

**ESTUDO DE CASO – OBRAS PÚBLICAS ANÁLISE DE EVENTUAL
SUPERFATURAMENTO POR SUPERDIMENSIONAMENTO EM VIRTUDE
DE CONFLITO APARENTE DE NORMAS TÉCNICAS**

AUTOR

José Eduardo Guidi

REALIZAÇÃO

XXII COBREAP
CONGRESSO BRASILEIRO DE ENGENHARIA DE AVALIAÇÕES E PERÍCIAS

TRABALHO DE PERÍCIA

ESTUDO DE CASO – OBRAS PÚBLICAS

**ANÁLISE DE EVENTUAL SUPERFATURAMENTO POR
SUPERDIMENSIONAMENTO EM VIRTUDE DE CONFLITO
APARENTE DE NORMAS TÉCNICAS**

São Paulo, 2023.

REALIZAÇÃO



RESUMO

O caso apresentado remete a uma disputa judicial oriunda de um conflito normativo aparente de normas técnicas, fenômeno conhecido com *antinomia*. Tal condição criou um impasse no seio de contrato que visava a implantação de um sistema de esgotamento sanitário em área urbana de certo município. Por um lado, na figura de seus gestores o Município contratante receava ser acusado de atentar contra princípio da economicidade, havendo o risco de seus agentes serem condenados por improbidade administrativa em virtude da caracterização de um superfaturamento por superdimensionamento. Por outro, o Consórcio construtor acreditava que poderia ser responsabilizado tecnicamente por não adotar a solução de melhor aplicabilidade, ao tempo em que deveria ser ressarcido pelos serviços executados de acordo com a norma técnica que julgava ser a mais adequada. Neste cenário, o estudo de caso demonstra a crescente complexidade das relações contratuais enfrentadas pelos profissionais atuantes em obras de engenharia, bem como a solução alcançada pela perícia a partir da disciplina da engenharia legal aplicada às obras públicas.

Palavras-chave: *Normas; Antinomias; Contratos; Engenharia.*

ABSTRACT

The case presented refers to a legal dispute resulting from an apparent normative conflict of technical standards, a phenomenon known as antinomy. This condition created an impasse in the undertaking aimed at implementing a sanitary drainage system in the urban area of a given municipality. On the one hand, the figure of its managers the contracting Municipality received complaints of violation of the principle of economy, running the risk of its agents being condemned for administrative impropriety under the characterization of a larger product. On the other hand, the constructor accredits that it may be held technically responsible for not adopting the best applicability solution, at which time it must be compensated for the services performed in accordance with the technical standard that it judged to be the most appropriate. This scenario, the case study demonstrates the growing complexity of contractual relationships faced by professionals working in engineering works, as well as a solution reached by expertise in the discipline of legal engineering applied to public buildings.

Keywords: *Standards; Antinomies; Contracts; Engineering.*

ÍNDICE

1. BREVÍSSIMA APRESENTAÇÃO DO CASO	4
2. CONTEXTUALIZAÇÃO	5
3. CONCEITOS BASILARES	8
3.1. A lesão ao erário (dano ao erário).....	8
3.2. O superfaturamento por superdimensionamento	9
3.3. O dever da economicidade	10
3.4. A responsabilidade dos agentes públicos e privados	11
4. O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS E A SOLUÇÃO ADOTADA PELA PERÍCIA	12
4.1. A estabilização do significado de <i>necessidade</i>	13
4.2. A resolução da antinomia à luz do critério da especialidade.....	14
5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES	15
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	17

ANÁLISE DE EVENTUAL SUPERFATURAMENTO POR SUPERDIMENSIONAMENTO EM VIRTUDE DE CONFLITO APARENTE DE NORMAS TÉCNICAS

1. BREVÍSSIMA APRESENTAÇÃO DO CASO

O presente estudo de caso trata da análise de contrato público destinado a implantação de sistema de esgotamento sanitário em área urbana de certo município. O valor a preços iniciais era de aproximados R\$ 30 milhões e o prazo estimado para execução do objeto de 26 meses. Tratava-se da 2ª etapa de um projeto maior que contava com 3 (três) fases. Porém, após sucessivas paralisações, o pacto foi rescindido antes que a obra fosse integralmente concluída.

Daquilo que se seguiu, o Consórcio construtor ingressou às vias judiciais no sentido que o Município contratante fosse condenado ao pagamento por serviços efetivamente prestados, mas que não foram reconhecidos como devidos pelo ente municipal.

Por sua vez, em fase de contestação o Município afirmava que nenhuma obrigação contratual teria sido violada, rebatendo todos os argumentos expostos pelo Consórcio construtor.

Apesar de a fase probatória ter sido alcançada de forma tumultuada, o juízo estabilizou a controvérsia e declarou os pontos controvertidos que balizariam a disputa. Dentre eles, e especificamente naquilo que importa ao presente exame, o juízo incumbiu a perícia para que fossem analisados e aquilatados com robusta fundamentação técnica a pertinência dos serviços que apesar de executados pelo Consórcio construtor, não gozaram do reconhecimento por parte do Município contratante.

A razão pela qual o juízo assim havia se pronunciado guardava uma instigante questão a ser enfrentada pela perícia. Como visto, não se discutia a execução dos serviços, pois não havia dúvidas que o Consórcio construtor os tinha realizado. A disputa que havia se instalado se dava nos seguintes termos:

- 1- A norma técnica prevista no edital de licitação conflitava com a norma técnica adotada pelo Consórcio para bem desenvolver a obra;
- 2- Nada obstante, ambas as normas técnicas eram perfeitamente aplicáveis à execução dos serviços contratados;

Em síntese, a pergunta encomendada pelo juízo à perícia era a seguinte:

Qual das normas deveria prevalecer?

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

Conforme antecipado no tópico anterior, a obra sob exame tratava da *implantação de sistema de esgotamento sanitário* em área urbana de certo município. Dentre os diversos serviços previstos na planilha contratada, o interesse que culminou com o estudo de caso que ora se apresenta recai exclusivamente na execução da rede coletora de esgotos.

Nesse norte, as normas que terminaram gerando a disputa entre Consórcio construtor e Município contratante, ambas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), eram as seguintes:

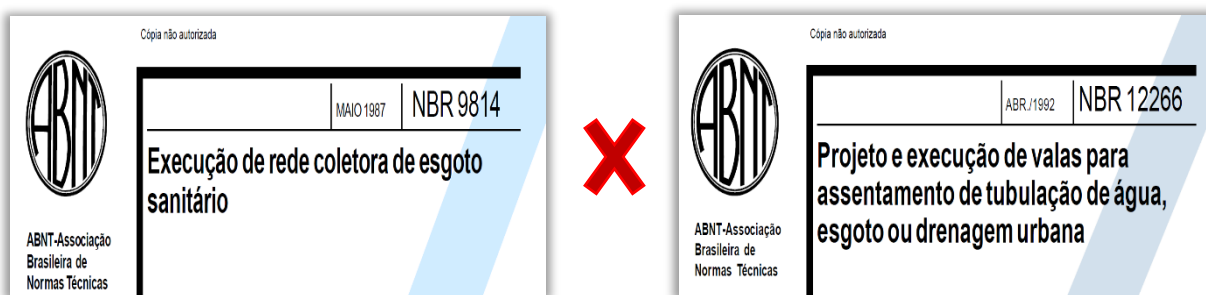


Figura 1 - Normas da ABNT objeto da disputa (ambas as normas foram substituídas pela NBR 17015:2022)

Mais especificamente, o motivo da controvérsia residia na largura de escavação das valas destinadas a acomodar a tubulação da rede coletora de esgotos. Em síntese, o Consórcio construtor defendia a necessidade de uma largura maior que a prevista pelo Edital, tudo em face ao mínimo preconizado pela NBR 9814 (norma substituída em 2022). Já o Município contratante advertia que a NBR 12266 (norma substituída em 2022) era perfeitamente aplicável e que em observância ao princípio da economicidade, a escavação de uma largura maior que o mínimo previsto se enquadraria na hipótese de superfaturamento por superdimensionamento.

De fato, ao consultarmos os diplomas normativos sobre mencionados a diferença se revelava. Isso porque, a largura mínima a partir da norma seguida pelo Consórcio construtor seria de 75cm (pois o diâmetro do coletor, no caso concreto, era de 15cm). Por sua vez, a largura mínima pelo critério utilizado pelo projeto básico licitado pelo Município seria de 65cm. Veja-se:

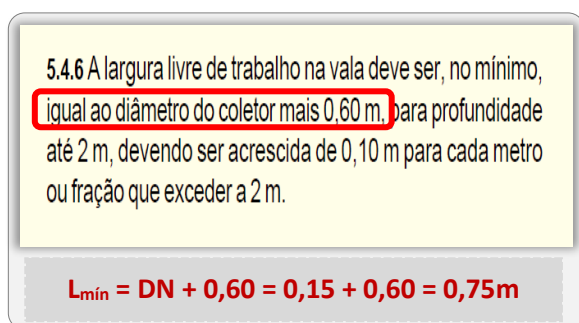


Figura 2 - Larg. Mín. pela NBR 9814

ANEXO - Tabelas e figuras

Tabela 1 - Largura da vala para obra de esgoto

Diâmetro nominal	Cota de corte (m)	Largura da vala em função do tipo de escoramento e cot.		
		Pontaletes (m)	Contínuo e descontinuo (m)	Especial (m)
100 e 150	0-2	0,65	0,65	0,75
	2-4	0,75	0,85	1,05
150 e 200	4-6	0,85	1,05	1,35
	6-8	0,95	1,25	1,65

Figura 3 - Larg. Mín. pela NBR 12266

E decorreu que o Consórcio construtor escavou largura maior que a prevista em projeto, fato confirmado pelo próprio Município contratante.

Todavia, o Município advertia que o projeto licitado seguiu norma técnica aplicável e plenamente válida, razão pela qual a largura adicional escavada pelo Consórcio construtor não seria devida. Ainda acrescentou que apesar de a iniciativa do Consórcio estar tecnicamente correta, o acréscimo seria estratégia particular do próprio contratado, encargo que não poderia ser transferido para a Administração contratante. Vale transladar as palavras do Município:

“Quanto as medições, não se questiona a execução dos serviços a maior, todavia por conta e risco do Autor, [...]. AS DIFERENÇAS NAS MEDIÇÕES, são exclusivas por culpa do Consórcio que usava norma diversa da prevista no Plano de Trabalho, para execução da obra, objetivando elevar o valor da obra. [...] Demonstra-se contraproducente discutir novamente tal questão, considerando que não adianta o construtor querer impor suas condições quando é claro na licitação que tais critérios não podem ultrapassar os limites definidos em projeto. Se não fosse a intervenção do município, o Autor executaria as obras de forma exagerada.” (grifei)

E assim o Município complementava seu raciocínio:

“É fácil entender na medida em que se pede para escavar para um determinado fim com largura de 65 cm ou se assim desejar o executor, esta mesma escavação pode ter largura infinita. Para tanto, há regras e normas e, conquanto existam normas as quais estavam sendo usadas pelo executor, também as normas que definem uma dimensão e espessura menor, sendo a segunda utilizada no caso em tela, com base no princípio da economicidade que deve pautar o ente público, e mais, são as normas que o Autor aderiu ao participar do certame [...]” (grifei)

Dizendo de outro modo, o próprio Município narra que recepcionou o projeto e utilizou da norma técnica **ABNT NBR 12266/1992 - Projeto e execução de valas para assentamento de tubulação de água, esgoto ou drenagem urbana**, bem como simultaneamente reconhecia a existência de norma outra que indicava largura maior à escavação das valas, exatamente a **ABNT NBR 9814/1987 - Execução de rede coletora de esgoto sanitário**, a qual inclusive já havia sido objeto de justificativa técnica por parte do Consórcio construtor.

Vale anotar que existem uma série de serviços associados à largura de escavação das valas, de forma que os valores pleiteados pelo Consórcio construtor não se restringiam ao volume adicional escavado.

A bem da realidade, na planilha contratada a nomenclatura deste módulo de serviços era descrita como **B.1 – Rede Coletora da Bacia 01** e constituído por 78 (setenta e oito) itens. Assim, de forma oferecer melhor didática, a perícia utilizou da ferramenta estatística Curva ABC às análises pertinentes. Adiante, devido à extensão de linhas em face dos 78 serviços constantes no grupo B-1, a tabela a seguir demonstra a incidência da diferença entre os valores de medição defendidos por

Contratante e Contratado. Assim estão descritos os serviços do grupo cuja classificação na Curva ABC alcançou os níveis A ou B, de forma que os demais itens foram assumidos como de comportamento assemelhado.

Tabela 1 – Recorte da Curva ABC da diferença de valores pleiteados e medidos do grupo B-1

ITEM	TOTAIS APURADOS		DIFERENÇA	Coef. Inf.	Coef. Acum.
	CONSÓRCIO	PREFEITURA			
B.1.4.4	198.463,21	147.100,97	51.362,24	29,48%	29,48%
B.1.5.4	68.095,77	35.960,48	32.135,29	18,45%	47,93%
B.1.4.9	20.127,78	1.203,48	18.924,30	10,86%	58,80%
B.1.4.5	48.140,26	31.957,34	16.182,92	9,29%	68,08%
B.1.4.8	49.907,74	35.616,47	14.291,27	8,20%	76,29%
B.1.5.2	42.457,77	36.481,72	5.976,05	3,43%	79,72%
B.1.4.2	43.178,36	37.546,84	5.631,52	3,23%	82,95%

Os serviços em destaque estavam assim descritos em planilha:

- B.1.4.4 – Escavação de rocha branda ou mole a frio (mov. terra)
- B.1.5.4 – Brita apiloada (esgotamento e embasamento de valas)
- B.1.4.9 – Aquisição de cascalho de jazida (mov. terra)
- B.1.4.5 – Carga, transporte e descarga mecanizada ... (mov. terra)
- B.1.5.2 – Colchão de areia (esgotamento e embasamento de valas)
- B.1.4.2 – Escavação mecânica de valas ... (mov. terra)

Ou seja, todos esses serviços, sem prejuízo de outros, remetiam ao mesmo cerne do imbróglgio. Assim, não apenas a largura de escavação das valas estava em discussão, mas todos os custos adicionais dos serviços associados à plena e perfeita execução do assentamento das tubulações.

Mas dado o conflito normativo, antes de adentrarmos na solução acerca de qual das normas em discussão deveria prevalecer, alguns conceitos muito próprios às responsabilidades que recaem sobre as Administrações públicas contratantes e empresas parceiras contratadas precisam ser esmiuçados. Mais especialmente, cabe discorrer-se acerca dos seguintes postulados:

- I. Lesão ao erário¹ (dano ao erário);
- II. Superfaturamento por superdimensionamento;
- III. Princípio da economicidade;
- IV. Responsabilidade dos agentes públicos;
- V. Responsabilidade dos agentes privados;

¹ Conjunto dos recursos econômicos e financeiros de uma entidade ou de um Estado. "erário", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/er%C3%A1rio>> [consultado em 01-05-2023].

3. CONCEITOS BASILARES

A NBR 13752 - *Perícias de engenharia na construção civil*, igualmente editada pela ABNT, define o termo dano em seu item 3.26 como sendo a “*ofensa ou diminuição do patrimônio moral ou material de alguém, resultante de delito extracontratual ou decorrente da instituição de servidão.*”

A NBR em destaque ainda complementa a definição de *dano* sob a óptica do Código de Defesa do Consumidor (CDC),² agora como sendo “*as conseqüências dos vícios e defeitos do produto ou serviço*”. Dizendo de outro modo, vícios e defeitos que se evidenciem nas construções podem ter um efeito lesivo ao ponto de afetar o patrimônio de alguém, incluindo terceiros.

Ocorre que em se tratando de obras públicas, o conceito de *dano* (lesão) deve ser compreendido de modo amplo. Para além, as responsabilidades na eventual materialização de um dano também devem ser destacadas. É o que se passa a fazer.

3.1. A lesão ao erário (dano ao erário)

Em 2013 foi sancionada a famosa Lei da Improbidade Administrativa,³ a qual inaugurou importante capítulo para a Administração pública brasileira. Dentre os diversos comandos e definições, destaque para o conceito de atos lesivos:

Artigo 5º da Lei de Improbidade: “Constituem **atos lesivos à administração pública**, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos **aqueles** praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, **que atentem contra o patrimônio público** nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...]” (grifei)

Complementarmente, a Lei Nº 8.429/1992 tipificou em seu Capítulo II, Seção II, os “*Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário*”. Dentre eles:

Artigo 10 da Lei Nº 8.429/92: “Constitui ato de improbidade administrativa que **causa lesão ao erário qualquer ação** ou omissão dolosa, **que enseje**, efetiva e comprovadamente, **perda patrimonial**, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, [...]” (grifei)

É dizer que qualquer ação de agente público que conduza à diminuição do patrimônio da Administração pública será categorizada como um ato de improbidade. E dentre os diversos atos causadores de dano (perda patrimonial), o superfaturamento figura entre os principais. Nesse sentido, confira-se à recente Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Nº 14.133/21):

² Lei Nº 8.078/1990.

³ Lei Nº 12.846/2013.

Artigo 6º da Lei Nº 14.133/21: “LVII - **superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração**, caracterizado, entre outras situações, por: [...]” (grifei)

Enfim, sendo o superfaturamento uma das causas caracterizadoras do dano ao erário, cabe o refinamento de sua definição a bem de melhor compreendê-lo.

3.2. O superfaturamento por superdimensionamento

O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP) figura entre as principais referências conceituais às obras públicas de engenharia. Nessa seara, o IBRAOP editou várias *Orientações Técnicas* e que hodiernamente servem de arrimo para as diversas fundamentações das decisões dos órgãos do controle externo da Administração pública, e mais notadamente as decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Para o presente estudo de caso há especial interesse da *Orientação Técnica OT - IBR 005/2012: Apuração do Sobrepreço e Superfaturamento em Obras Públicas*, a qual apresenta nada menos que 06 (seis) tipos de superfaturamento. Veja-se:

- 3.39 Superfaturamento por quantidade:** é o dano ao erário caracterizado pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas/fornecidas.
- 3.40 Superfaturamento por qualidade:** é o dano ao erário caracterizado pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, vida útil ou segurança.
- 3.41 Superfaturamento por preços:** é o dano ao erário caracterizado pelo pagamento de obras, bens e serviços por preços manifestamente superiores aos tomados como paradigma.
- 3.42 Superfaturamento por jogo de planilha:** é o dano ao erário caracterizado pela quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra.
- 3.43 Superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras:** é o dano ao erário caracterizado pela alteração de cláusulas financeiras gerando recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração Pública ou reajustamentos irregulares de preços.
- 3.44 Superfaturamento por superdimensionamento:** é o dano ao erário caracterizado pelo superdimensionamento de projetos, estipulando dimensões, quantidades, e/ou qualidades de materiais ou serviços além das necessárias segundo práticas e normas de engenharia vigentes à época do projeto.

Figura 4 - Os 06 (seis) tipos de superfaturamento previstos pela OT-IBR 005/2012 do IBRAOP

Ou seja, em se tratando de obras públicas, ainda que determinada solução atenda perfeitamente uma norma técnica, não se admite extrapolação para além daquilo que é necessário ao atendimento da demanda que se quer satisfeita.

Dizendo de modo, qualquer solução excedente poderá ser classificada como um superdimensionamento. E caso a Administração venha a desembolsar quantias financeiras por serviços executados para além do necessário, ainda que tecnicamente corretos, o superfaturamento estará caracterizado, culminado com o dano ao erário.

No caso concreto, era precisamente essa a preocupação do Município. Pois se havia norma técnica que permitia uma execução de menor custo, caso se optasse por solução outra, de maior gasto e sem que o custo-benefício fosse comprovado, o superdimensionamento estaria caracterizado, hipótese que ensejaria a responsabilidade dos gestores públicos.

3.3. O dever da economicidade

O *princípio da economicidade* está esculpido em nossa Constituição Federal e é dever de todos aqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos.⁴ É exatamente o caso sob estudo, eis que se trata de um contrato com vistas à execução de uma obra pública.

A economicidade não se confunde com os princípios da eficiência e da eficácia,⁵ em que pese todos estão preenchidos de importância no tocante à atividade administrativa. Por **economicidade** entende-se a vantajosidade na aquisição e no uso racional dos insumos e recursos necessários às atividades da Administração pública.⁶ Ou seja, trata-se de uma **relação** de custo-benefício em que se almeja o melhor preço (vantajosidade) e o não desperdício de recursos públicos (uso racional).

A figura a seguir ilustra a posição da economicidade na cadeia de valor público:

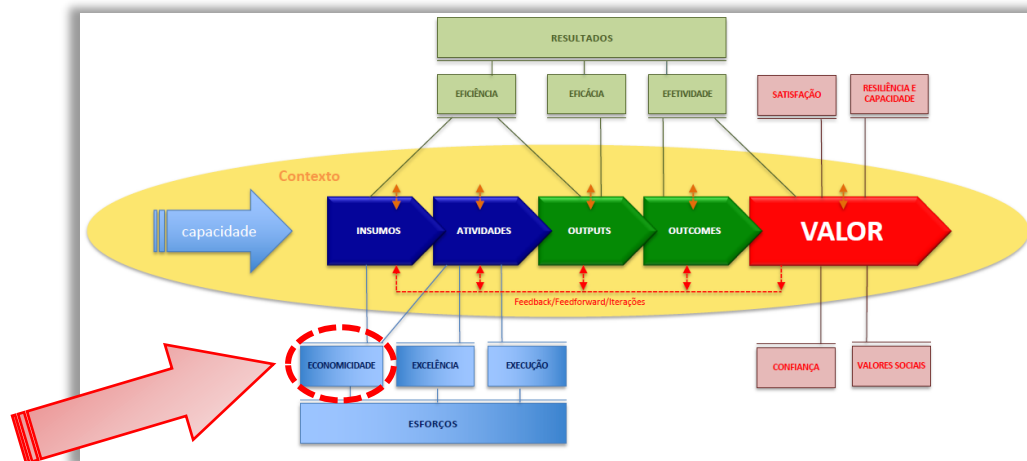


Figura 5 - Esquema ilustrativo da cadeia de valor público (FALCÃO, 2014)

⁴ Artigo 70 da Constituição Federal: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos [...]” (grifei)

⁵ Para maiores definições, confira-se em: NIEBUHR, Joel de Menezes. ***Licitação pública e contrato administrativo***. 5ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Pgs. 90-92.

⁶ Falcão-Martins, Humberto & Marini, Caio. 2014. ***Governança pública contemporânea – uma tentativa de dissecação conceitual***. Revista do TCU, edição nº 130. Pg. 50.

Dado o princípio da economicidade, tem-se clareado o motivo pelo qual o superdimensionamento é tido como potencial causador de dano ao erário. Ou seja, uma vez os agentes públicos tendo o dever de não desperdiçar recursos, sempre que uma solução extrapolar a necessidade que a ensejou teremos uma dissipação de montantes financeiros que não deveria ocorrer.

No caso concreto, repita-se, aí repousava a preocupação do Município. Ou seja, se mesmo existindo norma técnica que permitia a escavação das valas com largura de 65cm, fosse adotada a largura de 75cm, o desperdício de recursos públicos poderia restar caracterizado, culminando com a responsabilidade dos gestores.

3.4. A responsabilidade dos agentes públicos e privados

Uma vez o princípio da economicidade frustrado em face do desperdício de recursos públicos (no caso se referindo a um eventual superdimensionamento), surgirá a responsabilização dos agentes que deram causa, sejam eles públicos ou privados. Sobre o tema, a precisa lição de Carlos Pinto Del Mar:⁷

“A Constituição, porém, condicionou a **responsabilidade objetiva** do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos **casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.**” (grifei)

Para os agentes privados, o professor Del Mar adverte que a responsabilidade ético-profissional e ética subsistem, mesmo no caso das obras públicas:⁸

“[...] a responsabilidade técnica está presente e é exigível em qualquer trabalho para o qual se exigem as respectivas formações profissionais, independentemente da natureza das **obras** e serviços (se **públicos** ou privados). [...] No que tange à responsabilidade civil, [...] **respondem pelos danos** que causarem a outrem.” (grifei)

Todavia, existe outro importante diploma legal que trazia um complicador, e exatamente na questão normativa à técnica. Trata-se da Lei N° 4.150/1962, que instituiu o “*regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras e compras do serviço público de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista, através da Associação Brasileira de Normas Técnicas.*” (grifei)

Na interpretação do Consórcio construtor, significava dizer que existe o dever de se adotar a norma da ABNT de melhor aplicabilidade ao caso concreto, e não necessariamente aquela que conduz ao menor preço a qualquer custo.

⁷ DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na construção civil**. São Paulo: Pini: Leud. 2015. Pg. 492.

⁸ Op. cit. Pgs. 487-488.

Dessa forma, o Consórcio argumentava que a largura maior da vala conferia melhor qualidade ao serviço, pois além de uma melhor trabalhabilidade durante a execução e eventuais manutenções, o que oferecia menor risco, a tubulação estaria protegida por um berço de areia mais robusto se executada em condição limítrofe.

Para além, lembrava que a fiscalização acompanhou a execução de todos os serviços sem qualquer objeção, porém, ao chegar o momento de medir as quantidades executadas, “deu de ombros”, asseverando que o incremento se tratava de estratégia particular.

Ao final, revelou-se um ambiente de insegurança para ambas as partes.

É que se por um lado o Município contratante poderia ser acusado de não atender ao princípio da economicidade, por outro o Consórcio construtor poderia ser responsabilizado tecnicamente por não adotar a solução de melhor aplicabilidade.

Assim, seguimos com a solução adotada para o presente estudo de caso.

4. O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS E A SOLUÇÃO ADOTADA PELA PERÍCIA

Dado o conflito normativo aparente,⁹ a perícia se viu inscrita na seara das *antinomias*, nomenclatura dada ao fenômeno da contradição entre normas.

Nesse cenário, dentre os critérios consagrados às soluções quando da ocorrência de normas conflitantes, o prevalecente seria o da *hierarquia*¹⁰ entre as normas. Contudo, não se trata do caso concreto, pois ambas são normas que se posicionavam em mesmo nível.

Os demais critérios existentes são o *cronológico* e o da *especialidade*.

Ocorre que a lei nova não revoga e nem modifica a lei anterior,¹¹ de forma que o critério cronológico somente poderá ser aplicado se não existir regramento específico, ou seja, quando a norma tratar os temas de forma geral e mais abrangente.

Significa que antes de se aplicar o critério cronológico, há que se investigar o critério da **especialidade**. Dessa sorte, conforme será adiante discorrido, o conflito normativo será solucionado precisamente a partir do critério da *especialidade*.

⁹ Diz-se conflito **aparente** aquele que ocorre quando duas normas aparentam incidir sobre o mesmo fato. O adjetivo *aparente* surge porque dado um caso concreto, efetivamente não existe conflito algum, haja vista a existência de soluções consagradas a partir dos critérios da hierarquia, da cronologia e/ou da especialidade.

¹⁰ Por exemplo, a Constituição Federal (CF) é hierarquicamente superior a todas as Leis. Dessa forma, nenhuma Lei poderá contradizer a CF. Caso isso ocorra, prevalecerá a CF.

¹¹ Artigo 2º do Decreto-Lei Nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

4.1. A estabilização do significado de *necessidade*

Rememore-se que não estava em discussão o fato que as obras foram executadas a maior, bem como inexistia qualquer anotação por eventual inconformidade normativa daquilo que foi feito para além do contratado.

Ou seja, a discussão não versava sobre a quantidade executada, e tampouco à sua qualidade, mas tão apenas na verificação de se os incrementos promovidos pelo Consórcio construtor eram ou não **necessários**.

Aliás, a questão foi tormentosa para o próprio Poder Judiciário, pois o juízo de 1ª Instância só conseguiu estabilizar o objeto da prova após a decisão do Tribunal de 2ª Instância daquela unidade da Federação. Aqui, máxima atenção para as palavras dos desembargadores:

“Ademais, é flagrante que a matéria discutida não é exclusivamente de direito. Muito pelo contrário. O que se investiga é quem teria dado causa ao excesso de gastos na execução do contrato administrativo: o município com as diversas paralisações da obra, ausência de entrega do projeto executivo e alteração do local de edificação? Ou a apelada que teria propositadamente executado obra de tamanho e custo maior do que o projeto-base, [...]?”

[...], tratando-se de contrato administrativo, vigora o princípio da legalidade, segundo o qual somente é possível fazer o que a lei permite, e não há dispositivo legal que preveja que o licitante pode executar a obra da forma que lhe convir se não lhe for entregue o projeto executivo previsto no inc. II do art. 7º da Lei 8.666/93.

Se na execução do contrato administrativo o consórcio verificou que a conduta do município estava incorreta, existiam medidas legais a serem tomadas, a fim de que o contrato fosse cumprido (ex. obrigação de entregar o projeto executivo), mas de maneira alguma poder-se-ia legitimar eventual gasto DESNECESSÁRIO do dinheiro público.

Mesmo sendo o magistrado o destinatário da prova e aplicando-se os efeitos da revelia, casos como o dos autos merece uma análise muito criteriosa, [...]. (grifei)

Em síntese, o Tribunal de Justiça daquele Estado determinou que os serviços extracontratuais executados a maior não poderiam decorrer da mera conveniência do Consórcio construtor. Significava dizer que para serem reconhecidos como devidos, deviam ser comprovadamente categorizados como **necessários**, ou seja, não poderiam ser feitos de outro modo.

A conceituação que estabiliza o conceito de *necessidade* verte dos postulados das verdades necessárias e contingentes, ou seja, dos **princípios da identidade e da não contradição**. Traduzindo, uma proposição afirmativa verdadeira será **necessária** se, e somente se, a sua negação implicar em uma contradição.

Explica a Mestre Chaianne Faria:¹²

“[...] o que se deduz de uma noção é tal que não poderia ser de outro modo, uma vez que a análise e a demonstração são determinadas pelo princípio de contradição, ou, dito de outra maneira, se toda verdade é, por natureza, analítica, e, portanto, plenamente inteligível segundo sua coerência interna, a negação de toda proposição é necessariamente contraditória.” (grifei)

Em termos mais exaurientes, para que a perícia reconhecesse os serviços extracontratuais como devidos, o incremento precisava derivar de uma necessidade técnica para a qual a Administração estaria inescapavelmente vinculada.

Caso contrário, o pagamento caracterizaria o superfaturamento por superdimensionamento, nos exatos termos da já mencionada Orientação Técnica N° 005/2012 do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP).

4.2. A resolução da antinomia à luz do critério da especialidade

Conforme acima relatado, a solução de antinomias a partir do critério cronológico somente poderia se dar quando da inexistência de regramento específico, do contrário, é o critério da especialidade que deverá prevalecer.

De tal sorte, é imperioso notar que apesar de mais nova, a *NBR 12266/1992* tratava do projeto e execução de valas para assentamento de tubulação de água, esgoto ou drenagem urbana. Por seu turno, a *NBR 9814/1987* era específica à execução de rede coletora de esgoto sanitário.

Ou seja, a *NBR 12266/1992*, adotada pelo projeto básico licitado pelo Município contratante, revelava caráter nitidamente geral, pois além dos serviços de execução, tratava também do desenvolvimento dos projetos. Mais ainda, pois além de se aplicar às tubulações de esgoto, incidia também nas de água e drenagem.

Giro outro, a *NBR 9814/1987*, adotada pelo Consórcio construtor, era de aplicação específica, e, portanto, detinha precedência sobre àquela.

Ainda assim, importa validar o critério da especialidade, o que se faz a partir do postulado defendido por Hélio Capel Filho: “[...] só haverá antinomia real se, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Por isso é entendida como a oposição entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito – aplicador do direito - numa posição insustentável de escolha sem que possa optar por uma delas, sem ferir a outra.”¹³

¹² FARIA, Chaianne. *Verdade, expressão e contingência em Leibniz*. Cadernos Espinosanos, São Paulo, n.31, p.117-135, jul-dez 2014. Universidade de São Paulo. Pg. 122.

¹³ FILHO, Hélio Capel. *Antinomias jurídicas*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 522, 11 dez. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6014>. Acesso em: 7 fev. 2023.

No caso em exame, é nítido que ao se adotar a largura mínima de vala (65cm) prevista pela NBR 12266, fatalmente a NBR 9814 seria ferida, pois de acordo com esta norma, a largura mínima, no caso concreto, era de 75cm.

E igualmente é certo que a recíproca não é verdadeira, pois ao se adotar a largura mínima de 75cm prevista pela NBR 9814, simultaneamente atenderemos à NBR 12266. Portanto, temos validado o critério da especialidade e por consequência a opção feita pelo Consórcio construtor.

Para além, agora sob os critérios eminentemente técnicos, de se notar que não obstante a NBR 12266 permitir uma largura de escavação menor, tal condição estava atrelada à tipologia dos escoramentos (cf. na fig. 3, pg. 05, deste estudo de caso). Contudo, o serviço de escoramento sequer havia sido previsto na planilha orçamentária constante do projeto básico, estando a opção do Município incompleta em relação à própria norma a que o projeto se referenciou.

Por sua vez, a NBR 9814 não vincula o dimensionamento das valas à tipologia do escoramento (cf. na fig. 2, pg. 05, deste estudo de caso), de forma não restar dúvidas de que a opção feita pelo Consórcio se revelou a mais acertada.

Sendo assim, a perícia concluiu como devidos os valores pelos serviços adicionalmente executados em função da NBR 9814, de forma **não se caracterizar** eventual superfaturamento por **superdimensionamento**.

Em números absolutos, a diferença pleiteada a título das diferenças de medições e confirmada como devida pela perícia ao Consórcio construtor, para este item,¹⁴ alcançou o montante nominal de R\$ 150.301,43 (cento e cinquenta mil, trezentos e um reais e quarenta e três centavos).

5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

O estudo de caso ora enfrentado reservou um instigante conflito aparente de normas técnicas, notadamente acerca da largura mínima de escavação para serviços de assentamento de redes coletoras de esgotos.

A questão ganhou relevo maior, e por consequência adentrou às esferas judiciais, devido a possibilidade da caracterização de um dano ao erário em virtude de uma possível configuração de superfaturamento por superdimensionamento.

Essa hipótese gerou grande receio aos agentes públicos temerários de serem responsabilizados por ato lesivo à Administração pública, o que conduziria a condenações por improbidade administrativa e muito provavelmente imputações em débito, gerando o consequente dever de devolução dos valores aos cofres públicos.

¹⁴ A discussão maior em face de outros itens pleiteados confirmou a necessidade de ressarcimento em importe superior a R\$ 2 milhões.

Apenas para esse item objeto de estudo, em valores nominais, sem juros e correções, a quantia seria de R\$ 150.301,43.

Uma vez convocada, o trabalho da perícia em auxílio ao juízo demonstrou a solução da antinomia que se instalou a partir do critério da especialidade associado à necessidade técnica do serviço. Dessa forma, conclui-se pela não configuração do superdimensionamento e, como consequência, pela pertinência dos valores pleiteados pelo Consórcio construtor.

Em tempo, apresentam-se as seguintes recomendações:

- I. A bem de se evitar disputas judiciais custosas, a interpretação fundamentada dos contratos, especialmente os públicos, deve se dar em momento o mais antecipado possível, e de preferência sob a contribuição de profissionais habilitados na disciplina da engenharia legal. Como bem apontado pela decisão dos desembargadores que no presente caso deram os contornos da prova pericial, a matéria discutida, ainda que contenha considerável carga jurídica, não repousa exclusivamente no Direito;
- II. Assim como os conflitos normativos aparentes de ordem eminentemente jurídica, a antinomia de ordem técnica poderá seguir os mesmos parâmetros de solução, quais sejam, hierarquia, cronologia e especialidade. Todavia, mesmo esses balizadores devem ser adequadamente suportados por critérios consagrados, a exemplo do conceito de *necessidade* adotado no presente estudo em face aos princípios incidentes na Administração pública.
- III. Os contratos de obras de engenharia, públicos e privados, estão se tornando cada vez mais complexos e com tendência de se ampliar nos próximos anos. Dessa forma, os profissionais atuantes na engenharia legal devem estar atentos ao processo evolutivo não apenas das normas técnicas que regem a disciplina da engenharia, mas também dos postulados jurídicos que balizam os contratos e oferecem o suporte técnico-legal à execução dos empreendimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 9814/1987 - Execução de rede coletora de esgoto sanitário.

_____. NBR 12266/1992 - Projeto e execução de valas para assentamento de tubulação de água, esgoto ou drenagem urbana.

_____. NBR 13752:1996 – Perícias de engenharia na construção civil.

_____. NBR 17015:2022 - Execução de obras lineares para transporte de água bruta e tratada, esgoto sanitário e drenagem urbana, utilizando tubos rígidos, semirrígidos e flexíveis

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

_____. Lei Nº 4.150, de 21 de novembro de 1962.

_____. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

DEL MAR, Carlos Pinto. Direito na construção civil. São Paulo: Pini: Leud. 2015.

FARIA, Chaianne. Verdade, expressão e contingência em Leibniz. Cadernos Espinosanos, São Paulo, n.31, p.117-135, jul-dez 2014. Universidade de São Paulo.

FALCÃO-MARTINS, Humberto & Marini, Caio. 2014. Governança pública contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. Revista do TCU, ed. nº 130.

FILHO, Hélio Capel. Antinomias jurídicas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 522, 11 dez. 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS (IBRAOP). Orientação Técnica OT - IBR 005/2012. Apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas. Florianópolis, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
