

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 010.936/2003-0

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Unidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER (extinto).

Recorrentes: Faulhaber Engenharia Ltda. (CNPJ 33.416.967/0001-08) e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. (CNPJ 33.104.175/0001-06).

Advogados: Alexandre Aroeira Salles (OAB/MG 71.947) e outros (peças 27 e 52).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DUPLICAÇÃO DA BR-101/SE. PREJUÍZO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ALTERAÇÕES DE PROJETO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS, DÉBITO E MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DA ENGESUR. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

RELATÓRIO

Inicialmente, transcrevo a instrução elaborada pelo auditor federal de controle externo da Secretaria de Recursos – Serur, com a qual se manifestou de acordo o titular da 4ª diretoria daquela unidade (peças 84/85):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Faulhaber Engenharia Ltda. e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. (peça 51) contra o Acórdão 2.873/2012–TCU– Plenário (peça 24).

1.2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 12, § 3º; 16, inciso III, alínea ‘c’, e §§ 2º e 3º; 23, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘b’; 28, inciso II, e 57 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 202, § 6º, e 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. julgar irregulares as contas de Maurício Hasenclever Borges e Rogério Gonzales Alves e condená-los, solidariamente com as empresas Faulhaber Engenharia Ltda. e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda., ao pagamento da quantia de R\$ 282.684,71 (duzentos e oitenta e dois mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir de 10.12.1996 até a data da efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem perante o Tribunal o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional;

9.2. aplicar individualmente a Maurício Hasenclever Borges, Rogério Gonzales Alves e às empresas Faulhaber Engenharia Ltda. e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. multa no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a partir da data deste acórdão, no caso de pagamento após o prazo fixado, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida as notificações;

9.4. dar ciência desta decisão à Procuradoria da República em Sergipe, para que possa adotar as providências que julgar necessárias.

(destaques acrescidos)

HISTÓRICO

2. Instaurou-se tomada de contas especial em decorrência de irregularidades verificadas em auditoria nas obras de restauração e duplicação da BR-101/SE, entre a divisa AL/SE e a divisa SE/BA, realizada no âmbito do Fiscobras/2002.

2.1. Os achados referem-se às obras de construção da ponte nova sobre o Rio Cotinguiba e dos viadutos de acesso a Itabaiana e Aracaju, constantes do Contrato PD 21.002/97-00, mais especificamente acerca da alteração:

- a) da solução técnica empregada na construção das fundações da ponte sobre o Rio Cotinguiba, por meio da substituição dos tubulões por estacas metálicas;
- b) dos perfis metálicos empregados nas estacas de fundação dos viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana, adotando-se o perfil duplo I em substituição ao TR-45.

2.2 Os autos foram remetidos à Secretaria de Obras do TCU para emissão de parecer especializado. A Secob concluiu ser injustificada a mudança na solução das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba e que, nesse caso especificamente, o custo adicional das fundações foi calculado com base na necessidade do acréscimo do número de estacas, verificada na elaboração do projeto executivo, e não na substituição dos perfis das estacas.

2.3. Em relação às fundações dos viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana, a Secex/SE apontou superfaturamento, decorrente da substituição da estaca de trilho triplo (TR-45) pela estaca metálica de perfil duplo I (10' VSE 254x38).

2.4. O TCU entendeu que essas modificações nas fundações ocorreram sem atendimento aos requisitos legais da necessidade, da imprevisibilidade e da economicidade. O Relator *a quo*, Exmo. Ministro José Múcio Monteiro, fez as seguintes ponderações:

(...)

2. O projeto básico elaborado pela empresa Engesur previa a realização da fundação por meio de tubulões. Para a execução desse serviço, a construtora Faulhaber havia ofertado preços significativamente inferiores aos das demais licitantes. Uma vez assinado o contrato, a construtora solicitou a substituição dos tubulões por estacas metálicas cravadas, mantendo os preços totais dos serviços de fundação. Entretanto, a adoção dessa nova metodologia para a execução das fundações acabou tornando necessária a cravação de mais estacas do que as previstas inicialmente, o que onerou o contrato em desfavor do erário.

3. A revisão do projeto beneficiou a contratada, que, posteriormente, propôs a rescisão do contrato em razão da interrupção do aporte financeiro por restrições orçamentárias, tendo deixado a obra inacabada.

4. Trata-se aqui do que se convencionou chamar de 'Jogo de Planilha', que ocorre quando a construtora propõe a alteração do projeto com o objetivo de obter maiores lucros, no presente caso pela exclusão do contrato de serviços para os quais havia ofertado preços especialmente baixos, vantajosos para a Administração.

5. O argumento inicialmente utilizado para incentivar a mudança, de que a alteração proposta para as fundações não traria nenhum aumento de custo, não se confirmou.

(...)

12. Quanto ao superfaturamento das estacas utilizadas na fundação dos viadutos de acesso a Aracaju e Itabaiana, depreende-se dos pareceres precedentes que os argumentos apresentados não foram suficientes para justificar o preço adotado.

2.5. As empresas Faulhaber Engenharia Ltda. e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. requerem que o presente recurso seja conhecido e, no mérito, provido, para que lhes sejam afastados o débito e a multa que lhes foram imputados.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 53), ratificado pela Relatora (peça 78), Exma. Ministra Ana Arraes, no sentido do conhecimento do presente apelo, nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, com a suspensão dos efeitos dos itens **9.1, 9.2 e 9.3** do acórdão recorrido, apenas para as empresas recorrentes, com fulcro no art. 285, *caput*, do RI/TCU.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir:

a) a regularidade ou não da mudança na solução de execução da fundação da ponte sobre o rio Cotinguiba, configurada pela substituição dos tubulões por estacas metálicas (duplo I 10' VSE 254x38);

a') se as recorrentes podem ser responsabilizadas por débito referente à parte da obra concluída por outra empresa;

b) a regularidade ou não do preço de fornecimento, emenda e cravação de estacas metálicas duplo I 10' VSE 254x38, utilizados na fundação dos viadutos de acesso a Aracaju e Itabaiana, em substituição ao triplo trilho TR-45, inicialmente previsto;

c) se houve ou não superfaturamento, tendo em vista que diferença de 8,08% poderia ser considerada como variação de mercado conforme jurisprudência do TCU.

e) de quem é a responsabilidade pelo dano, caso se conclua que esse de fato ocorreu. Seria possível atribuir o débito unicamente à (s) empresa (s) condenada (s) em débito?

5. Substituição de tubulões por estacas metálicas nas fundações do rio Cotinguiba

5.1. Diferentemente do apontado pelo TCU, defende-se que foi regular a mudança da solução técnica para a execução das fundações da ponte sobre o Rio Cotinguiba, com base nos seguintes argumentos:

a) *inadequação da metodologia adotada para o cálculo do suposto débito, tendo em vista que, ao subtrair do valor efetivamente gasto na execução dos serviços o valor licitado e apontar a diferença como suposto dano ao erário, pretende-se comparar o custo dos serviços efetivamente executados com os custos daqueles previstos em projeto básico, que teve que ser adequado às realidades de campo, adequações estas que acarretariam, por certo, aumento do valor contratual mesmo se mantida a solução de execução das fundações com tubulões.*

b) *adequação econômica e técnica da alteração da solução adotada para a execução da fundação da ponte sobre o Rio Cotinguiba, ..., havendo nos autos 'Parecer Técnico' e estudo da 21ª UNIT que justificam a alteração, bem como estudo que demonstra que o custo da execução das fundações com tubulões (R\$ 556.891,85) seria 24,10% maior do que aquele efetivamente gasto com a execução com as estacas metálicas (R\$ 448.735,75);*

c) *inadequação da imputação de débito às recorrentes referentes a serviços por elas não executados, na medida em que:*

- não há nexos causal que permita se imputar à Faulhaber suposto dano ocorrido na execução de serviços por outra empresa (Artelesté), ou seja, tendo em vista que a Faulhaber não executou os serviços referentes ao total de R\$ 448.735,75, não lhe cabe a devolução do total de R\$ 190.785,77, pois não teria ocorrido eventual ganho revertido à empresa que justificasse tal imputação;

- o cálculo do débito está levando em conta não só os valores recebidos pela Faulhaber (R\$ 225.395,30 a preços de dez/1996), mas também aqueles recebidos pela empresa contratada após a rescisão contratual – Artelesté (R\$ 193.340,45 a preços de dez/1996). A soma desses valores é igual a R\$ 448.735,75. Esse valor foi comparado com o valor inicialmente previsto para execução das fundações (R\$ 257.949,98);

- a empresa Faulhaber foi responsabilizada por ter proposto a substituição do tipo de fundações e asseverado que o 'preço unitário para as estacas Duplo 'I' seria o mesmo dos tubulões' (peça 5, p.48 e peça 6, p.1-2) e a Engesur pela emissão de parecer favorável à substituição proposta pela primeira (peça 6, p.4-9). Porém, a sugestão de alteração feita pela empresa executora foi aprovada pelo Dnit, após análise da projetista, tendo inclusive sido pactuado termo aditivo legitimando os novos serviços. Houve também instauração de processo administrativo (nº 51.310.000.638/96-11). Portanto, a Faulhaber não pode ser responsabilizada, uma vez que não impôs a mudança de solução técnica;

- na hipótese de ser mantido o débito apontado em decorrência da mudança para estacas metálicas, o valor a ser imputado à Faulhaber deveria ser de R\$ 38.918,95 ('a diferença do preço contratual de R\$ 142,70 e o preço defendido pelo TCU de R\$ 106,83, que é de R\$ 35,87, deve ser multiplicada por 1.085m de serviços executados pela Faulhaber na ponte sobre o Rio Cotinguiba...').

(destaques acrescidos)

5.2. Em relação à regularidade na mudança de técnica na execução das fundações da ponte do rio Cotinguiba, alega-se também que o projeto básico continha defeitos que se revelaram na elaboração do projeto executivo das obras, ao se verificar que seria necessário implantar as fundações a uma profundidade maior. Ou seja, afirma-se que, de qualquer maneira, seria preciso aprofundar as fundações de 18 metros para 24 metros, em alguns pontos. Menciona-se que a Secob teria reconhecido que o projeto básico não foi executado da maneira desejável, motivo pelo qual haveria aumento do item fundações e, conseqüentemente, acréscimo no preço final contratado. Dessa forma, acredita-se não ser correto considerar débito a diferença obtida da subtração do valor gasto na execução dos serviços pelo valor licitado (previsão do projeto básico).

Análise

5.3. É certo que a Administração não pode pagar a quem do que foi efetivamente executado pelo particular. Isso configuraria enriquecimento ilícito do Estado. Contudo, no presente caso, há informações de que a própria contratada foi responsável pela adoção de solução técnica mais onerosa, pois, segundo especialistas, não era indispensável a substituição dos tubulões por estacas metálicas.

5.4. A Secob esclareceu que mesmo diante das deficiências do projeto básico não era justificável a substituição dos tubulões pelas estacas metálicas, na medida em que, a despeito das características do solo da região, sabia-se ser tecnicamente possível a utilização de tubulões. Senão observe-se (peça 16, p.26-27):

11 - Não cabe colocar em dúvida os ensinamentos trazidos pelos profissionais, principalmente sabendo que são fruto de larga experiência no assunto. Porém, em momento algum, é caracterizada a impossibilidade de adoção das fundações em tubulões, previstas no projeto básico. É citado inclusive o trabalho do Prof. Costa Nunes, que coloca que as fundações em terrenos semelhantes aos encontrados no local da obra são de difícil execução, sejam elas em estacas cravadas ou tubulões. Ou seja, o problema está no solo, e não nas fundações. Problemas existiriam em qualquer solução adotada.

12 - (...)

13 - (...) Da afirmação acima depreende-se claramente que a solução em tubulões assentados sobre rocha calcária estava de acordo com as características do solo encontrado na região. Caberia então investigar se o horizonte de rocha encontrado nos furos de sondagem realizados seria satisfatório para o assentamento das bases dos tubulões. Essa investigação, a ser feita nos locais de execução dos tubulões, teria dirimido as dúvidas quanto à real profundidade a instalar os tubulões.

14 — Quanto aos aspectos de capacidade de suporte do solo, a substituição dos tubulões por 5 estacas metálicas Duplo I VSE 254x38 também não se apresenta vantajosa. (...)

Isso demonstra que, no caso em tela, a solução substituta, pelo menos no aspecto do solo, não era a mais adequada, por transmitir, na prática, tensões superiores às consideradas na hipótese. Isso é corroborado pelo trabalho do Prof Costa Nunes, citado à fl. 343, vol. 1, que nos traz que: 'As estacas de aço podem ser cravadas até profundidade muito grande, com o fim de transferir a carga para substrato profundo, firme, que é muitas vezes constituído por rocha. Elas parecem ser ideais no caso de terrenos moles de grande espessura com substrato firme. ' Ou seja, pequena resistência lateral nas camadas superiores e grandes resistências, tanto lateral quanto de ponta, com substrato firme. Exatamente o inverso da hipótese feita na substituição das fundações, onde, nas profundidades a serem instaladas as estacas (início do substrato firme), deveríamos ter uma grande parcela do carregamento absorvida pela resistência lateral e uma pequena parcela absorvida pela resistência de ponta. Finalmente, do acima exposto, percebe-se que as estacas teriam que atingir profundidades maiores que as previstas, para transferir ao solo, com segurança, os esforços solicitantes. O que foi comprovado pelos boletins de cravação.

(...)

17 — A elaboração do projeto executivo demonstrou a necessidade de implantação das fundações em uma profundidade pouco superior à considerada no projeto básico (9%). Como não foi informado em quais tubulões ocorreria a necessidade de aumento de profundidade, e há distinção entre os preços de fuste, alargamento e concretagem de tubulões para profundidades até 12,00 m, de 12,00 a 18,00 m e acima de 18,00 m (que não foram incluídos na planilha de licitação, sendo apresentadas posteriormente composições de preços pela Empresa Faulhaber), não se pode calcular com precisão qual seria o aumento do valor do item de fundações. **Pode-se apenas dizer que o projeto básico não foi executado da maneira desejável pois a elaboração do projeto executivo já mostrava a necessidade de acréscimos de serviços, acarretando acréscimo no preço final contratado.**

18 — Optou-se então pela substituição da solução adotada por uma que, após implantada a profundidades também acima do inicialmente previsto (equivocadamente), acarretou um acréscimo de aproximadamente 74% no preço das fundações da ponte, muito superior ao inicialmente contratado. Ou seja, a cravação de estacas também ocasionou um aumento nas quantidades inicialmente previstas (previstas de forma apenas a igualar o valor final das fundações), aumentando os quantitativos e o custo final do serviço. Os problemas alegados como motivadores para a substituição continuaram ocorrendo na solução adotada.

(...)

20 — Atentando agora para a alegação de que a substituição do tipo de fundação não traria nenhum aumento para o custo da obra, e utilizando as colocações feitas nos parágrafos 17 e 18, pode-se concluir que a profundidade estabelecida para a colocação das estacas não poderia ser na prática utilizada, sob pena de não se atingir a capacidade de suporte do elemento de fundação levando-se em conta sua interação com o solo. Como a profundidade deveria ser maior, a substituição acarretaria aumento no preço da obra.

21 — Finalmente, de toda a argumentação acima trazida, chega-se à conclusão de que as alegações apresentadas não são suficientes para justificar a alteração das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba, mesmo considerando a possibilidade de ocorrência de falhas na elaboração do projeto básico.

(destaques acrescidos)

5.5. Deve-se ressaltar a ponderação feita pela Secex/SE no sentido de que a posterior necessidade, em alguns pontos da fundação, de cravação das estacas até a profundidade superior à prevista no contrato original (ex.: 24 m) somente ocorreu porque os furos de sondagens não foram feitos nos locais exatos de execução dos tubulões, que eram de conhecimento prévio, conforme registrou a Secob. A opção pela sondagem em pontos aleatórios é que teria ocasionado a necessidade de estacas com maior alcance e em maior número (peça 19, p. 3).

5.6. Portanto, percebe-se que a contratada deu causa à elevação dos custos da obra, ao buscar a mudança na solução de fundação anteriormente prevista. A alegação de que o valor contratual aumentaria de qualquer forma, mesmo mantendo a execução das fundações com tubulões, é uma conjectura, ao contrário da solução adotada que se mostrou comprovadamente mais cara.

5.7. Deve-se frisar que, segundo a Secretaria de Obras, o custo adicional das fundações não decorreu da substituição dos perfis das estacas em si, mas sim da necessidade de acréscimo do número de estacas, ocorrida após a autorização de mudança na solução das fundações.

5.8. Afirma-se que a alteração era econômica e tecnicamente adequada, havendo nos autos parecer técnico e estudo da 21ª UNIT que a justificam. Outrossim, invocam a existência de outro estudo que demonstra que a execução por tubulões resultaria 24,10% superior a feita com as estacas metálicas (R\$ 556.891,85 – R\$ 448.735,75 = R\$ 108.156,10). O primeiro valor corresponde a cálculo estimativo do custo da obra com tubulões e o segundo referente ao valor pago pelas fundações à Faulhaber e à empresa que a sucedeu na obra (peça 13, p.42-46).

5.9. Em contraposição à assertiva acima, vale destacar trecho acima negrito (da instrução da Secob) que aponta que o projeto executivo revelou que as fundações deveriam atingir profundidade menos de 10% superior à prevista no projeto básico, a saber: **‘17 — A elaboração do projeto executivo**

demonstrou a necessidade de implantação das fundações em uma profundidade pouco superior à considerada no projeto básico (9%)’.

5.10. Além disso, o próprio parecer técnico dos ilustres professores Francisco de Rezende Lopes, Maurício Ehrlich e Ângela Uller (peça 15, p.2-50 e peça 16, p.1-9), transcrito em parte nas razões recursais (peça 51, p.6), a par de defender a solução baseada em estacas metálicas cravadas como sujeita a menos imprevistos, registra ser:

difícil dizer se os comprimentos dos tubulões teriam que ser aumentados em função do controle na execução. Conforme dito acima, é comum que, durante o processo de execução, os comprimentos aumentem até que se atinja um material rochoso com as características desejadas. (destaques acrescidos)

5.11. O referido estudo da 21ª UNIT do DNIT foi feito sobre cada um dos pilares a serem cravados e sobre as profundidades adequadas de cravação com base nas sondagens empreendidas, concluindo que na extensão total de 341 m, ter-se-ia pilares nas profundidades de 12 m a 24 m (peça 13, p.30-33), o que resultaria em elevação dos custos de execução. Nesse aspecto, deve-se destacar a observação da Secob de que as sondagens deveriam ser feitas nos exatos pontos previstos para os tubulões.

5.12. É falaciosa a alegação de que o termo aditivo assinado para dar suporte financeiro à alteração promovida a legítima, pois **a mudança proposta pela Faulhaber, inicialmente, não envolvia aumento de custos para a Administração**. Portanto, a lealdade contratual restou maculada, considerando que, posteriormente, a alteração proposta mostrou-se mais onerosa. Também sob o ponto de vista dos princípios da licitação pública, a conduta da contratada mostrou-se reprovável, na medida em que alterou os custos e condições do certame, em detrimento de outros participantes. De ressaltar que a responsabilização das recorrentes pelo débito foi solidária com o agente público que permitiu que a alteração ocorresse.

a’) imputação de débito referente à parte da obra concluída por outra empresa

5.13. Sobre a suposta inadequação da imputação de débito à Faulhaber Engenharia Ltda. referente a serviços por ela não executados, é preciso esclarecer que isso se deveu a conclusão de que, na verdade, essa empresa deu causa a todo o pagamento feito acima do pactuado. Ou seja, ainda que tenha havido autorização para a mudança na solução das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba, partiu dessa empresa em **1/8/1997** (peça 4, p. 21) o requerimento de alteração, com a declaração de que não haveria incremento de custo. Ademais, a referida empresa ratificou essa informação em defesa anterior (peça 6, p.1), cujo teor, no que interessa transcreve-se abaixo:

*capacidade de carga semelhante, **bem como a profundidade de cravação;***

a execução da obra com estas estacas metálicas VSE-254/38 é mais rápida, além de ter se confirmado que é a solução mais adequada;

o preço unitário para as estacas Duplo 'I' seria o mesmo dos tubulões (R\$ 142,70) e inferior ao custo de referência da estaca 3TR-45 (R\$ 170,10), não gerando reflexo financeiro;

5.14. Apesar de ter sido a Arteleste Ltda. a empresa que concluiu a obra da ponte, o débito calculado com base no montante pago pela execução fundou-se na tese acolhida pelo TCU, no sentido de que a Faulhaber Engenharia Ltda. provocou um pagamento a maior (R\$ 190.785,77) ao solicitar a alteração da solução de início prevista para as fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba, cabendo-lhe portanto a devolução da diferença, obtida da subtração do valor pago pelo valor originalmente contratado (R\$ 448.735,75 – R\$257.949,98 = R\$ 190.785,77).

5.15. A atuação da Faulhaber Engenharia Ltda. enquadra-se no preceito contido no art. 8º da Lei 8.443/1992 que dispõe sobre a obrigatoriedade da instauração de TCE nos casos de identificação de prática ‘de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário’. O fato de se tratar de empresa privada não lhe afasta da jurisdição do TCU, tendo em vista a solidariedade com os agentes públicos - pelo débito - imposta no acórdão recorrido.

5.16. Portanto, em relação à empresa Faulhaber Engenharia Ltda., os argumentos trazidos em sede recursal remanescem incapazes de justificar a alteração promovida na solução das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba, no aspecto do incremento indevido no custo da obra.

5.17. A fim de analisar a responsabilidade da empresa Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. transcrevo, com as devidas escusas, excerto do parecer, elaborado em **28/8/1997**, da referida empresa (peça 4, p. 30):

Quando a se utilizar duplo perfil soldado DUPLO VSE 254x38, consideramos que pode atender muito bem à substituição do triplo trilho TR-45, embora as capacidades de cargas sejam pouco inferiores, acreditamos que haverá maior penetração durante a cravação e com isto estará assegurada a capacidade igual ao triplo trilho TR-45. Quanto ao acréscimo de tensões não haverá qualquer complicação devido à grande inércia em ambas direções com a composição por emenda com solda dos perfis.

5.18. Observa-se que a Divisão de Estudos e Projetos submeteu a instâncias superiores o 1º relatório de 'revisão do projeto em fase de obra', sob a premissa de que não haveria aumento de custo decorrente da alteração nas fundações proposta pela executora, pois a própria Faulhaber Engenharia Ltda. afirmou que a capacidade de carga era semelhante, **bem como a profundidade de cravação**, e que os preços não seriam onerados.

5.19. Acrescente-se que a declaração da executora de que não haveria aumento de custo em decorrência da mudança de solução nas fundações em comento (peça 4, p. 21) milita favoravelmente à exclusão da responsabilidade da empresa supervisora. Consequentemente, a responsabilidade dos agentes públicos que tiveram suas contas julgadas irregulares também deve ser afastada, considerando a solicitação de alteração feita pela construtora e o aval da supervisora.

5.20. Do mesmo modo, o então DNER deu prosseguimento ao pleito da executora firme na informação de que não haveria incremento no preço em decorrência das alterações, conforme se observa por exemplo nos expedientes às peças 4 (p.25), 5 (p.11), 9 (p.38). Apesar disso, posteriormente passou a defender as alterações promovidas.

5.21. Cumpre mencionar que vários setores do DNER manifestaram-se sobre o 1º relatório de 'revisão do projeto em fase de obra', originado do pedido de mudança da Faulhaber. As manifestações foram em sentido favorável às alterações, tendo em vista o registro segundo o qual não haveria acréscimo no custo dos itens de fundação em comento. À guisa de exemplo cita-se os seguintes documentos:

- Ofício nº 0200/1997, de 13/8/1997, (peça 4, p.24);
- Ofício nº 0217/1997, de 1/9/1997, (peça 4, p.20);
- Expediente de 4/9/1997 do Chefe do Serviço de estruturas da Divisão de Estudos e Projetos - DEP (substituto) dirigido ao chefe do DEP (peça 4, p.25);
- Expediente de 9/9/1997 do Chefe do DEP (substituto) dirigido ao Diretor de Engenharia Rodoviária (peça 4, p.26);
- Ofício 534/DEP/Dr.E.R, 9/9/1997 do Chefe do DEP (substituto) dirigido ao chefe do 21º DRF (peça 4, p.27);
- Expediente de 19/9/1997 do Chefe da Divisão de Construção/DNER dirigido ao Diretor de Engenharia Rodoviária (peça 9, p.33);
- Expediente de 19/9/1997 do Chefe da Divisão de Construção/DNER dirigido à Procuradoria Geral do DNER (peça 9, p.34);
- Expediente de 9/10/1997 do Procurador Geral do DNER dirigido à Divisão de Construção/DNER (peça 9, p.36-37);
- Relato nº 485, de 10/10/1997 do Diretor de Engenharia Rodoviária/DNER dirigido ao Diretor Geral do DNER (peça 9, p.38);
- Despacho do Diretor Geral do DNER, datado de 15/10/1997, aprovando a substituição proposta (peça 9, p. 39);

5.20. Vale também destacar a informação do chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária Abelardo Vieira de Lucena, datado de 20/10/1997, em que, após todos os expedientes acima, noticia a manutenção dos preços (peça 9, p.41).

5.21. Esses documentos são capazes de demonstrar que, a princípio, a autorização do órgão contratante para que se processasse a alteração das estacas foi baseada na premissa de que não haveria aumento de custo, conforme prometido pela contratada.

5.22. Outrossim, mostram que diversos servidores do DNER manifestaram-se a favor da mudança solicitada pela empresa Faulhaber, antes do Diretor de Engenharia Rodoviária/DNER e do Diretor Geral do DNER. Esse fato conduz à exclusão da responsabilidade desses últimos.

6. Da regularidade ou não do preço dos perfis metálicos empregados nas estacas da fundação dos viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana

6.1. Defende-se que foi adequado ao preço de mercado o preço praticado pela Faulhaber para o serviço de 'fornecimento e cravação de estacas de perfil metálico duplo I', sendo incorreto:

- *desconsiderar a autonomia da vontade que predomina no direito privado, que permite aos contratantes pactuarem tudo aquilo que não for proibido pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, as notas fiscais de aquisição de insumos não poderiam ser utilizadas para fins de cálculo de sobrepreço por conterem dados sigilosos, resultantes de contratação privada, bem como por não expressarem preço de mercado;*
- *a média dos preços ofertados na licitação foi de R\$ 174,52/m, o que representa uma diferença de R\$ 6,46, correspondendo a aproximadamente 3,7%;*
- *esse d. Tribunal tem aceitado a adoção da média dos preços ofertados em licitação como preço de mercado, inclusive, aptos para subsidiar a elaboração de termos aditivos, conforme se depreende do trecho dos acórdãos colacionados ... (peça 51, p.11): -Acórdão 2.013/2004-TCU-Plenário (item 9.1) e Acórdão 3.068/2010-TCU-Plenário (§ 26 do voto);*
- *a utilização do custo do insumo, obtido por meio de notas fiscais, para apontar a ocorrência de sobrepreço na execução do serviço, principalmente quando se tem nos autos diversos elementos que comprovam a regularidade do preço contratual;*
- *considerar-se sobrepreço a diferença entre valor pago pela empresa pelo insumo aplicado à obra, conforme aferido em nota fiscal, e o valor constante do CPU;*
- *pinçar-se apenas um insumo para o apontamento do suposto sobrepreço.*

6.2. Alega-se, ainda, que milita em favor dos recorrentes os seguintes aspectos:

- *preço contratual da Arteleste (2,6% abaixo do da Faulhaber);*
- *média dos preços obtidos na licitação das fundações remanescentes (3,1% abaixo do da Faulhaber);*
- *comparativo do custo do serviço previsto no SICRO de abril de 2003 retroagidos a data-base do contrato, considerando o custo do perfil metálico de R\$ 0,68/kg, que resulta no preço final de R\$ 167,45, superior ao preço contratado 14,78% e*
- *comparativo do custo do serviço previsto no SICRO de abril de 2003 considerando o custo previsto na proposta da Faulhaber, resultando num preço paradigma de R\$ 222,08, 35,74% superior ao preço contratual.*

Análise

6.3. Preliminarmente, cabe esclarecer que no caso das fundações da ponte do sobre o rio Contiguiba houve a substituição dos tubulões, previstos originalmente, por estacas metálicas (duplo I 10' VSE 254x38). Conforme visto no item anterior, o conseqüente débito decorreu do aumento do valor total dos serviços de fundação devido a essa mudança de solução técnica, o que resultou em um pagamento a maior da ordem de R\$ **190.785,77** (v. peça 26, p.2).

6.4. No caso das fundações dos viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana, as estacas de triplo trilho TR-45, de início previstas, foram substituídas por estacas metálicas também do tipo duplo I 10' VSE 254x38. Considerou-se que essa substituição - de iniciativa da Faulhaber Ltda. - gerou superfaturamento. De ressaltar que, não obstante essa mudança de material, a referida empresa comprometeu-se a manter o preço de R\$ 142,70, preço das estacas de triplo trilho TR-4, não obstante o preço das estacas metálicas também do tipo duplo I 10' VSE 254x38 custarem R\$ 151,79 (peça 6, p.37).

6.5. Quanto à utilização dos valores constantes das notas fiscais para fins de apuração do superfaturamento, observa-se que a indevida mudança de estacas motivou a comparação dos preços efetivamente praticados com o referencial de mercado, pois deixou-se de ter como parâmetro o orçamento da licitação (estacas de triplo trilho TR-45), na medida que estas foram substituídas por uma nova espécie de estaca não prevista no certame. Constatou-se que o preço pago pelo serviço estava acima do referencial de mercado da época da contratação.

6.6. O método de cálculo do superfaturamento da Secex/SE mostra-se adequado, conforme se depreende de ponderações feitas por Diretor daquela unidade técnica em parecer constante da peça 19, p.7-12:

3. Como bem ressaltou o analista à fl. 900, o método utilizado pelos responsáveis, no sentido de efetuar comparação dos preços do sistema Sicro deflacionados de abril/2003 para dezembro/1996 (fl. 853, Vol. 4) pelo índice de reajustamento de obras de arte especiais (Col. 36 FGV), a fim de demonstrar a não ocorrência do superfaturamento apontado, não tem o condão de se sobrepor ao método utilizado pela Secex/SE, que tomou como base o custo real do insumo 'Perfil duplo 'I' VSE 250x38' na própria data-base do contrato (dez/1996) aplicado sobre uma composição de custos elaborada pela própria Construtora Faulhaber (fl. 289). Isso porque nem sempre a variação do índice setorial aplicável a obra de arte especial (Col. 36 da FGV) possui a mesma variação do índice aplicável a um serviço ou insumo específico, como é o caso de estacas metálicas duplo I 10' VSE 254x38, cujo preço varia de acordo com o preço do ferro, aço e derivados. Isso pode ser perfeitamente exemplificado a partir da comparação entre a variação do índice IPA-OF Fer./Aço/Derivados no período de dez/1996 a abril/2003, que alcançou o percentual de 157,18%, e a variação do índice de obras de arte especiais (col. 36 da FGV) no mesmo período, que alcançou apenas o percentual de 69,69%.

4. (...) A comparação com preço da estaca triplo trilho não tem fundamento, já que a alegação de escassez desse tipo de estaca no mercado foi a causa da substituição para a estaca duplo 'I'. Por sua vez, quanto ao preço da estaca duplo 'I' no sistema Sicro, vale ressaltar novamente que uma composição de custo obtida em sistema de preços e relativa a períodos extemporâneos à contratação não pode se sobrepor a composição de custo utilizada pela Secex/SE, a qual fora elaborada pela própria empresa contratada, porém com os custos reais dos insumos na própria data-base do contrato. Mesmo assim, caso deflacionássemos para dez/1996, por meio do IPA-OF Fer./Aço/Derivados, o preço do serviço de fornecimento e cravação de estaca duplo 'I' 10' constante do sistema Sicro em abril/2003, no valor de R\$ 335,32/metro (fl. 624), tal preço atingiria o valor R\$ 130,54/metro, ou seja, abaixo do valor cotado pela empresa Faulhaber (R\$ 142,70/metro).

6.7. Portanto, mostra-se fundamentado o método de cálculo do superfaturamento adotado pela unidade técnica. Não há que se cogitar de ofensas a normas dos direitos privado e tributário, considerando que o TCU não violou nenhuma informação sigilosa, mas apenas utilizou dados constantes dos autos, para quantificar prejuízo causado ao erário.

6.8. Em relação aos argumentos do recorrente de que se comparou o preço de estacas beneficiadas com o de estacas não beneficiadas, cumpre lembrar que do débito contido no acórdão recorrido já foi expurgado o valor correspondente à inclusão dos custos de chapas e soldagem de perfis, conforme restou consignado no voto que precedeu a referida deliberação, a saber:

13. Embora o valor do superfaturamento inicialmente apontado tenha diminuído em razão da inclusão dos custos de chapas e de soldagem dos perfis, verificou-se que o preço pago pelo serviço ainda se encontrava acima do referencial de mercado da época.

14. A composição dos serviços elaborada originalmente pela Secex/SE com base no custo real dos insumos apontou superfaturamento de R\$ 110.755,26, valor que foi reduzido para R\$ 91.898,94, após a inclusão dos custos de soldagem dos perfis, de forma a harmonizar as composições das empresas Faulhaber e Arteleste (empresa que concluiu a obra).

7. Valor recebido pela Empresa Faulhaber: superfaturamento ou variação de mercado conforme jurisprudência do TCU.

7.1. Defende-se que as irregularidades atribuídas à empresa Faulhaber não podem ser tidas como sobrepreço, sob o seguinte argumento:

- O valor original do Contrato n. PD-021003/97-00, a preços de dezembro/96, era de R\$ 5.979.899,60, tendo a Faulhaber executado serviços no total de R\$ 1.617.336,73. No entanto, as supostas irregularidades apontadas pela unidade técnica e imputáveis a Faulhaber totalizariam apenas R\$ 130.817,89 (R\$ 38.918,95, referentes aos tubulões, mais R\$ 91.898,94, referentes ao suposto sobrepreço das estacas de perfil duplo I), o que corresponde tão somente a

aproximadamente 8,08% do valor total executado pela Faulhaber, o que pode ser considerado como variação de mercado, conforme jurisprudência desse Tribunal.

Análise

7.2. Como consequência das inapropriadas as alterações qualitativas promovidas pela empresa Faulhaber, consubstanciadas na utilização de estacas metálicas de perfil duplo I ao invés de tubulões nas fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba, bem assim na substituição das estacas de triplo trilho TR-45 por estacas metálicas do tipo duplo I 10' VSE 254x38, nas fundações dos viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana, tem-se que o débito imputado na deliberação recorrida não corresponde apenas a R\$ 130.817,89 (ou 8,08% do valor total executado pela Faulhaber), como querem as recorrentes, mas sim a R\$ 282.684,71, conforme constou do Acórdão 2.873/2012-TCU- Plenário. Este último valor é resultante do somatório de R\$ 190.785,77 (pagamento a maior decorrente da mudança de tubulão por estaca metálica) com R\$ 91.898,84 (substituição da estaca TR-45 por a de duplo I 10' VSE 254x38 (viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana).

7.3. De ressaltar que o superfaturamento foi calculado em relação aos itens específicos de fundações e não em relação ao valor total pago na licitação. Nessa perspectiva, vale mencionar os seguintes trechos do relatório que antecedeu a deliberação guerreada, a saber:

Ponte sobre o rio Cotinguiba

10. Ocorreu que os preços contratados para a execução dos tubulões estavam extremamente baixos e, portanto, bastante favoráveis à Administração Pública. Já o material das estacas - perfis metálicos duplo I de 10' - apresentava-se acima do mercado, segundo os cálculos da Secex/SE, o que teria tornado a obra injustificadamente mais onerosa, inclusive por causa da necessidade de aumento do comprimento das estacas em relação ao inicialmente previsto na proposta formulada pela Faulhaber.

11. Baseando-se no custo real dos insumos, a Secex/SE calculou que o preço unitário do serviço de execução de estacas deveria ser de R\$ 99,47/metro, em vez dos R\$ 142,70/metro aditados ao contrato.

12. Dessa forma, concluiu-se que a substituição do tipo de fundação empregado na obra gerou prejuízo aos cofres públicos de R\$ 190.785,77, calculado em razão da diferença entre o valor final pago, de R\$ 448.735,75, e o valor originalmente contratado para as fundações, que era de R\$ 257.949,98, tendo sido aquele o valor do débito que constou da citação.

....

Viadutos de acesso a Aracaju e Itabaiana

20. A citação decorre do superfaturamento no serviço de fornecimento, emenda e cravação de estacas metálicas duplo I 10', já que o serviço foi contratado ao preço unitário de R\$ 142,70/metro (data-base: dezembro/1996), enquanto os cálculos efetuados com base nos custos reais dos insumos, em especial nos custos dos perfis metálicos soldados duplo I 10' obtidos em notas fiscais de aquisição (R\$ 0,68/kg), aplicados sobre a composição de preços da executora da obra, resultaram no valor de R\$ 99,47/metro. Essa diferença de preços multiplicada pela quantidade executada (2.562 metros de estacas) representa um prejuízo de R\$ 110.755,26.

*(obs.: do valor de R\$ 110.755,26 foi expurgado a importância correspondente ao beneficiamento dos perfis, resultando em débito no valor de **R\$ 91.898,94**).*

8. Responsabilização perante o TCU unicamente do terceiro contratante, sem solidariedade com agente público.

8.1. No decorrer dessa instrução verificou-se que as alterações promovidas em soluções técnicas relativas a fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba e dos viadutos de acesso à Aracaju e à Itabaiana ocorreram, precipuamente, porque a contratada para executar as obras asseverou que não haveria acréscimo no preço originalmente pactuado para esses itens das obras, o que não se confirmou ao final, pois houve sim elevação de custos para a Administração.

8.2. Nesse contexto, as circunstâncias fáticas apontam para responsabilização exclusivamente da contratada – Faulhaber Engenharia Ltda. –, na medida em que se observa que, excluindo-se o seu requerimento de mudança nas fundações, o prejuízo não se verificaria. Inclusive, deve-se mencionar que a executora trouxe aos autos parecer de empresa especializada para amparar as propostas de alteração das fundações (peça 4, p.32-34).

8.3. Apesar de se tratar de matéria não pacificada no TCU, observa-se em julgados da Corte Federal de Contas a existência de posições francamente favoráveis à responsabilização exclusiva de particulares, ou seja, sem o necessário estabelecimento de solidariedade com um agente público. Os fundamentos em defesa desse entendimento apresentam alguma variação, conforme observa-se nos votos que precederam os Acórdãos 3.350/2012-TCU-Plenário (Relator: Exmº Min. Raimundo Carreiro) e 946/2013-TCU-Plenário (Relator: Exmº Min. Benjamin Zymler).

8.4. Com base, nessa linha de precedentes, entende-se que o encaminhamento a ser dado a estes autos passa pela responsabilização exclusiva da empresa Faulhaber Engenharia Ltda.

CONCLUSÃO:

9. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) não se logrou justificar a mudança na solução das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba de tubulões para estacas metálicas, a despeito de eventuais falhas contidas no projeto básico, considerando que a solução original estava de acordo com as características do solo encontrado na região; que ficou no campo das conjecturas a alegação de aumento de custo com a manutenção da técnica de tubulões e que a proposta de alteração formulada pela Faulhaber não previa elevação de custos - posteriormente ocorrida em razão da necessidade do incremento do número de estacas. Operou-se mudança de condições estabelecidas no edital da licitação, em detrimento de outras participantes do certame, que se soubessem da possibilidade de posterior alteração no item fundação poderiam, eventualmente, ter apresentado propostas mais vantajosas para Administração.

a.1) não procede o argumento de que o débito atribuído às recorrentes somente poderia ter sido calculado com base nos valores efetivamente recebidos pela executora, tendo em vista que ao envidar esforços para que ocorresse a substituição dos tubulões por estacas metálicas a empresa Faulhaber Ltda. concorreu diretamente para um pagamento a maior em relação a esse item da ordem de R\$ 190.785,77;

b) mostrou-se adequada a metodologia adotada pela Secex/SE para o cálculo do superfaturamento relativo à troca das estacas triplo trilho TR-45 por estacas de perfil metálico duplo I (10' VSE 254x38), nas fundações dos viadutos de acesso à Aracajú e à Itabaiana;

c) houve superfaturamento no fornecimento e cravação de estacas de perfil metálico duplo I **nas fundações dos viadutos de acesso à Aracajú e à Itabaiana**, bem assim pagamento a maior por parte da Administração, em razão de mudança indevida na solução da fundação da técnica de tubulação para estacas metálicas nas obras das fundações da ponte sobre rio Cotinguiba.

d) a empresa supervisora das obras, Engesur Ltda., não pode ser responsabilizada pelo débito porque foi favorável às mencionadas alterações, mas sem aumento de custos para Administração.

e) o ex-diretor-geral do extinto DNER Maurício Hasenclever Borges e o ex-Chefe da Divisão de Estudos e Diretor Substituto da Diretoria de Engenharia Rodoviária do DNER Rogério Gonzales Alves também não podem ser responsabilizados pelo débito, tendo em vista que basearam-se nas informações da Engesur Ltda. e da Faulhaber Ltda. no sentido de que as alterações requeridas não repercutiram nos preços anteriormente avençados [v. peças 4 (p.25), 5 (p.11), 6 (p.37), 9 (p.38)].

f) a responsabilidade nestes autos, de forma excepcional, deve recair somente sobre a executora Faulhaber Engenharia, pois sua conduta foi determinante para alteração das soluções técnicas nas fundações em comento e, conseqüentemente, para o dano apurado.

10. Com base nessas conclusões, propõe-se dar provimento parcial ao presente recurso de forma a excluir o débito e a multa aplicada à empresa Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda.

11. Outrossim, na hipótese de ser acolhido o encaminhamento acima, esse aproveitará também ao ex-diretor-geral do extinto DNER Maurício Hasenclever Borges e ao ex-Chefe da Divisão de Estudos e Diretor Substituto da Diretoria de Engenharia Rodoviária do DNER Rogério Gonzales Alves, condenados solidariamente em débito nestes autos, tendo em vista as circunstâncias objetivas contidas no recurso que levaram a proposta de exclusão do débito, nos termos do art. 281 do RI/TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Faulhaber Engenharia Ltda. e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. contra o Acórdão 2.873/2012-TCU-Plenário, propondo-se com fundamento o art. 32 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso de reconsideração e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para:

- em relação à empresa Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda., excluir o débito fixado no item 9.1 do Acórdão 2.873/2012 TCU–Plenário e tornar insubsistente a multa aplicada no item 9.2, da mesma deliberação;

- quanto ao ex-diretor-geral do extinto DNER Maurício Hasenclever Borges e ao ex-Chefe da Divisão de Estudos/Diretor Substituto da Diretoria de Engenharia Rodoviária do DNER Rogério Gonzales Alves, julgar regulares com ressalva as suas contas, conseqüentemente, excluir-lhes o débito fixado no item 9.1 do Acórdão 2.873/2012 TCU–Plenário e tornar insubsistentes as multas aplicadas no item 9.2;

b) dar ciência às partes, por meio dos seus advogados, à Procuradoria da República em Sergipe e aos demais órgãos/entidades interessados.”

2. O secretário da Serur, em seu despacho (peça 86), divergiu dessa instrução em apenas um ponto. No seu entender, não deve ser afastada a responsabilidade solidária dos gestores, eis que sua conduta, ao autorizar a alteração da solução para as fundações e, posteriormente, o correspondente acréscimo do valor contratual, foi essencial para a concretização do dano ao erário.

3. O representante do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU, por sua vez, associou-se às conclusões e à proposta do titular da Serur (peça 88).

É o relatório.