatar parcialmente as razões de justificativa dos Srs. Artur Pereira Cunha, Vânia Moura Ribeiro e Kimei Kunyoushi, ex-Secretários de Obras de Guarulhos, afastando-se a imputação de multa a eles;*

17.3.2. *Rejeitar as razões de justificativa dos Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello e Sueli Vieira da Costa, ex-Secretários de Obras de Guarulhos, com imputação de multa. Ao primeiro, por ter permitido a abertura de licitação sem a prévia obtenção de licença ambiental, contrariando o que determina o inciso I do art. 8 da Resolução Conama 237/1997; à segunda, por ter permitido, em sua gestão, o início da obra sem a prévia obtenção de licença ambiental, contrariando o que determina os incisos I e II do art. 8 da Resolução Conama 237/1997;*

17.4. *Quanto à irregularidade "aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8o, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993", a Secex/SP propôs rejeitar as razões de justificativa do responsável, Sr Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos.*

17.4.1. *Da análise realizada, desprende-se que a Secex/SP não considerou indevida a prorrogação da vigência do contrato e sim a ausência de formalização de justificativas para tanto. Ou seja, a irregularidade apontada refere-se à falta de formalização dos motivos que ensejaram o retardamento da obra e a prorrogação do contrato.*

17.4.2. *Em suas razões de justificativa, o responsável argumentou que o atraso da obra teria ocorrido pela demora no repasse de recursos federais, pela mudança de gestão na Administração Municipal em 2001 e em razão da insuficiência de recursos próprios, irregularidade também apontada pela auditoria.*

17.4.3. *Ele apresentou ainda a documentação anexa às fls. 2082-2100 do vol. 10, composta de:*

- a) *comunicações da Construtora OAS Ltda justificando o atraso das obras e solicitando que o prazo de execução fosse prorrogado;*
- b) *manifestações do engenheiro fiscal da obra, Sr. Roberto Yoshiharu Nisie, do chefe do departamento, Sr. Alexandre Lobo de Almeida, e do Diretor de Obras Públicas, Sr. Jorge Luiz Castelo, posicionando-se favoravelmente à prorrogação do prazo;*
- c) *pareceres da presidente da comissão de licitação, Sra. Silvia Tibiriçá Ramos Sampaio, também favoráveis à prorrogação do prazo;*
- d) *autorização do Secretário de Obras, Sr. Artur Pereira Cunha, para a lavratura dos termos de aditamento de prazo.*

17.4.4. *Considerando-se assim que o Secretário de Obras tomou sua decisão baseado em outras manifestações/pareceres e que as justificativas para a o retardamento da obra e a prorrogação do contrato podem ser encontradas nos documentos trazidos aos autos pelo responsável, propõe-se acatar parcialmente suas razões de justificativa.*

17.4.5. *Ademais, a obra foi posteriormente concluída e os aditivos de valor assinados para o Contrato 039/1999 não são decorrentes da prorrogação de prazo.*

17.4.6. *Desta forma, com relação à irregularidade "aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8o, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993", propõe-se acatar parcialmente as razões de justificativa do responsável, Sr Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, afastando-se a imputação de multa a ele.*

17.5. *Quanto à irregularidade "admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo com o art. 43, IV, da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixando de chamar atenção para*

futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos", discorda-se da proposta da Secex/SP.

17.5.1. Em sua instrução, às fls. 2573-2574 do vol. 13, a Secex/SP propôs que não deveriam ser acatadas as razões de justificativa dos membros da comissão de licitação. Considerou que a análise quanto ao atendimento aos critérios de aceitabilidade de preços unitários é procedimento básico para quem participa de contratação na Administração Pública e que a comissão não poderia ter deixado de fazê-lo.

17.5.2. No item 3.2.4.1 do edital de licitação está definido que não seria admitida proposta que apresentasse preço global ou preços unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de insumos e salários de mercado, sendo esse o único critério de aceitabilidade de preço unitário presente no edital.

17.5.3. Percebe-se assim falha no edital de licitação quanto ao atendimento do que determina o inciso X, art. 40 da Lei 8.666/1993. Porém não há informação de que o edital tenha sido elaborado pela comissão chamada em audiência.

17.5.4. Além disso, hoje já está consolidado o entendimento de que estabelecer critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, é obrigação do gestor e não sua faculdade. Todavia, não se pode dizer que essa jurisprudência já estava pacificada à época da licitação, em 1998.

17.5.5. Do exposto, mesmo sendo significativas as distorções existentes entre os preços unitários orçados e os preços unitários apresentados pela vencedora do certame, considera-se que os membros da comissão de licitação não devem ser apenados com multa.

17.5.6. Desta forma, quanto à irregularidade "admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo com o art. 43, IV, da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixando de chamar atenção para futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos", propõe-se acatar parcialmente as razões de justificativa dos responsáveis, Srs. Carlos Eduardo Corsini e Fernando Antonio Duarte Leme, membros da Comissão de Licitação, afastando-se a imputação de multa a eles.

17.6. Por fim, considerando se tratar de fatos ocorridos no decorrer de outras gestões municipais, envolvendo vários responsáveis, e buscando evitar a reincidência dos fatos na gestão atual e nas futuras, sugere-se que seja mantida proposta de encaminhamento inserida em instrução anterior da Secex/SP (fls. 1758-1783 do vol. 9) de dar ciência à administração municipal atual, no caso à Secretaria de Obras do Município de Guarulhos, que:

17.6.1. a abertura de licitação sem a devida dotação orçamentária e o planejamento dos recursos que arcarão com os custos da obra do início ao fim, contraria o que prescreve o inciso III, §2º, art. 7º, e o art. 8º, caput, da Lei 8666/1993;

17.6.2. a paralisação da obra sem a devida formalização contraria o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.666/1993;

17.6.3. o aceite do descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, contraria o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.666/1993;

17.6.4. o início da obra sem as devidas licenças ambientais, contraria a Resolução Conama 237/97;

17.6.5. o atesto de serviços não previstos no contrato contraria o art. 60 da Lei 8.666/1993;

17.6.6. a publicação de editais de licitação sem critério de aceitação de preços unitários contraria o inciso X do art.40 da Lei 8.666/1993 e deixa aberta a possibilidade de ocorrência de possíveis "jogos de planilhas" realizados pelas licitantes;

17.6.7. a perda do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de modificações dos quantitativos inicialmente previstos contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

CONCLUSÃO

18. Nesta instrução, foram analisadas as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas em decorrência das deliberações exaradas no Acórdão 355/2007-TCU-Plenário e em Despacho do Ministro Relator, à fl. 2602 (vol.13).

19. No item 15, analisaram-se as alegações de defesa da Construtora OAS Ltda. e dos demais responsáveis pelo indício de superfaturamento, decorrente do pagamento de serviços em contrato com desequilíbrio econômico-financeiro por modificações nos quantitativos inicialmente previstos.

20. A existência do superfaturamento foi confirmada e é 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). Nos cálculos desenvolvidos foram adotadas as premissas determinadas no Voto condutor do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário.

21. Propõe-se:

a) rejeitar as alegações de defesa dos Ex-Diretores de Obras da PMG, Srs. Douglas Leandrini, Nelson Rodrigues Pandeló e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, e dos Ex-Secretários de Obras da PMG, Srs. Kimei Kunyoshi e Artur Pereira Cunha, por terem permitido alterações de quantitativos no Contrato 039/99, que, somadas a preços unitários desalinhados com o mercado, provocaram o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, o que contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993, condenando-os, solidariamente à Construtora OAS Ltda., ao débito discriminado no Anexo I;

b) rejeitar as razões de justificativa da ex-Secretária de Obras, Sra. Sueli Vieira da Costa, com imputação de multa, pela mesma conduta citada acima, agravada por ter o início das referidas alterações ocorrido na sua gestão.

22. No item 16 desta instrução, analisaram-se as razões de justificativa apresentadas quanto às alterações onerosas efetuadas no projeto sem justificativa formal. Considerou-se que as razões de justificativa apresentadas pelos Fiscais da Obra e pelos Diretores de Obra não foram capazes de elidir a irregularidade, pois ao verificar que os serviços executados não estavam de acordo com os serviços previstos em contrato, deveriam eles não atestar a execução, até que houvesse a formalização das alterações por meio de termo aditivo.

23. Propõe-se rejeitar as razões de justificativa dos Ex-Fiscais da Obra, Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Alexandre Lobo de Almeida e Valdir Antonucci Minto, e dos Ex-Diretores de Obras, Srs. Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, com imputação de multa, por terem atestado boletins de medição com serviços não previstos no contrato.

24. No item 17, propôs-se adotar as análises e propostas de encaminhamento inseridas em instrução anterior da Secex/SP (fls. 2556-2577 do vol. 13) no julgamento das demais irregularidades, com divergência de encaminhamento quanto às irregularidades: "admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo com o art. 43, IV, da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixando de chamar atenção para futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos" e "aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993".

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, para posterior deliberação do Exmo Sr. Ministro Relator Augusto Nardes, propondo:*

I.1) rejeitar as alegações de defesa dos responsáveis a seguir relacionados, conforme suas respectivas condutas, condenando-os, solidariamente, ao débito relativo às medições e quantias indicadas nas tabelas abaixo, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Responsável: Sr. Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras da PMG, CPF 853.070.928-49.

Conduta: ter solicitado e permitido alterações de quantitativos no Contrato n. 039/99, que, somadas a preços unitários desalinhados com o mercado, provocaram o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda., o que contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

Fato gerador do débito (crédito)	Valor (R\$)	Data da ocorrência
<i>4ª Medição Parcial</i>	-	<i>30/12/1999</i>
<i>4ª Medição Complementar</i>	-	<i>29/2/2000</i>
<i>5ª Medição Parcial</i>	-	<i>31/3/2000</i>
<i>6ª Medição Parcial</i>	<i>(6.372,35)</i>	<i>31/3/2000</i>
<i>7ª Medição Parcial</i>	<i>(28.154,73)</i>	<i>28/4/2000</i>
<i>8ª Medição Parcial</i>	<i>(72.090,15)</i>	<i>31/5/2000</i>
<i>9ª Medição Parcial</i>	<i>29.833,53</i>	<i>30/6/2000</i>
<i>10ª Medição Parcial</i>	<i>(154.672,18)</i>	<i>31/7 e 31/8/2000</i>
<i>11ª Medição Parcial</i>	<i>196.433,45</i>	<i>31/8/2000</i>
<i>12ª Medição Parcial</i>	<i>139.898,05</i>	<i>29/9/2000</i>
<i>13ª Medição Parcial</i>	<i>56.757,83</i>	<i>31/10/2000</i>
<i>14ª Medição Parcial</i>	<i>17.390,00</i>	<i>1/12/2000</i>

Responsável: Sr. Kimei Kunyoshi, ex-Secretário de Obras da PMG, CPF 039.128.688-91.

Conduta: ter solicitado e permitido alterações de quantitativos no Contrato n. 039/99, que, somadas a preços unitários desalinhados com o mercado, provocaram o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda., o que contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

Fato gerador do débito (crédito)	Valor (R\$)	Data da ocorrência
<i>10ª Medição Parcial</i>	<i>(154.672,18)</i>	<i>31/7 e 31/8/2000</i>
<i>11ª Medição Parcial</i>	<i>196.433,45</i>	<i>31/8/2000</i>
<i>12ª Medição Parcial</i>	<i>139.898,05</i>	<i>29/9/2000</i>
<i>13ª Medição Parcial</i>	<i>56.757,83</i>	<i>31/10/2000</i>
<i>14ª Medição Parcial</i>	<i>17.390,00</i>	<i>1/12/2000</i>

Responsável: Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras da PMG, CPF 002.053.201-63.

Conduta: ter solicitado e permitido alterações de quantitativos no Contrato n. 039/99, que, somadas a preços unitários desalinhados com o mercado, provocaram o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda., o que contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

Fato gerador do débito (crédito)	Valor (R\$)	Data da ocorrência
<i>1ª Medição Taboão</i>	<i>153.074,89</i>	<i>27/4/2001</i>
<i>2ª Medição Taboão</i>	<i>328.064,41</i>	<i>24/5/2001</i>
<i>3ª Medição Taboão</i>	<i>131.838,48</i>	<i>3/7/2001</i>
<i>20ª Medição Parcial</i>	<i>39.958,13</i>	<i>6/12/2001</i>
<i>23ª Medição Parcial</i>	<i>36.719,89</i>	<i>6/5/2002</i>
<i>25ª Medição Parcial</i>	<i>38.916,97</i>	<i>25/7/2002</i>
<i>26ª Medição Parcial</i>	<i>(48.649,84)</i>	<i>13/8/2002</i>
<i>28ª Medição Parcial</i>	<i>48.690,94</i>	<i>29/8/2002</i>
<i>29ª Medição Complementar</i>	<i>95.147,92</i>	<i>16/10/2002</i>
<i>29ª Medição Complementar II</i>	<i>85.657,35</i>	<i>16/10/2002</i>
<i>30ª Medição Parcial</i>	<i>2.698,57</i>	<i>17/12/2002</i>
<i>32ª Medição Parcial</i>	<i>360.585,77</i>	<i>25/6/2003</i>
<i>32ª Medição Complementar</i>	<i>356.359,67</i>	<i>1/4/2003</i>
<i>33ª Medição Parcial</i>	<i>390.913,05</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>34ª Medição Parcial</i>	<i>56.092,77</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>35ª Medição Parcial</i>	<i>63.376,40</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>37ª Medição Parcial</i>	<i>24.019,24</i>	<i>7/10/2004</i>
<i>37ª Medição Complementar</i>	<i>23.578,97</i>	<i>7/10/2004</i>
<i>38ª Medição Parcial</i>	<i>(3.264,91)</i>	<i>27/10/2004</i>
<i>38ª Medição Complementar</i>	<i>(40.760,85)</i>	<i>27/10/2004</i>
<i>39ª Medição Parcial</i>	<i>(7.335,16)</i>	<i>9/12/2004</i>
<i>39ª Medição Complementar</i>	<i>1.822,13</i>	<i>9/12/2004</i>
<i>40ª Medição Parcial</i>	<i>(28.013,36)</i>	<i>4/2/2005</i>
<i>41ª Medição Parcial</i>	<i>10.714,15</i>	<i>7/7/2005</i>

Responsável: Sr. Nelson Rodrigues Pandeló, ex-Diretor de Obras da PMG, CPF 305.134.648-91.

Conduta: ter solicitado e permitido alterações de quantitativos no Contrato n. 039/99, que, somadas a preços unitários desalinhados com o mercado, provocaram o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda., o que contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

Fato gerador do débito (crédito)	Valor (R\$)	Data da ocorrência
---	--------------------	---------------------------

<i>2ª Medição Taboão</i>	<i>328.064,41</i>	<i>24/5/2001</i>
<i>3ª Medição Taboão</i>	<i>131.838,48</i>	<i>3/7/2001</i>

Responsável: Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretor de Obras da PMG, CPF 344.471.647-87.

Conduta: ter solicitado e permitido alterações de quantitativos no Contrato n. 039/99, que, somadas a preços unitários desalinhados com o mercado, provocaram o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda.,

Fato gerador do débito (crédito)	Valor (R\$)	Data da ocorrência
<i>20ª Medição Parcial</i>	<i>39.958,13</i>	<i>6/12/2001</i>
<i>23ª Medição Parcial</i>	<i>36.719,89</i>	<i>6/5/2002</i>
<i>25ª Medição Parcial</i>	<i>38.916,97</i>	<i>25/7/2002</i>
<i>26ª Medição Parcial</i>	<i>(48.649,84)</i>	<i>13/8/2002</i>
<i>28ª Medição Parcial</i>	<i>48.690,94</i>	<i>29/8/2002</i>
<i>29ª Medição Complementar</i>	<i>95.147,92</i>	<i>16/10/2002</i>
<i>29ª Medição Complementar II</i>	<i>85.657,35</i>	<i>16/10/2002</i>
<i>30ª Medição Parcial</i>	<i>2.698,57</i>	<i>17/12/2002</i>
<i>32ª Medição Parcial</i>	<i>360.585,77</i>	<i>25/6/2003</i>
<i>32ª Medição Complementar</i>	<i>356.359,67</i>	<i>1/4/2003</i>
<i>33ª Medição Parcial</i>	<i>390.913,05</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>34ª Medição Parcial</i>	<i>56.092,77</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>35ª Medição Parcial</i>	<i>63.376,40</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>37ª Medição Parcial</i>	<i>24.019,24</i>	<i>7/10/2004</i>
<i>37ª Medição Complementar</i>	<i>23.578,97</i>	<i>7/10/2004</i>
<i>38ª Medição Parcial</i>	<i>(3.264,91)</i>	<i>27/10/2004</i>
<i>38ª Medição Complementar</i>	<i>(40.760,85)</i>	<i>27/10/2004</i>
<i>39ª Medição Parcial</i>	<i>(7.335,16)</i>	<i>9/12/2004</i>
<i>39ª Medição Complementar</i>	<i>1.822,13</i>	<i>9/12/2004</i>
<i>40ª Medição Parcial</i>	<i>(28.013,36)</i>	<i>4/2/2005</i>
<i>41ª Medição Parcial</i>	<i>10.714,15</i>	<i>7/7/2005</i>

Responsável: Construtora OAS Ltda., parte do Contrato 39/99, celebrado entre essa empresa e o Município de Guarulhos/SP, CNPJ 14310577/0001-4.

Conduta: ter recebido indevidamente valores pagos a maior decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda.

<i>Fato gerador do débito (crédito)</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data da ocorrência</i>
<i>4ª Medição Parcial</i>	-	<i>30/12/1999</i>
<i>4ª Medição Complementar</i>	-	<i>29/2/2000</i>
<i>5ª Medição Parcial</i>	-	<i>31/3/2000</i>
<i>6ª Medição Parcial</i>	<i>(6.372,35)</i>	<i>31/3/2000</i>
<i>7ª Medição Parcial</i>	<i>(28.154,73)</i>	<i>28/4/2000</i>
<i>8ª Medição Parcial</i>	<i>(72.090,15)</i>	<i>31/5/2000</i>
<i>9ª Medição Parcial</i>	<i>29.833,53</i>	<i>30/6/2000</i>
<i>10ª Medição Parcial</i>	<i>(154.672,18)</i>	<i>31/7 e 31/8/2000</i>
<i>11ª Medição Parcial</i>	<i>196.433,45</i>	<i>31/8/2000</i>
<i>12ª Medição Parcial</i>	<i>139.898,05</i>	<i>29/9/2000</i>
<i>13ª Medição Parcial</i>	<i>56.757,83</i>	<i>31/10/2000</i>
<i>14ª Medição Parcial</i>	<i>17.390,00</i>	<i>1/12/2000</i>
<i>1ª Medição Taboão</i>	<i>153.074,89</i>	<i>27/4/2001</i>
<i>2ª Medição Taboão</i>	<i>328.064,41</i>	<i>24/5/2001</i>
<i>3ª Medição Taboão</i>	<i>131.838,48</i>	<i>3/7/2001</i>
<i>20ª Medição Parcial</i>	<i>39.958,13</i>	<i>6/12/2001</i>
<i>23ª Medição Parcial</i>	<i>36.719,89</i>	<i>6/5/2002</i>
<i>25ª Medição Parcial</i>	<i>38.916,97</i>	<i>25/7/2002</i>
<i>26ª Medição Parcial</i>	<i>(48.649,84)</i>	<i>13/8/2002</i>
<i>28ª Medição Parcial</i>	<i>48.690,94</i>	<i>29/8/2002</i>
<i>29ª Medição Complementar</i>	<i>95.147,92</i>	<i>16/10/2002</i>
<i>29ª Medição Complementar II</i>	<i>85.657,35</i>	<i>16/10/2002</i>
<i>30ª Medição Parcial</i>	<i>2.698,57</i>	<i>17/12/2002</i>
<i>32ª Medição Parcial</i>	<i>360.585,77</i>	<i>25/6/2003</i>
<i>32ª Medição Complementar</i>	<i>356.359,67</i>	<i>1/4/2003</i>
<i>33ª Medição Parcial</i>	<i>390.913,05</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>34ª Medição Parcial</i>	<i>56.092,77</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>35ª Medição Parcial</i>	<i>63.376,40</i>	<i>16/7/2004</i>
<i>37ª Medição Parcial</i>	<i>24.019,24</i>	<i>7/10/2004</i>

Responsável: Construtora OAS Ltda., parte do Contrato 39/99, celebrado entre essa empresa e o Município de Guarulhos/SP, CNPJ 14310577/0001-4. (CONTINUAÇÃO)

<i>Fato gerador do débito (crédito)</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data da ocorrência</i>
<i>37ª Medição Complementar</i>	<i>23.578,97</i>	<i>7/10/2004</i>
<i>38ª Medição Parcial</i>	<i>(3.264,91)</i>	<i>27/10/2004</i>
<i>38ª Medição Complementar</i>	<i>(40.760,85)</i>	<i>27/10/2004</i>
<i>39ª Medição Parcial</i>	<i>(7.335,16)</i>	<i>9/12/2004</i>
<i>39ª Medição Complementar</i>	<i>1.822,13</i>	<i>9/12/2004</i>
<i>40ª Medição Parcial</i>	<i>(28.013,36)</i>	<i>4/2/2005</i>
<i>41ª Medição Parcial</i>	<i>10.714,15</i>	<i>7/7/2005</i>

II) rejeitar as razões de justificativa da ex-Secretária de Obras, Sra. Sueli Vieira da Costa, com imputação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92, por ter autorizado a modificação do Contrato nº 039/99, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda, por alterações de serviços e de quantitativos, o que prejudicou o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo e deu origem a um superfaturamento;

III) rejeitar as razões de justificativa dos ex-Fiscais da Obra, Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Alexandre Lobo de Almeida e Valdir Antonucci Minto e dos ex-Diretores de Obras, Srs. Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, com imputação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92. Aos ex-Fiscais de Obra, por terem atestado boletins de medição com serviços não previstos no contrato. Aos ex-Diretores de Obras, pela mesma conduta anterior e por terem aceitado indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal, contrariando o art. 60 da Lei 8.666/1993;

IV) rejeitar as razões de justificativa dos responsáveis, Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, Secretário de Obras de Guarulhos, e Jovino Cândido da Silva, ex-Prefeito do Município de Guarulhos, com imputação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92, por autorizarem e homologarem a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o inciso III, § 2º, art. 7º da Lei 8.666/1993;

V) acatar parcialmente as razões de justificativa dos Srs. Artur Pereira Cunha, Vânia Moura Ribeiro e Kimei Kunyoushi, ex-Secretários de Obras de Guarulhos, afastando-se a imputação de multa, quanto à irregularidade: dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes, considerando que ao tomarem posse nos respectivos cargos a obra já encontrava-se em estágio avançado, mesmo sem as licenças ambientais;

VI) rejeitar as razões de justificativa dos Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello e Sueli Vieira da Costa, ex-Secretários de Obras de Guarulhos, com imputação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92. Ao primeiro, por ter permitido a abertura de licitação sem a prévia obtenção de licença ambiental, contrariando o que determina o inciso I do art. 8 da Resolução Conama 237/1997; à segunda, por ter permitido, em sua gestão, o início da obra sem a prévia obtenção de licença ambiental, contrariando o que determina os incisos I e II do art. 8 da Resolução Conama 237/1997;

VII) acatar parcialmente as razões de justificativa do Sr Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, afastando-se a imputação de multa, quanto à irregularidade: aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.666/1993;

VIII) acatar parcialmente as razões de justificativa dos responsáveis, Srs. Carlos Eduardo Corsini e Fernando Antonio Duarte Leme, membros da Comissão de Licitação, afastando-se a imputação de multa, quanto à irregularidade: admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo

com o inciso IV do art. 43 da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixar de chamar atenção para futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos; e

IX) dar ciência à Secretaria de Obras do Município de Guarulhos que:

- i) a abertura de licitação sem a devida dotação orçamentária e o planejamento dos recursos que arcarão com os custos da obra do início ao fim, contraria o que prescreve o inciso III, §2º do art. 7º, e o caput do art. 8º da Lei 8666/1993;
- ii) a paralisação da obra sem a devida formalização contraria o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.666/1993;
- iii) o aceite do descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, contraria o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.666/1993;
- iv) o início da obra sem as devidas licenças ambientais, contraria a Resolução Conama 237/97;
- v) o atesto de serviços não previstos no contrato contraria o art. 60 da Lei 8.666/1993;
- vi) a publicação de editais de licitação sem critério de aceitação de preços unitários contraria o inciso X do art.40 da Lei 8.666/1993 e deixa aberta a possibilidade de ocorrência de possíveis "jogos de planilha" realizados pelas licitantes;
- vii) a perda do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de modificações dos quantitativos inicialmente previstos contraria o §2º do art. 58 da Lei 8.666/1993.

11. O Secretário da Secob-3 anuiu a aludida proposta, tendo acrescentado apenas a expedição de ofício de ciência à Prefeitura de Guarulhos dos indícios de irregularidades detectados (peça 16, p. 52-59).

12. O Ministério Público junto ao TCU, na pessoa do insigne Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, manifestou-se da seguinte forma (peça 40):

“Desde já, manifesto minha concordância com o exame procedido pela unidade instrutiva, cujas conclusões incorporo aos fundamentos deste parecer.

Os autos, que foram inicialmente examinados pela Secex/SP, receberam as mais recentes análises da 3ª Secretaria de Fiscalização de Obras – Secob-3. Os últimos despachos e instrução técnica examinam as alegações de defesa produzidas pela Construtora OAS Ltda., pelos Srs. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras do Município de Guarulhos, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretor de Obras do Município de Guarulhos, Nelson Rodrigues Pandeló, ex-Diretor de Obras do Município de Guarulhos, Kimei Kunyoshi, ex-Secretário de Obras do Município de Guarulhos, Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras do Município de Guarulhos, e Sueli Vieira da Costa, ex-Secretária de Obras do Município de Guarulhos.

De modo geral, pelas razões expendidas na instrução, entendo que as alegações de defesa não merecem acolhimento. A unidade técnica demonstra com clareza e objetividade a existência de sobrepreço e de outras falhas que ensejaram a ocorrência de dano ao erário. De fato, como bem observou o Sr. Secretário de Controle Externo (peça 16, p. 52), a instrução confirmou a existência de superfaturamento no importe de R\$ 6.802.293,15 (data base junho/1999), decorrente, na maior parte (95%), de sobrepreço unitário e do aumento indevido de quantitativos no serviço de remoção de terra (além de 1º km até a DMT de 20 km).

Outras falhas resultaram na audiência de diversos responsáveis. Na mais recente instrução técnica, relativamente à execução de diversos serviços em desconformidade com o projeto básico, examinam-se as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Roberto Voshiharu Nisie, Engenheiro Fiscal, Douglas Leandrini, Diretor do Departamento de Obras Públicas da Prefeitura

Municipal de Guarulhos à época da contratação, Alexandre Lobo de Almeida, Engenheiro Fiscal, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Diretor do Departamento de Edificações Públicas, e Valdir Antonucci Minto, Engenheiro Fiscal.

Em consonância com a Secob-3, penso que os elementos de defesa apresentados pelos envolvidos não descaracterizaram a mencionada impropriedade. Os fiscais devem ser responsabilizados por terem atestado boletins de medição com serviços não previstos no contrato. Os demais gestores devem ser responsabilizados não apenas pelo referido atesto, mas também por terem admitido alterações de projetos e especificações, de maneira informal, contrariando o que determina o art. 60, caput e parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

As razões de justificativa apresentadas pela Sra. Sueli Vieira da Costa não devem ser aceitas, haja vista as explicações trazidas na instrução. A responsável não faz prova da assertiva de que o verdadeiro responsável por gerir, fiscalizar e realizar todos os atos relativos à execução da obra era o Sr. Carlos Eduardo Corcini, Secretário Adjunto de Obras. Seus demais argumentos são insuficientes para descaracterizar a ocorrência da irregularidade pela qual foi ouvida ou para afastar sua responsabilidade.

Quanto às demais irregularidades que motivaram as audiências de diversos responsáveis, perfilho posicionamento adotado na instrução, que conta com a concordância do Sr. Diretor e do Sr. Secretário da Secob-3. Mesmo após o exame das razões de justificativa produzidas pelos responsáveis, restaram configuradas falhas de maior gravidade, tais como: a) autorizar ou homologar a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei 8.666/1993; b) dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes; c) admitir o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, o que contraria o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.666/1993.

Como bem observa o Sr. Secretário, mediante Despacho constante da peça 16, p. 52, os autos carecem de elementos que apontem para a boa-fé dos responsáveis, motivo pelo qual, desde já, as contas podem receber julgamento definitivo de mérito.

Por todo o exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta concordância com a proposta da 3ª Secretaria de Fiscalização de Obras, consignada na peça 16, p. 54-59, acrescentando, para maior exatidão, que as proposições de multa baseadas no art. 58 da Lei 8.443/92 podem estar fundamentadas no inciso II do referido artigo.”

13. Estando os autos no meu Gabinete, sobreveio expediente encaminhado pela Construtora OAS Ltda., por meio do qual solicitou a concessão de prazo de 90 dias para a apresentação de defesa (peça 66). Como motivo, a sociedade empresária alegou que finalmente havia conseguido a devolução dos arquivos, documentos e pastas relacionados ao contrato em exame, os quais haviam sido apreendidos pelo Poder Judiciário.

14. Tendo em vista 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, deferi, excepcionalmente, a dilação solicitada, tendo determinado o retorno dos autos à SecobEnerg, atual denominação da Secob-3, para exame dos novos elementos eventualmente juntados.

15. A SecobEnerg, em pareceres unânimes, entendeu que os novos elementos juntados não constituíam inovação frente aos já trazidos aos autos (peças 76 e 77). Nesse sentido, elaborou instrução da qual extraio o seguinte excerto:

“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-fora, 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 Exm^o 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.”*

16. O Ministério Público junto ao TCU anuiu a aludida proposta.
É o relatório.