



Conselho Nacional de Justiça

Gabinete do Conselheiro Jefferson Kravchychyn

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO N.º 0003565-16.2011.2.00.0000

RELATOR : CONSELHEIRO JEFFERSON KRAVCHYCHYN
REQUERENTE : CONSTRUTORA NM LTDA
REQUERIDO : ANA LUCIA BEZERRA SILVA;
EDIVALDO LOPES SANTANA;
MAXWELL MASCARENHAS

EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DA NOVA SEDE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE TÉCNICOS PARA A CONSECUSÃO DA OBRA. MULTA E PENALIDADE DO ART. 87, INCISO IV, DA LEI Nº 8.666/93 APLICADAS À CONTRATADA. MATÉRIA JURISDICIONALIZADA. PRECEDENTES POSSÍVEIS IRREGULARIDADES DE CONDUTAS. PARCIALMENTE CONHECIDA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

- O edital do Pregão Presencial nº 51, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, cujo objeto era a contratação de serviços para a construção de sua nova sede, continha a previsão de execução da obra por duas técnicas. Matéria afeta à engenharia civil.

- A requerente, a vencedora do certame, optou por uma técnica e não logrou êxito no seu empreendimento. Em face da inexecução da obra, o TRT da 5ª Região aplicou multa e a penalidade do art. 87, inciso IV, da lei nº 8.666/93. Irresignada, procurou o CNJ, TCU e a Justiça Federal para anulação das penalidades.

- Estando a matéria jurisdicionalizada não cabe a atuação do Conselho Nacional de Justiça, sob pena de usurpação das atribuições típicas do Poder Judiciário. Precedentes.

- Todavia, subsiste a este Conselho a alegação de possíveis irregularidades nas condutas dos requeridos.

- Não há como responsabilizar gestores públicos por condutas que seguiram estritamente o edital, e as eventuais irregularidades, que neste caso serão apreciadas pelo Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, advêm de questões eminentemente técnicas constates do termo de referência. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- Recomenda-se a todos os órgãos do Poder Judiciário que observem estritamente os termos da Resolução nº 114, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre planejamento, execução e monitoramento de obras no Poder Judiciário, e que prefiram o pregão eletrônico em detrimento do pregão presencial.

- Matéria parcialmente conhecida e pedido julgado improcedente para afastar qualquer ilicitude funcional na conduta dos requeridos nos

procedimentos licitatórios para a contratação de serviços para a construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, sem prejuízo do processo judicial perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia (proc. nº 8912-29.2011.4.01.3300) quanto à análise das questões procedimentais e técnicas dos certames.

Vistos,

Adota-se o bem lançado relatório apresentado pela Corregedoria Nacional de Justiça no Parecer 191 (evento nº 47), acrescentando-se, após, fatos posteriores ao referido Parecer.

A Construtora NM LTDA. apresenta representação em razão de atos praticados pela Exma. Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Dra. Ana Lúcia Bezerra Silva, pelo Diretor Geral do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Sr. Edivaldo Lopes Santana, e pelo Diretor da Secretaria de Assessoramento Administrativo da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Sr. Maxwell Mascarenhas, requerendo a instauração de sindicância ou adoção de providências.

A requerente afirma que, na data de 22.12.2009, celebrou contrato de prestação de serviços de terraplanagem e contenções para implantação da Sede do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região na cidade de Salvador - BA.

Após emissão da Ordem de Serviço, a requerente teria detectado divergência entre as disposições integrantes do edital com os serviços que tecnicamente deveriam ser realizados, no que concerne ao tipo de fundação profunda a ser utilizada na obra de fundação da nova sede do TRT.

Comunicou então a contratante sobre a incoerência técnica constatada, requerendo a elaboração e envio dos projetos executivos adequados para a execução dos serviços, sem o que não seria possível a continuidade da obra.

Alega que, enquanto discutia a questão, foi surpreendida com o recebimento de Notificação, para que se manifestasse, no prazo de cinco dias úteis, na forma do art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/93, sobre o

relatório apresentado pelo Departamento de Obras do TRT da 5ª Região, elaborado e assinado pelo Diretor da Secretaria de Assessoramento Administrativo da Presidência do Tribunal, ratificado pelo Diretor Geral, contendo recomendação de aplicação das penalidades de advertência e multa em seu desfavor, pelo atraso no cronograma da obra.

Segue afirmando que, não obstante sólida argumentação contida na defesa prévia apresentada, o Diretor Geral do Tribunal aplicou a pena de advertência e a multa pela inexecução contratual, sobrevindo recurso administrativo, visando obter a reforma da decisão recorrida, para que nenhuma dessas penalidades lhe fosse aplicada.

Relata que, novamente para surpresa da reclamante, a Exma. Desembargadora Presidente da Corte, embasando-se em fatos novos e que não haviam sido objeto de debate, julgou improcedente o recurso, não somente para manter as penalidades aplicadas, mas, também, para declarar rescindido o contrato, aplicando, ainda, a penalidade administrativa máxima prevista no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, enquanto perdurassem os motivos determinantes da punição ou até que fosse promovida a reabilitação.

Em razão disso, a requerente ingressou com mandado de segurança perante o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, o qual foi extinto sem resolução do mérito, sob o entendimento de que não era cabível a ação mandamental na espécie.

Em seguida, a requerente *ingressou com ação ordinária contra a União, visando, entre outros pleitos, a desconstituição das penalidades aplicadas, diante das flagrantes irregularidades e ilegalidades perpetradas pelos Reclamados, processo esse que se encontra em trâmite perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, distribuído sob o nº 8912-29.2011.4.01.3300.*

Em virtude da rescisão do contrato, o TRT da 5ª Região realizou novo procedimento licitatório, visando o prosseguimento dos serviços de fundação, no qual veio a sagrar-se vencedora a empresa denominada TECNOSONDA S.A., e no qual só teria participado uma única outra concorrente, inclusive desconhecida no mercado destes serviços.

Nessa licitação, a Contratante teria utilizado edital com idênticas especificações daquele utilizado no procedimento vencido pela reclamante, supostamente para evitar confissão de que exigiu o prosseguimento das obras sem que isso fosse possível, considerando-se o projeto executivo licitado.

A requerente considera que: para permitir a sua execução, foi utilizado ilegal artifício que não passa despercebido por qualquer profissional com experiência em fundações. Nas respostas às perguntas formuladas pela empresa que veio a sagrar-se vencedora do certame, flexibilizou-se o projeto, permitindo a adoção de procedimentos específicos de fundações do tipo hélice contínua e que foram veementemente negados à ora Reclamante enquanto em curso o contrato.

Argumenta, ainda, que não lhe foi permitida manifestação sobre os fatos e circunstâncias que recomendariam a rescisão do contrato e a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, fatos diversos daqueles que ensejaram a adoção das sanções de advertência e multa.

Requer que seja concedida medida liminar para desconstituir a punição aplicada à reclamante, qual seja, a declaração de inidoneidade de contratar com a Administração Pública.

Por fim, requer que seja mantida a decisão liminar e que sejam desconstituídas também todas as penalidades aplicadas, bem como, que seja pago o valor pelos serviços efetivamente executados.

Em 12.7.2011, a Exma. Sra. Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, proferiu decisão não conhecendo do procedimento em relação à matéria judicializada, julgando prejudicado o pedido liminar. Determinou-se, ainda, fossem oficiados as autoridades requeridas, a fim de apurar eventual infração disciplinar (DEC57, evento 5).

Os requeridos prestaram informações, pleiteando o arquivamento do presente procedimento (evento 22).

Em 29.9.2011, a Ministra Corregedora encaminha o procedimento à Secretaria de Controle Interno deste Conselho, para emissão de parecer técnico quanto à regularidade do contrato administrativo

firmado entre o requerente e o TRT da 5ª Região, bem como quanto à condenação da licitante em pena disciplinar administrativa (DESP132, evento 26).

Em resposta, a Secretaria de Controle Interno emite nota técnica com as seguintes conclusões (INF134, evento 29):

100. A Construtora NM tornou-se vencedora do Certame orçando estaca do tipo tubulão sob o nome "estaca tipo hélice" na planilha de preços. Essa solução mais barata foi proposta em conformidade com o projeto apresentado no Edital e a determinação da Comissão de Licitação. Dessa forma a Administração tinha conhecimento do fato. A menção na planilha estimativa como sendo estaca tipo hélice continua parece-nos não autorizar a exigência de sua execução. Muito menos cria a possibilidade de alternativa de preços na proposta.

101. O projeto de fundação tipo estaca é inadequado para o terreno destinado à obra, conforme a conclusão de dois especialistas e manifestação do CREA. Essa impropriedade é reconhecida pelo próprio autor do projeto ao anuir com as modificações propostas pela licitante no segundo Certame.

102. De acordo com a documentação analisada, a paralisação da obra ocorreu por falta de projeto adequado. Condiz com a cautela da empreiteira em executar a obra dentro dos padrões de segurança e estabilidade ditados pelas normas técnicas. A mudança de projeto que parece era necessária, leva a conseqüente alteração do preço.

103. A atitude da Contratada em paralisar a obra e pleitear ajustamento de preços para o projeto exequível parece, portanto, coerente.

104. Por outro lado o Departamento de Obras decidiu punir a empresa com respaldo na opinião do autor do projeto que defendia a exequibilidade do projeto de tubulão. E, ainda, por entender que o preço de qualquer das soluções estava contemplado na planilha.

105. Infere-se que advertência e multa aplicadas à Construtora NM LTDA. tiveram por base simplesmente o posicionamento do autor do projeto que indicou ser correta a solução de estaca tipo tubulão malgrado a indicação em contrário de profissionais conceituados e do próprio CREA-BA.

106. Ao que tudo indica, esses pareceres técnicos, inclusive do Conselho da categoria, não foram considerados pela Administração na decisão de penalização da empresa. Assim, o processo decisório reafirmado em sede de recurso administrativo parece não ter seguido os trâmites mais seguros.

107. A conduta dos Senhores Maxwell Mascarenhas dos Anjos e Edivaldo Lopes Santana pode ser explicada em parte pela boa-fé e confiança no autor do projeto. Entretanto deviam ter buscado respaldo em decisão do Conselho de Engenharia e Arquitetura da Bahia. Haja vista a discordância de vários profissionais quanto às condições de execução do projeto.

Espontaneamente, os requeridos apresentaram defesa contra o entendimento utilizado no parecer técnico da Secretaria de Controle Interno deste Conselho, juntando documentação (eventos 36-38).

No Parecer nº 191 (evento 47), a Corregedoria Nacional se manifestou afirmando que, até aquele momento, inexistiam elementos que indicassem a falta disciplinar por parte dos gestores do TRT5, entendendo, entretanto, que, a partir da análise técnica desenvolvida pela SCI do CNJ, dever-se-ia questionar sobre a legalidade de determinados atos administrativos praticados por esses gestores do Tribunal durante a condução dos referidos contratos administrativos e licitações. Tendo em vista essa verificação, opinou que fosse o presente procedimento reautuado e distribuído para os Conselheiros.

Reautuado o presente feito com Procedimento de Controle Administrativo, foi solicitado ao TRT5 que enviasse cópia integral e atualizada do Mandado de Segurança nº 644-31.2010.5.05.0000; e, ao Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, cópia integral e atualizada do processo nº 8912-29.2011.4.01.3300.

Em atendimento ao determinado, a Desembargadora Vânia Chaves, presidente do TRT da 5ª Região, encaminhou cópia do Mandado de Segurança nº 644-31.2010.5.05.0000 (**Evento 63**).

A Desembargadora Ana Lúcia Bezerra Silva interpôs petição informando sobre a decisão do Tribunal de Contas da União, no processo nº 034.846/2011-5 (**Evento 65**).

A Juíza Federal Titular da 8ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, encaminhou cópia integral da Ação Ordinária n. 8912-29.2011.4.01.3300 (**Evento 80**), conforme determinado pelo **DESP194**.

É, em síntese, o relatório.

DECIDO:

O cerne da questão gira em torno das supostas irregularidades técnicas do Edital do Pregão Presencial nº 051/09, que visava à contratação de serviços de terraplanagem e contenções para implantação da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, sito na Bahia.

É que o citado edital, no item 4.1.4 do Termo de Referência, assim aduz:

4.1.4: REALIZAÇÕES DAS ESTACAS (TUBULÕES)

As estacas ou tubulões poderão ser executadas segundo procedimentos mecânicos ou manualmente.

Procedimento de Controle Administrativo nº 0003565-16.2011.2.00.0000

Quanto à tolerância, serão, de acordo com a NB-51/86 (NBR-6122).

Excentricidade: 10% do diâmetro do fuste;

Desaprumo: 1%. (grifos nossos)

(...).

Segundo consta dos autos, a discussão é eminentemente técnica. Em virtude da característica do solo que suportaria a primeira parte da execução da obra, a empresa contratada pelo TRT da 5ª Região, para elaboração do projeto básico, previu a possibilidade de ser realizada por meio de *tubulões* ou de *hélice contínua*.

A Construtora NM, vencedora do certame, orçou sua proposta levando-se em conta a realização da obra pela locação de estacas por meio da técnica de *tubulões*. No início da execução da obra, a Construtora NM, constatando que a obra só poderia ser executada pela técnica de *hélice contínua*, pediu o aditamento do valor contratado, tendo em vista a necessidade de utilização de materiais de melhor qualidade. Pedido este que foi prontamente negado pela administração do TRT da 5ª Região, utilizando como argumento central a impossibilidade de alteração da proposta da contratada.

Em virtude da não execução da obra pela escolha da técnica errada, a administração do citado Tribunal aplicou à empresa multa e a penalidade prevista no art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666/93, de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação.

Por seu turno, diante de tal fato, a requerente recorreu ao próprio TRT da 5ª Região, por meio de mandado de segurança, onde todas as questões trazidas a este Conselho ali também foram levadas, pelo Mandado de Segurança Nº 0000644-31.2010.5.05.0000. Na oportunidade, o Desembargador Renato Mário Simões, relator do caso, indeferiu liminarmente a inicial da construtora e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito da ação mandamental (**DOC52, fls. 4**), que foi confirmada pelo Órgão Especial, por meio de julgamento de Agravo Regimental (**DOC53, fls. 39**).

Após a intimação para o pagamento da multa resultante da inexecução do referido contrato, a Construtora pleiteou, simultaneamente, perante o TRF da 1ª Região, o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça, a desconstituição da multa, alegando, pelo menos ao que tange ao CNJ, possíveis irregularidades nas condutas de Ana Lúcia Bezerra Silva, a então Presidente do Tribunal do TRT da 5ª Região, de Edivaldo Lopes Santana, Diretor Geral do TRT da 5ª Região, e

de Maxwell Mascarenhas, Diretor da Secretaria de Assessoramento Administrativo da Presidência do TRT da 5ª Região, na condução do citado certame.

Em sua irresignação, perante os três órgãos, a requerente pede a desconstituição da multa argumentando a não observância do devido processo legal e prejuízo ao erário. Ademais, sustenta irregularidades no Pregão Eletrônico nº 60/2010, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para os serviços de contenção para a implementação da sede do TRT 5ª Região, que foi o certame posterior ao que ela tinha se sagrado vencedora, não mais existente em virtude da inexecução por parte da requerente.

Pois bem. No processo **TC 034.846/2011-5**, o Tribunal de Contas da União, apesar de arquivar a representação da requerente, com base no art. 169, inc. IV, do Regimento Interno do TCU, tratou de todas as questões técnicas atinentes ao Pregão Presencial nº 51/2009, que teve como vencedora a recorrente, e ao Pregão Eletrônico nº 60/2010, que teve como vencedora a empresa Tecnosonda S.A (**DOC242**).

Com efeito, o TCU assim se manifestou:

(...)

24. Importa salientar que a Construtora NM firmou o contrato com o TRT/5ªR ciente das condições do solo, das especificações técnicas contidas no projeto e dos preços apresentados no orçamento base. Portanto, celebrou a avença conhecendo o serviço que teria de executar e as condições envolvidas, assumindo os riscos inerentes à obra. No contrato firmado pela empreiteira com o TRT/5ªR, constou como uma de suas obrigações "garantir a perfeita execução dos serviços e obras contratados de acordo com o projeto, especificações, normas técnicas e demais instruções emanadas da fiscalização" (peça 7, p. 12).

25. De fato, as plantas de fundação apresentaram a solução em tubulões (peça 8), contudo, depreende-se das manifestações do TRT/5ªR, contidas nos autos, que seus técnicos acreditavam ser possível a construção de estacas hélice com os projetos disponíveis, fato agora contraposto pela empreiteira NM.

26. A controvérsia recai em aspecto estritamente técnico, quanto à qualidade e adequação do projeto. Na representação formulada, a Construtora relatou que levou o tema inclusive a conhecimento do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da Bahia - Crea/BA, no qual foi objeto do processo n. 2010.03900.

Assim sendo, no caso concreto, não é viável aos técnicos desta Corte emitir um julgamento definitivo sobre a adequabilidade de um projeto de engenharia assinado por um responsável técnico, muito menos em sede de cognição sumária como exige a avaliação de medida cautelar. Esse tema é de responsabilidade do respectivo Conselho Regional, que já está tratando da questão.

27. Verifica-se, ainda, que os gestores do TRT/5ªR tomaram suas decisões embasadas em um projeto que supostamente estaria correto, já que foi elaborado por um profissional, a princípio, capacitado para isso. Sendo assim, não se verifica justificativa para aplicar-lhes as multas previstas nos art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. (TC 034-846/2011-5. Acórdão nº 1102/2012 – TCU- 2ª Câmara. Relatoria Ministro André Luiz de Carvalho)

Em relação ao processo que tramita perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia (proc. Ação Ordinária nº 8912-29.2011.4.01.3300 documentos constantes do evento 80), o pedido liminar da petição inicial da requerente foi indeferido pela Juíza Federal titular da Vara (DOC247, fls. 1-9).

Contudo, em sede de julgamento de agravo de instrumento, o Desembargador Federal Fagundes de Deus deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar a suspensão de todas as penalidades aplicadas à Construtora NM no bojo do Processo Administrativo n. 09.53.09.0180-35/TRT da 5ª Região, até ulterior deliberação (DOC242, 10-13).

Assim, analisando atentamente a petição inicial constante no DOC256, fls. 2 a 33, verifica-se que parte do objeto posto a exame deste Conselho está jurisdicionalizada. A matéria eminentemente técnica e o procedimento administrativo adotado pelo TRT da 5ª região nos supracitados pregões eletrônicos se repetem aqui e no processo perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

Assim, em relação à parte da matéria, reputo integralmente jurisdicionalizada, não cabendo a este Conselho se imiscuir na discussão, em vista da maior cognição que a área jurisdicional possibilita, bem como para evitar decisões conflitantes no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse sentido é a jurisprudência remansosa deste Conselho, cujo acórdão destaco:

Pedido de Providências. Identidade de partes, objeto e causa de pedir.

Questão jurisdicionalizada. Não-conhecimento. – “I) Em se tratando
Procedimento de Controle Administrativo nº 0003565-16.2011.2.00.0000

de matéria idêntica, bem como haver Reclamação Constitucional (Rcl. 4739) pendente de análise no STF, a qual impugna os mesmos fundamentos já analisados pelo CNJ em caso anterior, não há como conhecer do pleito. II) Pedido de Providências a que não se conhece” (CNJ – PP 6120 – Rel. Cons. Jorge Antônio Maurique – 49ª Sessão – j. 09.10.2007 – DJU 25.10.2007).

Sem embargo, o objeto do processo perante o CNJ é maior. É que a requerente alega possíveis irregularidades na conduta de Ana Lúcia Bezerra Silva, a então Presidente do Tribunal do TRT da 5ª Região, de Edivaldo Lopes Santana, Diretor Geral do TRT da 5ª Região, e de Maxwell Mascarenhas, Diretor da Secretaria de Assessoramento Administrativo da Presidência do TRT da 5ª Região, na condução do Pregão Presencial nº 51/2009 e do Pregão Eletrônico nº 60/2010, e a eminente Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon (**PARE 191, Evento 47**), com base no entendimento da Secretaria de Controle Interno do CNJ (**INF 134, Evento 29**), visualizou possíveis indícios de má conduta dos requeridos, que pudessem desembocar em responsabilidade das condutas, após a nulidade dos atos que estão sob exame da Justiça Federal.

Contudo, entendo que não há impedimento para desde já apreciarmos as condutas dos administradores. É possível, pelo que consta nos autos deste processo e nos autos do processo que tramita perante a Justiça Federal, ver que a matéria de fundo é de ordem eminentemente procedimental, não se visualizando qualquer falha na conduta dos administradores, vez que reputo delimitada à área da ciência da engenharia civil, fora do alcance integral dos administradores citados.

Na presente contenda, se houve erros na execução do contrato administrativo em exame, estes não aconteceram por dolo dos administradores, nem por culpa, pois seus atos foram respaldados por pronunciamentos técnicos. Senão vejamos.

Todas as decisões no âmbito do Processo Administrativo nº 09.53.09.0180-35/TRT da 5ª Região, que abriga o Pregão Presencial nº 51/2009, foram tomadas com base em parecer técnico da empresa Instituto Brasileiro de Tecnologia do Habitat (IHBT), contratada para elaboração do Projeto Básico. Seria ilógico que a Administração Pública contratasse uma empresa para a elaboração de um projeto básico para a consecução de uma obra, que foge aprofundadamente à compreensão técnica dos administradores (pois, caso contrário, por óbvio, não seria preciso essa contratação), e, diante de um questionamento técnico, não acatasse o parecer dessa empresa sem as justificativas também de ordem técnica.

Ademais, a viabilidade técnica da realização das obras, nos moldes das especificações contidas no Termo de Referência, que integra o Pregão Presencial nº 51/2009 do TRT da 5ª Região, foi atestada por uma entidade pública, qual seja, a Fundação Escola Politécnica da Bahia (**DOC38, fls. 11**), o que, a meu ver, dá mais respaldo ainda às decisões tomadas pelos administradores. Assim, nesse caso, eventual irregularidade será da empresa prestadora de serviços técnicos, o que está pendente de análise jurisdicional perante o TRF da 1ª Região.

Verifica-se dos autos que a administração do TRT da 5ª Região foi diligente e seguiu à risca o devido processo legal, oportunizando à recorrente o contraditório e a ampla defesa.

Após o descumprimento do cronograma de execução da obra, mesmo sendo notificada para retomada imediata dos serviços (**DOC 37, fls. 11**), sob pena de multa, a Construtora NM foi, como previa o Edital, intimada da multa. A recorrente apresentou a defesa prévia (**DOC37, fls. 32-40**), que, após a juntada de pareceres atestando a viabilidade técnica, foi analisada pela Secretaria de Assessoramento Jurídico do TRT da 5ª Região (**DOC45, fls. 2-7**) e mantida pela Diretoria-Geral do TRT da 5ª Região (**DOC45 – 12**).

Apresentou recurso administrativo (**DOC46, fl. 17-27**), juntando pareceres técnicos alegando a impossibilidade de execução das obras.

Ato contínuo, a então Presidente do TRT da 5ª Região, Desembargadora Federal Ana Lúcia Bezerra Silva, manteve a decisão aplicada de multa, analisando todos os pontos sensíveis da contenda administrativa, aplicando, corretamente, a sanção prevista na Cláusula Nona, alínea *d*, do contrato firmado entre o TRT da 5ª Região e a empresa Construtora NM (**DOC9, fl. 7; DOC48, fl. 41 a DOC49, fls. 4**).

Veja que, constatada a inexecução do contrato, caberá, obrigatoriamente, à administração, sob pena de conduta passível de responsabilidade do gestor, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93. Tenho que a Desembargadora agiu conforme determina a Lei de Licitações e o *caput* do art. 37, da Constituição, ou seja, consoante a estrita observância do princípio da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório.

Assim, vê-se que a administração do TRT da 5ª Região cumpriu integralmente os termos do instrumento convocatório, conforme prescrição legal do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

(...) Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável **e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.** (grifos nossos)

Não tenho dúvidas que se não fossem aplicadas as penalidades determinadas pela Lei e previstas no edital, deveríamos responsabilizar a conduta da Magistrada. Ademais, seria passível de análise mais acurada da responsabilidade dos gestores, se houvesse eventual aditamento do valor contratado, conforme requerido pela requerente, pois poder-se-ia imputar o desrespeito ao edital e quebra do princípio da isonomia, tendo em vista o fato de uma licitante colocar o valor de sua proposta bem abaixo dos outros licitantes e, após contratada, pedir o aditamento.

Que fique bem claro que não estou dizendo que esse fato aconteceu no presente caso por ação maliciosa da requerente. Mas a Administração Pública tem o dever de seguir o instrumento convocatório para evitar no caso concreto prejuízos à Administração Pública e ao próprio administrado, a depender do caso.

Não prospera também, no presente caso, a alegação de prejuízo ao erário pelo fato de abertura de novo procedimento licitatório. Após a constatação da inadequação dos serviços prestados pela recorrente, a administração do TRT da 5ª Região se viu obrigada a realizar um novo procedimento para a contratação dos serviços necessários para o término da construção da nova sede do órgão. Outrossim, a multa aplicada à requerente tem o condão sancionatória pela inexecução dos serviços conforme contratado, mas também tem o fim de ressarcir os custos do certame.

Assim, para a consecução das obras paralisadas, o mais natural seria a previsão de um novo procedimento licitatório. Cumpre ressaltar que o novo certame foi, teoricamente, mais econômico do ponto de vista operacional, tendo em vista a utilização do pregão eletrônico.

Nesse diapasão, as jurisprudências do Tribunal de Contas da União e do Conselho Nacional de Justiça são harmônicas no sentido de recomendar a utilização do pregão eletrônico nas contratações do Poder Judiciário:

TCU: 18. Considerando que no Acórdão 1.515/2011 – TCU – Plenário consta do relatório que a proposta de recomendar ao CNJ para divulgar aos órgãos do Poder Judiciário a necessidade de apresentar justificativa para adoção do pregão presencial está amparada em acórdãos deste Tribunal que recomendavam ao CNJ a utilização do pregão eletrônico, salvo se houvesse comprovada e justificada inviabilidade (item 9.2 do Acórdão 2.368/2010-Plenário e item 9.5 do Acórdão 2.245/2010-Plenário), entendo pertinente reforçar a recomendação ao CNJ para que somente se utilize do pregão na forma presencial quando restar comprovada sua inviabilidade, justificando no processo administrativo correspondente. (TC – 018.940/2011-0 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo 01.02.2012)

CNJ: Pedido de Providências. Tribunais de Justiça. Recomendação. Utilização preferencial do pregão eletrônico em detrimento do pregão presencial. Procedente. 1) **Por traduzir inequívoca redução de custos, além de meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações, exsurge que o pregão eletrônico constitui modalidade de licitação mais vantajosa para a Administração Pública, desprendido de formalidades processuais e burocráticas, pelo que razoável recomendar aos Tribunais de Justiça a adoção preferencial de tal modalidade para aquisição de bens e serviços comuns, excetuada inviabilidade demonstrada pela autoridade competente.** 2) Observância dos princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, publicidade, competitividade, economicidade e transparência. (CNJ - PP 200910000042612 – Rel. Cons. Morgana de Almeida Richa – 95ª Sessão – j. 24/11/2009 – DJ- e nº 203/2009 em 27/11/2009 p. 17). (g.n.)

Em relação à suposta alegação de flexibilização do objeto da nova licitação, que culminou na contratação de outra empresa, adoto entendimento do Tribunal de Contas da União que assim se pronunciou:

29. (...)Depreende-se dos autos (peça 1, p. 24-26) que o indício de irregularidade não se sustenta, uma vez que as solicitações de alteração foram feitas antes da realização do certame (pregão n. 060/10), ou seja, todas as empresas participantes tomaram conhecimento prévio da possibilidade de redução do diâmetro

da estaca hélice contínua de 60 cm para 55 cm. Desse modo, a redução prevista foi contemplada nas propostas de preços.

30. Quanto ao ponto de vista técnico, verifica-se que o projeto estrutural foi amparado em Anotação de Responsabilidade Técnica (peça 33, p. 7, do TC010.637/2011-7), sendo de sua responsabilidade a manutenção das condições de segurança da obra em questão, no caso de uma alteração do diâmetro da fundação licitada. Não se constatou a autorização sumária desse profissional, contudo, infere-se que o TRT/5ªR apenas repassou aos licitantes informações fornecidas pelo Instituto Habitat (autor do projeto estrutural). A representante alegou ainda que 'se fosse esse o projeto entregue à Construtora NM, a mesma já teria feito a obra do TRT por um preço 23% mais baixo que o cobrado pela Tecnosonda' (grifos constam no original). Tal afirmação não se sustenta diante dos documentos carreados aos autos pela representante. Verifica-se que a requerente elaborou uma comparação direta entre os preços do orçamento vencedor do pregão e seus próprio preços, sendo que eles possuem data-base distintas. O orçamento da NM é de novembro de 2009, já o da Tecnosonda é de dezembro de 2010. A título ilustrativo, constata-se que a variação do INCC nesse interstício (de 11/2009 a 12/2010) foi de 7,8%. Importa lembrar que existem ainda variações pontuais de mercado nos serviços específicos tratados nestes autos.

35. Há ainda que se considerar que o contrato com a NM foi mais amplo, pois contemplava serviços de terraplenagem e contenções, no valor total de R\$ 7.480.000,00 (BDI de 28,89%). O da Tecnosonda abrigava apenas contenções, no valor total de R\$ 2.990.000,00 (BDI de 24,08%). Assim, há possibilidade de haver outros preços elevados no contrato da NM que compensem eventuais preços reduzidos em serviços comuns com o contrato da Tecnosonda.

36. Convém ainda acrescentar que, à época da realização da auditoria de conformidade, objeto do TC 010.637/2011-7, não foram detectados indícios de sobrepreço nos serviços contratados na licitação que teve como vencedora a Tecnosonda (pregão n. 060/10), tendo por base os ditames da Lei 12.309/2010 (LDO/2011). (TC 034-846/2011-5. Acórdão nº 1102/2012 – TCU- 2ª Câmara. Relatoria Ministro André Luiz de Carvalho).

Entendo que tal entendimento não merece reparos por este Conselho, nesta sede estrita de análise das condutas administrativas dos integrantes do Poder Judiciário que integram este processo.

Assim, de acordo com os documentos acostados no processo, não se visualiza qualquer infração funcional da Desembargadora Ana Lúcia Bezerra e Silva e dos servidores Edivaldo Lopes Santana e Maxwell Mascarenhas.

Reputo que não se deve responsabilizar administradores que seguiram os ditames do instrumento convocatório, ainda mais quando a discussão técnica foi controvertida durante todo o procedimento licitatório, com técnicos dizendo ser possível a execução e outros, por parte da requerente, dizendo não ser possível. Mesmo que tivessem, o conhecimento técnico suficiente do objeto da contratação, ainda assim faltar-lhes-iam o requisito subjetivo do dolo ou culpa para a eventuais irregularidades. A propósito, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO IRREGULAR. HOMOLOGAÇÃO. DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA.

1. O Tribunal de origem constatou a irregularidade da licitação, por não ter sido observada a publicidade do edital, e enquadrou a conduta do recorrente no art. 10 da Lei 8.429/1992, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

2. De acordo com a premissa fática do acórdão recorrido, o edital da licitação foi publicado no Diário Oficial, tendo faltado divulgação em jornal de grande circulação. Tal omissão não foi imputada ao recorrente, então prefeito, que apenas homologou o procedimento licitatório.

3. A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 – que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente – e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

4. Na hipótese, os fatos considerados pelo Tribunal a quo podem denotar somente negligência do recorrente por ter homologado a licitação, porém não se constatou dano concreto, tanto que não houve condenação ao ressarcimento. Nesse contexto, mostra-se equivocada a aplicação do art. 10 da Lei 8.429/1992.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 414.697/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 16/09/2010) (grifos nossos)

Ademais, a questão de fundo é tão controvertida que as manifestações do TCU e do CNJ se divergem em suas análises do presente caso.

De uma vez por todas, não vejo qualquer mácula nas condutas dos requeridos, mesmo diante da invalidação dos atos pela Justiça Federal, tendo em vista que não concorreram com dolo ou culpa para a invalidade daqueles.

Contudo, sem prejuízo das constatações até agora efetivadas, recomenda-se a todos os órgãos do Poder Judiciário a estrita observância aos preceitos da Resolução nº 114, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre planejamento, execução e monitoramento de obras no Poder Judiciário, com o fito de minimizar erros na condução de todo o processo licitatório para a consecução de obras.

Já em relação à modalidade de licitação, recomenda-se, na esteira do já decidido no Pedido de Providências 2009.1.000004261-2, da Relatoria da Conselheira Morgana de Almeida Richa, a utilização preferencial do pregão eletrônico em face do pregão presencial nas contratações do Poder Judiciário, salvo justificativa em contrário.

Diante de todo o exposto:

a) conheço parcialmente do presente procedimento de controle administrativo e nesta parte o **julgo improcedente**, para afastar qualquer ilicitude funcional na conduta dos requeridos nos procedimentos licitatórios para a contratação de serviços para a construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, sem prejuízo do processo judicial perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia (proc. nº 8912-29.2011.4.01.3300) quanto à análise das questões procedimentais e técnicas dos certames;

b) determino remessa de cópia do parecer da Secretaria do Controle Interno do Conselho Nacional de Justiça (**INF 134, Evento 29**) e a do Acórdão do TCU no processo TC 034-846/2011-5 (**DOC 424, Evento 65**), juntamente com cópia desta decisão, para a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, com fim de serem juntadas ao processo nº 8912-29.2011.4.01.3300;

c) recomendo a todos os órgãos do Poder Judiciário que observem estritamente os termos da Resolução nº 114, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre planejamento, execução e monitoramento de obras no Poder Judiciário; e

d) recomendo, igualmente, a todos os órgãos do Poder Judiciário que prefiram o pregão eletrônico em detrimento do pregão presencial.

Brasília, 11 de maio de 2012.

JEFFERSON LUÍS KRAVCHYCHYN
Conselheiro