TC 361/2009

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SVMA. Serviços e obras de implantação do Parque Linear da Consciência Negra. 1. Justificada a execução do gradil em desacordo com o projeto original. 2. Atrasos decorrentes de eventos da natureza. REGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 2.560/2015 e 2.561/2015.

15ª Sessão Ordinária Não Presencial

D E C I S Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regular a execução do Contrato 057/SVMA/2008, no período de 15/08/2008 até 27/02/2009.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, determinar que a Pasta fiscalize com mais rigor os ajustes a seu cargo.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do Acompanhamento da Execução do Contrato nº 057/SVMA/2008, firmado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio

Ambiente - SVMA e FM Rodrigues & Cia Ltda., para a prestação de serviços e obras de implantação do Parque da Consciência Negra, no valor de R$ 2.211.888,68 (dois milhões, duzentos e onze mil, oitocentos e oitenta e oito reais e sessenta e oito centavos).

A Concorrência n.º 09/SVMA/2008 da qual decorreu o Contrato, ele próprio e seus Termos Aditivos foram julgados regulares por esta Casa no TC n.º 72.002.915/08-71.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisou o desenvolvimento do Ajuste no período de 15/08/2008 até 27/02/2009 e, em seu Relatório preliminar, concluiu que seu objeto principal não foi realizado a contento e com atraso e, apesar disso a Pasta não promoveu a devida fiscalização. Pontuou as seguintes irregularidades e impropriedades:

1. No processo de pagamento referente ao mês de Dezembro/08 não foi apresentada pela Contratada a declaração exigida no item "m" da subcláusula 5.1.1, o que determinaria a aplicação de multa de 2,5% do valor do Contrato, nos termos da subcláusula 10.2.5;

2. Não foi feita a designação dos engenheiros na forma prevista nas subcláusulas 9.2.1 e 9.2.3, o que resultaria na aplicação de multa de 2,5% do valor ajustado, conforme subcláusula 10.2.5;

3. O item contratual 17.01.32 – gradil de ferro perfilado tipo parque com mureta foi executado em desacordo com o indicado no Anexo I.A. do Edital o que, também, geraria a multa de 2,5% do valor do Contrato, nos termos da subcláusula 10.2.5;

4. Não foram adotados procedimentos para a retificação do Decreto n.º 48.953/07 para corrigir o total da área ocupada pelo Parque;

5. Não foram adotadas pela Secretaria providências previstas contratualmente para intimar a Contratada a respeito do atraso dos serviços e consequente adequação ao cronograma das obras;

6. A Pasta não cobrou definição da SABESB acerca da solução a ser dada ao irregular despejo de esgoto, a céu aberto, na área do Parque.

A Pasta, devidamente oficiada, justificou que o atraso nas obras se deu por questões alheias e independentes da sua atuação e fiscalização, conforme se concluiu da solicitação de Aditamento Contratual que fez anexar. Afirmou que foram apresentados os documentos no processo de medição de dezembro e que, especialmente nesta não foram executados itens que necessitassem da apresentação da declaração de fornecimento de produtos minerários ou de madeira de origem nativa, por isso foi entendido que a documentação estaria completa.

Acerca da designação de preposto da obra e dos engenheiros, confirmou que os profissionais foram designados após a Ordem de Inicio dos serviços, de acordo com a necessidade e desenvolvimento das tarefas, sendo que o engenheiro agrônomo ainda não havia sido designado, pois o paisagismo teria começado em fevereiro de 2009. Explicou que encontrou dificuldade para a fixação da barra de travamento do gradil especificado, por isso foi feito de forma diversa, mas a estaria consertando conforme detalhe mencionado no Anexo IA. Ponderou que o acréscimo da área em relação ao que constou no Decreto de criação do Parque não altera o valor do Contrato e já havia sido justificado por meio do Ofício n.º 073/DEPAVE 1/2009, sendo que tal Diploma será retificado no momento oportuno.

Afirmou que foram tomadas providências em relação à Contratada no que se refere ao cumprimento do cronograma e que em nenhum momento deixou de manter tratativas com ela para a entrega de documentos e cumprimento de prazos. Por fim, relatou que em setembro de 2008 foi realizada vistoria técnica pela SABESP para solucionar a questão do despejo irregular de esgoto, oportunidade em que ficou acordado que seriam realizados estudos para a sua captação. Sem solução até janeiro de 2009, outra reunião foi realizada, no sentido de que o problema fosse resolvido com urgência.

Avaliando os argumentos apresentados, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ponderou que os esclarecimentos da Pasta não contribuíram para alterar a conclusão pela irregularidade da Execução do Ajuste, apesar de aceitar as ARTs – Anotações de Responsabilidade Técnica como indicativos de haver engenheiros responsáveis pelo acompanhamento dos serviços.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, acompanhando o posicionamento da Auditoria, registrou que os apontamentos trazidos impedem o acolhimento da Execução Contratual.

Na sequência determinei a intimação de Edimilson Peres Castilho, indicado como responsável pela fiscalização dos serviços e obras contratados. Sua defesa foi encartada aos autos às fls. 258/300, na qual alegou que sempre manteve tratativas com a Contratada e cobrava a entrega de documentação e atendimento aos prazos; que comparecia constantemente na obra para verificação dos serviços, oportunidade em que registrava no Diário de Obras o que fora executado, porém fatores alheios e justificáveis impuseram o atraso; que a declaração exigida no item “m” da subcláusula 5.1.1 foi apresentada no processo de medição de dezembro; que por meio do Memorando n.º 83/2009 foi solicitada a retificação do Decreto de criação do parque, no que se refere à sua área; que a SABESP atendeu as solicitações da Pasta e, antes de sua inauguração, não havia despejo de esgoto no Parque; que todas as barras do gradil foram executadas no padrão estabelecido em Contrato.

Analisando o acrescido a SFC e a AJCE, novamente, concluíram pela irregularidade da Execução do Contrato no período abrangido,

notadamente em razão da frágil fiscalização contratual realizada acerca do cumprimento de prazos sem a aplicação de penalidades, a ausência de documentação no processo de medição, a inércia quanto à retificação do Decreto de criação do Parque e quanto à instalação do gradil em desacordo com o especificado.

De sua parte, a Procuradoria da Fazenda Municipal endossando os argumentos das defesas, requereu o acolhimento da Execução Contratual, destacando que as impropriedades apontadas são destituídas de repercussões substantivas ou materiais, comportando tão somente recomendações.

Em nova intervenção nos autos a SFC indicou, também, Elaine Pereira da Silva e Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho como responsáveis pelas irregularidades encontradas, diante do que determinei que fossem eles intimados para apresentarem defesas.

Atendendo a esses chamamentos, Helio Neves, Assessor Especial da SVMA, encaminhou manifestações acompanhadas de documentos juntados aos autos às fls. 327/334. Esclareceu que a declaração no item “m” da subcláusula 5.1.1 foi anexada, por equívoco, em outro PA que também se refere à implantação do Parque. Informou que a Contratada foi notificada para que corrija as irregularidades na execução do gradil e, diante da negativa, foi aplicada multa. Afirmou que estão sendo adotadas providências para retificação do Decreto referido. Reforçou a atuação zelosa da fiscalização do Ajuste, incluindo tratativas junto à Contratada acerca da agilidade na realização dos serviços e cumprimento de prazos.

Mais uma vez a Auditoria considerou a Execução Contratual irregular, dando por sanado, desta feita, o apontamento relacionado à declaração no item “m” da subcláusula 5.1.1.

Por outro lado a AJCE, alterando seu posicionamento, considerou que restou esclarecido o equivoco acerca da apresentação de declaração da Contratada. Entendeu, em relação à execução do gradil, que não foi feita como o projeto original em razão de necessidades de adaptações que alteraram as definições finais, que não implicaram pagamento a maior, tão pouco impediram a implantação e/ou uso do Parque. Ponderou que muitos dos problemas de atrasos decorreram de imprevistos pelos quais nem a Secretaria ou a Contratada eram responsáveis e culminaram na formalização de Termos Aditivos n.ºs 085/SVMA/2009 e 098/SVMA/2009 analisados e acolhidos por este Tribunal, tendo os envolvidos acolhidos todas as recomendações desta Casa na oportunidade. Destacou a inexistência de registros de prejuízo ao Erário ou da prática de atos de má-fé. Portanto, invocando o princípio da segurança jurídica, concluiu que a execução do Ajuste encontra-se regular ou, ao menos, que poderiam ser acolhidos seus efeitos financeiros, com a elaboração de determinações à Pasta.

A PFM novamente defendeu os atos praticados e requereu o acolhimento da Execução Contratual examinada ou, subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, corroborando o entendimento externado pela AJCE opinou pelo acolhimento da Execução Contratual.

Atendendo meu questionamento a SFC informou que a SVMA ainda não havia providenciado a retificação do Decreto 48.953/07 e que os valores apurados à fl. 207 foram revistos, perfazendo o total de R$ 55.297,22 (cinquenta e cinco mil, duzentos e noventa e sete reais e vinte e dois centavos) e que a Pasta calculou e aplicou multa em valor menor, de R$ 27.621,41 (vinte e sete mil, seiscentos e vinte um reais e quarenta e um centavos).

De sua parte a AJCE reiterou a proposta de acolhimento da Execução Contratual, registrando a existência de questões a serem dirimidas pela Administração.

Na sequência, em sede de saneamento da instrução processual, determinei a intimação da Contratada. Sua defesa foi encartada aos autos às fls. 450/466 na qual sublinhou que não existe apontamento referente à sua atuação, ou seja, a inexecução do Ajuste. Contesta a aplicação da multa que lhe foi imposta, afirmando que o valor dela está respaldado nas cláusulas contratuais.

Por minha determinação a Pasta foi oficiada mais uma vez para esclarecer sobre a diferença do valor da multa aplicada e sobre eventual retificação do Decreto n. 48.953/2007. A Secretaria, reportando-se às suas manifestações anteriores, informou que foram aplicadas multas com fundamento nas cláusulas 10.2.4 (recusa em refazer serviços) e 10.2.6 (não atendimento às determinações) nos percentuais, respectivos de 0,25% e 0,75% do valor do Contrato (2.762.141,81), totalizando o montante aplicado de R$ 27.621,41 (vinte e sete mil, seiscentos e vinte e um reais e quarenta e um centavos).

A Auditoria considerou que os fundamentos e cláusulas contratuais utilizados pela Pasta são diferentes daqueles em que se baseou e, portanto, entende que não foi atendido o Ajuste no que se refere à sua cláusula 10.2.5 (descumprimento de especificações técnicas), que resultaria em apenação em valor maior.

Por seu turno a AJCE, na fala da Assessora Jurídica Chefe de Controle Externo, registrou que o apontamento relacionado à falta de retificação do Decreto apesar de pertinente não deve ser encarado como fato a comprometer a Execução do Contrato, por extrapolar o seu objeto. A respeito da divergência de interpretação do fundamento contratual utilizado para a aplicação de multa à Contratada, ponderou que, ainda que a tipificação usada pela Pasta não tenha sido a mais adequada, por se tratar de descumprimento de apenas um item (forma de execução do gradil), seria desproporcional e excessiva a aplicação de

multa de 2,5% sobre o valor do Contrato. Finalizou opinando novamente pelo acolhimento da Execução Contratual.

Em sua última intervenção nos autos a PFM ratificou sua manifestação anterior, pleiteando o acolhimento da Execução Contratual ou, pelo menos, que sejam reconhecidos os seus efeitos financeiros.

Completando a instrução processual a Secretaria Geral, reportando-se ao seu parecer anterior e, também, à manifestação da Assessora Jurídica Chefe de Controle Externo, concluiu pelo acolhimento da Execução do Contrato no período analisado, por considerar que os apontamentos da Auditoria não comprometeram o cumprimento do Ajuste e poderiam ser tratados como determinações que o Plenário entender cabíveis.

É o relatório.

VOTO

Desde logo, acompanho o entendimento vazado nos pareceres mais atuais da AJCE e no da SG pelo acolhimento da Execução do Contrato, visto que, ao longo da instrução processual, após as intervenções da Pasta e interessados, os apontamentos iniciais da SFC foram sendo elucidados.

Com efeito, restou esclarecido o equívoco acerca da declaração da Contratada, que foi juntada em P.A. diverso, mas que trata, igualmente, da implantação do Parque da Consciência Negra. Assim como foi admitido pela Auditoria que as emissões de ART's se prestam às designações dos engenheiros exigidas contratualmente.

Os atrasos decorreram de imprevistos pelos quais nem a Secretaria ou a Contratada eram responsáveis (eventos da natureza) e culminaram na formalização de Termos Aditivos n.ºs 085/2009 e 098/2009 já analisados e acolhidos por este Tribunal no TC n.º 72.002.915/08-71, tendo os envolvidos abrigado todas as recomendações desta Casa na oportunidade.

Por seu lado, a SABESP, após contatos realizados pela Pasta resolveu a questão do despejo do esgoto antes da inauguração do Parque.

Como bem destacou a AJCE, a não retificação do Decreto de criação do Parque não afeta a execução do Contrato e é circunstância alheia à ingerência da Contratada.

A execução do gradil em desacordo com o projeto original foi justificada nas necessidades de adaptações que alteraram as definições finais, não implicaram pagamento a maior, tão pouco impediram a implantação e/ou uso do Parque e, também, gerou por parte da Administração a elaboração de

comunicados à Contratada e, por fim, aplicação de multa contratual. Por estes mesmos motivos, acrescidos da inexistência de registros de prejuízo ao Erário ou da prática de atos de má-fé, considero que os fundamentos e o valor das multas contratuais já aplicadas pela Secretaria que merecem prevalecer, em homenagem à razoabilidade e proporcionalidade.

Isto posto, e com suporte nas manifestações da AJCE e da SG, que ficam fazendo parte deste pronunciamento, **julgo regular a Execução do Contrato nº 057/SVMA/2008**, no período de 15/08/2008 até 27/02/2009, determinando que a Pasta fiscalize com mais rigor os Ajustes a seu cargo.