

1648

ILUSTRÍSSIMO SENHOR DIRETOR- GERAL DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 5ª. REGIÃO

Processo nº 09.53.09.0180-35

DIRETORIA-GERAL
N.º 09.53.09.0180-35
17/05/10
Luciene P. Santos
Diretoria Geral

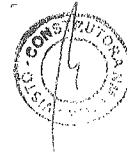
CONSTRUTORA NM LTDA., regularmente notificada, vem interpor RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão dessa Diretoria Geral, solicitando a reconsideração da aludida decisão, na forma das anexas razões, requerendo, ademais, com fulcro no § 4º do art. 109, da Lei nº 8.666/93, que acaso não venha esta a ser reconsiderada, que seja alçado o presente como recurso hierárquico, devidamente informado.

Pede deferimento.

Salvador, 17 de maio de 2010.

CONSTRUTORA NM LTDA.

Recebido, visto etc.
Flm 145/10.
Giovana Medeiros Leite
ANALISTA JUDICIÁRIO



RAZÕES DE RECURSO

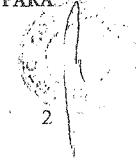
I. Da tempestividade

A notificação foi recebida na data de 10/05/2010, segunda-feira. Sendo de cinco dias úteis o prazo para apresentação de recurso, o qual começou a fluir no dia 11/05/2010 e tendo sido os dias 15 e 16 de maio dias não úteis (sábado e domingo, respectivamente), esgota-se nesta data o prazo recursal.

A decisão ora recorrida, acolhendo os pareceres da Secretaria de Assessoramento Jurídico e do Órgão de Controle Interno, além de aplicar a pena de advertência, houve por bem:

- a) aplicar multa de mora, *“com arrimo no art. 86 da Lei nº 8.666/93 e cláusula décima do contrato, calculada a partir de 22/02/2010 até a data da apuração pelo Serviço de Contabilidade, uma vez que não se tem notícia, até então, do retorno das atividades pela Contratante”*;
- b) aplicar *“multa por inexecução contratual, com fulcro no art. 87, II da Lei nº 8.666/93 e parágrafo primeiro da cláusula décima, ou seja, 5% (cinco por cento) sobre a parcela não cumprida, que corresponde ao valor dos serviços referentes à escavação, transporte e bota-fora executados em desacordo com a norma NBR 9061, conforme cálculos de fl. 1369”*;
- c) notificar a Contratada para reiniciar a execução dos serviços, no prazo de dez dias, sob pena de rescisão unilateral do contrato oriundo do Pregão Presencial nº 051/09, cujo objeto é a execução dos serviços de terraplenagem e contenções para a implantação da sede do TRT da 5ª Região no Centro Administrativo da Bahia – CAB,

II. DA INVIABILIDADE TÉCNICA DE EXECUÇÃO DO PROJETO DE CONTENÇÃO ATRAVÉS DE TUBULÕES. DA INEXEQUIBILIDADE DO PROJETO PARA



2

16/02/10

EXECUÇÃO DAS FUNDAÇÕES ATRAVÉS DA TECNOLOGIA EM ESTACAS DE HÉLICE CONTÍNUA

A questão de maior relevância em torno da execução dos serviços contratados, já ferida em manifestações anteriores, cinge-se quanto à exequibilidade ou não do projeto a ser executado, em face do quanto se contém no edital, respostas aos esclarecimentos solicitados, na fase da licitação, Termo de Referência e projeto. Portanto, uma questão estritamente técnica.

Para logo, deve-se deixar assentado ponto que vem passando a Administração ao largo, fundamental para o desate da questão: a despeito de indicar o Termo de Referência a possibilidade de contenção através de tubulões ou estacas em Hélice Contínua, conferindo ao construtor a possibilidade de escolha de uma ou outra tecnologia, o que já demonstra a imprecisão e fluidez do edital e anexos, a única tecnologia passível de ser aplicada, em função do perfil da sondagem, é estacas tipo Hélice-Contínua.

Já o relatório das sondagens apresentadas pelo Instituto Brasileiro Habitat (Concreta – Controle de Concreto e Tecnologia Ltda.) , SP03 ao SP09, localizadas no eixo de contenção, apresentam nível de lençol freático (NA), entre as 47,77m e 51,85m, sendo que a cota dos tubulões é 43,00m.

A tecnologia tubulões somente é indicada para solo seco.

Já se apresentou, com a defesa prévia ao Departamento de Obras desse e. Tribunal, o parecer técnico da GEOMFC asseverando que a alternativa em Tubulão Escavado a Céu Aberto, como solução de contenções, não se aplica em *“solo em aterro de espessura variável, e incidência de nível de água subterrâneo de manifestação errática, ou seja, ora raso, ora profundo”* que ora volta-se a anexar.

Novos testes de sondagens foram feitos, conforme registrado no Diário de Obras, nas datas de 01 e 02/05/2010, e disponibilizados ao Prof. Luis Edmundo, confirmando as características do terreno. O relatório respectivo, da LCL ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA., datado de 05 de maio p. passado, segue, em anexo.

Sendo certo que a tecnologia recomendada é contenção em estacas tipo Hélice Contínua e que, portanto, a adoção de tal tecnologia não é

16/5/1

apenas uma opção da contratada ora recorrente, resta saber se o edital e anexos, trazem o nível de detalhamento das especificações necessário para a execução dessa solução.

Sim, porque não basta a mera indicação de utilização de uma ou outra tecnologia, nem meramente o fato de ser fazer pálida menção como ocorre na segunda parte do item 4.1.4. do Termo de Referência, nem mesmo a mera inclusão do item em planilha orçamentária.

O art. 7º, I e II e o § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93 estabelece:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

Art. 40 [...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

O art. 6º, incisos IX e X, do mesmo diploma conceitua projeto básico e projeto executivo indicando os elementos que deverão conter, os quais não se contêm, com o detalhamento necessário, no edital que embasou a contratação, *in verbis*:

"Art. 6º [...]
[...]"



16.92

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

O contrato, em consonância com a Lci nº 8.666/93, imputa ao contratante a obrigação de fornecer ao contratado os elementos indispensáveis ao seu cumprimento (Cláusula Sétima, alínea "d").

Não há qualquer contradição na defesa prévia apresentada, como quer fazer crer a Secretaria de Assessoramento Jurídico, pois não afirmou a ora recorrente que não existia previsão no Termo de Referência sobre a aplicação de ambas as tecnologias (Tubulões e estacas em Hélice Contínua), e sim que as especificações ali consignadas somente se referem à tecnologia Tubulões, não havendo ali, ou no projeto, as especificações necessárias e indispensáveis à utilização da tecnologia Hélice Contínua.



1653
r

Maior evidência das divergências insuperáveis existentes entre o corpo do edital, a planilha orçamentária e o Termo de referência (Anexo I) é a exigência, no item referente à capacidade técnico-profissional (1.1.1., alínea “b”), do Termo de Referência – Anexo I, do edital), de comprovação de aptidão de profissionais para execução de parcelas de maior relevância técnica e valor significativo para: “b) Elaboração de tubulões armados de forma mecânica ou manual”.

Em outras palavras, foi indicada entre as parcelas de maior relevância técnica e valor significativo a elaboração de tubulões armados e não de contenção em estaca hélice contínua. Patente, portanto, a razão pela qual o projeto executivo não contempla as especificações necessárias para a execução de contenção em estaca hélice contínua o qual haveria, necessariamente de especificar o concreto e as armaduras especiais e adequadas a esta tecnologia.

Diante de tal divergência, solicitou a ora recorrente esclarecimentos na fase de questionamentos ao edital. Na resposta aos questionamentos no curso do processo licitatório assim se posicionou a Comissão de Licitação:

[...]“ O projeto permite a utilização das duas opções (Verificar memorial descritivo fornecido)[...]

Indagado sobre como proceder na hipótese de divergências entre projetos, especificações e planilhas, respondeu a Comissão:

“Deverá ser considerado sempre o projeto”.

Ou seja, o projeto prevalece sobre a planilha, e este contempla especificações apenas para tubulões, tudo em consonância com a Cláusula Segunda e item 28 da Cláusula Oitava da minuta de contrato que integrou o edital e do próprio contrato firmado.

No projeto executivo, no entanto, assim como no Anexo I – Termo de Referência - reafirme-se, não existem especificações para a utilização da tecnologia de estacas em hélice contínua mas, apenas, relativa a tubulões.

Nas inúmeras manifestações, a Administração tem sempre se reportado às respostas aos esclarecimentos não, porém, na sua inteireza, uma vez que sempre suprime parte essencial dela, qual seja, a determinação imposta



1654
23

licitantes de seguir o projeto, na hipótese de divergências entre projetos, especificações e planilhas.

Para lançar uma pá de cal sobre este ponto, fazemos a juntada do relatório e manifestação técnica do Engº Dr. Luciano Décourt (Luciano Décourt – Engenheiros e Consultores Ltda), considerado a maior autoridade em fundações em Hélice Contínua, no país, cujo currículo também se anexa.

Afirma o *expert*, peremptoriamente, que não há viabilidade de executar o projeto de tubulões a céu aberto em razão das características de solo exibidas nas sondagens SP-01 a SP-012, em razão do nível de água encontrado em profundidade acima das pontas dos tubulões.

Quanto à viabilidade da execução de estacas Hélice Contínua, assevera:

“É muito importante esclarecer que a utilização de estacas tipo Hélice- Contínua em lugar da solução em tubulões a céu aberto implica em alterações radicais, tanto nas especificações do concreto quanto nas características das armaduras, exigindo, pois, projeto específico para essa nova situação”

E, ao longo da sua manifestação técnica, passa a ministrar as orientações que deverão informar o projeto executivo específico, a ser elaborado e sem o qual torna-se inviável a reassunção dos serviços.

Registre-se que o Prof. Luis Edmundo Prado Campo, da Fundação Escola Politécnica, apesar de ser uma referência na área de sua especialidade, nunca projetou uma fundação em hélice contínua.

Por outro lado, o Dr. Maxwell Mascarenhas, que na reunião realizada no dia 22 de abril p. passado, na sede desse E. Tribunal, participou ativamente asseverando que o projeto foi para execução em Hélice Contínua e enfatizando, até, que a ora recorrente deveria utilizar o concreto indicado em planilha, ou seja, emitindo opiniões técnicas sobre o assunto, é engenheiro mecânico. Assim, não pode, evidentemente, à luz da Resolução nº 218/73, do CONFEA, atuar em projetos construtivos de serviços de fundações e contenções de obras civis de edificação, como se colhe da manifestação do CREA, em anexo. O mesmo pode-se afirmar do Dr. Luiz Tejerizo, que não é *expert* em fundações.



1665
-x

Foram afastadas todas as solicitações da ora recorrente de participar o Dr. Roberto Vitorino, responsável pelo projeto estrutural, das discussões, sob o argumento de que o projeto já fora devidamente analisado, discutido e esclarecido junto ao Prof. Luis Edmundo Prado Campo.

III. DOS PODERES-DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO

O maior equívoco da Secretaria de Assessoramento Jurídico, na sua manifestação de fls. 1573 e seguintes é a afirmação reiterada de que não tendo a ora recorrente impugnado o edital na época oportuna, não pode alegar agora a inexistência de especificações, pois aceitara as regras do jogo e celebrou o contrato comprometendo-se a cumpri-lo.

Olvida-se a i. parecerista do poder de auto-tutela administrativa, sob os influxos do qual foi editada pelo STF a Súmula 473, que verbera:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

No caso, a recorrente apenas questionou a divergência do edital, não o tendo impugnado.

No entanto, se o instrumento convocatório admitia mais de uma tecnologia, somente tendo detalhado as especificações para execução da contenção em tubulões a céu aberto, e facultou a utilização de outra tecnologia que afinal se revelou de aplicação imperativa, dado às condições do solo, sem fornecer o nível de detalhamento necessário em projeto para a utilização de estacas em Hélice Contínua, tem por dever ministrar os elementos suficientes e necessários para que prossigam os serviços que se vêem obstaculizados, apesar das inúmeras vezes que foi instada pela contratada e ora recorrente a fazê-lo.

Se a Administração pode anular seus próprios atos ou mesmo revogá-los, nas situações a que se refere a súmula do Supremo Tribunal Federal, os princípios da eficiência e da economicidade impõem que podendo salvar



1656
2

procedimento licitatório e preservar o contrato, sejam ministrados à contratada, ora recorrente, os elementos necessários para o prosseguimento regular e dentro das normas de segurança, do serviço contrato, com vistas à entrega do objeto licitado.

Não há que se falar, pois, em inexecução culposa, quando a contratada, com lealdade e boa-fé, e sempre no propósito de bem e executar o contrato, adverte à Administração, há tanto tempo e por tantas vezes, sobre a presente situação de inexecuibilidade do projeto tal como apresentado.

Não se alegue que tanto é possível a execução do projeto que a ora recorrente chegou a concluir 14 (quatorze) estacas.

Isto somente se fez possível em 23 (vinte e três) tentativas, em ensaios que alteravam o projeto, e nas quais apenas ficou evidenciado que se faz indispensável a alteração do projeto das ferragens, traço e especificação do concreto, tendo sido adotada até mesmo a tentativa de utilização de aditivo ao concreto que, conforme a opinião abalizada do Dr. Luciano Décourt, no parecer anexo, não devem ser super-plastificantes.

E se a execução do projeto em Hélice Contínua demandar revisão contratual para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como efetivamente demandará, isto é um imperativo que decorre da Constituição Federal, art. 37, inciso XXI e encontram-se as alterações contratuais disciplinadas no art. 65, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

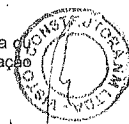
Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;



1097
e

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

A rigor, esta deveria ser uma alteração unilateral, com fulcro no art. 65, I, do referido diploma.

Registre-se que ao contrário do afirmado nas manifestações que serviram de lastro para a decisão ora recorrida, as razões da suspensão dos serviços de contenção, na data de 19/03/2010, foram registradas, devidamente no Diário de Obra dos dias 29 e 30 de março, além de reiteradas na imensa quantidade de correspondências encaminhadas pela ora recorrente, todas anexadas ao presente recurso.

Persiste o Tribunal contratante, que deixou de adotar os procedimentos indispensáveis à deflagração do certame, como a elaboração de projeto executivo de acordo com a tecnologia a ser empregada, em função da litologia do solo em aterro de espessura variável e incidência de nível de água subterrâneo de manifestação errática (ora raso ora profundo), o que de plano afasta a possibilidade de emprego da tecnologia tubulões e impõe a adoção da tecnologia ou seja fundações em Estaca Hélice Contínua, na sua conduta ilegal de pretender transferir essa responsabilidade à contratada e às custas desta.

IV. DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS PREVISTAS NA NBR-9061 PELA CONTRATADA

No que concerne ao alegado descumprimento, pela contratada, das normas previstas na NBR-9061, não procede, na medida em que as escavações provisórias inicialmente realizadas guardaram distância do sítio das escavações, o que não acarretaria qualquer comprometimento à segurança na execução dos



1658

serviços. Tal iniciativa foi adotada com o objetivo de acelerar os serviços, atendendo ao cronograma físico, tendo em consideração o período iminente de chuvas. Tanto é assim, que a despeito das fortes chuvas recentemente ocorridas, de 600ml, mantém-se incólume o sítio da obra, salvo os deslizamentos normais de alguns materiais, o contrário, p.ex., do que aconteceu na obra vizinha, onde graves danos são observados.

Sobre este aspecto, inúmeras foram, de igual forma, as correspondências trocadas com a Administração contratante, as quais seguem em anexo, cujos textos devem ser tidos como se aqui transcritos estivessem, para que se evitem fastidiosas repetições.

Por fim, registre-se que não se pode cogitar de má-fé da contratada e ora recorrente ao citar a NBR 6122, que já vem sendo utilizada largamente, e não altera em substância o mérito das alegações de forma a lhe favorecer ou criar fato novo.

V. CONCLUSÃO

Reitera em todos os seus termos a defesa prévia já apresentada.

Ante o exposto, espera e confia a recorrente seja acolhido e provido o presente recurso, a fim de que nenhuma penalidade seja aplicada à ora recorrente, seja a advertência sejam as multas, porque a elas não deu causa e nem para tanto concorreu, assim como seja fornecido pela Administração o projeto necessário para a execução dos serviços com a utilização da tecnologia em estaca Hélice Contínua, após o que serão imediatamente retomados os serviços.

Pede deferimento.

Salvador, 17 de maio de 2010.

CONSTRUTORA NM LTDA.

