TC 263/2015

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SEHAB. Obras de Saneamento, Proteção Ambiental e Recuperação da Qualidade das Águas e urbanização de favelas. 1. Direito ao meio ambiente equilibrado. Direito a qualidade de vida. Tutela dos direitos fundamentais. Art. 225, CF/88. 2. Empenhamento parcelado. Dec. Mun. 52.934/12. Precedentes. REGULARES. Votação unânime.

TCs citados 917/2009 e 926/2009.

3.053ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 3.052ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares a Concorrência 07/13/2012-SEHAB, o Contrato 027/2012-SEHAB e os Termos de Aditamento 01/2013 e 02/2014.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao DD. Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo em atenção ao por ele requerido.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Ausente, momentaneamente, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de agosto de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise da Concorrência 07/13/2012-SEHAB e do Contrato 027/2012-SEHAB, dela decorrente, firmado entre a Secretaria Municipal de Habitação – SEHAB e o Consórcio Recuperação Ambiental, – (constituído pelas empresas Construbase Engenharia Ltda. e Engeform Construções e Comércio Ltda.) –, para a execução de obras do Programa de Saneamento, Proteção Ambiental e Recuperação da Qualidade das Águas em Áreas Degradadas de Manancial Hídrico das Bacias Guarapiranga e Billings, Urbanização de Favelas e Regularização de Loteamentos Precários – Lote 07, no âmbito da Secretaria, integrada pela Superintendência de Habitação Popular – HABI, Programa Mananciais e Departamento de Regularização de Parcelamento do Solo – RESOLO, no valor inicial de R$ R$395.771.907,60 (trezentos e noventa e cinco milhões, setecentos e setenta e um mil, novecentos e sete reais e sessenta centavos).

Analisam-se, igualmente, os seguintes Termos de Aditamento:

I) 01: lavrado para adoção:

a) da planilha orçamentária de fls. 9.365 a 9.498 do Processo Administrativo 2011-0.358.993-4, sem alteração do valor contratual e com a inclusão de serviços necessários;

b) do cronograma financeiro de fl. 9.500 do mesmo Processo;

II) 02: celebrado para:

a) adoção de planilha orçamentária de fls. 12.793/12.942 e 13.061/13.089 do já referido Processo, com a inclusão de serviços necessários;

b) admissão do cronograma financeiro de fl. 13.251 do mesmo Processo;

c) alteração do valor contratual para R$402.599.267,82 (quatrocentos e dois milhões, quinhentos e noventa e nove mil, duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e dois centavos), representando acréscimo de R$6.827.360,22 (seis milhões, oitocentos e vinte e sete mil, trezentos e sessenta reais e vinte e dois centavos), o que corresponde a 1,73% do valor inicial.

Inicio ressaltando que previamente foi realizado Procedimento voltado à Pré-Qualificação de empresas para participação na Concorrência mencionada, tendo sido capacitados 08 (oito) Consórcios.

No começo da instrução, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou irregulares os Ajustes pelos seguintes motivos:

I) Na Concorrência 07/13/2012-SEHAB:

a) Ausência de reserva do valor a ser despendido, em afronta ao disposto no artigo 2º, inciso VII[1], do Decreto 44.279/03;

II) No Contrato 027/2012-SEHAB:

a) Empenhos 112794 e 112797, no valor total de R$1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais), emitidos em 31 de outubro de 2012, atenderam somente ao primeiro mês do Contrato, infringindo o artigo 61[2] da Lei 4.320/64;

b) Emissão em 29 de dezembro de 2012 das Notas de Empenho 121365 e 121366, no montante de R$10.000.000,00 (dez milhões de reais), para cobrir as despesas do último mês do ano, infringindo, igualmente o dispositivo referido no item anterior;

III) No Termo de Aditamento 01:

Divergência entre os valores da planilha orçamentária e do cronograma financeiro, apresentados para sua elaboração, com valores superiores no último documento mencionado;

a) Ausência no Processo Administrativo correspondente dos documentos fiscais das Consorciadas no momento da sua assinatura;

b) Publicação extemporânea efetivada em 26 de setembro de 2013, embora tenha sido o instrumento assinado em 31 de julho do mesmo ano, em afronta ao artigo 26[3] da Lei 13.278/02;

IV) No Termo de Aditamento 02:

a) Ausência no Processo Administrativo respectivo do comprovante da efetivação do Complemento da Garantia Contratual, referente ao acréscimo do valor contratual, em desrespeito ao item 5.5[4] do Contrato;

b) Certidão Negativa de Débitos Tributários da Dívida Ativa do Estado de São Paulo, em nome da Construbase Engenharia Ltda. (fl. 557)

---

[1] **Art. 2º** "O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: (...) **VII** - indicação da disponibilidade orçamentária".

[2] **Art. 61.** "Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria".

[3] **Art. 26**. "O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura".

[4] **Item 5.5 do Contrato**: "A Garantia Contratual deverá ser complementada sempre que houver alteração do valor contratual".

foi emitida em 05 de março de 2014, com validade de 30 (trinta) dias, sendo certo que o Aditamento foi celebrado em 29 de maio de 2014;

c) Certificado de Regularidade do FGTS-CRF, da Engeform Construções e Comércio Ltda., de fl. 565, tinha vigência até 27 de maio de 2014, anteriormente à sua lavratura;

d) Publicação efetivada em 03 de julho de 2014, a partir da assinatura em 29 de maio, em ofensa ao artigo 26 da Lei 13.278/02.

Na sequência, a Assessoria Jurídica de Controle Externo concordou com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e entendeu irregulares os Ajustes, relevando, porém, a falha relativa à publicação extemporânea dos Termos de Aditamento, já que a finalidade pública foi alcançada com sua divulgação. Em razão da competência, acrescentou ao posicionamento daquele Órgão Técnico as seguintes ponderações:

I) Concorrência: houve desobediência também ao artigo 38, *caput*[5], da Lei 8.666/93, pela não comprovação de realização do Empenho antes do início do Certame;

II) Contrato: a emissão do Empenho deve ser anterior à execução dos serviços, de modo que, no caso concreto, as respectivas Notas foram extemporaneamente emitidas;

III) Termos de Aditamento:

a) Documentos Fiscais: são imprescindíveis e devem ser apresentados pelas empresas no momento da Contratação, sendo que o descumprimento do estabelecido gera infringência aos artigos 195, § 3º [6] da Constituição Federal e 1º[7] da Lei 11.184/92, combinado com o 47, inciso I, alínea "a"[8] da Lei 8.212/91 e 2º[9] da Lei 9.012/95. Além disso, não foi mantida a condição de

---

[5] **Art. 38.** "O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)".

[6] **Art. 195.** "(...). **§ 3º** - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios".

[7] **Art. 1º.** "A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social não poderá contratar com o Poder Público Municipal nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. **Parágrafo único**. A caracterização da situação de débito será determinada pela lei federal aplicável à espécie".

[8] **Art. 47.** "É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: **I** - da empresa: **a)** na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele".

[9] **Art. 2º**. "As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública".

habilitação da Contratada quando da assinatura dos Termos, em afronta ao artigo 55, inciso XIII[10] da Lei 8.666/93;

b) Garantia Contratual: deve ser apresentada com o Termo Inicial e também em novos períodos ajustados, a fim de se preservar a segurança e a estabilidade das relações contratuais.

Sugeriu, por fim, na voz do Assessor Subchefe, o pronunciamento da Secretaria, dos Responsáveis e da Contratada, o que foi por mim deferido, na forma do despacho de fls. 653/654.

Nesse diapasão, Construbase Engenharia Ltda., na qualidade de líder do Consórcio Recuperação Ambiental, aduziu que as irregularidades apontadas na Concorrência e no Contrato são de responsabilidade da Contratante. Considerou exata a planilha orçamentária de fls. 9.365 a 9.498, do Processo Administrativo, na forma como foi redigida a Cláusula Primeira do Termo de Aditamento 01, ou seja, sem alteração do valor, mas com a inclusão dos serviços necessários. Asseverou, de outro lado, que o Cronograma Financeiro é elaborado pela Contratante, em conformidade com a capacidade de pagamento estimado em seu orçamento anual, cabendo à Contratada apenas a ele anuir, sendo certo que a discrepância de valores informada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no montante de R$4.350.000,00 (quatro milhões, trezentos e cinquenta mil reais), refere-se à previsão de reajuste (fl. 680). Juntou, por outro lado, as Certidões Fiscais das empresas que compõem o Consórcio válidas para a época de assinatura do Termo de Aditamento 01 às fls. 681/687 e apresentou demonstrativo relacionado à Garantia Contratual correspondente ao Termo de Aditamento 02, no valor de R$341.368,01 (trezentos e quarenta e um mil, trezentos e sessenta e oito reais e um centavo), referente ao período de 29/05/14 a 30/05/16, e cópias de fls. 688/702 do Memorando 048/SGAF-1/SEOF/2014, para recolhimento da caução e da Apólice de Seguro datada de 03/10/14, com vigência retroativa a 29/05/14, dando garantia total ao Aditamento. Defendeu que as empresas formadoras do Consórcio apresentaram Certidões Fiscais válidas, trazendo, além disso, Certidão Negativa de Débitos Tributários da Dívida Ativa do Estado de São Paulo, apresentada por Construbase e válida até 29/05/14 às fls. 704/705 e o Certificado de Regularidade do FGTS da Engeform, vigente na assinatura do Termo de Aditamento.

Por sua vez, José Frederico Meier Neto, após alongado preâmbulo, sustentou-se no informado pela Secretaria de que havia Orçamento previsto para a Contratação e que o despacho de autorização correspondente indicava existirem condições para prosseguimento, em que pese não tenha sido processado o documento denominado "Reserva Orçamentária". Asseverou que a Pasta se submetia ao sistema de liberação de cotas mensais instituído pela Secretaria de Planejamento – SEMPLA para a gestão orçamentária, defluindo daí que, embora houvesse prévia reserva para o exercício inteiro, a disponibilização dos recursos deveria seguir o cronograma financeiro imposto pela Administração,

[10] **Art. 55.** "São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) **XIII -** a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".

obrigando que o empenho e a quitação dos valores obedecessem à disponibilidade mensal de cotas. Argumentou que havia previsão para o cumprimento do cronograma para o caso em tela, ou seja, para a totalidade do exercício, mas ocorreu uma revisão orçamentária pilotada pela SEMPLA, repercutindo no planejamento de um modo geral e consequentemente no Ajuste em pauta.

Por essa razão foi empenhado apenas o necessário para o primeiro mês, sendo que os valores dos meses subsequentes foram sendo liberados pela Secretaria de Planejamento. De outro lado, defendeu que a liberação em cotas financeiras tornou-se praxe na Administração, mas que, no caso concreto, os valores foram quitados, não resultando prejuízo. Também aduziu que se aplicava à questão dos Empenhos Extemporâneos, o artigo 3º[11] do Decreto 52.087/11, que fixou normas referentes à execução orçamentária e financeira para o exercício de 2011, e a Informação 610/2010 da Procuradoria Geral do Município. Por outro lado, afirmou que a Secretaria solicitara a reserva de recursos para o exercício de 2010, porém, quando o orçamento foi publicado, ocorreu a necessidade de liberações futuras de recursos.

Trouxe jurisprudência desta Corte destacando processos em que os efeitos financeiros foram aceitos apesar de irregularidades relativas à emissão de Nota de Empenho. Requereu, por fim, fossem julgados regulares a Concorrência e o Contrato, sem aplicação de multa, por não se vislumbrar dano ao Erário, dolo ou má-fé dos agentes.

De outra parte, José Floriano Marques de Azevedo, devidamente oficiado, deixou transcorrer *"in albis"* o prazo para defesa, enquanto a Secretaria Municipal de Habitação limitou-se a encaminhar cópia da defesa da Contratada, já sintetizada neste Relatório. Intervindo nos autos mais uma vez, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, agora para analisar as defesas anexadas, aceitou as Certidões Fiscais apresentadas pela Contratada e o comprovante da Garantia Contratual, relacionadas aos Aditamentos, considerando sanados tais apontamentos mantendo, no entanto, os demais.

No seu âmbito, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu sanadas as impropriedades destacadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e também a referente à publicação extemporânea dos Ajustes, por constituírem falhas formais. Em razão do princípio da acessoriedade, opinou pela irregularidade dos Aditamentos, uma vez que considerou irregulares a Licitação e o Contrato.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de início reportou-se às razões de defesa colacionadas pela Pasta, para, na sequência, asseverar que o Edital e o Procedimento Licitatório se pautaram pela transparência, não sendo verificada qualquer impugnação aos atos praticados. Aduziu que o Certame contou

[11] **Art. 3º** "A execução da despesa orçamentária da Administração Direta, inclusive os Fundos Especiais, e da Administração Indireta, inclusive Empresa Estatal Dependente, obedecerá aos valores das Cotas Orçamentárias, cujo valor inicial será publicado oportunamente por meio de portaria intersecretarial das Secretarias Municipais de Finanças e de Planejamento, Orçamento e Gestão".

com diversos participantes e que os atos respectivos não foram objeto de contestação, alegando existirem argumentos em prol da Secretaria aptos a relevar eventuais impropriedades.

Em razão da inexistência de dano ao Erário e de qualquer irregularidade substancial que pudesse macular os Instrumentos ponderou que milita em favor dos agentes públicos a presunção de boa-fé de seus atos. Requereu, então, o acolhimento da Concorrência, do Contrato e dos Termos de Aditamento ou, subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos.

A Secretaria Geral, por seu turno, corroborou o entendimento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo opinando, igualmente, pela irregularidade dos Instrumentos em análise.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente é preciso destacar que as ações tratadas neste TC – obras do Programa de Saneamento, Recuperação da Qualidade das Águas e Urbanização de Favelas – estão diretamente ligadas aos direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que a Constituição Federal, no tocante a este último, prescreve:

> "**Art. 225.**
> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Trata-se, a este passo, consoante lição de José Afonso da Silva, de proteção à "qualidade do meio ambiente, em função da qualidade de vida".

Leciona o ilustre Mestre:

> *"Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso – um imediato – que é a qualidade do meio ambiente – e outro mediato – que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizados na expressão "qualidade de vida".*

O artigo sob nossas vistas declara que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado". Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente.

O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é a qualidade de vida satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em bem jurídico. Isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida".[12]

É inegável que o Programa de Saneamento, Proteção Ambiental e Recuperação da Qualidade das Águas em Áreas Degradadas de Manancial Hídrico das Bacias Guarapiranga e Billings, Urbanização de Favelas e Regularização de Loteamentos, de que se trata, é integrado por ações a serem implementadas pelo Poder Público – no caso o Município de São Paulo, visando à preservação do meio ambiente, à solução do problema de moradia, tudo para garantir a qualidade de vida da população.

É, então, com base nesse panorama maior, de tutela dos direitos fundamentais à sadia qualidade de vida e à moradia, que a matéria merece ser analisada, motivo pelo qual relevo o apontamento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle relativo à Concorrência – ausência de reserva do valor a ser despendido –, acolhendo, ainda, os argumentos de José Frederico Meier Neto, no sentido de que apesar de não ter emitido a "Nota de Reserva Orçamentária", o Orçamento comportava a despesa para a Contratação.

No que pertine ao Contrato, restou comprovado que os Empenhos emitidos em 31/10/2012 atenderam ao primeiro mês do Contrato e os efetivados em 20/12/2012 cobriram as despesas de dezembro.

Em relação ao tema, em Declaração de Voto por mim proferida no julgamento englobado dos e-TCMs 917/2009 e 926/2009, defendi que "*apesar de não considerar adequada a conduta adotada* [de emissão de Empenho apenas para o primeiro mês e não para cobrir todas as despesas do exercício], *entendo que a impropriedade pode ser dada por superada, eis que a realização de empenhos mês a mês atualmente vem sendo utilizada pela Administração, com implantação do sistema de cotas nos decretos de execução orçamentária, as quais são liberadas segundo a disponibilidade de caixa, sanando, assim, o problema recorrente de empenhamento parcelado".*

Nesse sentido, acolho os argumentos apresentados por José Frederico Meier Neto para igualmente considerar superada a questão, mas o faço por entender que se aplica à espécie o Decreto 52.934/12, que fixou normas de execução orçamentária e financeira para o exercício de 2012 e não o de 52.087, arguido pelo Responsável, este referente a 2011, já que o Contrato em comento fora assinado em 2012.

Relativamente ao Termo de Aditamento 01, remanesce o apontamento acerca da divergência entre os valores constantes da planilha orçamentária e os do cronograma financeiro utilizados para a elaboração do

[12] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 834-835.

Instrumento, impropriedade, entretanto, insuficiente para gerar a declaração de irregularidade do Ajuste, estando, ainda, sanada a atinente à apresentação dos documentos fiscais para a assinatura do Termo, conforme apontado no Relatório.

Quanto ao Termo de Aditamento 02, foram sanadas as impropriedades concernentes ao complemento da garantia contratual e à necessidade de comprovação da regularidade fiscal da Contratada, com a apresentação dos documentos respectivos.

Por fim, no tocante à publicação extemporânea dos Ajustes, entendo tratar-se de impropriedade formal, que pode ser relevada, o que ora faço, posto que, apesar da intempestividade, foi observado o princípio da publicidade dos atos da Administração.

Considero, pois, sanados todos os questionamentos formulados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo no que concerne aos Ajustes.

Por todo o exposto, julgo regulares a Concorrência 07/13/2012-Sehab, o Contrato 027/2012-Sehab e os Termos de Aditamento 01 e 02.

Encaminhe-se cópia do relatório, voto e Acórdão ao DD.

Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo em atenção ao por ele requerido.

É o voto.