

**Voto nº 562/2018**

**Interessados:** GEO-RIO - Fundação Instituto de Geotécnica do Município do Rio de Janeiro e Consórcio Contemat-Concrejato.

**Natureza:** 2º Termo Aditivo (Modificação de quantidades sem alteração de valor)

**Apensos:** Processos 40/1765/2015 (3º Termo Aditivo), 40/2714/2015 (4º Termo Aditivo), 40/5135/2015 (5º Termo Aditivo), 40/5451/2015 (6º Termo Aditivo), 40/6194/2015 (7º Termo Aditivo) e 40/0276/2016 (8º Termo Aditivo)

**SUMÁRIO:** DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI DE LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO. FALTA DE CUIDADO MÍNIMO. ERRO GROSSEIRO. CULPA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA GRAVES. CONCRETO ARMADO LICITADO. CONCRETO PROTENDIDO EXECUTADO. DESCUMPRIMENTO DA REGRA DA COMPETITIVIDADE. NÃO VINCULAÇÃO AO EDITAL. DANO AO ERÁRIO. ILEGALIDADE GRAVE. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CITAÇÃO. AUDIÊNCIA.

**RELATÓRIO**

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em 14/03/2018, em decorrência do que dispõe o §5º do art. 99 da Deliberação TCMRJ nº 183/2011, o presente processo foi assumido pelo GCS-7 e, a partir dessa data, passou a ser de minha relatoria.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

Trata-se da análise conjunta do 2º Termo Aditivo nº 36/2014, 3º Termo Aditivo nº 10/2015, 4º Termo Aditivo nº 20/2015, 5º Termo Aditivo nº 46/2015, 6º Termo Aditivo nº 57/2015, 7º Termo Aditivo nº 59/2015 e 8º Termo Aditivo nº 02/2016 ao Contrato nº 007/2014, celebrados entre a GEO-RIO - Fundação Instituto de Geotécnica do Município do Rio de Janeiro e o Consórcio Contemat-Concrejato. O referido contrato tinha por objeto a implantação de ciclovia adjacente à Avenida Niemeyer interligando os bairros de São Conrado e Leblon. A última decisão proferida pelo Plenário desta Corte nos autos do processo 040/00378/2015 ocorreu na Sessão Plenária de 29/09/2016, nos termos de voto lavrado pelo Exmo Sr. Conselheiro Luiz Antonio Chrispim Guaraná, e foi no sentido de manter a diligência anterior para que a GEO-RIO: fornecesse planilha de modo a consolidar os itens de serviço assemelhados do contrato, conforme itens 2.2, 6.4 e 10.2 da instrução de fls.54/64; justificasse a alteração de responsável técnico e demonstrasse o atendimento ao preconizado no Parágrafo Primeiro da Cláusula Sétima do contrato (item 8.2 da instrução); e apurasse a responsabilidade quanto ao descumprimento do princípio da competitividade conforme o questionamento analisado no item 2.1 da instrução.

A Jurisdicionada, em resposta à diligência, encaminhou documentação encartada às fls. 87/97. Os argumentos aduzidos concernentes ao primeiro e segundo itens, acima apontados, foram considerados satisfatórios por ocasião da análise pela 2ª IGE. Já a questão referente à apuração de responsabilidade pela violação ao princípio da competitividade no certame licitatório foi considerada não atendida pelo Corpo Técnico. Com base em tal cenário, a nova instrução reiterou a sugestão pela apuração de responsabilidade acrescentando, ainda, a solicitação para que a GEO-RIO encaminhasse cópia de laudo emitido pelo CREA-RJ sobre as condições de segurança da ciclovia e apresentasse plano de ação para sua reabertura.

Instada a se manifestar, a Secretaria Geral de Controle Externo – SGCE concordou com a manifestação da 2ª IGE e encaminhou os autos para pronunciamento da douta Procuradoria Especial. O Parecer proferido pelo i. Procurador Carlos Henrique Amorim Costa, às fls. 112/113, acompanhou o posicionamento do Corpo Técnico quanto à Diligência proposta, bem como opinou pela Audiência do Sr. Márcio José Mendonça Machado, presidente da GEO-RIO à época dos fatos.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

É necessário consignar que, consoante o evidenciado pela Especializada, o descumprimento ao princípio da competitividade teve origem na modificação da metodologia executiva da estrutura da ciclovía por meio da redução substancial (91,38%) do serviço de “Estruturas Metálicas” e correspondente inserção de serviço diverso, qual seja, “Concreto protendido pré-fabricado”. Essa substituição teria descaracterizado o rol de parcelas de maior relevância técnica constante do Edital, maculando o já citado princípio-regra.

De modo sucinto, a justificativa fornecida pela Fiscalização do contrato sob exame informa que a alteração da metodologia construtiva foi ensejada por imposição da CET-RIO, que impediu a interdição, total ou parcial, da Avenida Niemeyer em período diurno, obrigando a GEO-RIO a buscar alternativas técnicas para ampliar a produtividade e adequar-se às novas condições de trabalho.

Por seu turno, a 2ª IGE defende, de maneira peremptória, que, tendo em vista a importância da Avenida Niemeyer para o tráfego de veículos na Cidade do Rio de Janeiro, a consulta à CET-RIO deveria ter sido realizada quando da elaboração do Projeto Básico e, ipso facto, não pode ser caracterizada como fato superveniente ao Edital.

É o Relatório.

### VOTO

Preliminarmente, de modo a permitir uma melhor compreensão dos aspectos fáticos envolvidos, reputa-se adequado, no presente momento, regressar ao processo nº 40/2452/2013, que tinha por objeto, justamente, o Edital de Concorrência referente à obra em comento. A partir do exame em conjunto do histórico de ocorrências, será possível apreciar as alegações trazidas pela Jurisdicionada em resposta aos questionamentos do Corpo Técnico.

Da análise daqueles autos, constata-se que a metodologia construtiva da ciclovía contemplava, de maneira incipiente, uma plataforma de concreto (piso), sobre vigas metálicas, apoiadas em pilares, também de concreto, moldados *in loco*. Nesse contexto, conforme publicação no D.O.Rio de 10/01/2014, a GEO-RIO definiu os serviços considerados de maior relevância técnica a serem inseridos no item 4.02 do Edital:

Perfuração rotativa em rocha sã, Instalação e protensão de tirantes de aço, Escavação de rocha sã com equipamento de ar comprimido, e **Estrutura metálica para ponte, viadutos ou passarelas.** (grifo nosso)

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

Cumpre salientar que a especificação das parcelas de maior relevância tem por objetivo a comprovação de experiência anterior, pelos licitantes, nos serviços considerados mais significativos para determinado empreendimento, ou seja, **a fixação da parcela de maior relevância técnica é determinante para a competitividade do Certame**. É pedra angular de um Edital. As exigências descritas nestas parcelas devem estar focadas na capacidade de execução das empresas, **limitando a competitividade somente quando INDISPENSÁVEL à execução da obra**, conforme o estabelecido no art. 37, inciso XXI, *in fine*, da CRFB<sup>1</sup> e no art. 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93<sup>2</sup>.

**Somente após a efetivação do contrato**, houve a negativa, por parte da CET-RIO, quanto à interdição da Avenida Niemeyer no período diurno. A GEO-RIO alega que essa imposição acarretou a redução na carga horária disponível de trabalho e, por isso, foi obrigada a buscar soluções alternativas, atinentes à logística, metodologia executiva e conceito estrutural, de modo a incrementar a produtividade e compensar a deficiência surgida. Nesse sentido, houve alteração no projeto original – parte integrante do Edital licitado – que resultou na execução da estrutura da ciclovia **utilizando-se o concreto protendido em peças pré-fabricadas, em detrimento do emprego das estruturas metálicas originalmente previstas**

---

<sup>1</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

<sup>2</sup> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

[...]

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

no Edital, em desconformidade com o estabelecido para o Certame e em clara violação à competitividade.

Com a substituição da modalidade estrutural que havia sido licitada, o **Corpo Técnico** desta Corte de Contas apontou, quando da análise do 3º Termo Aditivo ao contrato (datada de 12/08/2015), o distanciamento entre a solução adotada (concreto pretendido, para o qual não havia sequer previsão e passou a ter relevância máxima na planilha orçamentária com 18,41% do total da obra), e o item mais importante (Estruturas Metálicas) dentre aqueles integrantes do rol de parcelas de maior relevância, admitidas por ocasião da licitação, que, de 27,17% previstos, passou a representar apenas 1,87% do valor da obra. A alteração percentual deste item, com relação ao valor da obra, mostra que, além de ser um item que determinou (restringiu) a competição à época da seleção, era item importante também do ponto de vista orçamentário.

No que tange a esta constatação, é importante registrar que a GEO-RIO, em todas as diligências pregressas, quando questionada acerca de eventual ofensa ao Princípio da Competitividade, norteador do procedimento licitatório, apresentou respostas que buscaram amparo em aspectos ligados à superveniência e à “suposta” imprevisibilidade da proibição da interdição da Avenida Niemeyer, e que se mostram frágeis e contraditórios conforme análise a seguir.

Faz-se necessário, portanto, até mesmo pelo disposto no art. 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, enfrentar os principais argumentos aduzidos pela Jurisdicionada de modo a apreciá-los individualmente.

## **1 – Planejamento e Histórico das Intervenções**

A GEO-RIO alega ter elaborado seu planejamento com base no histórico de intervenções já executadas na Avenida Niemeyer e que a decisão da CET-RIO estaria fora de seu domínio, conforme trecho transcrito a seguir:

[...]

---

<sup>3</sup>Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

[...]

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

Essa premissa foi corroborada pelo histórico de dezenas de intervenções que a GEO-RIO já executou na Av. Niemeyer decorrentes de deslizamentos, quedas de blocos e situações de instabilidade na encosta, sem que a obrigatoriedade do trabalho noturno fosse imposta pelo órgão de trânsito.

[...]

Essa afirmação carece de assertividade tendo em vista que tais intervenções possuem caráter pontual e, por isso, **demandariam poucos dias para sua execução, configurando uma circunstância muito distinta daquela ora em apreço, que é a de uma obra complexa e com prazo inicial de 360 dias. Ou seja, a intervenção diurna duraria pelo menos um ano.**

Não é razoável pensar em uma intervenção com duração mínima de um ano em uma importante avenida de uma grande cidade sem qualquer coordenação com o órgão ou entidade responsável pelo trânsito. **Não é uma conduta de diligência mínima exigida e esperada de um gestor público pensar em uma intervenção em ruas ou avenidas de qualquer grande cidade por período superior a um ano sem a necessária e indispensável coordenação com o órgão ou entidade responsável pelo trânsito.** Seria uma conduta claramente imprudente e/ou negligente desprovida do cuidado mínimo que se espera de um agente público atuando no tecido social.

## **2 – Previsibilidade das Intervenções**

A GEO-RIO argumenta que, em seu planejamento inicial, não havia previsão para a execução simultânea com as obras de duplicação do Elevado do Joá, e que contingências ocorridas na fase licitatória acarretaram tal problema. Esses aspectos teriam sido determinantes para a proibição da interdição diurna da Av. Niemeyer, imposta pela CET-RIO.

[...]

Vale ainda acrescentar que no planejamento da obra **não se previa sua realização concomitantemente com a duplicação do Joá**, porém, contingências nas licitações de ambas acabaram por coincidir as execuções no mesmo período, fato que contribuiu decisivamente para o órgão de trânsito não permitir o uso da via em período diurno. (grifo nosso)

[...]

A obra da ciclovia e da duplicação Elevado do Joá são oriundas das concorrências CO-02 (processo nº 40/2452/2013) e CO-04 (processo nº 40/2815/2013) respectivamente. As datas iniciais de abertura das propostas estavam previstas para **19/06/2013 e 03/07/2013**, conforme respectivos Editais. **Considerando que ambas as obras eram da mesma Jurisdicionada, qual seja, a própria GEO-RIO, e que o interregno temporal entre as**

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

licitações era, originalmente, de apenas 14 dias, não há que se falar em imprevisibilidade da concomitância das intervenções. **Mais que previsível, havia a certeza de que as obras iriam ocorrer de maneira simultânea**, pelo que se depreende das datas de abertura das propostas.

No que tange ao argumento trazido aos autos pela Jurisdicionada que alega ter havido “contingências nas licitações”, cumpre destacar o desempenho desta Corte por ocasião da análise dos Editais de Concorrência, principalmente no que se refere ao disposto no art. 6º, IX, da Lei Federal nº 8.666/93<sup>4</sup>. Especificamente no que concerne à obra da ciclovia, é possível constatar que o projeto básico inicialmente elaborado pela Jurisdicionada **era demasiado superficial, sendo composto, em grande parte, apenas por fotos aéreas, com uma linha marcando o seu traçado, e pequenos desenhos esquemáticos com alguns perfis da estrutura prevista**. Desse modo, houve a imperiosa necessidade de se buscar uma qualificação mínima nesse projeto, no intento de possibilitar a ocorrência do certame, o que foi alcançado após 3 diligências exigidas por este Tribunal, ficando patente a evolução entre as versões do projeto, inicial e licitado. Ressalta-se que a GEO-RIO chegou a demandar 4 meses na resposta de apenas uma das diligências. Lembro que a atuação das Cortes de Contas se restringe à economicidade dos projetos e da obra, não adentrando nas questões referentes à

---

<sup>4</sup>Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

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;

[...]

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

viabilidade técnica.

Lembro, ainda, que a atuação desta Corte visa a evitar danos irreparáveis decorrentes de Editais ilegais e irregulares. Somente a título de exemplo, cumpre salientar que a ação deste Tribunal, **em cerca de 5 anos, reduziu os custos das obras a serem licitadas em quase R\$ 1 bilhão.**

**É cediço que a execução da ciclovia se trata de uma obra que apresentava diversos desafios operacionais e aspectos inéditos, consoante argumento da própria Jurisdicionada.** Exatamente por esses motivos é que a GEO-RIO deveria ter envidado todos os esforços na elaboração do projeto básico com o fito de minimizar as chances de problemas futuros.

Em adição, tendo o conhecimento de que a Cidade do Rio de Janeiro iria sofrer inúmeras intervenções devido à realização dos Jogos Olímpicos, inclusive a já citada obra de duplicação do Elevado do Joá, **não há justificativa plausível para que a CET-RIO, órgão integrante da mesma administração municipal, não tenha sido consultada previamente à elaboração do projeto básico.** Não é razoável que a previsão de obras no seio da 2ª maior metrópole do país não leve em consideração os possíveis problemas de trânsito. **Menos razoável, ainda, foi não consultar a CET-RIO - entidade responsável por coordenar e controlar a circulação de veículos - para planejar a obra, com duração prevista de 1 ano e com reflexos diretos em importante via de tráfego.**

Não há, portanto, como acolher a fundamentação da Jurisdicionada no que se refere à superveniência de fatos impeditivos e supostamente imprevisíveis à realização da obra no período diurno, visto que, claramente, não houve a diligência mínima exigida de um gestor. Reitera-se que, na verdade, a conduta constatada poderia ser configurada como erro grosseiro e inescusável, além de culpa grave tendo em vista o resultado da obra.

Ainda quanto à importância da fase de confecção do Projeto Básico, não obstante a atuação desta Corte de Contas no sentido de suscitar a melhoria de qualidade na elaboração dos projetos oriundos da Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, ainda são verificadas situações que carecem de aperfeiçoamentos de modo a se adequarem às disposições legais atinentes à matéria. Nesse sentido, o TCM-RJ fez publicar a Deliberação nº 235/2017, que impõe a observância da orientação técnica IBRAOP – OT IBR 01/2006, pela Administração Pública Municipal, em seus procedimentos licitatórios referentes à execução de obras



MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

públicas. **Importante pontuar que essa deliberação trouxe, tão somente, maior objetividade nos parâmetros a serem seguidos na elaboração dos projetos básicos, devendo ser evidenciado que a ausência desse normativo no período anterior a sua vigência, não eximia as Jurisdicionadas do cumprimento do disposto no já referido art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/93 e em toda a legislação correlata.**

O entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU é inequívoco no sentido da pertinência desses parâmetros legais, como se depreende, por exemplo, da leitura da Súmula nº 261 e do Enunciado decorrente do Acórdão nº 725/2016 da referida Corte de Contas:

SÚMULA Nº 261:

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.** (grifo nosso)

ENUNCIADO – ACÓRDÃO Nº 725/2016

A realização de licitação, a assinatura de contrato e o início de obras com adoção de projeto básico deficiente, sem os elementos exigidos em lei, por si só caracteriza irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis.

### **3 - Violação ao art. 37, XXI, *in fine*, da CRFB**

A GEO-RIO afirma que, como não houve a exclusão total do serviço de estrutura metálica, não teria havido o descumprimento ao Princípio da Competitividade.

[...]

Embora tenha ocorrido uma redução, mas não uma exclusão, na estrutura metálica, entendemos que não foi descumprida a legislação pertinente ao assunto em questão.

[...]

A afirmação da Jurisdicionada somente lograria êxito caso o serviço remanescente de estruturas metálicas mantivesse a relevância técnica que fundamentou a restrição à competitividade quando da ocorrência do Certame. Não é o que se verifica. **Os itens referentes ao serviço de Estruturas Metálicas tiveram sua representatividade reduzida, de 27,1% no Edital licitado, para apenas 1,8% relativos ao orçamento efetivamente executado.** Quanto ao enfoque executivo, ao pesquisar o material resultante das visitas técnicas efetuadas pelos Auditores de Controle Externo da 2ª Inspeção desta Corte, em

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

processo específico, é possível perceber que as estruturas metálicas construídas são de pequeno porte e sem complexidade técnica, o que vai no sentido diametralmente oposto ao definido no Edital (que fixou que as estruturas metálicas eram parcelas da maior relevância técnica exigindo dos licitantes experiência anterior com a referida estrutura).

Não se pode olvidar que o art. 37, XXI da CRFB/88 dispõe que o processo licitatório deve garantir a isonomia e a igualdade de condições a todos os concorrentes, **somente sendo permitidas exigências de qualificação técnica INDISPENSÁVEIS à garantia do cumprimento das obrigações**. Isto posto, depreende-se que, caso a licitação fosse ocorrer nos dias de hoje, considerando a estrutura da ciclovia efetivamente executada, o serviço de Estruturas Metálicas não deveria estar contemplado no rol de parcelas de maior relevância técnica, isto é, **a comprovação de experiência prévia nesse serviço não seria indispensável para a execução do objeto**. Constata-se, portanto, que o fato de o Edital ter exigido tal qualificação técnica para participação no Certame, **conferiu a ele restrição DISPENSÁVEL e DESNECESSÁRIA, tendo em vista a obra ter sido executada por outra solução**.

Nesse diapasão, fica demonstrado que **a licitação ora em comento teve a participação de empresas restringida** àquelas com experiência em estruturas metálicas, em detrimento de todas as outras que poderiam ter comprovado *expertise* em estruturas de concreto protendido e pré-moldado, serviço este que foi o efetivamente realizado. Em suma, as modificações mencionadas teriam alterado a formulação das propostas, não somente em seu conteúdo, mas também, no universo de eventuais empresas participantes.

Não se pode admitir um raciocínio simplista de que a alteração do tipo estrutural não modificou o objeto do Edital. **Por certo, continuou sendo uma ciclovia, mas jamais poderá ser considerado o mesmo objeto licitado**. Conforme ensinamento do renomado autor Marçal Justen Filho, “[...], como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia”<sup>5</sup>.

Entendimento análogo possui o Tribunal de Contas da União, como se percebe na reprodução de trecho do Acórdão TCU nº 1428/2003, *in verbis*:

[...]

---

<sup>5</sup> FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., p.495.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

10. Não se alegue que não houve alteração do projeto básico, mas apenas o seu detalhamento no projeto executivo, pois, apesar de reconhecer que este possa fazer algumas correções naquele, não pode alterá-lo de modo a se constituir objeto completamente distinto do inicialmente licitado. **Alterações significativas, antes de iniciada a obra exige a realização de novo procedimento licitatório e não assinatura de termo aditivo.** (grifo nosso)  
[...]

Da cognição do trecho acima, nota-se a conduta que seria esperada dos gestores do contrato ao se depararem com o cenário apresentado. Esse entendimento é reforçado pelo princípio-regra consignado no art. 3º e no art. 41 da Lei nº 8.666/93<sup>6</sup>, qual seja, o da **vinculação ao instrumento convocatório**. Em apertada síntese, tal princípio aduz que as regras do certame, estabelecidas no respectivo Edital, **devem ser fielmente observadas em seus exatos termos, vinculando a Administração e seus administrados. No momento em que se permite a realização da obra em condições diferentes daquelas pactuadas e exigidas no ato convocatório, configura-se evidente burla à citada regra.**

Alterações contratuais, qualitativas ou quantitativas, que extrapolem os limites da legislação pertinente só devem ser admitidas em hipóteses excepcionalíssimas, desde que observados os Princípios da Finalidade, da Razoabilidade e da Proporcionalidade. O Plenário do Tribunal de Contas da União firmou juízo, consubstanciado na Decisão nº 215/1999, quanto aos pressupostos que devem ser satisfeitos, **de maneira cumulativa**, para que a Administração possa proceder a tais modificações:

[...]

- I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
- III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;**
- IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

---

<sup>6</sup> 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.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; (grifo nosso)

[...]

Consigne-se que, no presente caso, a GEO-RIO não pode, nem mesmo, socorrer-se do entendimento supra, **tendo em vista a total previsibilidade das dificuldades relatadas já explicitadas anteriormente.** Não atende, por conseguinte, a exigência quanto à simultaneidade da ocorrência dos pressupostos acima listados.

### **Conclusão**

A definição da parcela de maior relevância visa a assegurar que a contratada tenha capacidade técnica para atuar na área correspondente. Desse modo, não obstante ser uma restrição à competitividade, é permitido, pelo já citado art. 37, XXI, da CRFB, que se estabeleçam exigências de qualificação técnica **indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.**

O problema surge quando uma licitação ocorre segundo certas exigências de qualificação técnica, **admitidas por serem entendidas como indispensáveis, mas a execução do objeto é realizada sem a aplicação da técnica exigida como indispensável.** Empresas deixaram de participar do Certame devido à definição das parcelas de maior relevância técnica estabelecidas no Edital, contudo, **a execução da obra ocorreu, praticamente, sem a utilização do serviço referente à principal parcela de relevância, qual seja, a execução de estruturas metálicas.**

Quando uma competição é realizada segundo exigências ditas indispensáveis e, depois, durante a execução da obra, tais exigências são **dispensadas, tal fato pode ser equiparado, materialmente, a uma "contratação direta de obra pública" fora das hipóteses legais,** ou **a uma frustração do caráter competitivo do procedimento.** Alega-se isso, pois a obra executada diverge da obra licitada, em patente afronta à legislação vigente.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

No que concerne à suposta imprevisibilidade da proibição de interdição diurna da Avenida Niemeyer, imposta pela CET-RIO, **causa espécie o fato de o principal argumento de defesa da GEO-RIO se respaldar no alegado "desconhecimento prévio" da ocorrência da obra de duplicação do Elevado do Joá, visto que ela mesma licitou as duas obras no mesmo mês**. Foi demonstrado anteriormente, por meio das datas de abertura de propostas da Ciclovia e da duplicação do Elevado do Joá, **ambas da GEO-RIO, que a concomitância entre suas obras já era certa e esperada** pela própria. Esse tipo de resposta traz, como consequência, o enfraquecimento de toda a argumentação aduzida pela Jurisdicionada.

Quanto à elaboração do projeto, cabe, novamente, trazer à baila a importância da fase de planejamento para a execução de uma obra com a qualidade esperada, mais importante ainda quando a obra é complexa e difícil. Esse planejamento acaba por ser materializado em um projeto básico que atende aos requisitos dispostos no art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993, já reproduzidos acima. Ele tem por objetivo resguardar a Administração Pública de atrasos na execução, aditamentos contratuais, modificações no projeto original, dentre outras ocorrências não desejadas que acarretam obstáculos à execução das obras.

**Como possível resultado da falta de planejamento e de cuidado mínimos exigidos de gestores e técnicos na Administração Pública, obteve-se uma obra:**

1. **que originou um acidente fatal cuja apuração ocorre na instância criminal;**
2. **que se encontra inutilizada desde 21/04/2016, não cumprindo sua finalidade pública e, por isso, ocasionando um duplo dano à sociedade que está privada da utilização da obra e que desperdiçou 45 milhões de reais com a construção.**
3. **que custou mais que o previsto, passando de cerca de R\$ 36 milhões, estimados inicialmente, para quase R\$ 45 milhões;**
4. **dotada de vícios construtivos, conforme Relatórios de Visita Técnica elaborados por Auditores desta Corte e laudo pericial realizado quando do acidente;**

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

Importante lembrar que os processos de fiscalização, que na verdade são “procedimentos”, em que não há contraditório e ampla defesa, são próprios para o exercício da função fiscalizatória dos Tribunais de Contas. Entretanto, havendo indícios de ilegalidade ou de danos ao erário, deve-se utilizar a Tomada de Contas Especial facultando o exercício da ampla defesa e do contraditório (art.5º, LV, CF/88) aos possíveis responsáveis, além de possibilitar o julgamento das contas pela Corte de Contas, conforme o art.71, II da Constituição Federal.

Nesse diapasão, o princípio da instrumentalidade das formas, conforme reconhecido pelo STJ<sup>7</sup>, bem como a lógica prescrita pelos arts. 139, inciso VI<sup>8</sup>, 190<sup>9</sup> e o 191<sup>10</sup> da Lei nº 13.105/2017, admitem ao juiz adequar as fases e os atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Diante do exposto, conforme precedente aprovado na 18ª Sessão Ordinária, ocorrida em 10/04/2018, nos autos do processo 040/005371/2012, o melhor modo de conciliar eficiência e economicidade com o disposto no art. 159, parágrafo único<sup>11</sup>, e no art. 221<sup>12</sup>, ambos da Deliberação TCMRJ nº 183, de 12 de setembro de 2011, é a conversão deste

---

<sup>7</sup> “1 - O princípio da *instrumentalidade das formas*, no âmbito administrativo, *veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no formalismo moderado*, afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A liberdade absoluta impossibilitaria a sequência natural do processo. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática. Com isso, o processo jamais chegaria ao fim. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. *Neste raciocínio, resta evidenciada a preocupação com os resultados e não com formas pré estabelecidas e engessadas com o passar dos tempos.*” (STJ, 5. T., RMS 8.005/SC, rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.04.2000, DJ 02.05.2000, p. 150.)

<sup>8</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe (...)

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

<sup>9</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>10</sup> Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

<sup>11</sup> Art. 159 – As prestações, as tomadas de contas ou as tomadas de contas especiais serão por (...)

VI – imputação, pelo Tribunal, de responsabilidade por despesa ilegal, ilegítima ou antieconômica; (...)

Parágrafo único – O Tribunal, no caso previsto no inciso VI, poderá promover, de ofício, a tomada de contas do responsável.

<sup>12</sup> Art. 221 – Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, o Tribunal poderá adotar as medidas reparadoras no próprio procedimento fiscalizatório, quando identificados os responsáveis e quantificado o dano, ou ordenar a instauração da **tomada de contas especial em autos apartados**, observando, em ambos os casos, os princípios do contraditório e ampla defesa, salvo a hipótese prevista no art. 176.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

processo em Tomada de Contas Especial, evitando a desnecessária abertura de processo em apartado. Tal prática é comum em todos os Tribunais de Contas do país.

Deste modo, face a todo o exposto acima, **voto**, parcialmente em consonância com o Corpo Técnico e a douta Procuradoria Especial **pela conversão deste processo em Tomada da Contas Especial, tendo em vista a necessidade de se concretizar a garantia fundamental da razoável duração do processo<sup>13</sup> e o princípio constitucional da eficiência<sup>14</sup>, a necessidade de garantir a aplicabilidade da competência prevista no art. 71, inciso II, da Constituição Federal e do art. 3º, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal, e ainda garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa.**

**Voto, ainda:**

- a) pela **citação** dos Srs. Márcio José Mendonça Machado (Presidente da GEO-RIO à época dos fatos), Fábio Lessa Rigueira (Diretor de Obras e Conservação), Luiz Otávio Martins Vieira (Diretor de Estudos e Projetos), Fábio Soares de Lima (Comissão de Fiscalização), Élcio Romão (Comissão de Fiscalização), Ernesto Ferreira Mejido (Comissão de Fiscalização), Hugo Pajzos Pereira, CPF-275.504.348-24, (representante do consórcio Contemat-Concrejato) e Marcos Antunes Cardia, CPF-867.669.377-34 (representante do consórcio Contemat-Concrejato) em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa<sup>15</sup>, e ao previsto nos arts. 163, §1º e 164, inciso II, do Regimento Interno desta Corte de Contas, para, querendo, apresentarem suas razões de defesa, no prazo de 30 dias, quanto:
  - i) ao possível dano, que pode alcançar cerca de R\$ 45 milhões, pelo não cumprimento da finalidade pública da obra decorrente da queda da ciclovia

<sup>13</sup> Art. 5º, inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>14</sup> Art. 37, caput: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>15</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**Gabinete do Conselheiro Felipe Galvão Puccioni**

e de diversos problemas nos projetos e/ou na execução da obra impossibilitando o seu uso pela população com base no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil;

ii) ao possível dano de cerca de R\$ 9 milhões, equivalente ao valor do aumento do custo da obra, decorrente da falta de qualquer planejamento demonstrando a ausência de diligência mínima exigida de gestores públicos (erro grosseiro ou culpa grave) com base no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil;

b) pela **Audiência** dos Srs. Márcio José Mendonça Machado (Presidente da GEO-RIO à época dos fatos ), Fábio Lessa Rigueira (Diretor de Obras e Conservação), Luiz Otávio Martins Vieira (Diretor de Estudos e Projetos), Fábio Soares de Lima (Comissão de Fiscalização), Élcio Romão (Comissão de Fiscalização), e Ernesto Ferreira Mejido (Comissão de Fiscalização), com base no disposto no art. 219, II do Regimento Interno desta Corte de Contas e, em homenagem aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa previstos no art. 5º, LV da CRFB/88, para se manifestarem, em um prazo de 30 dias, quanto à apuração de responsabilidade em razão do descumprimento do art. 37, XXI, da CRFB e do art. 3º da Lei de Licitações.

**Sala das Sessões, de de 2018.**

**Felipe Galvão Puccioni**  
**Conselheiro-Relator**