DECCAM-UTR-143/2024

Processo	-	TC/002351/2008
Contratante	-	Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (atual Secretaria Municipal das Subprefeituras)
Contratada	-	Engelux Comercial e Construtora Ltda.
Concorrência	-	004/SMSP/COGEL/2008
Contrato	-	023/SMSP/COGEL/2008 R$ 4.728.084,81
TA	-	1º/2008 R$ 3.252.151,87 (red. de R$ 3.252.166,31 – readequação de objeto e prorrogação de prazo)
TA	-	2º/2009 (prorrogação de prazo)
TA	-	3º/2009 R$ 3.836.644,58 (red. de R$ 2.704.547,08 – acréscimo de valor contratual)
TA	-	4º/2009 (prorrogação de prazo)
Objeto	-	Execução da obra de Construção do Parque Sete Campos e elaboração do respectivo Projeto Executivo

53ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SMSUB. Elaboração de projeto executivo e obra de construção do Parque Sete Campos. 1. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Res. TCMSP 10/2023. 2. O objeto e as providências básicas, prévias e necessárias, para bem planejar o certame, não foram identificados, o que culminou em uma cadeia de irregularidades que podem ter colocado em risco o erário. PRESCRIÇÃO. IRREGULARES. Votação unânime.

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, reconhecer em sede preliminar e "ex officio", a ocorrência da prescrição nestes autos, contudo, apenas sob os vieses punitivo e ressarcitório, restando preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas.

DECIDEM, à unanimidade, apesar da relevância social do empreendimento licitado e considerando justificadas as razões da Administração para deflagrar este certame, no âmbito declaratório, julgar irregulares a licitação, o contrato que dela decorreu e seus termos aditivos.

DECIDEM, à unanimidade, tendo em conta a importância da implantação do parque e o tempo decorrido, manter íntegros, por ora, em nome da segurança jurídica, os efeitos decorrentes dos instrumentos sob julgamento, sem prejuízo de eventual rejeição de tais efeitos quando do julgamento da execução da contratação em apreço, em curso no processo TC/002498/2009.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 23/07/2024 10:18:13 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/07/2024 10:36:15 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

1ª. Câmara

Item I) e-TCM nº 2.351/2008

Interessadas: Secretaria Municipal das Subprefeituras e Engelux Comercial e Construtora Ltda.

Objeto: Análise da Concorrência n.º 004/SMSP/COGEL/2008, do Contrato n.º 23/SMSP/COGEL/2008 e de seus Aditamentos. Execução da obra de construção do Parque Sete Campos e elaboração do respectivo Projeto Executivo.

Responsáveis: **Ângelo Andrea Matarazzo –** Secretário Municipal-Coordenação das Subprefeituras**, Edilberto Ferreira Belo Mendes –** Subprefeito de SP**, Cristiano Ribeiro da Luz –** SMSP-ATOS**, Rogério Balzano –** Coordenador de Infraestrutura e Obras de SP-AD**, Elizabeth Aparecida de Oliveira Silva** – Presidente da Comissão de Licitação nº 4, **Joana**

Aparecida Barbosa Morales – Assessora Chefe-SMSP-ATAEF, **João Vicente Ferraz Palone –** Assessoria Jurídica SP-AD e **Carlota da Costa e Silva Brandi** – Coordenadoria Geral de Licitações.

Valor: R$ 4.728.084,81

Relator: **Conselheiro Roberto Braguim**

RELATÓRIO

Trata-se de análise da Concorrência nº 004/SMSP/COGEL/2008[1], do Contrato nº 23/SMSP/COGEL/2008[2] e de 4 Aditamentos[3], celebrados entre a Secretaria Municipal das Subprefeituras e Engelux Comercial e Construtora Ltda, objetivando a execução da obra de construção do Parque Sete Campos e a elaboração do

[1] A **CONCORRÊNCIA N.º 004/SMSP/COGEL/2008** foi promovida pela Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (SMSP) com o fim de contratar a execução da obra de construção do Parque Sete Campos e a elaboração do seu respectivo projeto executivo, no Município de São Paulo. Data de abertura: 08.08.2008. Valor orçado: R$ 5.459.682,23. Instrumento juntado às fls. 169 e seguintes (volume I do processo).

[2] O **CONTRATO N.º 23/SMSP/COGEL/2008** foi celebrado em 12.09.2008 com a empresa ENGELUX COMERCIAL E CONSTRUTORA LTDA. Prazo: 4 meses, contados da data fixada na Ordem de Início (prorrogável). Valor: R$ 4.728.084,81. Instrumento juntado às fls. 541 e seguintes (volume II do processo).

[3] O **1º TERMO DE ADITAMENTO** foi firmado em 22.12.2008. Objeto: readequação e prorrogação contratual. Instrumento juntado às fls. 742/743 (volume III do processo).
O **2º TERMO DE ADITAMENTO** foi firmado em 28.05.2009. Objeto: prorrogação do prazo contratual. Instrumento juntado às fls. 789/790 (volume III do processo).
O **3º TERMO DE ADITAMENTO** foi firmado em 10.08.2009. Objeto: acréscimo de valor. Instrumento juntado às fls. 889/890 (volume III do processo).
O **4º TERMO DE ADITAMENTO** foi firmado em 23.09.2009. Objeto: prorrogação contratual. Instrumento juntado às fls. 912/913 (volume IV do processo).

seu respectivo projeto executivo, pelo valor de R$ 4.728.084,81 (quatro milhões, setecentos e vinte e oito mil, oitenta e quatro reais e oitenta e um centavos).

Preliminarmente à análise da Concorrência, a Unidade Auditora contextualizou a titularidade de domínio e direito de uso do imóvel onde se pretendia a implantação dos equipamentos esportivos (campos de futebol), de modo a demonstrar a insegurança jurídica do empreendimento, apontando o quanto segue.

A EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A, pessoa jurídica de Direito Privado integrante da Administração Indireta do Estado de São Paulo e concessionária de serviço público da União – é a titular de domínio do terreno em que se pretendia implantar o "Parque Sete Campos", estando referido imóvel à época na área de abrangência da Subprefeitura de Cidade Ademar.

Com amparo na Portaria nº 170 (fls. 11) do Ministério das Minas e Energia, em 28/04/03, foi firmado entre a EMAE e a Secretaria de Estado da Juventude, Esporte e Lazer – SELT, um Contrato de Concessão de Uso a título gratuito (fls. 16/19) objetivando o referido bem, inicialmente pelo prazo de 5 anos, prorrogado em 29/04/2008 por 4 anos.

Em 16/02/08 foi firmado um Termo de Cooperação entre a SELT e a Subprefeitura de Cidade Ademar, com anuência da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras – SMSP, atual Secretaria Municipal das Subprefeituras, para que esta última, às suas expensas, executasse e instalasse no local quadras poliesportivas e outras benfeitorias, para uso, em especial, da comunidade local.

Cabe ressaltar que está previsto expressamente no artigo 13 do Contrato de Concessão de Uso, que em nenhuma hipótese, poderia a área em causa ser concedida ou transferida. Entretanto, a SELT, ao firmar o citado termo de Cooperação, acabou por subconceder o uso do terreno à Subprefeitura, destacando que caberia exclusivamente à SP-AD a administração do terreno e que as obras não contariam com o patrocínio do Estado de São Paulo.

Com essas considerações iniciais, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle alertou sobre eventual conflito entre a Concessão de Uso e o Termo de Cooperação, que poderia acarretar implicações e questionamentos, tais como:

> "1- Está expresso no contrato de concessão de uso que a concessionária

(EMAE) está terminantemente proibida de exercer qualquer atividade contrária aos interesses e conveniência dos serviços de geração de energia elétrica (cláusula 4ª) e deverá manter o imóvel em estado de servir ao uso a que se destina (cláusula 10ª), portanto é questionável se a construção de um parque com 4 quadras poliesportivas, 7 campos de futebol, pista de atletismo, ciclovia, pista de skate, aparelhos de ginástica atenderá as cláusulas constantes no contrato;

2- Está expresso no contrato de concessão de uso que dependerá da concessionária prévia autorização para qualquer construção no terreno, e não consta nos autos a referida autorização, bem como a concessionária não terá direito à indenização, compensação ou retenção pelas benfeitorias que fizer no imóvel (cláusula 11ª);

3- Outro ponto que traz insegurança jurídica é que se houvesse a

mencionada autorização, a proprietária do imóvel - EMAE - poderia a qualquer tempo, exigir da concessionária - SELT - que retornasse o imóvel no seu estado anterior, tudo às expensas dela, conforme estipula a cláusula 5ª do contrato de Concessão de Uso. E se tal hipótese ocorresse, não seria razoável a municipalidade investir num empreendimento de grande vulto, com tamanha insegurança;

4- Foram ajustadas no contrato de Concessão de Uso e no Termo de Cooperação nas cláusulas 5ª e 3.1.3.f respectivamente, que uma vez construído o 'Parque Sete Campos' e não sendo interessante ao proprietário que se restitua o terreno no seu estado anterior, qualquer benfeitoria, construção que se fizer no terreno, será incorporada ao patrimônio do proprietário do terreno e não ao patrimônio municipal. Ao ser incorporado ao patrimônio do proprietário, não há nenhuma garantia

de que o terreno seria aberto para uso irrestrito do público;

5- O Termo de Cooperação firmado entre a SELT e SP-AD teve seu prazo vinculado ao prazo de validade do contrato de Concessão de Uso, isto é, até 29/04/2012. Ocorre que, nos termos do ajuste firmado, a EMAE poderia a qualquer tempo denunciá-lo ou rescindi-lo. Não ocorrendo tal hipótese, ao vencer o contrato de concessão de uso, dada a incorporação das construções e benfeitorias ao Proprietário, não há nenhuma garantia de que o parque seria aberto para uso do público. Então diante de tamanha insegurança, não é razoável que a municipalidade invista o montante de R$ 4,7 milhões, num prazo de duração tão pequeno, sem nenhuma contrapartida do proprietário do terreno.

6- Não ocorrendo a rescisão antecipada da concessão pelo proprietário do

imóvel, caberá à SP-AD a responsabilidade de conservar, preservar e manter o "Parque Sete Campos' até o vencimento da concessão, 29/04/2012, como dispõe a cláusula 3.1.3.f do Termo de Cooperação. Ocorre que este projeto implicará em aumento de despesas e segundo a classificação programática trata-se de um projeto 'Parque Sete Campos' e não atividade (Portaria 42 de 14/04/99 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que atualizou a discriminação das despesas definidas na Lei Federal 4.320/64). Cabe ressaltar, que no atual Decreto de Execução Orçamentária, cabe ao ordenador da despesa respeitar o disposto no artigo 16 da LC 101/00, com a anexação da documentação exigida no referido artigo, para que as despesas não sejam consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público;

> 7- Por fim, é de competência do DEPAVE- Departamento de Parques e Áreas Verdes da Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, a conservação administração e preservação de parques e ressaltamos que através do PA 2007.0.307.618-0 o DEPAVE se manifestou contrariamente à implantação do 'Parque Sete Campos', uma vez que "A área pertence à Eletropaulo não sendo viável a implantação de um parque municipal na mesma devida sua titularidade e domínio" (fls. 54) e mesmo assim, o processo prosseguiu normalmente. Resta saber a quem caberá a manutenção do parque, uma vez que não é de competência da SPAD e o DEPAVE que é o órgão competente pela manutenção, não aprovou a implantação do projeto."

Além dessas considerações iniciais, a Unidade Auditora concluiu pela irregularidade da Licitação e do Contrato pelos seguintes motivos:

I. **Licitação:** "*Itens **C.12.1** – A Pasta tentou buscar justificativas para a implantação do Parque Sete Campos, que está situado na Área de Proteção de Mananciais, circundado por dois córregos cujas águas encontram-se poluídas por esgoto vindas de favelas de grande porte, os imóveis são irregulares resultantes de invasões clandestinas. A implantação do parque segundo a Unidade é para impedir novas invasões e oferecer opções de lazer para a população. Mas, diante de toda problemática envolvendo o terreno (exposto na introdução), não há justificativa que supra os problemas e prejuízos que a construção do parque acarretará ao erário, principalmente diante da insegurança jurídica que envolve a sua implementação; **C.12.4** – foram encontradas divergências nos valores dos itens licitados, constantes nas planilhas de orçamento às fls. 219/261 e planilha referencial às fls. 66/68; **C.12.7**; não há cronograma de execução dos serviços; o orçamento elaborado apresenta algumas inconsistências nos preços apresentados; o Projeto Básico contém somente elementos de arquitetura, não há projeto básico nas áreas de fundação, estrutura, hidráulica e elétrica; não consta nos autos documentação referente à memória de cálculo que resultou nos quantitativos orçados, impossibilitando a verificação se a solução adotada é mais viável econômica e tecnicamente para a administração; o memorial descritivo*

precisa de uma revisão com o intuito de compatibilizá-lo com a planilha orçamentária em sua totalidade; ***C.12.8*** *- o edital não está assinado e nem rubricado em todas as folhas pela autoridade responsável; infringindo o artigo 40, § 1º, da Lei Federal 8.666/93;* ***C.12.12*** *- não há comprovação do exigido no item 9.1.4 qualificação técnica - subitens 9.1.4.1.1 e 9.1.4.1.4 do edital, em desatendimento ao disposto no artigo 30, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93;* ***C.12.13*** *- não há comprovação do exigido no item 9.1.3, qualificação econômico-financeira, com a justificativa para a escolha do quociente exigido de 30% na planilha de fls.265, em desacordo com o artigo 31, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93;* ***C.12.19*** *- ausência de observações sobre os demonstrativos financeiros da empresa vencedora do certame, em detrimento ao rigor demonstrado na análise da situação econômico financeira das demais licitantes;* ***C.12.25*** *- não foi encontrado no processo administrativo informações ou providências para o cumprimento do artigo 16 § 1º da Lei de Responsabilidade fiscal."*

II. **Contrato nº 023/SMSP/COGEL/2008**:

A então Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou também pela irregularidade do ajuste face as irregularidades apontadas na fase licitatória e infringência ao item C.15.1 – assim redigido: *"Apesar de todas as justificativas apresentadas, não há argumentos que supram os problemas*

e prejuízos que a construção do parque acarretará ao erário, principalmente diante da insegurança jurídica que envolve a sua implementação."

Oficiado o então Secretário Municipal para responder aos achados da Unidade Auditora, sua defesa foi juntada aos autos às fls. 621/684.

No tocante ao Item C.12.1, a Pasta submeteu sua defesa ao Parecer de sua Assessoria Técnica de Assuntos Jurídicos – ATAJ que sustentou que o Termo de Cooperação foi celebrado nos termos do Decreto Estadual nº 47.341, de 20/12/2002[4] e não há que se falar em subconcessão de uso, justificando que o instrumento se revestiu em uma parceria entre a SELT e a Subprefeitura Cidade Ademar, com respaldo na Cláusula 13º, § 1º do Instrumento de Concessão[5].

---

[4] **Decreto nº 47.341, de 20 de novembro de 2002** - Autoriza a Fazenda do Estado a receber da EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A., mediante concessão de uso, imóvel que especifica, situado no Município de São Paulo. Artigo 1º **-** Fica a Fazenda do Estado autorizada a receber da EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A., mediante concessão de uso, imóvel consistente em terreno com 177.302,00m² (cento e setenta e sete mil e trezentos e dois metros quadrados) de área, situado às margens da Represa Billings, próximo a Estrada do Alvarenga, no Município de São Paulo, destinado à Secretaria da Juventude, Esporte e Lazer para instalação de quadra poliesportiva, caracterizado no Processo SJEL-1.809/2002, da Secretaria da Juventude, Esporte e Laze r. (*) Nova redação dada pelo Decreto nº 48.801, de 21 de julho de 2004. "Artigo 1º - Fica a Fazenda do Estado autorizada a receber da EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A., mediante concessão de uso, imóvel consistente em terreno com 118.500,00m 2 (cento e dezoito mil e quinhentos metros quadrados) de área, situado às margens da Represa Billings, próximo a Estrada do Alvarenga, no Município de São Paulo, destinado à Secretaria da Juventude, Esporte e Lazer para instalação de quadra poliesportiva, caracterizado no Processo SJEL-1809/2002, da Secretaria da Juventude, Esporte e Lazer."

[5] Cláusula 13 – Em nenhuma hipótese a área objeto de concessão de uso especificada neste instrumento poderá ser cedida ou transferida seja no todo ou em parte, sendo igualmente vedada à concessionária a subconcessão total ou parcial do presente.

§ 1º Fica facultado à concessionária a possibilidade de estabelecer parcerias com entidades de caráter social, com intuito exclusivo de administrar conjuntamente, empreendimentos de interesse comunitário, sob patrocínio do Governo do Estado de São Paulo.

Pontuou que o imóvel já estava ocupado, de forma precária pelos campos de futebol e que não se destinava à atividade de geração de energia elétrica, defendendo que a implantação do equipamento de lazer no local, vai atender ao interesse público e dar uma destinação social à propriedade.

Em remate, argumentou que o terreno não estava afetado e que ele é objeto de desapropriação pela Prefeitura, nos Autos do Processo Administrativo nº 2009-0.082.442-1.

No tocante aos outros apontamentos, a Pasta assim se manifestou: item **C.12.4**[6].: As diferenças envolvidas totalizam valor irrisório e insignificante face ao montante do Contrato e que eles foram corrigidos quando dos Aditamentos; Item **C.12.7**[7].: Apresentou um cronograma impresso em papel timbrado da empresa dizendo ter sanado o problema; defendeu que o projeto básico estava em nível adequado de detalhamento por tratar-se de obra de baixa complexidade, deixando de se manifestar sobre as incompatibilidades das planilhas. Item **C.12.8**[8]**.:** Sustentou

[6] C.12.4 - Foram encontradas divergências nos valores dos itens licitados, constantes nas planilhas de orçamento às fls. 219/261 e planilha referencial às fls. 66/68

[7] C.12.7 - Não há cronograma de execução dos serviços; o Projeto Básico contém somente elementos de arquitetura, não há projeto básico nas áreas de fundação, estrutura, hidráulica e elétrica; não consta dos autos documentação referente à memória de cálculo que resultou nos quantitativos orçados; o memorial descritivo apresenta incompatibilidades com a planilha orçamentária

[8] C.12.8 - O edital não está assinado e nem rubricado em todas as folhas pela autoridade responsável; infringindo o artigo 40, § 1º, da Lei Federal 8.666/93

tratar-se de erro formal; Item **C.12.12**[9]**.:** Asseverou que a quantidade exigida no item 9.1.4.1.1, que diz respeito a edificações, a área a ser construída (coberta) é da ordem de 1.700,00 m² e foi exigida a comprovação de experiência superior a somente 300 m²...” e “Quanto ao item 9.1.4.1.4, de comprovação de experiência em paisagismo, a área exigida foi de 20.000,00 m² enquanto a área verde envolvida na obra a ser implantada é da ordem de 100.000 m²...”, e complementa: “Ressalto que ambos os itens exigidos quando da qualificação técnica são parcelas relevantes do total da obra e, por isso, constam da qualificação técnica exigida no edital”, fls. 674; Item **C. 12.13**[10]: Aduziu que a prática utilizada é de uso e costume, porém está sendo elaborado expediente pela competência à então Secretaria Municipal de Finanças, com propositura de criação de instrumento que venha disciplinar critérios sobre os índices a serem aplicados nas licitações. Acrescentou, ainda, que se trata de prática realizada por outras Subprefeituras e que os parâmetros utilizados para pontuação desses índices foram decorrentes de estudos elaborados por Comissão constituída para elaboração das Normas Cadastrais, da antiga Secretaria de Serviços e Obras, argumentando que o coeficiente econômico

[9] C.12.12 - Não há demonstração da relação dos subitens 9.1.4.1.1 a 9.1.4.1.4 do edital com as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, desatendendo ao disposto no artigo 30, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93

[10] Item C.12.13 - Não há comprovação do exigido no item 9.1.3, qualificação econômico-financeira, com a justificativa para a escolha do quociente exigido de 30% na planilha de fls.265, em desacordo com o artigo 31, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93.

de 3% resultante da pontuação combinatória dos índices utilizados permite uma avaliação equânime e justa da situação patrimonial das empresas, trazendo a certeza de que a Administração não será colocada a mercê de incertezas, em negócios aleatórios que resultarão em prejuízo para o erário; Item **C.12.19**[11]**:** Pontuou que não há nada a acrescentar quanto a empresa homologada, tendo em vista que a mesma atendeu os termos solicitados no edital; Item **C.12.25**[12]: Juntou documento intitulado de *"análise orçamentária e financeira dos recursos destinados à implantação do projeto sete campos, em face do cumprimento da lei de responsabilidade fiscal"* aduzindo ser ele o bastante para o atendimento do artigo 16, § 1º, da LR; Item **C.15.1**[13]: Se reportou às suas justificativas para o empreendimento.

A Unidade Auditora ao avaliar a defesa da Pasta, ratificou seus apontamentos, e pediu autorização para analisar 4 (quatro) Termos Aditivos do Contrato.

Determinei, na sequência, que aquela Unidade apontasse os responsáveis, o que foi feito às fls.

---

[11] C.12.19 - Ausência de observações sobre os demonstrativos financeiros da empresa vencedora do certame, em detrimento ao rigor demonstrado na análise da situação econômico-financeira das demais licitantes.

[12] C.12.25 - Não foi encontrado no processo administrativo informações ou providências para o cumprimento do artigo 16 § 1º da LRF

[13] C.15.1 – Apesar de todas as justificativas apresentadas, não há argumentos que supram os problemas e prejuízos que a construção do parque acarretará ao erário, principalmente diante da insegurança jurídica que envolve a sua implementação

702/703, e autorizei a análise dos Termos de Aditamentos, consoante despacho de fl. 704

Ao analisar os Termos Aditivos, a Unidade Auditora concluiu o seguinte:

O Primeiro Aditamento prorrogou o prazo inicialmente contratado de 4 (quatro) meses, para 8 (oito) meses, mantido o valor contratual, pois ainda que tenha sido incluída a realização de novos serviços que não haviam sido licitados, a quantidade de quadras e campos contratada foi reduzida, com diminuição da área gramada e da área total da intervenção. Assim, embora o valor do contrato tivesse sido mantido, as alterações operadas equivaleram a 68,8% do valor do Ajuste, vale dizer, daquilo que havia sido licitado, mais de dois terços foi alterado.

Com tais alterações, 56,4% do valor do Contrato passou a corresponder a itens que sequer haviam sido previstos na planilha de preços constante do Edital.

Dando prioridade à conferência dos itens contratuais mais significativos, a então Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisou os itens de serviços referentes a movimento de terra, remoção de entulho, elaboração de projeto executivo e plantio de grama, concluindo na forma seguinte:

- Itens de serviços referentes a movimento de terra, passou-se de R$ 135.165,56 para R$ 1.187.666,44, ou seja, quase 9 vezes o valor inicialmente contratado (posteriormente, com o Terceiro Aditamento, esse valor foi levemente reduzido, passando para R$ 1.032.039,58);

- Itens de serviços referentes à remoção de entulho, passou-se de R$ 3.846,64 para R$ 79.168,87, ou seja, mais de 20 vezes o valor inicialmente contratado (posteriormente, com o Terceiro Aditamento, esse valor subiu ainda mais, passando para R$ 81.211,33);

- Itens de serviços referentes a elaboração de projeto executivo, passou-se de R$ 133.876,19 para R$ 470.375,81, o que representa mais de 350% do valor inicialmente contratado (posteriormente, com o Terceiro Aditamento, esse valor subiu ainda mais, passando para R$ 542.741,32);

- Itens de serviços referentes a plantio de grama, embora a área a ser gramada tenha sido diminuída em cerca de 62% (de 67.687,49 m² para 26.000,00 m²), o valor total de tais serviços foi reduzido em apenas 50% (de R$ 470.396,54 para R$ 233.710,88) Nenhuma destas alterações foi considerada suficientemente justificada, nem tecnicamente suportada por memória de cálculo.

O Segundo Aditamento prorrogou o prazo do contrato em 4 meses, triplicando o prazo inicialmente previsto para sua conclusão e o Terceiro deles elevou o valor total do Contrato em R$ 1.132.062,11, passando de R$ 4.728.084,81 para R$ 5.860.146,92, um acréscimo de 23,94%.

Embora o valor global do Contrato tenha sido majorado, verificou-se que a área de intervenção e a quantidade de equipamentos esportivos foram reduzidas. Por outro lado, foram aumentados os valores destinados à execução do projeto executivo e dos serviços de movimento de terra.

Ainda que o valor global do Contrato tenha sido majorado em 23,94%, o Terceiro Aditamento promoveu profundas modificações no âmbito do Ajuste: o montante de itens reduzidos e suprimidos equivaleu a R$ 2.704.547,08, ou 57,2% do valor inicial; o montante de itens acrescidos e estendidos equivaleu a R$ 3.836.644,58, ou 81,2% do valor inicial do Ajuste.

Destes acréscimos, R$ 2.966.239,40 (o que equivale a 62,7% do valor inicial do Ajuste) foi composto por itens de serviço que não faziam parte da planilha orçamentária constante do Edital e não passaram pelo crivo da Concorrência de preços.

Em resumo, as alterações evidenciadas acima, em especial àquelas relacionadas aos itens de serviços referentes à movimentação de terra, remoção de entulho, elaboração de projeto executivo e alambrados, ocorridas, entre o Termo de Contrato até o Terceiro Aditamento, trazem a lume a falta de planejamento neste Certame corroborada pela insuficiência de justificativas técnicas e ausência de memórias de cálculo que lhes desse suporte matemático.

Por fim, o Quarto Aditamento prorrogou o prazo do Contrato em 2 meses, e assim de um prazo inicial de 4 meses, passou-se a um prazo de 14 meses para a conclusão da obra.

A então Subsecretaria de Fiscalização e Controle constatou que nos Termos de Aditamento não foram apresentados novo cronograma físico-financeiro apesar das modificações do prazo de conclusão, e também não foram acompanhados de ART, nem disponibilizadas as alterações no site da Prefeitura, consoante documento juntado às fls. 796/767.

Sendo assim, e em conclusão, os 4 (quatro) Aditamentos foram considerados IRREGULARES pela Área Técnica.

Intimados, a Pasta e os Responsáveis apresentaram suas justificativas, conforme consta da Certidão de fl. 1.622 (Volume VI), sendo importante registrar que o Sr. Manoel Victor de Azevedo Neto, embora regularmente intimado, não se manifestou.

No tocante à análise da Licitação e do Contrato, as justificativas apresentadas pelos Responsáveis basicamente repetiram a defesa da Pasta e, por uma questão de economia processual, deixo de enumerá-las uma vez que já enfrentadas anteriormente.

Quanto aos apontamentos relacionados aos Termos Aditivos, os Responsáveis não conseguiram desconstruir as irregularidades apresentadas pela Unidade Auditora, isto porque, não trouxeram argumentos ou fatos que pudessem justificar as alterações técnicas, os acréscimos e diminuições do projeto, razão pela qual a Unidade Auditora ratificou suas conclusões anteriores.

Por sua parte, a Assessoria Jurídica, ressalvando apenas a possibilidade de ser relevada a falta de divulgação das informações referentes ao Ajuste, uma vez que reputou como dada a publicidade dos atos, acompanhou as demais Conclusões da Unidade Auditora, opinando pela irregularidade da Concorrência, do Contrato e de seus Aditamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por seu turno, requereu o julgamento pela regularidade de todos os procedimentos analisados, pugnando sejam relevadas eventuais impropriedades.

Seguindo o curso da Instrução, manifestou-se a Secretaria Geral que acompanhou a manifestação dos demais Órgãos Técnicos.

De modo a aperfeiçoar a instrução, determinei a intimação da Contratada, a qual apresentou sua defesa às fls. 1802/1820 – Volume VII, na qual alegou ausência de responsabilidade quanto à Licitação e ao Contrato, uma vez que as irregularidades decorrem de atos administrativos. Quanto aos Tas defendeu que o artigo 57, §1º, da Lei nº 8.666/93 admite alterações do Contrato a bem do serviço público e que havia fundamentos técnicos para as mudanças.

Ao analisar essa defesa a Unidade Auditora, AJ e a SG concluíram que não foram trazidos elementos novos capazes de alterar suas conclusões, ao passo que a PFM reiterou seu pedido.

Sensível à informação prestada pela Pasta de que a área do empreendimento seria objeto de procedimento de desapropriação, em sede de saneamento determinei a

expedição de Ofício a ela dirigido e ao Departamento de Desapropriações para que prestassem informações a esse respeito.

Em resposta, fl. 1870, o Departamento de Desapropriações informou que não havia registro de desapropriação ajuizada para o local, pelo que determinei a expedição de Ofício à Secretaria Municipal das Subprefeituras, no sentido de que se manifestasse acerca de eventuais prorrogações do Contrato de Concessão de Direito de Uso.

Em atendimento, a Pasta informou que com a publicação da Portaria Intersecretarial 03/2011-SMSP (SMSP/SVMA), em 05/02/2011, a responsabilidade pela fiscalização do contrato foi transferida para a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, e esta, instada a se manifestar, esclareceu que acompanhou as mais recentes obras de readequação das edificações e do paisagismo do Parque Sete Campos e anexou o instrumento particular de contrato de concessão de direito de uso a título gratuito formalizado em 2015 (dia e mês não especificados), já assumindo sua condição de signatária, com vigência de dez anos. Aduziu, ainda, que para o Parque Sete Campos não constavam informações referentes à declaração de utilidade pública para

fins de desapropriação, bem como não havia registro de decreto de sua criação até então.

Novamente a SCE, a Assessoria Jurídica, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, se manifestaram sobre as informações acrescidas, sem, contudo, alterarem as conclusões outrora alcançadas.

Nessa fase instrutória, (em conformidade) com o advento da Resolução nº 10/2023, que versa sobre a possibilidade de prescrição punitiva e ressarcitória no âmbito deste Tribunal de Contas, determinei que a Assessoria Jurídica se manifestasse a respeito da sua incidência no presente processo.

Em sua manifestação, a Assessoria Jurídica, tendo examinado o caso, observou que, a partir do último marco interruptivo em 15/04/2011, conforme detalhado no Relatório de Auditoria após ciência e oportunidade de defesa (fl. 1.748 da peça 50), transcorreram mais de cinco anos, de acordo com os parâmetros estabelecidos nos artigos 5º, inciso II, e 6º, inciso I, da referida Resolução, concluindo, portanto, que a pretensão punitiva e ressarcitória encontra-se fulminada pela prescrição. Ressaltou, contudo, que embora os prazos de prescrição se apliquem ao controle externo, a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive em relação a determinações,

recomendações e outras providências de igual natureza, permanece preservada (art. 13). Ademais, destacou que o eventual reconhecimento da prescrição em sede de controle externo não afeta outros procedimentos conduzidos por instâncias que extrapolam suas atribuições, como os conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de origem, especialmente para apuração de atos de improbidade cujas ações de reparação são consideradas imprescritíveis, conforme o Tema 897 de repercussão geral.

Tal posicionamento foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral.

É o relatório.

VOTO

Inicio esclarecendo que a tramitação do presente processo tomou mais tempo do que o costumeiro em razão de circunstâncias fáticas que impuseram o alargamento da instrução processual. A isso se acresça que a pandemia do novo Coronavírus (Covid19) levou à edição da Portaria n. 147/2020 nesta Corte de Contas, cujo artigo 2º determinou a suspensão, por prazo indeterminado, da tramitação interna dos processos físicos, dos quais este é um exemplo.

Isto posto, passo, pelo seu caráter preliminar, ao enfrentamento do tormentoso tema da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas, ressaltando que o meu entendimento sobre o assunto foi externado e amplamente detalhado no julgamento do e-TCM nº 2759/2006 (50ª SONP de dezembro de 2023), ao qual me reporto como razões de decidir, passando a seguir, a alinhar meu posicionamento sobre a matéria de modo sintetizado.

Conforme fora apontado pela Assessoria Jurídica, com base em recentes estudos sobre o tema, houve evolução interpretativa oferecida, notadamente, pela jurisprudência do STF e então disciplinada no âmbito deste Tribunal pelo advento da Resolução 10/2023, no sentido da possibilidade de se reconhecer a prescrição da atividade de controle externo, contudo, limitada aos seus vieses punitivo e ressarcitório, sem alcançar o âmbito declaratório.

De fato, os Tribunais de Contas têm a missão constitucional de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, não podendo dela se afastar. As Cortes de Contas integram a estrutura do Estado Democrático de Direito cabendo-lhes, pois, exercer, independentemente do tempo, a sua função. Além disso, a decisão a ser proferida pelo Tribunal de Contas é múltipla, vale dizer, acolhe Edital; declara a regularidade/irregularidade de Licitação, Contrato,

Execução; examina a probidade da atuação do Chefe do Executivo elaborando parecer prévio das contas; aplica multa (sanção) a ordenador de despesa; determina a restituição de valores ao erário (ressarcitória); determina a instauração de processo administrativo (determinação); faz recomendações de aprimoramento à Administração (recomendação), dentre tantas outras possibilidades, de modo que parte delas pode subsistir, ainda que outra não sobreviva depois de certo tempo.

Nesse cenário e sob essas balizas, reconheço em sede preliminar e *ex officio* a ocorrência da prescrição nestes autos, contudo, apenas sob os vieses punitivo e ressarcitório, restando preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, razão pela qual considero necessário prosseguir e adentrar na análise do mérito, o que faço na sequência.

Nesse âmbito, cabe examinar, de início, o contexto socioambiental no qual se insere a execução de obras para inserção de um parque em área da Subprefeitura Cidade Ademar, que abarca os distritos Cidade Ademar e Pedreira, que conta aproximadamente com 449.606 habitantes, sendo 287.164 em Cidade Ademar e 167.442 em

Pedreira, consoante projeções constantes do Mapa da Desigualdade - 2022[14].

Ainda segundo esse estudo, 16,2% da população de Cidade Ademar e 18,1 % dos moradores de Pedreira vivem em favelas, ou seja, quase 77.000 habitantes da região abarcada pela Subprefeitura Cidade Ademar residem nessa espécie de habitação subnormal.

Acresça-se que se trata de parcela da cidade castigada ambientalmente, em que pese se situar em área de proteção de mananciais, posto que desprovida, especialmente nas áreas ocupadas por favelas, de saneamento básico adequado e equipamentos de saúde e lazer, por exemplo.

Cumpre ainda realçar que de há muito está superada a visão de impedir a melhoria da qualidade de vida dos moradores de habitações subnormais em área de mananciais, uma vez que a mentalidade prevalecente no século XX revelou-se contraproducente, na medida em que não impediu a ocupação indevida dessas áreas e tornou ainda mais precárias as condições de vida desse segmento da sociedade.

---

14 https://www.nossasaopaulo.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Mapa-da-Desigualdade-2022_Tabelas.pdf

Outra máxima do século passado, igualmente superada, refere-se à vã tentativa de manter áreas vagas como medida preservacionista, as quais, ao invés disso, foram cada vez mais ocupadas e adensadas.

Essas políticas não afastaram os problemas da pressão habitacional ou de proteção ambiental, ao contrário levaram à maior degradação das áreas de proteção ambiental e à consolidação de péssimas condições de moradia exatamente para a parcela mais desafortunada da população.

Atualmente, as intervenções nas áreas de proteção de mananciais, em megalópoles como São Paulo, consistem em levar saneamento e melhores condições de habitabilidade, em contraponto à expulsão da população, e ocupar áreas de modo a conferir-lhes uso urbano e ambientalmente adequado, impedindo, assim, que venham a ser invadidas.

Nesse quadrante, as circunstâncias fáticas analisadas neste processo levam-me a inicialmente fazer uma reflexão sob o prisma do interesse público envolvido, acerca da justificativa da Pasta para a implantação do empreendimento denominado “Parque Sete Campos”.

De todo o processado, é possível extrair que a vocação histórica do terreno sobre o qual recaiu a Licitação em causa sempre foi o lazer da população local, tanto que o nome do equipamento construído remete ao apelido pelo qual seus usuários já identificavam a área, qual seja "Sete Campos", pois havia ali sete campos de futebol demarcados, que eram utilizados de forma precária.

Ademais, o fato de o terreno estar situado em Área de Proteção de Mananciais, circundado por dois córregos cujas águas encontram-se poluídas por esgoto vindas de favelas de grande porte e ainda estar parcialmente invadido com construções clandestinas, impunha à sua titular de domínio - EMAE – Empresas Metropolitanas de Águas e Energia S/A., seja por questões ambientais e/ou urbanísticas, sérias restrições de uso, principalmente para atender a sua atividade de geração de energia.

Infere-se, pois, que diante de tais circunstâncias, a EMAE – Empresas Metropolitanas de Águas e Energia S/A, pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta do Estado de São Paulo, ao estabelecer Contrato de Concessão de Uso a título gratuito com a Secretaria de Estado da Juventude Esporte e Lazer – SELT, procurou dar uma função social à referida propriedade,

em especial, para dar cumprimento à obrigação insculpida no artigo 5º, XXIII, da CF/88.

Logo, essa destinação se refletiu e materializou no Termo de Cooperação firmado entre a SELT e a Subprefeitura de Cidade Ademar, com anuência da Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSP, que visava à execução, pela SP-AD, de "elaboração, do empreendimento, de interesse comunitário das partes, que consistia na instalação de quadra poliesportiva e outras eventuais benfeitorias, para uso, em especial, da comunidade local".

O interesse e a vontade das partes (Governo do Estado de São Paulo e Prefeitura do Município de São Paulo) em dar esta destinação social (lazer) à propriedade, se tornam inequívocos com a notícia da renovação da Concessão de Uso, ocorrida no ano de 2015 (peça nº 21), para um período de mais 10 (dez) anos. Vale registrar que não há informação de que a titular de domínio, ao longo de todo este período, tenha reclamado ou contestado a implantação do Parque no local, algo que não passaria desapercebido, considerando um terreno de mais de 118.000,00 m².

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), ao estabelecer normas de ordem pública e interesse social para regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, garantiu o direito a cidades sustentáveis, sendo a

infraestrutura e o lazer integrantes deste direito. Neste mesmo Diploma Legal é estabelecido que a concessão de uso de direito real é instrumento jurídico/político hábil para fomentar o uso sustentável das cidades.

Ademais, se de um lado a Prefeitura do Município de São Paulo assumiu o ônus de implantar e administrar o empreendimento no local, por outro, a EMAE – SELT autorizou o uso do imóvel a título gratuito, sem qualquer contrapartida. Isto reflete a cooperação entre as partes, cujo objetivo é levar dignidade à população local, com a implantação de um equipamento de lazer importantíssimo que não só vai atender esta finalidade social, como também, vai proteger a área de novas invasões e da poluição desenfreada.

Justificada, portanto, esta Licitação, não se vislumbrando insegurança jurídica, por esse motivo, passível de causar prejuízo ao Erário, restando superado o apontamento C.12.1.

Os demais Itens dos apontamentos da Licitação, do Contrato e de seus Termos de Aditamento, não estão a merecer a mesma sorte, mas devem ser examinados com parcimônia.

A análise desses Instrumentos pela Unidade Auditora revelou divergências nos valores dos itens licitados, falta de cronograma de execução dos serviços, inconsistência de preços orçados, projeto básico incompleto e inadequado, qualificação técnica da Contratada não comprovada, falta de justificativa para qualificação econômica e financeira com quociente exigido de 30%, ausência de observações sobre os demonstrativos financeiros da empresa vencedora em detrimento ao rigor demonstrado na análise dos demais licitantes e, por fim, desatendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal.

As necessárias e recorrentes formalizações de Termos Aditivos para ajustar os prazos de conclusão da obra, as áreas de intervenções e os quantitativos relacionados à movimentação de terra, remoção de entulhos e implantação de alambrados ilustram, falha no planejamento na elaboração do Certame e certa inépcia no tratamento da coisa pública.

O planejamento de uma licitação, para se mostrar eficiente e eficaz, deve se pautar, além do indispensável rigor técnico, pelos princípios, regras e valores jurídicos previstos na Constituição Federal e na Lei, o que não se observou na preparação do Certame em apreço.

Com efeito, os agentes públicos responsáveis não conseguiram identificar com precisão o objeto e as

providências técnicas básicas, prévias e necessárias, para bem planejar este Certame, o que, por consequência, culminou em uma cadeia de irregularidades que, no mínimo, podem ter colocado em risco o Erário.

Sendo assim, apesar da relevância social do empreendimento licitado e considerando justificadas as razões da Administração para deflagrar este Certame, no âmbito declaratório, julgo irregulares a Licitação, o Contrato que dela decorreu e seus Termos Aditivos.

Tendo em conta a importância da implantação do parque e o tempo decorrido, mantenho íntegros, por ora, em nome da segurança jurídica, os efeitos decorrentes dos instrumentos sob julgamento, sem prejuízo de eventual rejeição de tais efeitos quando do julgamento da execução da contratação em apreço, em curso no e-TCM nº 2.498/2009.

É como voto.

TCM, 1º de abril de 2024.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2024.04.01 09:41:46 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro Vice-Presidente

EMC/RB