

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conheço do recurso de reconsideração interposto por Faulhaber Engenharia Ltda. e Engesur Consultoria e Estudos Técnicos Ltda. contra o acórdão 2.873/2012 – Plenário.

2. Proferida em processo de tomada de contas especial (TCE), a deliberação contestada condenou em débito e aplicou multa às recorrentes, solidariamente com o ex-diretor-geral e o ex-chefe da Divisão de Estudos e diretor substituto da Diretoria de Engenharia Rodoviária do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), em razão de superfaturamento advindo de alterações de projeto na obra de duplicação da BR-101/SE.

3. Foram duas as irregularidades constatadas que geraram prejuízos à União: alteração da solução técnica das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba e substituição de estaca de trilho triplo por estaca metálica de perfil duplo I nas fundações dos viadutos de acesso a Aracaju e Itabaiana.

4. Uma vez que são distintas as formas como teria ocorrido o superfaturamento nos dois casos, os achados serão tratados separadamente neste voto.

D) Alteração das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba

5. O projeto básico da obra previa a execução dessas fundações em tubulões. A construtora contratada, Faulhaber, propôs a alteração da solução para estacas metálicas, no que obteve parecer técnico favorável da empresa supervisora, Engesur, e do DNER. É essencial ressaltar, no entanto, que a solução originalmente prevista atenderia plenamente às necessidades do contratante e que o aditivo decorrente da alteração foi firmado considerando a declaração da Faulhaber de que não haveria reflexo financeiro no contrato (peça 9, fl. 38, e peça 6, fl. 1).

6. Posteriormente, a contratada alegou necessidade de aumento do quantitativo de estacas a serem cravadas, o que acabou por provocar acréscimo, indevidamente autorizado pelos gestores do DNER, no preço do serviço.

7. Assim, foi paga para essas fundações a soma de R\$ 448.735,75, quando o contrato original previa apenas R\$ 257.949,98. A diferença entre esses valores, de R\$ 190.785,77, constitui o dano ao erário provocado pela alteração.

8. As recorrentes alegaram que, caso não se tivesse procedido à alteração, o preço do serviço com a solução em tubulões alcançaria valores ainda mais altos, superiores a R\$ 550 mil, conforme estudo comparativo realizado e assim descrito em suas alegações de defesa (peça 18, fls. 5/10):

“57. Para tanto, fez-se um estudo comparativo de custo correspondente a 5 estacas metálicas substituindo um tubulão a ar comprimido. Nesse estudo comparativo mantiveram-se os mesmos comprimentos nas duas alternativas de fundação (premissa de projeto), ou seja, parando-se a ponta das estacas também no ‘impenetrável’ definido nos boletins de sondagem.

58. Este estudo comparativo (cópia em anexo), apresentado na primeira revisão de projeto em fase de obra, mostrou que, mantendo-se a premissa de projeto de parar as fundações no ‘impenetrável’, os custos eram praticamente iguais para as previsões obtidas com base nas sondagens existentes.

...

62. Asseverou-se que essas variações que ocorreram com as estacas certamente haveriam de ocorrer também com os tubulões, já que a premissa de projeto era de que ambos tipos de fundação atingissem o ‘impenetrável’ e, assim, o custo das duas alternativas continuariam iguais.

...

76. Desta maneira, as novas condições encontradas durante a execução das obras não poderiam ser ignoradas tecnicamente e, da mesma forma, elas se manifestariam na hipótese em que se mantivesse a solução original em tubulões, visto que o solo ao longo do fuste apresentou menor resistência do que se supôs apenas analisando os dados da sondagem, dados esses não comprovados durante a execução.

...

79. Para provar isso foi feito o cálculo da estimativa do custo da obra com tubulões, chegando-se ao montante de R\$ 556.891,85 (quinhentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e noventa e um Reais e oitenta e cinco centavos). Ou seja, superior ao montante efetivamente gasto com a execução de estacas metálicas de R\$ 448.735,75 (quatrocentos e quarenta e oito mil, setecentos e trinta e cinco Reais e setenta e cinco centavos).” (destaques acrescidos)

9. A premissa adotada nesse estudo, entretanto, mostra-se absolutamente equivocada, pois assume que a fundação em tubulões teria a mesma profundidade da realizada em estacas. Trata-se, na verdade, de equívoco já cometido desde a apresentação da própria proposição de mudança de solução técnica.

10. Desde que sugeriu a alteração, a Faulhaber afirmou que as profundidades de ambas as soluções seriam as mesmas (peça 6, fl. 1), o que, em razão da forma distinta de transmissão de esforços ao terreno, carece de um mínimo de fundamento técnico.

11. Tubulões transmitem a carga ao solo por meio da base, enquanto estacas o fazem, às vezes prioritariamente, por meio de atrito lateral ao longo de seu comprimento. No caso em exame, em que as camadas acima do ponto de apoio previsto eram constituídas de argila muito mole (conforme registrado na defesa da recorrente à peça 18, fl. 5), essa parcela lateral seria desprezível.

12. O parecer emitido nos autos pela então unidade especializada no tema, a Secretaria de Fiscalização de Obras – Secob, assim descreveu esse cenário (peça 16, fls. 27/29):

“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. Cada estaca deveria transmitir ao solo, pelo projeto, um máximo de 64 tf. Considerando que a área cheia da seção da ponta do perfil é de 605 cm², que pela hipótese as estacas atingiriam a profundidade prevista para os tubulões e que nesta profundidade a capacidade de suporte do solo deveria ser de 40 tf/m², teríamos uma carga transmitida ao terreno pela ponta da estaca de 2,42 tf. Isso acarreta que, caso instalássemos a estaca nessa profundidade, a parcela referente à resistência lateral teria que ser de 61,58 tf.

...

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.

...

... 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.” (destaques acrescidos)

13. Era, portanto, perfeitamente previsível que a profundidade das estacas seria superior à dos tubulões. Dadas as particularidades de cada solução, seria uma incrível coincidência se a profundidade decorrente do cálculo fosse a mesma para ambas. O voto do ministro José Múcio, relator da deliberação atacada, elucidou com muita clareza esse aspecto técnico (peça 25, fl. 1):

“6. Observo que a questão-chave é a possibilidade de existência de uma interface solo/rocha de grande resistência, impenetrável às estacas, que coincidissem com a cota onde o tubulão deveria ser assentado.

7. Compreendo que, tecnicamente, não poderia ser considerada correta a premissa de que partiu a construtora em sua argumentação, qual seja, a de manter para as estacas a mesma profundidade de projeto adotada para os tubulões. Isso porque se tratam de soluções construtivas que transferem os esforços para o solo de forma distinta, o que, necessariamente, implicará diferenças no seu dimensionamento.

8. De posse das sondagens disponíveis, seria uma coincidência extrema se, feitos os devidos cálculos, a profundidade resultasse a mesma para fundações em estacas e tubulões.

9. A própria Fundação Coppetec, consultada pelas empresas defendentes, ao responder se haveria diferença de capacidade de carga entre os tubulões e as estacas metálicas duplo I 10", esclareceu que “existe diferença entre as capacidades de carga de tubulões e estacas metálicas duplo I 10”, na medida em

que os tubulões suportam cargas maiores. Por esse motivo, são empregadas várias estacas no lugar de um tubulão. As estacas têm comprimentos maiores porque precisam penetrar a camada de rocha alterada, enquanto os tubulões podem ter suas bases assentes no topo da camada rochosa. Por outro lado, as bases dos tubulões só podem ser consideradas liberadas para concretagem uma vez verificada a qualidade da rocha, o que frequentemente leva a um aumento de profundidade em relação ao projeto'. (fls. 756)

10. Portanto, como neste caso concreto, não existe relação entre a profundidade dos tubulões e a profundidade de cravação das estacas, não é razoável concluir que as fundações em tubulão, caso houvessem sido executadas, como originalmente projetado, resultariam em custos maiores do que a solução adotada, em estacas." (destaques acrescidos)

14. Mesmo um acréscimo discreto no comprimento dos tubulões, apesar de possível, não seria de ocorrência inquestionável, eis que tal necessidade só poderia ser confirmada se tivesse sido mantida a solução original. Conforme destacado na instrução da Serur, parecer técnico juntado aos autos corrobora essa conclusão:

"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)"

15. Também o titular da Serur, em seu despacho, consignou a ausência de relação direta entre o dimensionamento das duas soluções de fundações e concluiu serem os argumentos das recorrentes insuficientes para demonstrar o suposto acréscimo de custos se fossem mantidos os tubulões (peça 86, fl. 2):

"7. Quanto ao projeto básico, os recorrentes apontam as profundidades aferidas nas estacas para alegar a impossibilidade de utilizá-lo como parâmetro para apuração do dano. No entanto, trata-se de comparação inadequada, pois as peculiaridades de cada tipo de fundação, por estacas e por tubulões, não permitem a presunção de equivalência entre suas dimensões. Enquanto nos tubulões a transmissão de carga é feita pela base, nas estacas ela ocorre precipuamente pela resistência lateral.

8. Conforme ressaltou a Secob, as estacas deveriam atingir profundidades maiores que as previstas, para transferir ao solo, com segurança, os esforços solicitantes, visto que, nessa solução, grande parcela do carregamento é absorvida pela resistência lateral (peça 16, p. 27). Isso, contudo, não significa que as profundidades nas fundações por tubulões também aumentariam, pois, consoante mencionado, não há necessária correlação entre as profundidades das duas soluções.

10. A par desses argumentos, reputo inadequado o estudo promovido pela 21ª Unit, por ter também se baseado nas profundidades em que as estacas cravadas atingiram horizonte de apoio de ponta (peça 18, p. 30). Ademais, observo que os recorrentes não apresentam elementos probatórios suficientes para demonstrar a possibilidade de acréscimo contratual caso a solução inicialmente prevista (fundação por tubulões) fosse a executada."

16. Está claramente evidenciado nos autos, portanto, que não haveria, necessariamente, acréscimos de custos caso a solução técnica tivesse sido mantida em tubulões, ao contrário do que querem fazer crer os recorrentes.

17. Outra alegação trazida na peça recursal é de que não haveria nexos causal que permitisse imputar integralmente à Faulhaber o dano ocorrido, eis que parte dos serviços foi executada e faturada por outra empresa.

18. É certo que a ponte foi concluída por outra empresa, a Arteleste Ltda., que executou e faturou uma parcela correspondente às fundações. Entretanto, em nenhum momento se afirmou que o

valor das estacas cravadas estava superior ao de mercado, o que levaria à conclusão de que a Arteleste teria se beneficiado com o superfaturamento.

19. O que está claro nos autos é que o prejuízo total correspondente a esse serviço foi provocado pela conduta da Faulhaber ao propor a substituição da solução técnica sob a afirmação de que não haveria reflexo financeiro e ter, posteriormente, promovido o acréscimo de valor que gerou o superfaturamento. O fato de a Faulhaber não ter se beneficiado da totalidade do dano causado não afasta sua responsabilidade por tê-lo causado.

20. Ao propor à contratante a alteração da solução técnica das fundações e afirmar que não haveria reflexo financeiro no valor contratual, a Faulhaber assumiu o ônus da modificação proposta. Não pode a empresa, posteriormente, querer transferir esse ônus para a Administração e assim livrar-se da execução de um item cujo preço lhe era assaz desfavorável.

21. O que se conclui do procedimento da recorrente é que procurou, na verdade, beneficiar-se do chamado “jogo de planilha”, como bem elucidou o relator do acórdão recorrido, ministro José Múcio, em seu voto (peça 25, fl. 1):

“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.”

22. Também o fato de o Dnit, ao licitar o remanescente da obra, ter mantido a solução em estacas em nada socorre as recorrentes. Havia um projeto executivo em plena implantação com a solução em estacas, conforme proposto pela Faulhaber. O Dnit apenas deu continuidade à obra nos moldes estabelecidos por esse projeto executivo.

23. Alinho-me, portanto, ao uníssono entendimento manifestado pelas diversas instâncias técnicas, que contou ainda com a anuência do subprocurador-geral do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU, e concluo que devem ser refutados os argumentos concernentes ao dano decorrente da alteração das fundações da ponte sobre o rio Cotinguiba.

II) Substituição do tipo de estaca nas fundações dos viadutos de acesso a Aracaju e Itabaiana.

24. Também aqui a construtora propôs alterar, sem reflexo financeiro, o tipo de estaca previsto no projeto básico por outra. As estacas de triplo trilho TR-45, inicialmente previstas, foram substituídas por estacas metálicas do tipo duplo I 10” VSE 254x38.

25. A Faulhaber comprometeu-se a manter o preço unitário de R\$ 142,70, preço das estacas de triplo trilho TR-45, não obstante as estacas do tipo duplo I 10” VSE 254x38 custarem R\$ 151,79.

26. Neste caso, não houve acréscimo contratual para a execução do serviço. O superfaturamento foi calculado com base no preço real praticado para as estacas utilizadas. Por ter tido acesso às notas fiscais de aquisição, a Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe (Secex/SE), unidade técnica responsável pela fiscalização, calculou o superfaturamento com base na diferença entre o preço obtido a partir dessas notas, de R\$ 106,83/metro (já incluído o valor

correspondente ao beneficiamento dos perfis), e o valor cobrado, de R\$ 142,70/metro, o que totalizou R\$ 91.898,94.

27. As recorrentes protestaram contra o uso das notas fiscais no cálculo do superfaturamento, por conterem dados sigilosos e por não representarem o preço de mercado. Rechaçaram, ainda, o fato de a unidade técnica ter pinçado um único insumo para apontar suposto sobrepreço.

28. Quanto ao valor adequado para o serviço, arguiram estar seu preço apenas cerca de 3% acima da média ofertada pelos licitantes do remanescente da obra e da própria contratada para sua conclusão e 14,78% inferior ao do Sicro 2003 retroagido para a data-base do contrato pelo índice de reajustamento de obras de arte especiais.

29. Amparado nas ponderações do diretor da Secex/SE (peça 19, fls. 7/12), o auditor da Serur defendeu a elaboração da composição de custos do serviço com base no custo real do insumo.

30. O referido diretor questionou a utilização de preços referenciais extemporâneos, especialmente porque a variação do índice setorial pode não ser compatível com a variação do preço do insumo.

31. Para ilustrar sua tese, deflacionou o preço do serviço em questão constante do Sicro de abril/2003 para a data base do contrato pelo IPA-OF Fer./Aço/Derivados, mais específico para o caso em análise, e obteve o preço de R\$ 130,54/metro, inferior (em 8,5%) ao praticado no contrato.

32. Acrescentou a Serur 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”. Considerou, ao final, adequado o método de cálculo do superfaturamento adotado pela Secex/SE.

33. Também nesse ponto alinho-me ao entendimento consignado pela Secex/SE e pela Serur, cujos argumentos incorporo às minhas razões de decidir.

III) Aspectos adicionais tratados no recurso

34. A responsabilização solidária da Engesur pelo superfaturamento foi outro ponto tratado neste recurso. O entendimento unânime nas manifestações precedentes, ao qual me associo, foi de que deve ser afastada tal responsabilidade, uma vez que o parecer emitido pela supervisora limitou-se a afirmar a viabilidade técnica da alteração pleiteada pela construtora, que declarava, então, que não haveria reflexos financeiros.

35. Já no caso dos gestores do DNER, o auditor instrutor e seu diretor entenderam, pelo mesmo motivo, que também eles não deveriam responder solidariamente pelo débito.

36. Nisso, o titular da Serur e o representante do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU divergiram, pois a conduta dos gestores foi fundamental para a consumação do dano ao erário.

37. De fato, a atuação dos então titulares da Diretoria-Geral e da Divisão de Estudos do DNER não se limitou à aprovação da alteração do tipo de fundação da ponte sobre o rio Cotinguiba sem reflexo financeiro, o que ocorreu num primeiro momento. Posteriormente, aprovaram o acréscimo do valor do contrato decorrente dessa modificação, em benefício da contratada e em prejuízo do DNER. Sua responsabilidade solidária deve ser mantida, portanto.

38. Um último aspecto que merece ser abordado é a afirmação das recorrentes de que o sobrepreço de 8,08% poderia ser considerado variação normal de mercado, conforme jurisprudência do TCU.

39. Tal afirmação é equivocada. Este Tribunal não admite nenhuma faixa de tolerância de sobrepreço ou superfaturamento, conforme já se manifestou em diversas oportunidades. O seguinte trecho do voto condutor do acórdão 1.894/2011 – Plenário é esclarecedor:

“14. Afirmou também o representante legal da empresa contratada que, considerando a supressão no contrato do item "Trilho para portainer/3º trilho para guindastes antigos", mesmo admitindo o sobrepreço hoje existente de R\$ 10.741.770,31, este representa aproximadamente 9,50% do valor global da contratação, percentual este ainda dentro da margem de variação aceita pelo CONFEA e também por inúmeros julgados dessa C. Corte de Contas’ (grifo original). Essa generalização foi prontamente repudiada pelo Ministro José Jorge na sessão plenária da semana passada, que deixou assente que cada caso deve ser analisado à luz das particularidades que apresenta. Manifesto a minha concordância com esse pensamento: **este Tribunal pode, eventualmente, admitir preços de determinados itens acima dos referenciais de preços oficiais em situações comprovadamente justificadas; jamais estabeleceu um limite ‘tolerável’ de sobrepreço global** em um determinado empreendimento.” (destaque acrescido)

40. Os acórdãos 1.155/2012 e 3.095/2014, ambos do Plenário, professam o mesmo entendimento. Apenas em situações excepcionais alguma extrapolação dos preços referenciais pode ser admitida.

Em vista do exposto, acolho os pareceres convergentes da unidade técnica e do Ministério Público junto ao TCU e voto pela adoção do acórdão que trago à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 26 de agosto de 2015.

ANA ARRAES
Relatora