

VOTO n.º 447/2020

INTERESSADOS: FUNDAÇÃO INSTITUTO DE GEOTÉCNICA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – GEO-RIO, SR. HERBEM DA SILVA MAIA E SR. LUIZ OTÁVIO MARTINS VIEIRA.

OBJETO: Responsabilização decorrente da aprovação de projeto básico desatualizado, bem como o seguimento da respectiva licitação, no âmbito da Concorrência Pública GEO-RIO nº 3/2018.

SUMÁRIO: EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA. FUNDAÇÃO INSTITUTO DE GEOTÉCNICA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – GEO-RIO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DESCRITOS NO ART. 6º, IX, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. PROJETO BÁSICO DEFICIENTE. ILEGALIDADE DE NATUREZA FORMAL. ART. 28 DA LINDB. ERRO GROSSEIRO PASSÍVEL DE PUNIÇÃO. MULTA. DOSIMETRIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS RELEVANTES PREVISTAS NO ART. 5º DA LEI MUNICIPAL 3.714/2003. TRANSPOSIÇÃO DA SISTEMÁTICA DE DOSIMETRIA DA PENA DO DIREITO PENAL PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA. LINDB. POSSIBILIDADE.

1. Compete aos Tribunais de Contas, assegurados a ampla defesa e o contraditório, a aplicação de sanções aos agentes submetidos à sua Jurisdição a que sejam atribuídas irregularidades na gestão de recursos públicos, na exata forma do art. 71, VIII, da Constituição Federal.

2. Diferentemente do que ocorre no Direito Penal, em que a lei descreve, pormenorizadamente, as etapas de cálculo da pena, vigendo no ordenamento pátrio o critério trifásico de aplicação (art. 68 do Código Penal), no Direito Administrativo sancionador não há igual detalhamento, ou seja, há uma lacuna legislativa.

3. Tratando-se de normas de natureza punitiva, é possível, por similitude, utilizando a analogia conforme art. 4º da LINDB, transpor do Direito Penal para o Direito Administrativo sancionador alguns balizamentos, garantindo a aplicação da individualização da pena no âmbito dos Tribunais de Contas.

4. A construção de um procedimento objetivo de dosimetria da pena constitui desejável meta a ser alcançada na aplicação de multas por parte deste TCMRJ, na medida em que estar-se-á assegurando direitos individuais fundamentais, como o da segurança jurídica (sob o viés da previsibilidade), o da isonomia, e o da individualização da

pena, além de se estar promovendo o fortalecimento da jurisdição da Corte, com a diminuição das chances de reforma ou anulação judicial das decisões sancionatórias, por meio da redução da subjetividade dos provimentos.

5. Mostra-se lícito, portanto, com o desiderato de tornar mais objetiva a quantificação de sanções no âmbito desta Corte, traçar um paralelo entre o procedimento de aplicação da pena de multa pelo Tribunal de Contas e a primeira fase do procedimento de aplicação das sanções penais, a chamada fase de fixação da pena-base.

6. Critério de aumento da pena entre os patamares mínimo e máximo previstos no Regimento Interno que leva em conta o número de circunstâncias desfavoráveis típicas (art. 5º da Lei Municipal 3.714/2003) e atípicas (devidamente fundamentadas) incidentes no caso concreto.

7. Não se cuida, entretanto, de critério determinante ou exato, de modo que é plenamente facultado a esta Corte, no exercício de discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior ou menor desvalor da conduta do responsável, conforme entendimento também esposado no âmbito do Poder Judiciário.

RELATÓRIO

O presente processo advém da análise do Edital de Concorrência GEO-RIO nº 03/2018 (processo 40/3461/2018), cujo objeto consistia em obras de contenção de encostas, drenagem, desmonte de blocos de rocha e serviços complementares nas Comunidades Vila Miséria, Tuiuti, Parque Candelária e Morro da Mangueira – Central – Tijuca – VII AR – AP1.

Destaque-se, em apertada síntese, que, após a publicação do Edital em questão, e em função de questionamentos decorrentes da atuação da 7ª Inspeção Geral (IGE), a Jurisdicionada efetuou uma visita ao local das intervenções, ocasião em que constatou que as premissas utilizadas estavam erradas, sendo necessário, portanto, alterar de forma significativa o projeto básico.

Por isso, na 19ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida em 04/04/2019, esta Corte decidiu, por unanimidade, nos exatos termos do voto nº 10.118/2019, da lavra do Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Igor dos Reis Fernandes, pelo arquivamento do Edital e pela constituição dos presentes autos, em apartado, com o propósito específico de providenciar Audiência dos agentes responsáveis pela aprovação do projeto (Sr. Herbem da Silva Maia, Presidente do Órgão à época) e pela elaboração do material técnico (Sr. Luiz Otávio Martins Vieira, signatário das plantas e emissor da ART de projeto).



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

Objetivando atender à supracitada Audiência, a Jurisdicionada encaminhou o Ofício nº 1.360/2019/GEO-RIO/PRE (fls. 76), recebido nesta Corte de Contas em 15/08/2019, trazendo documento contendo as alegações de defesa dos Srs. Herbem da Silva Maia e Luiz Otávio Martins Vieira (fls. 77/79), acompanhado de documentação correlata, também encartada aos presentes autos (fls. 80/218).

A 7ª IGE procedeu à análise do material encaminhado, bem como das alegações de defesa dos agentes, o que resultou na Instrução de fls. 220/222. Reproduz-se, a seguir, a minuciosa avaliação do Inspetor Geral:

1) Inicialmente os agentes em questão informam que a obra objeto do presente certame foi originalmente licitada no início de 2016, mas que por demandas da Caixa Econômica Federal, responsável pelo financiamento, a contratação só foi efetivamente liberada cerca de 2,5 anos após, em outubro/2018. Aduzem, outrossim, que a empresa vencedora da licitação de 2016 não manifestou interesse na contratação após o lapso temporal transcorrido, sendo então “...necessária a realização de nova licitação para a execução dos serviços”, dando origem ao Edital de Concorrência Pública nº 03/2018 – GEO-RIO.

2) Os agentes atestam expressamente que a diligência desta Corte de Contas em 27/12/2018, no âmbito da análise deste último Edital, apontou incompatibilidade entre as plantas de projeto e os dados da planilha orçamentária, e que em função disso procedeu vistoria ao local, na qual “foi constatada a impossibilidade de execução da intervenção 2A, pela ocupação de novas moradias, e a necessidade da modificação do projeto da intervenção 2B, devido ao aumento do número de moradias”.

3) Assim, constata-se novamente, como já afirmado na instrução desta Unidade Técnica no âmbito do Processo nº 40/003461/2018 e aqui reproduzida às fls. 24v, que a Jurisdicionada publicou um Edital de Licitação, baseada supostamente em um projeto básico condizente com a legislação e atualizado, mas posteriormente, apenas em função da atuação do TCMRJ, efetuou uma visita ao local e constatou que suas premissas estavam erradas, sendo necessário, portanto, alterar de forma significativa o projeto básico.

4) Continuam os agentes afirmando que “*Pode parecer negligência a não atualização permanente dos projetos já elaborados, porém a própria entrada nestas comunidades tem se tornado cada vez mais difícil. Ações policiais constantes e o recrudescimento do tráfico de drogas, com o fim da polícia de pacificação, vem trazendo, como consequência, uma dificuldade crescente no trabalho das comunidades*”. Ao final de sua explanação, os agentes públicos passam a discorrer sobre outros projetos e contratos, aduzindo que historicamente são celebrados poucos termos aditivos de valor aos contratos da GEO-RIO.

5) Em que pese a notoriedade do fato de que o Município do Rio de Janeiro apresenta problemas de violência urbana que dificultam a atuação dos agentes públicos, deve ser ressaltado que a afirmação acima transcrita não se coaduna com o anteriormente informado no item 2 *supra*, já que quando da diligência do TCMRJ a GEO-RIO efetuou prontamente visita ao local. Entende-se que quando do lapso temporal de 2,5 anos e do surgimento da necessidade de nova licitação, seria imperioso que a Jurisdicionada avaliasse a atualidade e

adequabilidade do projeto básico que serviria como base desse novo certame, a partir inclusive, por óbvio, de visita ao local de execução das intervenções.

6) É importante destacar novamente que a situação atual do local, verificada após a recente vistoria, demora algum tempo para se desenvolver, portanto, já existia em 20/11/2018, data em que foi aprovado o Projeto Básico para realização da licitação (fl. 57 do p.p). Dessa forma, pode-se afirmar que o presidente da GEO-RIO, Sr. Herbem da Silva Maia, aprovou um Projeto Básico desatualizado e autorizou a licitação sem que fossem verificados os condicionantes atuais do local de intervenção. Ademais, destaca-se também que o responsável técnico pelo projeto, Sr. Luiz Otávio Martins Vieira, signatário de todas as plantas desde o primeiro envio ao TCMRJ e emissor da ART referente à responsabilidade técnica pelos projetos (fl. 78 do p.a., Capa de Documentos do Processo nº 40/003461/2018), não teve o cuidado de atualizar os projetos de sua autoria antes da publicação da licitação, deixando, assim, que o processo continuasse com projetos defasados.

7) Nesse sentido, cabe salientar mais uma vez que a GEO-RIO vem há bastante tempo divulgando licitações com projetos básicos inadequados que, após a atuação do TCMRJ, necessitam ser remodelados/refeitos, alterando de forma significativa o escopo dos serviços e os quantitativos orçamentários. Essa conduta foi verificada por exemplo no processo TCMRJ nº 40/2701/2013, onde este Tribunal recomendou à Jurisdicionada que *“instrua seus procedimentos licitatórios desde o início com a documentação completa relativa ao Certame, incluindo projeto básico com todos os elementos necessários ao atendimento dos requisitos legais e planilhas orçamentárias que representem da melhor maneira possível os reais quantitativos de serviços”* e cientificou da possibilidade de sanção devido a condutas reiteradas em desacordo com os ditames legais.

CONCLUSÃO

A questão de fundo contida neste processo é reincidente e presente em inúmeros editais analisados por esta Corte de Contas: trata-se de consistente falta de planejamento dos pretendidos empreendimentos públicos, manifestada, muito evidentemente, através de fragilidades contidas nos projetos básicos de obras e serviços de engenharia, em descumprimento à Lei nº 8.666/93 e suas alterações.

A maior e mais exaustiva parte do trabalho desta Unidade Técnica, quando da análise de editais de obras e serviços de engenharia é, exatamente, exigir que os processos licitatórios sejam constituídos com, pelo menos, os elementos mínimos de projeto.

Tal tarefa, além de buscar adequar os projetos aos ditames da Lei, tem também o objetivo de tentar evitar impactos financeiros significativamente importantes, não apenas no custo da obra, mas também nos custos ligados aos atrasos, modificações de projeto e todos os inúmeros prejuízos advindos de um planejamento insuficiente.

A insuficiência do projeto básico compromete todo o planejamento e orçamento do empreendimento. Ao lado de todos os malefícios propiciados por um planejamento inadequado (aumento do tempo dos transtornos causados à urbe durante a execução dos serviços, demora no início dos benefícios trazidos pela obra em questão etc.), o simples fato de se dilatar o cronograma inicialmente previsto acarreta elevação nos custos, já que se faz necessário remunerar os serviços de apoio ao construtor (pessoal de administração, mobilização de equipamentos etc.) por um período maior de tempo.

Acresce-se ao exposto no parágrafo anterior outro custo inerente a certames licitados com projeto básico inadequado: a consequente demora na tramitação

processual dos autos relativos à análise dos respectivos Editais e documentação correlata por parte do TCMRJ, com diligências recorrentes e demora no arquivamento do processo.

Lembre-se que o projeto executivo serve apenas ao detalhamento da obra. De maneira simplista, pode-se dizer que apresenta documentação semelhante a de projeto básico, com diferencial apenas no nível de detalhamento e precisão. O projeto executivo só pode detalhar, nunca inovar, pois do contrário haveria inclusive mácula ao princípio da igualdade das propostas na fase de Licitação. Assim, um projeto básico adequado efetivamente demanda tempo e estudos compatíveis com suas características. Este tempo deve ser previsto e considerado pelo Gestor, que por esta razão não pode iniciar a fase externa de uma licitação sem o necessário atendimento aos requisitos impostos pela Lei. Trata-se de um problema crônico de ausência de planejamento para as licitações e execução de obras públicas, problema este que não se restringe à cidade do Rio de Janeiro, possuindo âmbito nacional.

No presente caso, a Jurisdicionada publicou um Edital de Licitação baseado em projeto básico desatualizado, segundo afirmado pela própria GEO-RIO, posto ter sido necessário modifica-lo substancialmente em função de visita ao local efetuada apenas após os questionamentos do TCMRJ, e somente por conta dos referidos questionamentos.

Não se pode deixar de lembrar que o texto editalício impõe aos licitantes (ver item 9.1(E.7) e Anexo VIII do Edital) o conhecimento prévio das condições do local das obras, mas ao que parece, em visível contrassenso, a própria Administração não conhecia as referidas condições à época da publicação do Certame.

Deve ser lembrado, ainda, que a adequabilidade do projeto básico não pode ser suprimida pela premência na contratação dos serviços. Tal conceito vigora até mesmo no âmbito das contratações emergenciais, como se depreende, por exemplo, do Acórdão nº 3.065/2012 do TCU transcrito parcialmente a seguir: “Acórdão nº 3.065/2012:

...

9.3.2. A utilização de projeto básico deficiente e incompleto para realizar contratações, mesmo em obras emergenciais, afronta o disposto no inciso IX, art. 6º da Lei 8.666/93;”

Assim, se mesmo em contratações emergenciais o projeto básico deve atender a todos os ditames legais, torna-se evidente que em uma concorrência pública não há justificativa para a dispensa de qualquer dos requisitos que caracterizam um projeto básico adequado.

A fase de planejamento, via de regra relegada a segundo plano pela Administração, deveria ser a mais importante de todo o processo. Em apertada síntese, o processo de contratação de obras públicas abrange quatro etapas: (a) o planejamento; (b) a licitação; (c) a formação do vínculo contratual; e (d) a execução do contrato. O que ocorre atualmente é que não se concede a devida atenção à fase inicial, mais importante para o sucesso de todo o empreendimento.

Interessante reproduzir parcialmente o teor do trabalho de Ary Braga Pacheco Filho¹, de todo pertinente com o tema ora em questão:

“É fundamental que se atente para o fato de ser o projeto básico o principal indutor do investimento do ponto de vista de obras públicas. Ele é o motor, a força propulsora de uma obra de engenharia. Sem projeto não há obra,

¹ Pacheco Filho, Ary Braga. *O projeto básico como elemento de responsabilidade na gestão pública*. Revista do Tribunal de Contas da União, Rio de Janeiro, nº 99, Jan/Mar 2004, p.74

embora existam administradores públicos – e não são poucos – que insistem em tentar provar o contrário.

Somente por intermédio de projetos básicos de boa qualidade e, portanto, adequados às necessidades de cada obra, estudados à exaustão, com cautela, dentro de padrões técnicos e em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), poderemos almejar um dia um posto junto à elite das nações que realizam grandes obras públicas com início, meio e fim “.

Por todo o exposto até aqui, deve ser afirmado que a Lei nº 8.666/1993 impõe em seu art. 6º uma série de critérios a serem observados pela Administração para a realização de Licitação ligada a obras públicas, inclusive a existência de projeto básico compatível com os ditames legais. Assim, a Lei impõe que antes de licitar tenha sido executado projeto básico com todos os elementos necessários por ela impostos, 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.

É importante ressaltar que a finalidade precípua da criação destes autos apartados não é punir agentes públicos, mas sim advogar a urgência de uma mudança no atual cenário das licitações de obras públicas. Não se discute que a realidade atual da Administração por vezes conduz à superficialidade dos projetos básicos, inclusive em função da urgência imputada a certos empreendimentos. Não se vislumbra de antemão dolo na conduta da Administração, que em alguns casos não atende plenamente a legislação visando viabilizar, por exemplo, a disponibilização de recursos necessários à execução de determinada obra, mesmo sem o adequado planejamento.

Ocorre, contudo, que a Lei nº 8.666/1993, que impõe em seu art. 6º uma série de critérios a serem observados pela Administração para a realização de Licitação ligada a obras públicas, inclusive a existência de projeto básico compatível com os ditames legais, também exige a responsabilização dos gestores que tenham dado causa à infringência ao disposto em seu texto (art. 7º, § 6º). Trata-se de exigência legal, não restando outra alternativa aos auditores que atuam em órgãos de controle externo a não ser propugnar pelo seu cumprimento, sob pena inclusive de possível prevaricação.

Assim, reafirma-se que o principal objetivo de toda a discussão aqui tratada é sensibilizar os agentes públicos com poder de decisão para a gravidade dos fatos e para as consequências danosas advindas de se conceder pouca relevância à fase de planejamento (especialmente no que se refere à confecção de um projeto básico adequado e que atenda aos requisitos legais), principal problemática que permeia a grande maioria das licitações ligadas a obras públicas. Tal sensibilização passa pela responsabilização daqueles que podem ajudar a modificar este quadro, responsabilização esta inclusive necessária por imposição legal.

Assim, por todo o exposto acima, e tendo em mente a existência de precedentes desta Corte, no sentido de ser necessário que a Jurisdicionada instrua seus procedimentos licitatórios desde o início com a documentação completa relativa ao Certame, incluindo projeto básico com todos os elementos necessários ao atendimento dos requisitos legais, sob pena de enquadramento em hipóteses de sanção aos agentes que deram causa à situação em questão, entende-se que no caso do Edital de Concorrência nº 03/2018 restou configurado o desatendimento ao art. 7º, § 2º, inciso I c/c art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 e à Deliberação nº 235/2017 do TCMRJ, estando o **Sr. Herbem da Silva Maia**, presidente da GEO-RIO que aprovou um Projeto Básico desatualizado e autorizou a licitação sem que fossem verificados os condicionantes atuais do local de intervenção, e do **Sr. Luiz**



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

Otávio Martins Vieira, responsável técnico pelo projeto e signatário de todas as plantas desde o primeiro envio ao TCMRJ, sujeitos as sanções previstas nos art. 239, inciso III, do Regimento Interno do TCMRJ, em montante a ser estabelecido pelo Plenário desta Corte de Contas.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Especial, por meio do Parecer de fls. 224/226, proferido pelo i. Procurador-Chefe Carlos Henrique Amorim Costa, propôs aplicação de multa aos dois agentes envolvidos, ratificando os opinamentos do Corpo Técnico.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de processo com o propósito específico de oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao responsável técnico (Sr. Luiz Otávio Martins Vieira) e ao responsável legal pela aprovação do projeto básico (Sr. Herbem da Silva Maia) referente ao Edital de Concorrência Pública GEO-RIO nº 03/2018 (processo 40/3461/2018). Ambos foram responsáveis pela publicação e aprovação de projeto básico desatualizado, em evidente descumprimento ao disposto no art. 6º, inciso IX, da Lei 8666/93 e na Deliberação TCMRJ nº 235/2017.

Em resumo, os agentes públicos em questão informam que a obra foi inicialmente licitada no início de 2016, mas que por um conjunto de demandas da Caixa Econômica Federal, responsável pelo financiamento, a contratação só foi liberada em outubro de 2018. Transcorridos mais de dois anos, a empresa vencedora em 2016 não manifestou interesse na execução do serviço, sendo então necessário realizar nova licitação (CO nº 03/2018).

Os intimados atestaram que, apenas em função de questionamentos realizados por esta Corte (incompatibilidade entre plantas de projeto e dados da planilha orçamentária), procedeu-se vistoria do local. Nesta vistoria, constatou-se a “*impossibilidade de execução da intervenção 2A, pela ocupação de novas moradias, e a necessidade da modificação do projeto da intervenção 2B, devido ao aumento do número de moradias*”.

No mais, a defesa aduz que a não atualização permanente dos projetos não decorre de negligência, mas do fato de que “*ações policiais constantes e o recrudescimento do tráfico de drogas, com o fim da polícia de pacificação, vem trazendo, como consequência, uma dificuldade crescente no trabalho das comunidades.*”

Ocorre que, como bem pontuado pelo Corpo Instrutivo, a afirmação de que o notório problema de violência urbana da Cidade impediu a atualização do Projeto Básico não



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

se coaduna com o fato de que, para responder a sobredita diligência, a Jurisdicionada providenciou, prontamente, verificação *in loco*. Repita-se que, apenas em função da atuação desta Corte e já na fase externa da Licitação, a GEO-RIO visitou o local da obra, oportunidade em que pôde constatar que as premissas adotadas em projeto estavam equivocadas, ocasionando assim alteração significativa do projeto básico e transfiguração do objeto licitado.

Diante do cenário narrado, é importante destacar que as deficiências verificadas em sede de planejamento e de projeto básico representam um tema que permeia todo o sistema de contratação de obras pela Administração Pública, em qualquer de suas esferas. Inúmeros casos de execução defeituosa, rescisões contratuais, alterações de objeto e aditivos ilegais são ocasionados por licitações embasadas em projetos básicos deficientes.

Note-se que o simples fato de se dilatar o cronograma inicialmente previsto, devido à necessidade de se alterar projetos básicos deficientes quando já licitados, acarreta elevação nos custos, já que se faz necessário remunerar os serviços de apoio do construtor (pessoal de administração, mobilização de equipamentos etc.) por um período de tempo maior.

E mais, outro custo impróprio inerente a certames licitados com projeto básico inadequado consiste na própria ineficiência gerada na análise desta Corte de Contas. A submissão de projetos ao Tribunal, quando estes não condizem com a realidade do local das intervenções, acarreta diversas reanálises e diligências que poderiam ser evitadas desde o princípio e, conseqüentemente, demora na tramitação dos processos.

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 235, de 18 de abril de 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 públicas. Cabe destacar que a Orientação Técnica em tela possui todos os requisitos mínimos balizadores da elaboração de projeto básico.

Assim, parece óbvio que a exigência de “*elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado*” capazes de caracterizar a obra ou serviço (art. 6º, inciso IX, da Lei 8666/93) ou ainda de “*representação gráfica e descrição detalhada do objeto*” (Itens 5.1 e 5.2 da Orientação Técnica IBRAOP – OT IBR 01/2006) perpassa, necessariamente, pelo conhecimento do local onde a intervenção ocorrerá.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

Não se pode olvidar que o Edital impõe aos licitantes conhecimento prévio das condições do local das obras. Ocorre que, em visível contrassenso, a própria Administração desconhecia tais condições à época da publicação do Certame.

Por isso, à luz da inovação trazida pela Lei 13.655/2018, que acrescentou ao artigo 28 da LINDB a exigência de dolo ou erro grosseiro para responsabilização pessoal de agentes públicos, é importante destacar que elaborar projeto de qualquer obra de engenharia sem conhecer o estado atual do local da intervenção constitui negligência e imperícia extremas. Só é possível definir o objeto da intervenção e escolher as soluções de engenharia aplicáveis a partir do conhecimento do local.

Nesse sentido, trata-se de erro evitável até mesmo por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que poderia ter sido evitado até mesmo por pessoa com atenção aquém do ordinário e/ou com qualificação técnica aquém da necessária para subscrever ou aprovar projeto básico. Em suma, trata-se de matéria de baixa complexidade técnica e, justamente por isso, é possível concluir que o erro decorreu de grave inobservância do dever de cuidado típico das pessoas às quais foi confiada parcela do múnus público e que, frise-se, não tem a mesma liberdade de contratar que aquele que gerencia recursos próprios ou privados.

Além do exposto acima, cabe trazer à baila dois entendimentos esposados pelo Tribunal de Contas da União – TCU quanto à importância da elaboração do projeto básico. Note-se que o primeiro julgado é elucidativo no sentido de que a adequabilidade do projeto, mesmo em contratações emergenciais, não pode ser suprimida pela premência na contratação dos serviços. Veja:

Acórdão nº 3.065/2012:

9.3.2. A utilização de projeto básico deficiente e incompleto para realizar contratações, mesmo em obras emergenciais, afronta o disposto no inciso IX, art. 6º da Lei 8.666/93;”

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.

Dessarte, proíbe-se a aplicação de recursos públicos em empreendimentos com dimensões não estimadas ou estimadas em perspectivas irreais, inexecutáveis, onerosas ou não isonômicas. Não poderá ser desencadeado um empreendimento sem serem cumpridas todas as exigências previstas em Lei. Vejamos lição do professor Marçal Justen Filho² sobre o assunto:

² Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Págs. 178/186

Nem sequer poderá iniciar-se a licitação sem o cumprimento de tais requisitos, que se inserem na fase interna da atividade administrativa.

[...]

Essa etapa interna envolverá a elaboração do projeto básico. Isso permitirá à Administração uma estimativa consistente sobre a solução técnica, os custos financeiros, o tempo necessário e os requisitos indispensáveis à execução da atividade.[...]

Portanto, a última fase da etapa interna envolve a elaboração do ato convocatório. Uma vez considerado perfeito e aprovado esse ato convocatório, caberá **iniciar a etapa externa, com a divulgação do aviso da licitação.**[...]

A ordenação prevista no §2º reafirma a procedimentalização prevista nos dispositivos antecedentes. **São exigências destinadas a impedir** a instauração arbitrária de licitações, a pactuação de contratos insuficientes e inadequados e **o desperdício de atividades, esforços e recursos públicos e privados.** A infração a essas regras acarreta a invalidação do procedimento licitatório e, em princípio, do contrato decorrente. [...]

Nenhuma licitação para obras e serviços no regime da Lei 8.666/1993 pode ser instaurada sem a existência ao menos do projeto básico (ou equivalente, quando o objeto não envolver atividade de engenharia). **A exigência da elaboração de projeto básico é imposta como condição para instauração da licitação** precisamente porque é necessário conhecer os detalhes e as características do objeto a ser contratado para definir as condições da disputa. [...]

A Lei 8.666/1993 determina que nenhuma licitação pode ser instaurada sem a existência de um projeto básico. **Para ser mais preciso, a fase externa da licitação no regime da Lei 8.666/1993 não pode ser iniciada sem o cumprimento desse requisito.**[...]

O projeto básico deverá ser colocado à disposição dos interessados em participar da licitação. Essa regra tem diversas finalidades. Evita que o projeto seja elaborado em momento posterior ao início da licitação.[...]

É evidente que não basta a exigência de um documento qualquer intitulado de “projeto básico”. A denominação é insuficiente e irrelevante. Se o conteúdo do documento não corresponder à definição de projeto básico – tema examinado nos comentários ao art. 6º, acima -, a licitação não poderá ser instaurada por ausência de um requisito indispensável. **[grifo nosso]**

Em suma, é impositivo que só se inicie a licitação com um projeto básico que contemple os elementos mínimos descritos no inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/93, na Resolução nº 361 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA e na Orientação Técnica do IBRAOP – OT IBR 01/2006, de observação obrigatória pela Prefeitura em virtude da Deliberação TCMRJ nº 235/2017.

Nesse sentido, a aprovação de projeto básico inadequado, com as implicações supracitadas relacionadas a prazos de execução do empreendimento e ao desperdício de recursos do erário, reveste-se de gravidade suficiente para justificar a apenação pecuniária dos



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

gestores responsáveis. Nesse sentido, é oportuno reproduzir julgado utilizado pela Especializada na sua manifestação:

“Acórdão nº 915/2015: (...)

“Em Auditoria realizada nas obras da Extensão Sul da Ferrovia Norte-Sul, contratadas pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., foram realizadas audiências do diretor de engenharia e do superintendente de projetos em razão, dentre outros achados, do atesto e aprovação de termo de referência contendo projeto básico deficiente, o que resultou na realização da licitação sem contemplar os requisitos mínimos exigidos pelos arts. 6º e 7º da Lei 8.666/93, e na consequente contratação de execução da obra baseada em projeto básico deficiente.

Ao analisar a questão, o relator anotou que “a precariedade do projeto básico resultou em uma alta demanda de termos aditivos nos lotes da Extensão Sul da Ferrovia Norte-Sul, visando corrigir falhas, além da demanda de novos estudos para solucionar interrupções de traçado que não estavam previstas, o que culminou no aumento do valor do contrato e no comprometimento do adequado andamento da obra, ocasionando prejuízo ao erário e ao interesse público”.

Registrou ainda o relator que, em auditoria anterior realizada nessas obras, fora apontada a inexistência de dados de sondagens geotécnicas no projeto básico utilizado na contratação, bem como a ausência de classificação de solos, que resultaram na adoção de soluções antieconômicas na execução dos serviços de terraplenagem da obra. (...)

Além da ausência das sondagens necessárias à caracterização do solo no leito da ferrovia, o relator destacou que “o projeto básico também não previu as soluções de traçado para o cruzamento com as linhas de alta tensão” e que, “embora eventualmente tenham sido adotadas soluções em campo para contornar os problemas de cruzamento”, ocorreram interrupções na execução da obra nesses pontos. “Essas interrupções nas frentes de obras resultam em impactos negativos não apenas nos prazos de execução, mas também nos próprios custos dos serviços de terraplenagem”.

Por fim, concluiu que **“a conduta dos responsáveis, que resultou na aprovação de projeto básico inadequado, com grandes implicações nos custos e prazos de execução do empreendimento, é de gravidade suficiente não apenas para justificar a apenação pecuniária, como também a sua inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública”**.

O Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, rejeitou as justificativas apresentadas pelos responsáveis e aplicou-lhes a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, inabilitando os gestores para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo período de cinco anos (art. 60 da mesma Lei)”. (grifo nosso)

Plenário, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman, 22.4.2015.

Abaixo, segue colacionado o Acórdão nº 3.279/2011 – Plenário – Tribunal de Contas da União (TCU), que também trata da imputação de responsabilidade pela aprovação de Projeto Básico insuficiente:

A desobediência ao normativo legal e à instrução de natureza técnica foi materializada com a aprovação de Projeto Básico para implantação da BR-448/RS, por meio da Portaria DNIT 637, de 3 de abril de 2009, mesmo considerando a



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

insuficiência das sondagens realizadas para estudos e análise do perfil geológico do terreno onde será implantado o empreendimento.

[...]

Importa frisar que a Instrução de Serviço do DNIT IS/DG-13, de 17.11.2008, estabelece, em seu art. 2º, § 1º - “são de total responsabilidade da construtora e dos projetistas os levantamentos, dados, estudos (de campo, do laboratório e de escritório), a correta aplicação das metodologias adotadas, procedimentos de cálculos, quantitativos e orçamento bem como a apresentação de detalhes consistentes dos diversos itens do projeto, cabendo responder administrativa e juridicamente pelas falhas comprovadas no projeto, que venham a ser detectadas na obra, inclusive pelos reflexos financeiros provocados por tais falhas.”

Já os engenheiros do DNIT, **mesmo tendo ciência da insuficiência de sondagens geotécnicas** e haverem questionado essa falha junto à contratada, conforme registro das atas do Diário de Análise do Projeto da BR-448/RS, **ainda assim, aprovaram projeto básico incompleto** ao pífio argumento de o Consórcio Ecoplan/Magna suprir as referidas lacunas com complementação de investigações durante a fase de elaboração do projeto executivo.

[...]

O efeito de tal incúria joga à própria sorte a solução adequada a ser dada às obras de engenharia, podendo, até mesmo, a via eleita pelo projeto básico, ainda que insuficientemente apurada, coincidir com a verificada no projeto executivo. Contudo, tal coincidência pode constituir-se em mero acaso, e não resultante da conclusão efetuada com fundamento em sólidos estudos técnicos e científicos que deveriam ser levados a efeito ainda na fase de projeto básico. Nesse ponto, friso que **a conduta imputada aos responsáveis não se convalesce com a mera ausência de eventual prejuízo na fase de execução das obras, pois, exatamente por se tratar de ilícito de natureza formal, a sua configuração ocorre com própria prática do ato inquinado decorrente da omissão no dever funcional de observar as normas de regência, independentemente do resultado danoso.** [grifo nosso]

Conforme se depreende do julgado acima, a desobediência ao normativo legal e à instrução de norma técnica se materializa já com a aprovação do Projeto Básico e que a conduta ilícita dos responsáveis não se descaracteriza pela simples falta de prejuízo na fase de execução das obras. **É possível, portanto, inferir que o referido Tribunal compartilha da tese de que não se mostram necessários a efetiva abertura dos envelopes, a assinatura do contrato e, muito menos, o dano para se caracterizar a aludida infração, visto tratar-se de ilícito de natureza formal.**

Por fim, como bem destacou a Especializada, o principal objetivo da proposta de responsabilização é eminentemente pedagógico:

o principal objetivo de toda a discussão aqui tratada é sensibilizar os agentes públicos com poder de decisão para a gravidade dos fatos e para as consequências danosas advindas de se conceder pouca relevância à fase de planejamento (especialmente no que se refere à confecção de um projeto básico adequado e que atenda aos requisitos legais), principal problemática que permeia a grande maioria das licitações ligadas a obras públicas. Tal sensibilização passa pela responsabilização daqueles que podem ajudar a modificar este quadro, responsabilização esta inclusive necessária por imposição legal.

Sobre o assunto, cabe ainda transcrever trecho do livro de autoria de Rogério Greco, que trata das funções das penas no âmbito criminal, mas que, com a devida cautela, podem ser aplicadas ao presente caso:

[...] Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.” Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. No escólio de Cezar Roberto Bitencourt, “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.”

Ademais, cabe destacar que a GEO-RIO possui histórico de divulgação de licitações com projetos básicos inadequados que, após a atuação do TCMRJ, necessitam ser remodelados/refeitos, alterando de forma significativa o escopo dos serviços e os quantitativos orçamentários. Essa conduta foi verificada por exemplo no processo TCMRJ nº 40/2701/2013, no qual este Tribunal, na 80ª Sessão Ordinária, de 12/11/2013, recomendou à Jurisdicionada que “instrua seus procedimentos licitatórios desde o início com a documentação completa relativa ao Certame, incluindo projeto básico com todos os elementos necessários ao atendimento dos requisitos legais e planilhas orçamentárias que representem da melhor maneira possível os reais quantitativos de serviços” **e cientificou da possibilidade de sanção devido a condutas reiteradas em desacordo com os ditames legais.**

Diante de todo o exposto, em consonância com as manifestações do Corpo Técnico e da d. Procuradoria Especial, conclui-se pela existência de ilegalidade na elaboração do projeto básico utilizado na Concorrência GEO-RIO nº 03/2018. Isto é, restou configurada a infração ao art. 7º, § 2º, inciso I, c/c art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93, bem como ao disposto na Deliberação nº 235/2017 do TCMRJ. Sendo assim, o **Sr. Herbem da Silva Maia**, presidente da GEO-RIO que aprovou um Projeto Básico desatualizado e autorizou a licitação sem que fossem verificados os condicionantes atuais do local de intervenção, e o **Sr. Luiz Otávio Martins Vieira**, responsável técnico pelo projeto e signatário de todas as plantas desde o primeiro envio ao TCMRJ, estão sujeitos às sanções previstas no art. 3º, inciso III, da Lei 3.714/2003 e no art. 239, inciso III, do Regimento Interno do TCMRJ.

Da Sistemática de Dosimetria da Pena

Fixadas a autoria e a materialidade da infração, passa-se à fase da dosimetria da pena.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

Nesse ponto, ganha relevância o disposto no art. 5º da Lei Municipal 3.714/2003, que preconiza:

Art. 5º O Tribunal de Contas, na conformidade do que dispuser seu Regimento Interno, em atos específicos ou, ainda, *in casu*, levará em conta, na gradação e na fixação de multas, entre outras condições, as de **exercício da função**, a **relevância da falta**, o **grau de instrução do servidor** e sua **qualificação funcional**, bem assim se agiu com **dolo ou culpa**.

Como se vê, o diploma legal dá concretude ao princípio da individualização da pena ao impor que sejam levadas em conta, no momento da fixação do *quantum* da multa, determinadas circunstâncias nele encartadas, ainda que em rol não exaustivo.

Assim, ao aplicar a multa, cabe a este Tribunal de Contas valorá-la, necessariamente, em razão de cinco aspectos: **i)** ter sido a conduta praticada no **exercício da função pública**; **ii)** a **relevância da falta**, considerados, sobretudo, os seus motivos, as suas finalidades específicas e as suas consequências; **iii)** o **grau de instrução** do servidor; **iv)** a **qualificação funcional** do servidor, ou seja, o cargo por ele exercido, bem como seu tempo de serviço público e sua colocação na carreira; e **v)** o elemento subjetivo genérico, a saber, **dolo ou culpa**.

Além dos aspectos expressamente discriminados em lei, que deverão ser obrigatoriamente valorados pela Corte, a norma de regência deixa em aberto a possibilidade de o Regimento Interno (ou qualquer outra norma interna), bem como de o próprio julgador considerar, na individualização da condenação, **outras circunstâncias relevantes não previstas em lei**. No caso de circunstâncias suscitadas pelo próprio julgador, sua pertinência e relevância no caso concreto deverão, por óbvio, ser fundamentadas, sob pena nulidade da decisão.

Diferentemente do que ocorre no Direito Penal, em que a lei descreve, pormenorizadamente, as etapas de cálculo da pena, vigendo no ordenamento pátrio o critério trifásico de aplicação (art. 68 do Código Penal³), no Direito Administrativo sancionador não há igual detalhamento.

Contudo, tratando-se de normas de natureza punitiva, é possível, por similitude, transpor do Direito Penal para o Direito Administrativo sancionador alguns balizamentos.

Nesse ponto, cabe uma pequena digressão.

Não se desconhece a ressalva feita pela doutrina especializada a respeito da inadequação de se pretender transpor, **automaticamente**, as garantias próprias do Direito Penal para o

³ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

Direito Administrativo Sancionador. A título de exemplo, mencionam-se os estudos do douto Procurador desta Corte de Contas, Pedro de Hollanda Dionísio, que em seu livro “O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil”, fruto de sua tese de Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), alerta:

É entendimento majoritário na doutrina administrativista brasileira, com reflexos na jurisprudência, que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador deveriam observar um núcleo comum. (...) No entanto, a automática transposição de garantias e direitos entre as duas disciplinas, tendo em vista a suposta unidade do Direito Punitivo, a alegada identidade ontológica entre os ilícitos criminal e administrativo, bem como a falta de critério na construção de exceções, vem sendo questionada por parte importante da doutrina.[grifo nosso]

(...)

Em suma, trata-se de dois ramos do Direito com identidades e, sobretudo, finalidades e funções próprias. Desse modo, o compartilhamento imotivado de institutos do Direito Penal pode ser causa de deturpação das sanções administrativas. A eventual extensão de normas penais ao regime administrativo punitivo deve ocorrer não de maneira automática, mas somente na medida em que justificada pelo escopo específico das normas sancionadoras em questão.

Entretanto, apesar da ressalva, o eminente integrante da Procuradoria Especial conclui em sua obra, no tocante à vedação da responsabilização de caráter objetivo, ou melhor, à aplicação do princípio da individualização da pena fixado pela CF88, que é uma das dimensões do princípio da culpabilidade, ser plenamente possível a sua extensão ao Direito Administrativo Sancionador, senão vejamos:

Nota-se que os direitos e garantias de onde a doutrina extrai o princípio da culpabilidade (...) não são direcionadas exclusivamente aos acusados de um ilícito penal.

(...)

Do mesmo modo, a exigência constitucional de que a pena tenha caráter pessoal, textualmente, tem por objetivo proteger todo e qualquer condenado, inclusive em âmbito administrativo, não se restringindo ao escopo criminal.

(...)

Desse modo, é possível inferir que **o emprego indistinto do termo “pena” pelo legislador constituinte, sem que tenha especificado sua natureza criminal ou administrativa, parece ter sido intencional**, a fim de estender a incidência da norma a todos os ramos do Direito Sancionador, sem se restringir ao Direito Criminal.

A construção de um procedimento objetivo de dosimetria da pena constitui desejável meta a ser alcançada na aplicação de multas por parte deste TCMRJ, na medida em que estaria garantindo-se **direitos individuais fundamentais** como o da **segurança jurídica** (sob o viés da previsibilidade), o da **isonomia**, o da **individualização da pena**, além de se estar promovendo o fortalecimento da jurisdição desta Corte, com a diminuição das chances de reforma ou anulação judicial das decisões sancionatórias, com a redução da subjetividade dos provimentos.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

Nesse desiderato – ante a inexistência de regramento mais minucioso sobre a dosimetria da pena na Lei 3.714/2003 –, **mostra-se lícito traçar um paralelo entre o procedimento de aplicação da pena de multa pelo Tribunal de Contas e a primeira fase do procedimento de aplicação das sanções penais, a chamada fase de fixação da pena-base.** Conforme o art. 4º da LINDB, o juiz decidirá com base na analogia quando a lei for omissa. Este é exatamente o caso.

Explica-se.

Nos termos do já citado art. 68 do Código Penal, para definir a pena-base o juiz deverá **fixar a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, atendendo a circunstâncias expressamente descritas na lei penal (art. 59)**, como a culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, motivos do crime etc. (as chamadas circunstâncias judiciais).

Como se nota, esse procedimento em muito se aproxima da sistemática superficialmente esculpida na Lei Municipal 3.714/2003 para a aplicação da pena de multa. Com efeito, o ordenamento municipal define **limites mínimos e máximos para o valor da multa** (art. 3º, *caput*, da Lei 3.714/2003 *c/c* art. 239 do RITCMRJ), estabelecendo, ainda, que **a quantidade de pena (necessariamente circunscrita àqueles limites) deverá ser fixada atendendo às circunstâncias do art. 5º**, já citadas, como o grau de qualificação do servidor e a relevância da falta.

Destacadas essas semelhanças entre a sistemática da aplicação de multa pelo TCMRJ e a primeira fase da dosimetria da pena no Direito Penal, **tem-se como válido, com o objetivo de tornar mais objetiva a quantificação de sanções no âmbito desta Corte, lançar mão dos critérios utilizados pelo Poder Judiciário para quantificar a reprimenda no âmbito criminal, especificamente na fase de fixação da pena-base.**

Sobre o tema, a jurisprudência das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) elegeu, como critério matemático e objetivo para a definição da pena-base no Direito Penal, o acréscimo de 1/8 sobre a diferença entre as penas mínima e máxima para cada uma das 8 circunstâncias previstas no art. 59 da Lei Penal que se verifique existirem no caso concreto, aumentando a reprovabilidade da conduta do agente.

Nesse sentido, vejamos os acórdãos abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE AUMENTO DESPROPORCIONAL NA PRIMEIRA FASE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HIPÓTESE EM QUE A CORTE LOCAL, **TOMANDO POR BASE O INTERVALO ENTRE A PENA**



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

ABSTRATAMENTE ESTABELECIDADA PARA O CRIME DE ESTELIONATO, JÁ APLICOU A FRAÇÃO DE 1/8, MAIS BENÉFICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. **No silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina entendem como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.** Todavia, trata-se de patamar meramente norteador e não determinante ou exato, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

2. Na hipótese, constata-se que o aumento aplicado no acórdão recorrido para cada uma das circunstâncias desfavoráveis foi exatamente 1/8, pois o intervalo da pena abstratamente estabelecida para o crime de estelionato (art. 171, do CP - 1 a 5 anos de reclusão) é de 4 anos de modo que 1/8 de 4 anos equivale a 6 meses.

Logo, a exasperação de 1 ano e 6 meses pela análise negativa de 3 moduladoras já corresponde ao parâmetro entendido como proporcional, de 1/8 de aumento, o qual é, inclusive, mais benéfico que a fração de 1/6 pleiteada pela defesa. Desse modo, resta patente a ausência de interesse recursal.

3. Agravo regimental não conhecido.

(STJ. AgRg no AREsp 1406487/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgamento em 23/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. CONTINUIDADE DELITIVA. OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP NÃO EVIDENCIADA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos moldes do reconhecido na decisão impugnada, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

2. **No caso, descabe falar em ilegalidade na dosagem da pena-base, pois restou declinada motivação concreta para a exasperação da pena pelas circunstâncias e consequências do crime, tendo o aumento de 2 anos se revelado benéfico ao réu, se considerado o intervalo de apenamento do crime de estupro de vulnerável e o aumento ideal na fração de 1/8 por cada circunstância desabonadora.**

[...]

(STJ. AgRg no HC 463664/PI, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgamento em 27/08/2019)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA EM 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E MAUS ANTECEDENTES. PROPORCIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(STJ. AgRg no AREsp 1489827/DF, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgamento em 20/08/2019)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não tendo sido o paciente condenado por associação para o tráfico, carece de interesse de agir a pretensão absolutória quanto a este delito.

2. A pequena quantidade de substância entorpecente apreendida - 13g de crack - não se mostra suficiente a amparar o acréscimo sancionatório operado na primeira fase da dosimetria, ainda que mencionada a natureza deletéria da droga. **Razoável a redução da fração de aumento de 1/6 para 1/8, diante da permanência de apenas uma circunstância judicial desfavorável.**

[...]

(STJ. HC 410560, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 26/09/2017)

Transportando esse critério para a seara da Lei municipal nº 3.714/2003, **a pena de multa seria agravada em 1/5 para cada uma das cinco circunstâncias desfavoráveis previstas no art. 5º daquele diploma e eventualmente incidentes no caso concreto.**

Na hipótese de normas internas ou de o próprio julgador apontarem outras circunstâncias relevantes que devam ser valoradas, a fração de aumento seria indicada pela soma das circunstâncias não tipificadas às cinco circunstâncias legalmente previstas, a ser efetuada no denominador da fração. Exemplificativamente, se o julgador entender que, além das cinco circunstâncias tipificadas, mais uma deva ser valorada, perfazendo-se o total de seis circunstâncias, a fração de aumento para cada circunstância desfavorável será de 1/6.

Trata-se, contudo, apenas de um ponto de partida; da adoção de mais um critério norteador, dentre outros, que possa tornar mais objetiva e, sobretudo, justa, a aplicação da sanção de multa por esta Colenda Corte de Contas.

Não se cuida, assim, de critério determinante ou exato, de modo que é plenamente facultado a esta Corte, no exercício de discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior ou menor desvalor da conduta do responsável, como também assentado pelo STJ⁴.

Por fim, para a utilização da sistemática da 1ª fase da dosimetria da pena do Direito Criminal na aplicação das penas de multa no âmbito deste Tribunal, objetivando o cumprimento de direitos individuais fundamentais fixados pela Constituição, pequena adequação se faz

⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. (...).

1. No silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina entendem como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. **Todavia, trata-se de patamar meramente norteador e não determinante ou exato, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.**



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

necessária. A necessidade de ajuste não decorre, de maneira alguma, de diferenças ontológicas ou de incompatibilidades entre os sistemas, mas apenas de questões de política normativa.

Isso porque, no Direito Penal, o patamar mínimo da pena, à semelhança do patamar máximo, possui relação com a gravidade em abstrato da infração. Por exemplo: o crime de lesão corporal leve possui pena mínima de detenção de **3 meses** (art. 129, *caput*, CP). Já no crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP), indubitavelmente mais grave, a pena mínima é de **4 anos** de reclusão.

Portanto, no Direito Penal, a pena mínima varia de acordo com a reprovabilidade em abstrato da conduta sancionada, constituindo importante parâmetro para a dosimetria da pena em concreto. Com efeito, na fase de fixação de pena-base, cuja metodologia se pretende transportar para a seara deste TCM, as frações de aumento aplicáveis em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis incidem sobre o *quantum* da pena mínima.

Já na norma de regência da aplicação de multa pelo TCMRJ (art. 239 do RITCMRJ), a pena mínima para qualquer conduta, independentemente de sua gravidade, foi invariavelmente fixada em 1% sobre o valor máximo da multa.

Assim, o valor mínimo da multa não tem relação com a gravidade da infração e, portanto, não se mostra idôneo a figurar como parâmetro de dosimetria da pena, de modo que as frações de aumento aplicáveis em razão da presença de circunstâncias desfavoráveis não devem incidir sobre o mínimo de pena. Ao contrário, propõe-se que as frações de aumento incidam sobre o intervalo entre o mínimo e o máximo de pena, esse sim parâmetro relacionado à gravidade da conduta e adequado, portanto, a ser utilizado no processo de quantificação e individualização da sanção.

Da Fixação da Pena

Voltando as atenções para o caso sob apreciação e tendo em conta os parâmetros jurisprudenciais acima expostos, bem como as circunstâncias previstas no art. 5º da Lei municipal 3.714/2003, vislumbra-se como ocorrências desfavoráveis ao imputado: **(i)** o fato de a conduta omissiva ter-se operado no exercício de suas funções; **(ii)** o grau de instrução dos agentes, que são engenheiros; e **(iii)** suas elevadas qualificações funcionais, haja vista ocuparem os postos de Diretor-Presidente e de Diretor de Projetos da Fundação.

A ação e a omissão ilícitas perpetradas no exercício da função pública devem ser valoradas desfavoravelmente ao agente, ocasionando o agravamento da sanção no caso



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

concreto, uma vez que, das pessoas às quais foi confiada parcela do múnus público, exige-se observância qualificada aos ditames do ordenamento jurídico.

Quanto ao grau de instrução do agente entende-se que deve incidir no caso concreto, pois, considerada a natureza da infração (deficiência grave de Projeto Básico, aprovado sem o conhecimento do local que receberia a intervenção), o grau de instrução e a formação técnica dos agentes, que frise-se, são engenheiros, tem relação direta com a capacidade dos mesmo de vislumbrar o fato em tela como **erro grosseiro**.

De toda sorte, a elevada qualificação funcional não deve servir, no caso concreto, como fator de aumento da pena. Essa conclusão decorre das diretrizes extraídas do art. 22, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), segundo o qual as circunstâncias práticas que eventualmente houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou omissão dos agentes devem ser consideradas na decisão sobre a regularidade da conduta. Em que pese não ser suficiente para afastar a reprovabilidade da omissão (era exigível conduta diversa), as elevadas posições ocupadas pelos imputados, tendo em vista o elevado número de atribuições, se mostram, na prática, circunstância potencialmente dificultadoras de uma atuação mais técnica e de uma análise pormenorizada de cada projeto.

Dessa forma, presentes 2 circunstâncias desfavoráveis previstas na Lei 3.714/2003 e não vislumbrada qualquer outra circunstância atípica relevante para a dosimetria da pena, a fração de aumento deve corresponder a 2/5 do intervalo entre os patamares mínimo e máximo da multa.

Por outro lado, consoante art. 239, III, do Novo RITCMRJ⁵, o patamar de apenação é estabelecido entre 1% e 100% do valor previsto no art. 3º, *caput*, da Lei 3.714/2003, atualizado pela Resolução TCMRJ nº 1.072, de 07 de janeiro de 2020⁶, para o montante de R\$ 47.633,11.

Assim, o mínimo valor da multa seria de R\$ 476,33 e o máximo valor chegaria a R\$ 47.633,11, encontrando-se, entre eles, a diferença de R\$ 47.156,78, sobre a qual deverá incidir a fração de aumento de 2/5, obtendo-se, pois, o valor de aumento de R\$ 18.862,70.

Como última operação, resta somar ao valor mínimo de R\$ 476,33 (1%), o valor de aumento acima apurado, de R\$ 18.862,70, chegando-se ao **valor final da multa de R\$**

⁵ Art. 239. O Tribunal poderá aplicar a multa, com base na UFIR-RJ ou em outro índice oficial de unidade fiscal de referência que venha a substituí-la, o máximo previsto no caput do art. 3º da Lei nº 3.714, de 2003, concedido o direito ao contraditório e à ampla defesa, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte graduação: (...)III – ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, inclusive decorrente de editais de licitação, de que resulte ou possa resultar dano ao erário, no valor compreendido entre um e cem por cento do montante referido no caput;

⁶ Art. 1º Fixar em R\$ 47.633,11 (quarenta e sete mil, seiscentos e trinta e três reais e onze centavos), para o exercício de 2020, o valor máximo da multa a que se refere o art. 3º da Lei 3714, de 17 de dezembro de 2003.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

19.339,03, o qual entendo, por ora, **adequado e suficiente à punição e à prevenção da infração.**

Conclusão

Diante de todo o exposto, **voto**, em conformidade com o Corpo Instrutivo, para, em função do descumprimento do art. 7º, § 2º, inciso I c/c art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 e do descumprimento da Deliberação TCMRJ nº 235/2017, aplicar multa correspondente a **R\$ 19.339,03 (dezenove mil trezentos e trinta e nove reais e três centavos)** para cada um dos citados, quais sejam, **Sr. Herbem da Silva Maia**, presidente da GEO-RIO que aprovou um Projeto Básico desatualizado e autorizou a licitação sem que fossem verificados os condicionantes atuais do local de intervenção, e **Sr. Luiz Otávio Martins Vieira**, responsável técnico pelo projeto e signatário de todas as plantas desde o primeiro envio ao TCMRJ.

Ressalte-se, por fim, que os responsabilizados deverão, nos termos dos arts. 65 da LOTCMRJ e 179 do RITCMRJ, ser notificados para, no prazo estabelecido no art. 177, III, alínea “a”, do Regimento Interno, qual seja, 30 (trinta dias), efetuar o recolhimento.

O recolhimento deverá ser realizado por meio de geração do Documento de Arrecadação de Receitas Municipais (DARM-Rio), disponível no sítio eletrônico <http://dief.rio.rj.gov.br/smf/darmrioweb>, sob o código de receita nº 804-4 (Rendas Diversas), e a cópia do comprovante de recolhimento deverá ser apresentada, no prazo de 30 dias da ciência, na Secretaria das Sessões desta Corte de Contas.

Conforme preconiza o art. 65 da LOTCMRJ, expirado o prazo de 30 dias, sem manifestação do responsável, o Tribunal autorizará a cobrança judicial da dívida por intermédio da Procuradoria Especial, junto à Procuradoria Geral do Município. Lembrando que o débito imputado por esta Corte, de acordo com o parágrafo 3º, do art. 71, da Constituição da República tem eficácia de título executivo.

Sala das Sessões, de de 2020.

Felipe Galvão Puccioni
Conselheiro-Relator



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

ACÓRDÃO Nº xx/2020

- 1 – Processo nº:** 40/000.529/2019
- 2 - Assunto:** Aplicação de Multa.
- 3 – Responsáveis:** Sr. Herbem da Silva Maia e Sr. Luiz Otávio Martins Vieira
- 4 – Unidade Administrativa:** Fundação Instituto De Geotécnica Do Município Do Rio De Janeiro –GEO-RIO
- 5 – Relator:** Conselheiro Felipe Galvão Puccioni.
- 6 – Parecer da Procuradoria Especial:** Procurador-Chefe Carlos Henrique Amorim Costa.
- 7 – Unidade Técnica:** 7ª Inspeção-Geral de Controle Externo.
- 8 – Ata nº /2020 – Plenário**
- 9 – Data da Sessão:** / /2020
- 10 – Acórdão nº xx /2020**

EMENTA:

ANÁLISE DE EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA DA FUNDAÇÃO INSTITUTO DE GEOTÉCNICA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO –GEO-RIO. INSTAURAÇÃO DE LICITAÇÃO SEM TODOS OS ELEMENTOS DESCRITOS NO ART. 6º, IX, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. PROJETO BÁSICO DEFICIENTE. ILEGALIDADE DE NATUREZA FORMAL. MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os autos que compõem o Processo nº 40/000.529/2019, que trata da análise da resposta do Sr. Herbem da Silva Maia e do Sr. Luiz Otávio Martins Vieira, que, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CRFB/1988, realizaram todas as alegações em matéria de defesa quanto à sua responsabilidade na condução da Concorrência Pública GEO-RIO nº 03/2018, e



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

CONSIDERANDO as competências fixadas nos incisos VII, VIII e XVI do art. 3º, da Lei Municipal nº 289, de 25 de novembro de 1981, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 82, de 16 de janeiro de 2007;

CONSIDERANDO que, nos termos do Inciso I, do Art. 6º da Lei Municipal nº 289, de 25 de novembro de 1981, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 82, de 16 de janeiro de 2007, a jurisdição do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro abrange “qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o Inciso II do Art. 3º, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais o Município responda ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária”, e que, nos termos do Inciso V do mesmo artigo, estende-se a “todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei”;

CONSIDERANDO que, por força do Art. 178 do Regimento Interno desta Corte de Contas, “as decisões definitivas que impuserem multa, bem como as condenatórias dos responsáveis em débito, tornam a dívida líquida e certa e têm força executiva”;

CONSIDERANDO que se comprova nos autos o pleno cumprimento do que determinam o inciso LV, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO que a 7ª Inspeção-Geral de Controle Externo concluiu que os não lograram demonstrar que o projeto básico que balizou a Concorrência Pública GEO-RIO nº 03/2018 contemplou estudos de forma prévia à licitação, contrariando o inciso IX do art. 6º da Lei 8.866/93, a Resolução nº 361 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA e a Orientação Técnica do IBRAOP – OT IBR 01/2006, de observação obrigatória pela Prefeitura em virtude da Deliberação TCMRJ nº 235/2017;

CONSIDERANDO que a Procuradoria Especial opinou pela aplicação das sanções previstas nos arts. 239, III e 243 do Regimento Interno do TCMRJ aos Srs. Herbem da Silva Maia e Luiz Otávio Martins Vieira, Presidente da GEO-RIO (agente que aprovou o Projeto Básico) e subscritor das plantas e ARTs de projeto, respectivamente, em razão da grave infração à norma legal inserida no art. 7º, § 2º, inciso I c/c art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 e à Deliberação nº 235/2017 do TCMRJ, nos moldes da Lei nº 3.714/2003, e pelo prosseguimento do Certame, em razão dos interesses envolvidos, sem prejuízo de aplicação à Jurisdicionada das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 3º da Lei nº 3.714/2003, e nos incisos III e IV do art. 239 do Regimento Interno do TCMRJ;

Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, reunidos em Sessão Plenária Ordinária na data de / /2020, em consonância com os termos do Voto nº 447/2020, do Exmo. Sr. Conselheiro Felipe Galvão Puccioni,

ACORDAM:

Pela rejeição das razões de defesa apresentadas a este Tribunal pelos Srs. **Herbem da Silva Maia e Luiz Otávio Martins Vieira**, decidindo-se em razão do contido e nos termos do Voto nº 447/2020 - FGP, da lavra do Exmo. Sr. Conselheiro Felipe Galvão Puccioni, pela



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica

aplicação de multa, correspondente ao valor de **R\$ 19.339,03 (dezenove mil trezentos e trinta e nove reais e três centavos)** para cada um dos citados

Observe-se que, conforme preconiza o art. 63 da LOTCMRJ, bem como o art. 14, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno desta Corte de Contas, caso o voto em questão seja aprovado em Plenário, a decisão deverá ser formalizada por Acórdão, que ora submeto ao Colegiado na forma da minuta em anexo.

Ressalte-se, por fim, que o responsabilizado deverá, nos termos do art. 65 da LOTCMRJ, ser notificado para, no prazo estabelecido no art. 177, III, alínea “a”, do Regimento Interno, qual seja, 30 (trinta dias), efetuar o recolhimento.

O recolhimento deverá ser realizado por meio de geração do Documento de Arrecadação de Receitas Municipais (DARM-Rio), disponível no sítio eletrônico <http://dief.rio.rj.gov.br/smf/darmrioweb>, sob o código de receita nº 804-4 (Rendas Diversas), e a cópia do comprovante de recolhimento deverá ser apresentada, no prazo de 30 dias da ciência, na Secretaria das Sessões desta Corte de Contas.

Conforme preconiza o art. 65 da LOTCMRJ, expirado o prazo de 30 dias, sem manifestação do responsável, o Tribunal autorizará a cobrança judicial da dívida por intermédio da Procuradoria Especial, junto à Procuradoria Geral do Município. Lembrando que o débito imputado por esta Corte, de acordo com o parágrafo 3º, do art. 71, da Constituição da República tem eficácia de título executivo.

FELIPE GALVÃO PUCCIONI
Conselheiro-Relator

THIERS VIANNA MONTEBELLO
Presidente

CARLOS HENRIQUE AMORIM COSTA
Procurador-Chefe da Procuradoria Especial



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHEIRO FELIPE PUCCIONI
GCS-7

Processo: 040/000529/2019

Data: 04/04/2019 Fls

Rubrica
