



Id. 18325551

Ofício SSG-GAB 8372/2019 - PREFERENCIAL
Protocolo eTCM 005598/2019

Assunto Solicitação de informações

Referência Ofício SGP-12 058/2019

Requerimento 7/2019

DOCREC

185/2019

Encaminha Cópia da peça 02 dos autos e da peça 101 do processo TC/004911/2018.

Observações *Pede-se o uso das referências relevantes acima.*

Cópias encaminhadas não devem retornar ao TCMSP.

Respostas devem respeitar a Portaria SG/GAB 06/2018, cf. DOC de 8/12/2018.

São Paulo, 22 de abril de 2019.

Senhor Presidente

Em atendimento ao quanto ao solicitado pelo Vereador Celso Jatene no ofício em referência, comunico a Vossa Excelência que a Excelentíssima Senhora Conselheira Substituta Sônia Maria Alves de Souza prolatou despacho nos autos em epígrafe, nos seguintes termos:

- 1- Oficie-se a Câmara Municipal de São Paulo, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente, Dr. Eduardo Tuma, para, em cumprimento ao solicitado no Ofício SGP-12 nº 058/2019, informar a relação de procedimentos em curso neste C. Tribunal, relacionados à Concorrência Internacional nº 01/SEME/18, todos em fase instrutória, conforme contido na peça 3 deste, cuja cópia deverá acompanhar esse ofício;
- 2- Deverá, também, constar a informação de que na 3.020ª Sessão Ordinária, ocorrida em 07/02/2019, nos autos do procedimento de acompanhamento do Edital do certame supramencionado (TC 004911/2018), em decisão liminar, foi dado provimento ao pedido para a continuidade da licitação, ficando a adjudicação de seu objeto submetida a nova análise pelo mesmo Egrégio Plenário deste Tribunal, acerca do cumprimento das disposições estabelecidas;
- 3- O ofício deverá ser acompanhado de cópia da peça 101, do TC 004911/2018 (Certidão da 3.020ª Sessão Ordinária)

Ao ensejo, renovo protestos de elevado apreço e distinta consideração.

JOÃO ANTONIO
Presidente

Ao Excelentíssimo Senhor
Eduardo Tuma
Câmara Municipal de São Paulo
Viaduto Jacareí, 100 – Bela Vista

Câmara Municipal de São Paulo
Gabinete da Presidência

Data 25/04/19

Horas 11:04

Beatriz Lopes

/dy

Cód. 038 (Versão 08)



Ref.: Ofício SGP-12 nº 058/2019 – Câmara Municipal de São Paulo

**Secretaria Geral
Subsecretária Geral**

Encaminho o presente a Vossa Senhoria para superior deliberação quanto ao prosseguimento do feito informando que, conforme pesquisa realizada no Sistema e.TCM, foram localizados processos que possam guardar relação com o assunto pretendido, conforme tabela abaixo:

- “Concorrência Internacional nº 1/2018 - SEME” - campo: licitação/contrato

TC	Relator	Localização
TC/004911/2018	Domingos Dissei	UNIDADE TÉCNICA DE CARTÓRIO, CADASTRO E ARQUIVO
TC/005059/2018	Domingos Dissei	UNIDADE TÉCNICA DE OFÍCIOS
TC/005805/2018	Domingos Dissei	UNIDADE TÉCNICA DE OFÍCIOS
TC/012745/2018	João Antonio	ASSESSORIA JURÍDICA DE CONTROLE EXTERNO
TC/003422/2019	Domingos Dissei	COORDENADORIA II

São Paulo, 3 de abril de 2019.

Mariana de Luna Cury
Unidade Técnica de Protocolo e Autuação
Supervisora



Processo TC/004911/2018

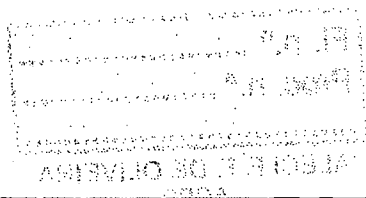
(3.020ª S.O.)

CERTIFICO

que, em sessão desta data, retomada após suspensão na data de ontem – em razão do pedido de vista concedido, na fase de discussão, ao Excelentíssimo Senhor Conselheiro MAURÍCIO FARIA –, o Ilustríssimo Senhor Procurador-Geral do Município, senhor Guilherme Bueno de Camargo, nos termos do artigo 165 do Regimento Interno desta Corte, manifestou-se acerca do pedido formulado pela Procuradoria e pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, tendo, na sequência, ofertado suas razões o Titular da Secretaria Municipal de Justiça, senhor Rubens Rizek.

Certifico, também, que, o Nobre Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator apresentou o seguinte voto: “No dia 24.01.2019, o Excelentíssimo Senhor Prefeito Bruno Covas, reportando-se à Consulta apresentada em 22.11.2018 e já respondida afirmativamente por este Tribunal, nos autos do TC 12.195/2018, tendo por tema a urgência na avaliação da situação de segurança de pontes e viadutos da Cidade, formulou solicitação complementar, com a seguinte indagação: O Prefeito de São Paulo, no dia 30 do mês passado, entrou com pedido neste Tribunal ratificando aquele apresentado pela Procuradoria Geral do Município em 29/01/2019, solicitando reconsideração da decisão deste Tribunal, que impôs ao Executivo condicionantes para o prosseguimento da licitação relativa a concessão do Estádio do Pacaembu. Aduz a Procuradoria Geral do Município, que o Tribunal de Justiça de São Paulo validou a legalidade e a regularidade do ato administrativo de recebimento das propostas dos licitantes (Agravos de Instrumento nº 2218400-20.2018.8.26.0000 e 2226885-09.2018.8.26.0000 - Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 4ª Câmara de Direito Público), motivo pelo qual, deve este Tribunal, reconsiderar tal condicionante. E que, as propostas entregues têm prazos de validade de 180 dias, que se encerrarão em meados do mês corrente. Portanto, a demora na solução do caso pode acarretar prejuízos irreversíveis à Municipalidade. O Senhor Prefeito Bruno Covas, por sua vez, ressalta que: *“Extrapolar este prazo sem uma definição desta E. Corte traria prejuízos relevantes à municipalidade. Primeiro porque todo o processo de concorrência internacional que consumiu recursos financeiros e envolveu centenas de servidores, consultores, empresas públicas e privadas ao longo de meses de trabalho incessante, pode ser perdido. Segundo porque a credibilidade do poder público em manter as regras de uma concorrência discutida e rediscutida por meses em todos os fóruns de participação política ficaria abalada (o edital de concessão foi submetido a impugnações e foi republicado após decisão desta E. Corte, não*

Assinatura

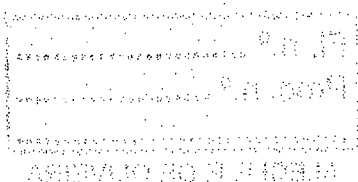


Guilherme Bueno de Camargo, no dia 05/09/2018, por maioria de votos, este Tribunal autorizou o prosseguimento do certame, desde que fossem atendidas as condicionantes que ora voltam à discussão por força do pedido de Reconsideração em julgamento. São elas: I – Corrigir o edital quanto a previsão de aceitação de atestado em nome de terceiros, diante da impossibilidade de sua aceitação. II – Anular o recebimento dos envelopes, por contrariar decisão deste Pleno, e por falta de amparo legal do ato. III – Restituir o prazo para apresentação de proposta, quando da retomada do certame, em função da necessidade de republicação do edital (para excluir a previsão de aceitação de atestados em nome de terceiros) IV – Formalizar o Termo de Anuência entre Estado e Município, no sentido de apresentação de autorização, por parte de ambos, no que diz respeito à concessão por 35 anos.

4. Pois bem. Passemos ao enfrentamento dessas condicionantes que são objeto dos pedidos em julgamento e que foram analisados tanto pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle quanto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo. Aliás, a Sra. Assessora Jurídica Chefe de Controle Externo deste Tribunal, Dra. Egle dos Santos Monteiro, alterou o seu entendimento anterior em dois aspectos: o que oferecia, ao menos, aquela alternativa para permitir a abertura das propostas comerciais; e aquele atinente a impossibilidade de ingresso de novos licitantes. Agora sustenta que novos interessados podem ingressar no certame e que, no atual contexto, é impossível de abertura das propostas, ainda que precedida de declaração das licitantes de não utilização de atestados de terceiros. **I. Da anulação do recebimento dos envelopes e da cessão da área objeto da concessão.** De fato, não há como subsistir, neste momento, as partes dispositivas do Acórdão relativas ao recebimento das propostas e nem aquela relativa à necessidade de anuência do Governo do Estado de São Paulo, para a cessão da área do Complexo Pacaembu, posto que se encontram saneadas: a) A primeira, com a decisão liminar da 4ª Câmara de Direito Público, extraída dos autos do Agravo de Instrumento 2226885-09.2018.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Dr. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, para manter o recebimento das propostas. b) A segunda, com a edição do Decreto Estadual nº 63.914/2018 que autorizou a Fazenda do Estado a conceder o uso do terreno onde está instalado o Estádio do Pacaembu, em favor do Município de São Paulo, pelo prazo de 50 anos. **II. Da aceitação de atestados em nome de terceiros e da restituição do prazo para apresentação de proposta.** É fato inquestionável que as propostas foram entregues; suas validades estão prestes a vencer em meados do corrente mês e não se sabe se foram ou não utilizados tais atestados pelas proponentes. Por ocasião dos julgamentos que culminaram com a suspensão do certame e a sua retomada, **sempre me posicionei favorável à aceitação de atestados em nome de terceiros**, por se tratar, neste caso, de uma concessão, que tem natureza jurídica diversa dos contratos administrativos regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666/93. Isto



porque, a lei específica das concessões – Lei nº 8.987/95 -, permite a subcontratação da quase totalidade do objeto, bem como a implementação de projetos associados, desde que o terceiro cumpra as normas regulamentares do serviço concedido. Meu entendimento é extraído do conceito do instituto da concessão, que, neste caso, não é para a prestação de um serviço público, e sim para a modernização, gestão, operação e manutenção de um equipamento público no qual se realizam atividades de interesse da população (esporte, cultura e lazer), conjugado ao disposto no artigo 25, parágrafos 1º e 3º, da mencionada lei, que assim dispõem: *Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade. §1º - Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (...). §3º - A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.* Portanto, note-se que a previsão da cláusula do edital em debate vai ao encontro dessa construção interpretativa. De nada adianta serem os atestados apresentados em nome da licitante, como se dá nos contratos administrativos, se, na prática, a concessionária poderá subcontratar as atividades *acessória, complementares, a implementação de projetos associados*. E, ressalto que não se trata de aceitação de atestado em nome de qualquer terceiro, e sim de pessoa jurídica que venha a possuir vínculo com a vencedora do certame, mediante compromisso assumido de contratação com a futura Sociedade de Propósito Específico – SPE a ser constituída. Ou seja, serão atestados daquele que efetivamente prestará os serviços. Daí a pertinência da previsão do atestado ser apresentado em nome do terceiro que vai efetivamente executar o serviço. Tudo isso sem prejuízo da responsabilidade do concessionário. Assim, em uma interpretação sistemática da Lei nº 8.666/93 (que é norma geral de licitações e contratos administrativos) e da Lei nº 8.987/95 (lei específica das concessões) é regular a previsão contida no item 15.5.5 do edital, que admite a possibilidade da qualificação técnica-operacional ser comprovada por meio de atestados de pessoas jurídicas futuras prestadoras dos serviços, sob inteira responsabilidade da concessionária. E tanto assim que o edital admite a participação, inclusive isoladamente, de fundos de investimentos e entidades de previdência complementar, que, certamente não terão expertise na exploração econômica ou gestão de empreendimento multiuso, mas podem comprovar habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e assumir as responsabilidades da concessão. Como bem salientou o Senhor Prefeito Bruno Covas, a questão da aceitação de atestados de capacitação técnica dos licitantes vem sendo debatida tanto na



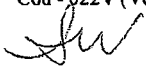
doutrina quanto na jurisprudência, sendo que o entendimento tem caminhado no sentido de convergir com aquele adotado pela Prefeitura de São Paulo em seus editais de concessão. Nas palavras do Senhor Prefeito, *"Esta evolução de nosso Direito Administrativo se deu para aperfeiçoar o princípio sagrado da supremacia do interesse público, na medida em que permitir que a qualificação técnica se dê por meio de atestados em nome de contratados AMPLIA A COMPETITIVIDADE DO CERTAME. Exigir o contrário poderia ser considerado despiciendo na medida em que já se sabe de antemão que, apesar da existência de uma qualificação técnica em nome próprio, boa parte do objeto licitado será realizado por terceiros contratados e não diretamente pelo concessionário. Com todo respeito, na interpretação da municipalidade, dúvidas com relação a este ponto não deveriam ser suficientes para inviabilizar o prosseguimento deste certame. A análise de atestados poderia ser feita no caso concreto, e não em tese, ou seja, análise de qualificação deveria ser feita na fase de qualificação e não, de forma abstrata, sem se conhecer a realidade da qualificação apresentada."* (grafamos). Como já destaquei no voto em que fui vencido, e insisto nesta oportunidade, a utilização de atestados em nome de terceiros nessa concessão não é uma inovação da Administração municipal e vai ao encontro de uma proposta voltada a tornar o Complexo Pacaembu, que é um ícone da cidade de São Paulo, melhor aproveitado pela sua população, pois hoje não oferece atratividade (além do Museu do Futebol e algumas partidas oficiais de futebol), conforto, segurança e, principalmente, acessibilidade aos usuários, para ser desfrutado em sua plena capacidade. Ressalto, ainda, que deverá ser dada atenção especial à acessibilidade, atualmente inexistente no local, que não oferece condições de uso para pessoas com mobilidade reduzida, como preconizada pela Norma da ABNT NBR 9050, de forma a obter o selo de acessibilidade, como foi feito por este Tribunal. Por todo o exposto e, diante das considerações do Senhor Procurador Geral do Município, Dr. Guilherme Bueno de Camargo, endossadas pelo Senhor Prefeito Bruno Covas, dou provimento ao pedido de reconsideração em julgamento, para reconhecer, no caso em tela, a regularidade de apresentação de atestados em nome de terceiros, mantendo, assim, o voto por mim proferido na Sessão Ordinária 2.998, ocorrida em 15/08/2018, pois, diferentemente das licitações moldadas pela Lei nº 8.666/93, estamos tratando de uma licitação voltada para uma concessão de modernização, gestão, operação e manutenção de um equipamento público, regida pela Lei nº 8.987/95, cujo artigo 25, parágrafo 1º, autoriza a contratação com terceiros das atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto, e não de um mero contrato administrativo, em que se exige a sua execução diretamente pelo vencedor do certame, sendo a subcontratação admitida apenas no limite definido no edital. Ressalto que o meu voto se restringe ao pedido de reconsideração do Senhor Prefeito, sendo certo que as ações civis públicas em curso, versando questões não



abrangidas nas condicionantes impostas por este Pleno para o prosseguimento do certame, são, pela competência, acompanhadas pela Procuradoria Geral do Município, a quem compete orientar o Executivo quanto ao necessário cumprimento das decisões. Por fim, determino que antes da adjudicação do certame seja a matéria novamente submetida à apreciação deste Pleno. Encaminhem-se cópias deste voto e da Decisão a ser produzida ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Bruno Covas e à Procuradoria Geral do Município. É como voto.”

Certifico, outrossim, que o Excelentíssimo Senhor Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, com voto apresentado em separado, pronunciou-se sobre a matéria nos seguintes termos: “Cuida o presente de pedido de **“reapreciação da decisão exarada pelo Pleno”** quanto a suspensão cautelar do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2018, lançada pela Secretaria Municipal de Esportes e Lazer (SEME) e pela Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias (SMDP), para a concessão dos serviços de modernização, gestão, operação e manutenção do Complexo do Pacaembu, **em que o Sr. Prefeito Bruno Covas aduziu que, “segundo determina a Lei, no próximo dia 11 de fevereiro, caducam as propostas recebidas pela Administração... e extrapolar este prazo traria prejuízos relevantes à municipalidade”**, e pleiteou que **“este egrégio tribunal reconsidere a decisão plenária de 05/09/2018 para possibilitar a abertura dos envelopes”** (...) e assim verificar a **“suficiência ou não da qualificação técnica dos proponentes (...) no caso concreto”**: Ocorre que na sessão Ordinária do dia 05 de setembro de 2018, por maioria de votos, este TCM determinou: 1 - A **retomada do** Edital de Concorrência Internacional nº 01/2018, lançada pela Secretaria Municipal de Esportes e Lazer (SEME) e pela Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias (SMDP), para a concessão dos serviços de modernização, gestão, operação e manutenção do Complexo do Pacaembu; 2 - impossibilidade de aceitação de atestados de terceiros para efeitos de habilitação técnica” por falta de amparo legal, bem como por “ser imprescindível que a aferição de capacidade técnica seja comprovada pelo próprio licitante e não por um potencial terceirizado.” (item 4.5) 3 - Que seja **anulado o ato de recebimento dos envelopes de habilitação dos licitantes, por contrariar a determinação do Pleno de suspensão do certame, bem como por falta de amparo legal.** 4- Que seja **atendida a decisão do Pleno** referente à questão do terreno (onde se situa o Complexo do Pacaembu), levantada pelo **Conselheiro Maurício Faria**, por meio de uma **anuência formal do Governo do Estado de São Paulo com os termos da concessão**, dirimindo quaisquer dúvidas sobre **a propriedade da área** uma vez que de acordo com a Auditoria desta Corte “não há meios para apontar, com a certeza que o caso requer, o real proprietário dos 50.000 m² originalmente doados ao Estado de São Paulo, que integram o Complexo Esportivo do Pacaembu. No que diz respeito à determinação de que fosse **anulado o ato de**

recebimento dos envelopes de habilitação dos licitantes, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em DECISÃO JUDICIAL proferida em 11/12/2018 nos Autos do Processo nº 2226885-09.2018.8.26.0000, afastou esta irregularidade e determinou a manutenção do recebimento dos envelopes. Em relação à questão da propriedade do terreno levantada pelo Conselheiro Maurício Faria, conforme decidido na sessão plenária do dia 22/08/2018, a questão restou superada com assinatura de termo de comodato pelo então Governador (Marcio França) do Estado de São Paulo, conferindo sua anuência formal à Concessão em exame. Quanto às ações judiciais (Mandado de Segurança nºs 1043977-36.2018.8.26.0053, Mandado de Segurança nº 1045005-39.2018.8.26.0053, Processo nº: 0024688-37.2018.8.26.0053 - Cumprimento de Sentença proferida na Ação civil Pública nº 0002678-53.2005.8.26.0053 e Ação Civil Pública nº 1034029-70.2018.8.26.0053), cujos dados constam em notas de rodapé¹, as mesmas são, há muito, de domínio público e, portanto, suas determinações e consequências são de conhecimento dos licitantes, que possuem o livre-arbítrio de continuar, ou não, participando do certame nas condições impostas pela justiça. Ademais, deve a Pasta responsável providenciar, conforme determinado pelo juízo, a inclusão, no edital, da restrição contida na decisão liminar. Já no que concerne ao item 4.5, cuja irregularidade é decorrente da previsão no edital de "aceitabilidade de atestados em nome de terceiros", a Secretaria de Desestatização e Parcerias, assim como a Procuradoria Geral do Município, manifestaram-se na mesma linha de argumentação, trazendo elementos no escopo de demonstrar que a aceitabilidade de atestados em nome de terceiros nada mais seria do que a subcontratação de parte dos serviços que compõem o objeto, o que traria vantagens para a Administração, tanto no que diz respeito à ampliação da competitividade quanto no que concerne à seleção da empresa que melhor poderia executar determinado serviço (parcela subcontratada). O Pacaembu é, inegavelmente, um ativo público de reconhecido valor cultural e de grande importância para a história do esporte na cidade de São Paulo e no País. Em 1937, CDB e CBF entraram num acordo em relação ao controle do futebol nacional e foi discutido a criação de um estádio em São Paulo. Segundo Mazzoni (*História do futebol brasileiro*) "A ideia de construção de um grande estádio de futebol remontava há muitos e muitos anos atrás. Quando prefeito era o sr. Washington Luiz, foi ela aventada pelo sr. Antonio Prado Junior e outros, havendo-se até instituído um selo, cujo produto deveria ser revertido para a construção do estádio. Nos meios técnicos, em participar na Cia City, proprietária do vale do Pacaembu, também surgira a mesma ideia, surgida pela conformação topográfica do local, pois as costas do vale, por sua aproximação, facilitariam a construção das arquibancadas. Mas a primeira tentativa não vingou. O selo fracassou, o terreno era escasso, os orçamentos assustavam e os governantes





interessavam-se mediocrementemente pelo esporte.” Não foi realizada a construção neste momento. “Obviamente, este debate não surgiu do nada, mas dentro de uma gama de preocupações amplas. O problema não se encontra só na questão do esporte e sim numa questão de fundo... A construção da nação a partir do melhoramento do corpo do brasileiro... existia quase uma convergência quanto ao entendimento de que o brasileiro era fraco, dono de um corpo pouco disciplinado para o trabalho e a guerra. Enfim, se para os cronistas esportivos o estádio deveria ser construído por causa do futebol, os especialistas em educação física apontavam para outras direções. Para estes, o estádio deveria atender ao desenvolvimento das atividades físicas em geral, especialmente aquelas que pudessem contribuir para educar o brasileiro (NEGREIRO - 1998 – A Nação Entra Em Campo: Futebol brasileiro nos anos 30 e 40).” Em 1935, tinha sido criado o Departamento de Cultura e Recreação pelo prefeito Fabio da Silva Prado, para cuidar das questões esportivas. Neste momento foi colocado na pauta a construção do estádio pelo Acto nº 861: “Acto nº 861 – de 30 de maio de 1935 – Organiza o Departamento de Cultura e de Recreação. O prefeito do município de São Paulo, usando das atribuições que lhe são conferidas pelo paragrapho 4 do art. 11 do Decreto Federal nº 19.398 de 11 de novembro de 1930, nos termos do acto 768, de janeiro corrente ano. Decreta... Titulo 1 Do Departamento de Cultura de Recreação Art. 1.0 – fica creado o Departamento de Cultura e de Recreação, que terá por fim: A – estimular e desenvolver todas as iniciativas destinadas a favorecer o movimento educacional e cultural... B – promover e organizar espetáculos de arte e cooperar em um conjunto systematico de medidas, para o desenvolvimento da arte dramática, e, em geral, da musica, do theatro e do cinema... C – crear e organizar bibliotecas publicas, de forma a contribuir efficazmente para a difusão da cultura em todas as camadas da população... D – organizar e installar e dirigir parques infantis, campos de atletismo, piscinas e um **estádio municipal**, para certames esportivos nacionaes e internacionaes. (Legislação do Município de São Paulo. *Revista do Arquivo Municipal* – RAM, 1935).” O objetivo é uma forma de educar o paulistano, fisica e psicologicamente, com o intuito de “disciplinar o corpo”. Em 1936 foi iniciada a construção do estádio. “Terminados os trabalhos da primeira projeção e concorrência pública procedeu-se no dia 29 de novembro último, nos terrenos do Pacaembu, ao lançamento da Pedra Inaugural dos edificios que constituirão o conjunto do Estádio Municipal do Pacaembu, mandado erigir pela prefeitura deste Município, em terrenos que para esse fim foram doados ao governo à municipalidade pela Companhia City. Além do governador, Armando Salles Oliveira, participaram da cerimonia simbólica do início da construção seu secretário particular, Carlos Mendonça, o prefeito municipal, Fabio da Silva Prado e outras autoridades militares (Lançamento da Pedra Fundamental do Estádio Municipal. In: *Revista do Arquivo Municipal* – RAM, janeiro de 1936).” A companhia urbanizadora City doou



75 mil metros quadrados ao Estado de São Paulo, no bairro do Pacaembu. O governo do Estado (Armando Sales) cedeu à prefeitura para a construção do Pacaembu, assim como recursos materiais para o início da obra. O documento expressava: “Fica expressamente lavrado que a City of São Paulo Improvements and Freehold Land Company Limited doa ao governo do Estado de São Paulo, cujo chefe do executivo é o sr. Armando Salles de Oliveira, a quantia de 75.000 metros quadrado de terras no Bairro do Pacaembu. Para a construção de um estádio esportivo (Documento de doação de terrenos. Arquivo da Cia. City).” Contudo, para executar a obra era necessário construir vias de acesso, pois o terreno só comportava o Estádio, e a prefeitura foi obrigada a comprar os terrenos ao redor, que pertenciam à Companhia City. A iniciativa privada fez o papel de intermediação entre a empresa construtora Companhia Severo & Villares e o governo municipal. A empresa contratada tinha alguns diretores que faziam parte da diretoria da Companhia City. A propaganda da Companhia City informava: “A prefeitura municipal já aceitou a proposta, que lhe foi apresentada na concorrência para a construção do Estádio Municipal, pela Severo & Villares, que ocupará uma área de 75.000 metros quadrados, em terrenos doados pela Companhia City. A prefeitura municipal também contratou com a Companhia City, que ganhou a concorrência pública para a construção da praça do Estádio e a pavimentação dessa praça, bem como da Avenida Pacaembu e das Ruas Itápolis, Itatiára, Itapeçuá e mais algumas que serão abertas posteriormente (Panfleto de propaganda da Cia City encontrado na pasta referente ao bairro do Pacaembu. Arquivo da Cia. City).” Percebemos, portanto, que a construção do estádio fazia parte de uma grande reforma urbana, tanto no sistema viário quanto no arquitetônico, além da especulação imobiliária e financeira. Segundo o arquiteto e professor Nestor Goulart Reis Filho, “As motivações (da construção) não eram apenas esportivas. As linhas *art déco* do projeto, com as torres alongadas e uma acentuada preocupação de monumentalidade – quase grandiloquência –, fazem lembrar as soluções contemporâneas dos estádios alemães, construídos sob a direção de Albert Speers, para os grandes desfiles nazistas, que foram copiados em vários países do mundo. Era uma arquitetura expressionista, com seus traços exagerados, em linhas verticais e horizontais, quase agressivas (“Um palco da modernidade”, in *Jornal da Tarde*, 14/02/1990, p. 8).” Com o novo prefeito Prestes Maia, em 1938, a obra tomou um caráter monumental, utilizando os elementos de concreto armado, a saber: “Ao iniciar-se a administração Prestes Maia, fez-se uma pausa nos trabalhos, para permitir o prefeito conhecimento da situação técnica e financeira. Em primeiro lugar foi revisto e modificado o contrato existente entre a prefeitura, a firma construtora e a Cia City. Esse negócio foi elevado a efeito em excelentes condições, com a Cia City, elevando-se a operação a 720 contos de réis (*Catálogo de Festejos Inaugurais do Estádio Municipal*.



Publicação da Prefeitura de São Paulo, 1940).” Foi **alterado o projeto original** de Domicio Pacheco e acrescentado ao conjunto o ginásio, a piscina, a praça frontal e as rampas laterais (Rua Desembargador Paula Passaláqua e Itápolis). A **arquibancada** foi projetada em **forma de U**, a fachada foi construída em concreto e tijolos e as laterais do Estádio foram realizadas aproveitando-se o terreno. “O estádio constitui um dos elementos da cidade cujo **sítio foi habilmente aproveitado pelos urbanistas paulistas**; encontra-se ele alojado num desvão das cabeceiras do modesto córrego existente entre as altas colinas e esporões da Consolação e do Araçá; sua forma em U possibilitou o aproveitamento das vertentes elevadas, que passaram a servir de arrimo natural para a construção das arquibancadas (NESTOR GOULART REIS FILHO, 2004, p. 183).” No fundo foi construída a concha acústica para cerimônias cívicas e espetáculos de música e balé, que deveriam ocorrer antes dos jogos de futebol. Atrás da concha acústica foi construída a piscina descoberta, no nível do solo. A arquibancada foi realizada em forma de ferradura (para 3 mil pessoas). O ginásio poliesportivo foi projetado para 4 mil pessoas e para disputas de vôlei, basquete, boxe, handball, futebol de salão e tênis de mesa. Ao lado do ginásio foi organizada uma quadra de tênis com 900 poltronas e sete camarotes para os torcedores. Próximo, foi construída outra quadra descoberta, com bar, vestiário, 1073 cadeiras numeradas e sete camarotes. Foram instalados ainda: alongamentos para atletas visitantes e vestiários, tribuna de honra, cabine para jornalistas e uma galeria sobre a rua. Foram **mobilizados mais de 1.000 homens** na construção (dia e noite). A inauguração do estádio foi **bombástica** em 27 de abril de 1940 em pleno Estado Novo (37-45) com a presença do Presidente Getúlio Vargas, Ademar de Barros (interventor) e Prestes Maia. Os jogos inaugurais foram: - Palestra Itália (vice-campeão de 39) versus Coritiba (6X0). Zequinha do Coritiba fez o primeiro gol do estádio. - Corinthians (campeão de 39) versus Clube Atlético Mineiro (4X2). Segundo o Diário Popular: “esse estádio representa e coloca o futebol como verdadeiro espetáculo das massas, é o sintetizador, o divisor de águas na consolidação do futebol como esporte do povo”. Havia 40 mil pessoas no estádio. Indubitavelmente a cidade de São Paulo pode ser marcada pela fase pré Pacaembu e pós Pacaembu. É necessário ratificar que a Cia. City, funcionando na cidade desde 1912, adquiriu aproximadamente 12 milhões de metros quadrados na cidade. O Pacaembu passou a tomar forma a partir de 1925, conforme o plano “**Bairro Jardim**”, copiado da Inglaterra. O bairro foi asfaltado e arborizado em 1935 para dinamizar a venda dos lotes. Em 1994, o Estádio Municipal do Pacaembu (atual Paulo Machado de Carvalho) transformou-se em **monumento histórico, tombado** pelo CONDEPHAT (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Estado de São Paulo). Hoje há, também, o Museu do Futebol. A história do bairro confunde-se com o estádio, pois cresceram juntos. **Daí o porquê da**

div

preocupação desta Corte de Contas quando exigiu a apresentação de atestados pelos interessados que demonstrem a capacidade técnico-operacional para gestão de empreendimento multiuso, opinando então pela impossibilidade de utilização de atestados de terceiros para o objeto do certame licitatório. Cabe esclarecer, outrossim, que o edital da licitação, nos termos em que foi publicado pela Administração, possibilitou que interessados com atestação, ou com o compromisso de terceiros que apresentassem qualificação técnico-operacional para gestão de empreendimentos multiuso, participassem do processo licitatório, aumentando sua competitividade. Assim, considerando que a licitação será processada com inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, na forma prevista art. 16 da Lei Municipal n. 13.278/2002, sendo analisada primeiro a proposta de preços, a única questão que subjaz à decisão deste Tribunal de Contas poderá estar faticamente superada na hipótese de o licitante que apresentar a melhor proposta de preços atender à condicionante imposta por esta Corte de Contas, ou seja, possuir atestados que demonstrem sua qualificação técnica-operacional em nome próprio. Nesses termos, no que diz respeito à proposta da Procuradoria Geral do Município, ratificada pelo Senhor Prefeito, de retomada da licitação com a abertura dos envelopes, para "verificar, no caso concreto, a suficiência de atestados e se estes atestados são mesmo de terceiros": 1 – Considerando que a Prefeitura argumenta que não dispõe de recursos para manutenção do Estádio com boa qualidade de serviços para o Município; 2 – Considerando os argumentos trazidos pela Origem, as propostas caducarão em 11 de fevereiro de 2019, o que trará enorme prejuízo à municipalidade; 3 – Considerando a decisão judicial liminar que manteve a sessão de recebimento dos envelopes; sopesados os argumentos até aqui expostos e; 4 – Considerando, principalmente a extensão dos serviços que compõe o Edital, 5 – Considerando a possibilidade de aproveitamento dos atos já praticados pela Administração, em nome dos princípios da celeridade, da eficiência e da economicidade e a fim de se evitar qualquer prejuízo ao interesse público, este TCM se posicionará, quanto ao Mérito, na fase de ADJUDICAÇÃO e de HOMOLOGAÇÃO do objeto. Nesse sentido VOTO, EXCEPCIONALMENTE, pelo ACATAMENTO DO PEDIDO do Sr. Prefeito (Bruno Covas), COM O FIM ESPECÍFICO DE ABERTURA DOS ENVELOPES para verificar a "suficiência ou não da qualificação técnica dos proponentes (...) no caso concreto": Condicione-se a ASSINATURA DO CONTRATO à APROVAÇÃO prévia por este TCM. 1-Na hipótese de este TCM entender que a empresa vencedora não reúne condições estabelecidas no Edital, a matéria será novamente submetida ao Plenário para decisão. 2 - Caso este TCM entenda que a empresa vencedora cumpre as exigências editalícias, poderá seguir a assinatura dos contratos – nos termos do regimento, RESSALVADAS as



Processo TC/004911/2018

Certidão

fl. 013

eventuais determinações Judiciais quanto à matéria, em especial, as proferidas nos Autos (Mandado de Segurança n.º 1043977-36.2018.8.26.0053, Mandado de Segurança n.º 1045005-39.2018.8.26.0053, Processo n.º: 0024688-37.2018.8.26.0053 - Cumprimento de Sentença proferida na Ação civil Pública n.º 0002678-53.2005.8.26.0053 e Ação Civil Pública n.º 1034029-70.2018.8.26.0053), devendo, por princípio, a Origem seguir a determinação efetuada pelo Juízo. É como voto.”

Certifico, ademais, que o Nobre Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto apresentada, votou no seguinte sentido: “Trata-se de pedido, formulado pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo, endossado pelo Prefeito do Município de São Paulo, a fim de que a r. Decisão proferida pelo Pleno desta Casa em 05/09/2018, na 3001ª S.O. - na qual estava ausente por motivos justificados - seja reconsiderada para se permitir o prosseguimento da licitação com o reconhecimento da legalidade da apresentação de atestados de terceiros, conforme a previsão no Edital. Ou, subsidiariamente, que seja autorizada a abertura das propostas já apresentadas para confirmar a utilização ou não, pela vencedora, dos referidos atestados, evitando assim o seu perecimento, tendo em conta que o prazo de validade daquelas se encerra em meados de fevereiro. Primeiramente, conheço dos Pedidos de Reconsideração, destacando a ocorrência de fatos novos que importam para o desenrolar do julgamento: 1) Ajuizamento de Mandado de Segurança promovido pelo Consórcio Patrimônio SP que teve a medida liminar indeferida na 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, tendo sido interposto Agravo de Instrumento que atribuiu parcial efeito ativo a fim de suspender a decisão do TCMSP, que autorizou a retomada do certame com condicionantes, na parte em que determina “a anulação do ato de recebimento das propostas dos licitantes”. 2) Edição do Decreto n.º 63.914/2018, publicado em 12/12/2018 no DOE/SP, do por meio do qual o então Governador autorizou a Fazenda do Estado a conceder o uso, em favor do Município de São Paulo, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos, do terreno com dimensão de 50.000,00 m2, onde está instalado o Estádio do Pacaembu. Quanto ao mérito dos pedidos, no âmbito estrito deste processado, das competências desta Casa e no limite do que me é submetido, tendo em vista a relevância da matéria para a Cidade e para toda a comunidade e ainda o prejuízo mensal acumulado pela subutilização do Complexo, VOTO COM O RELATOR, cabendo à Administração, cautelosamente, observar o posicionamento dos demais Órgãos do Estado.”

Certifico, também, que o Excelentíssimo Senhor Conselheiro MAURÍCIO FARIA proferiu voto nos seguintes termos: “Recebeu este Tribunal pedido de reconsideração formulado pela Procuradoria Geral do Município em relação à decisão desta Corte de Contas na 3001ª. Sessão Ordinária, realizada aos 5 de setembro de 2018 que autorizou a retomada da Concorrência n.º

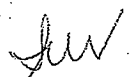
001/SEME/2018, mediante condicionantes. Em síntese, o Procurador Geral do Município aduz que: a) o ato administrativo de recebimento das propostas teria sido julgado regular e válido pelo Poder Judiciário; b) o prazo de validade das propostas é de 180 (cento e oitenta) dias e expirará em breve, o que se traduziria em risco de prejuízo à Municipalidade; c) as condicionantes impostas por esta Corte de Contas, relativas à anuência do Estado de São Paulo e à aceitação de atestados de terceiros na habilitação técnica poderiam ser superadas. Conclui o Órgão Jurídico Municipal pleiteando o prosseguimento da licitação, com o reconhecimento da validade da cláusula do edital que permite a apresentação de atestados de terceiros (item 15.5.4). Subsidiariamente, requer seja autorizada a abertura dos envelopes das propostas, para verificar se a vencedora do certame se utilizou, ou não, de atestados de terceiros. Por sua vez, o Exmo. Sr. Prefeito ratificou o pedido de autorização para abertura dos envelopes dos licitantes já recebidos, com base na posição da Procuradoria. Passo a examinar cada um dos pontos suscitados pela Municipalidade. ***a) o ato administrativo de recebimento das propostas teria sido julgado regular e válido pelo Poder Judiciário.*** Segundo o entendimento da PGM, em razão das decisões exaradas em dois agravos de instrumento (2218400-20.2018.8.26.0000 e 2226885-09.2018.8.26.0000), o Poder Judiciário haveria validado o recebimento dos envelopes com as propostas, o que compeliaria esta Corte de Contas a modificar sua decisão de anular referido ato. Todavia, entendo que não houve, por parte do Judiciário, uma decisão de mérito acerca do recebimento das propostas, mas tão somente uma decisão de caráter liminar, de preservar provisoriamente as propostas apresentadas, até que os *mandamus* impetrados sejam julgados pela primeira instância. Registre-se que as medidas judiciais não foram propostas pela PGM, mas sim por um consórcio participante da licitação, o Consórcio Patrimônio SP, formado pelas empresas PROGEN - Projetos Gerenciamento e Engenharia S.A. e SAVONA Fundo de Investimento em Participações. Pois bem, o Consórcio Patrimônio SP impetrou um primeiro mandado de segurança, de n.º 1043977-36.2018.8.26.0053 aos 4 de setembro de 2018, cujo ato coator era a decisão desta Corte de Contas, exarada na 2998ª. Sessão Ordinária, realizada aos 15 de agosto de 2018, pela suspensão do certame. Sustentou o Impetrante, neste primeiro *mandamus*, que o TCM-SP não estaria, na hipótese, autorizado ao exercício do poder de cautela por “ausência de motivação suficiente e falta de indicação de iminente dano ao Erário”. O processo foi distribuído à 1ª. Vara da Fazenda Pública da Capital e a liminar pleiteada foi ***indeferida*** pelo r. Juízo, que não vislumbrou razões suficientes para afastar a presunção de regularidade do ato praticado, qual seja, a decisão desta Corte de Contas. Acrescentou, ainda, que a decisão guerreada “***encontra-se bem fundamentada e, em tese, dentro dos limites legais e constitucionais do controle preventivo da administração pública, exercido pelo E. TCM***” (g.n.). Esta decisão judicial foi proferida no dia 5 de





setembro de 2018. Então, o Impetrante interpôs, em 8 de outubro de 2018, Agravo de Instrumento, o qual foi distribuído sob o número 2218400-20.2018.8.26.0000, para a 4ª. Câmara de Direito Público. O Desembargador Relator indeferiu, no dia 10 de outubro de 2018, o efeito ativo pleiteado pelo Consórcio Patrimônio São Paulo, por considerar que o agravo desafiava uma decisão judicial adequadamente fundamentada. O Agravo de Instrumento seguiu para julgamento de mérito aos 10 de dezembro de 2018, ocasião em que lhe foi negado provimento, por unanimidade. Essencial notar que no acórdão então proferido no âmbito da 4ª. Câmara de Direito Público, a competência deste Tribunal de Contas para a suspensão cautelar de certames foi afirmada como válida e regular: "A condução da licitação sob o risco de adjudicação de contrato administrativo a quem não tem qualificação técnica para a execução dos serviços, e isto é risco concreto diante da dispensa da apresentação de prova na fase de habilitação, claramente configura situação de potencial lesão iminente ao erário que pode ser acautelada mediante o exercício da competência questionada"(g.n.). Além de corroborar o poder geral de cautela do TCM, e, por consequência, validar a anterior decisão de suspender a Concorrência Internacional n.º 001/SEME/2018, o acórdão traz a assertiva de que a aceitação de atestados de terceiros não é admissível, ao menos no âmbito de cognição inicial. Ocorre, então, a impetração de um segundo mandado de segurança impetrado pelo mesmo Consórcio Patrimônio SP. Este, por sua vez, foi interposto aos 18 de setembro de 2018 e distribuído, por dependência/conexão ao primeiro mandado de segurança, sob o número 1045005-39.2018.8.26.0053. Surpreendentemente, o Consórcio Patrimônio SP, que no primeiro processo buscava invalidar a decisão desta Corte de suspensão do certame, insurgiu-se neste segundo mandado de segurança contra a segunda decisão deste mesmo Tribunal de Contas a qual permitia a retomada do certame, desde que observadas determinadas condições. Em síntese, o Consórcio impugnou todas as condicionantes constantes da segunda decisão tomada pelo TCM em sua 3001ª Sessão Ordinária, de 5 de setembro de 2018, quais sejam: 1) exigência de alteração do item 15.5.4 do edital, referente à qualificação técnica; 2) anuência do Estado de São Paulo em razão das dúvidas acerca da propriedade do terreno em que se situa o Complexo do Pacaembu; 3) anulação do ato de recebimento das propostas. Também para este segundo mandado de segurança, em primeira instância, o pedido de liminar foi indeferido, pois, da mesma forma como já decidido no primeiro mandado de segurança, entendeu o r. Juízo que a decisão desta Corte estava devidamente fundamentada e dentro dos limites legais e constitucionais do controle preventivo exercido por este Tribunal de Contas. Irresignado, o Consórcio também recorreu dessa decisão aos 18 de outubro de 2018, por meio de um segundo Agravo de Instrumento, n.º 2226885-09.2018.8.26.0000, que veio a ser distribuído por conexão ao mesmo Relator da 4ª. Câmara de Direito Público. Neste caso, o

Desembargador Relator considerou válidas as condicionantes referentes à propriedade do imóvel e à não admissão de atestados de terceiros. Não obstante, entendeu que a determinação de anulação do recebimento das propostas poderia causar dano irreparável à Agravante, pois se **imediatamente** executada – frise-se, **imediatamente** – o ato de recebimento dos envelopes seria anulado e se tornaria obrigatório voltar à fase inicial do certame, com republicação do edital. Percebe-se que o conteúdo da decisão liminar, **depois consolidada na decisão de mérito desse segundo agravo, não afirma, conclusivamente, em momento algum**, a validade do ato de recebimento dos envelopes. Pelo contrário, o conteúdo é meramente acautelatório processual, **no sentido de preservar as propostas e, com isso, garantir a utilidade da decisão final do mandado de segurança**. Nesse sentido, cabe a transcrição do acórdão: “A execução **imediata** da providência causará lesão irreversível ao interesse da agravante e aos atos do certame, pois **eventual seguimento da licitação será inviável em caso de pronta anulação** do ato administrativo de recebimento das propostas, que já não mais terão validade. Assim, a concessão de liminar é necessária para resguardar a integridade das propostas”. (g.n.). Portanto, com a devida vênia, diferentemente do que foi alegado pela PGM, **não há uma decisão de mérito, definitiva**, a afirmar que o certame deve ser retomado com a abertura das propostas recebidas no dia 16 de agosto de 2018, por ser este recebimento supostamente um ato administrativo plenamente válido, como se não pendesse nenhum questionamento judicial sobre a matéria. Aliás, a própria Municipalidade, na qualidade de interessada, protocolou aos 10 de janeiro de 2019, neste segundo mandado de segurança (processo 1045005-39.2018.8.26.0053), uma petição muito similar ao pedido de reconsideração ora analisado, com o seguinte pedido: “requer a Municipalidade, especialmente com fundamento no art. 20 da LINDB, seja autorizada a abertura das propostas, para se verificar se a proposta vencedora se utilizou ou não de atestados de terceiros (cláusula editalícia questionada pelo TCM (item 15.5.4))”. Como consequência da decisão no segundo agravo, o r. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública **indeferiu** o pleito da Prefeitura, aos 11 de janeiro de 2018, nos seguintes termos: “Observe-se a participação da municipalidade como assistente litisconsorcial do requerido, anotando-se e **mantenho o indeferimento da liminar pelas razões já lançadas, indeferindo também o pedido de abertura das propostas, já que o parcial provimento do agravo não menciona a possibilidade da prática de tal ato que significaria prosseguimento do certame**”. (g.n.). Sobre esse tema, a Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte se manifestou da seguinte forma: “Sobre a matéria, permito-me discordar da Auditoria (item 2.1) no ponto em que afirma estar “reconhecida a regularidade do recebimento das propostas pelo Poder Judiciário”, **pois não há decisão definitiva no mandamus**. Ademais, o Exmo. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em decisão





Processo TC/004911/2018

Certidão

fl. 017

publicada aos 28.01.2019, indeferiu o pedido da Municipalidade consistente na abertura das propostas, na medida em que o parcial provimento do agravo não menciona a possibilidade da prática de tal ato. Assim, pretendo deixar claro neste parecer que a matéria está sub judice e que não há decisão definitiva, mas apenas medida acautelatória para que seja mantido o recebimento das propostas, afastando a determinação para a imediata anulação do ato". Ademais, o Executivo veio a reconhecer formalmente, de fato, que recebeu a intimação do Tribunal de Contas do Município, de suspensão do certame, com o devido protocolo na véspera da data da sessão de licitação que recebeu os envelopes, e que tal intimação realmente fazia indevido o ato de recebimento, embora, não obstante, depois se aproveite disso na discussão judicial e neste pedido de abertura de envelopes. Paralelamente, há também uma ação civil pública, ajuizada pela Associação Viva Pacaembu, distribuída sob o número 1034029-70.2018.8.26.0053 para a 13ª. Vara da Fazenda Pública, na qual se destaca o questionamento acerca de outorga do potencial construtivo ao vencedor do certame, o que motivou a concessão parcial de tutela de urgência, nos seguintes termos: "Por fim, dentre os argumentos emergenciais esposados pela Associação Autora, merece abrigo a irresignação no tocante à concessão da Outorga do Potencial Construtivo ao Vencedor do Certame. A concessão que se pretende licitar é da exploração do local, com a prática dos atos de manutenção e dos a que se denomina modernização. Veicula-se por procedimento licitatório internacional. A outorga onerosa, numa análise prévia, está afeta ao direito de propriedade. Equipara-se a uma espécie de compensação a quem sofre a restrição em seu direito de propriedade. A partir desta premissa, vislumbra-se presente o requisito fático para acolher, em parte, a tutela de urgência postulada de sorte a impedir a imediata outorga do potencial construtivo ao vencedor do certame até ulterior decisão judicial. Providencie, pois, a Municipalidade de São Paulo a publicidade desta restrição, inserindo-a no edital regulador do certame". (g.n.). Consta dos autos do processo que a Municipalidade foi devidamente cientificada do teor dessa decisão aos 29 de janeiro próximo passado, não havendo notícia de que a determinação da publicidade desta restrição no edital tenha sido cassada por decisão do Tribunal de Justiça. Neste particular, cabe ao Tribunal de Contas do Município atentar para os efeitos dessa decisão judicial, no momento, em vigor, que condiciona a retomada do certame, a qual não pode ser autorizada unilateralmente por esta Corte de Contas. Acerca desse tema, a Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte de Contas acrescenta que: "A respeito da medida acautelatória noticiada, anoto que, no que, muito embora, num aspecto processual, não haja na r. decisão a determinação para a suspensão do certame, fato é que a questão da outorga do potencial constitutivo ao vencedor poderá, s.m.j., interferir na formulação das propostas". Aliás, registre-se, que a pretendida autorização de retomada do

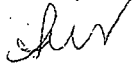
certame com a abertura das propostas, nos termos formulados, simplesmente desconsidera essa ponderação da Assessoria Jurídica, implicando em retomada do certame sem tratar de decisão judicial. Por derradeiro, em relação à questão da validade do ato de abertura das propostas, tem-se ainda outra Ação Civil Pública, ajuizada também pela associação Viva Pacaembu, distribuída para a 7ª. Vara da Fazenda Pública da Capital, sob o número 0002678-53.2005.8.26.0053, já em fase de cumprimento de sentença. Em decisão na fase de cumprimento da sentença, autuada no processo 0024688-37.2018.8.26.0053, o r. Juízo da Fazenda Pública decidiu o seguinte: ***“PELO EXPOSTO, acolho parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença e determino a SUSPENSÃO da Concorrência Internacional nº 01/SEME/2018 até a inclusão expressa das restrições impostas pelo título judicial e comprovação de comunicação formal aos licitantes. As restrições impostas pelo título judicial (sentença e acórdãos), destacando-se a ‘proibição da realização de shows musicais no Estádio do Pacaembu e na Praça Charles Miller’ (fls. 237/243) deverão constar expressamente, no corpo do edital ou em anexo que o integre.”*** (g.n.). Veja-se que é mais uma decisão judicial – esta já em cumprimento de sentença transitada em julgado – remetendo o processo licitatório à fase inicial, de alteração e republicação do edital, com alteração do aproveitamento econômico do projeto que afeta a formulação das propostas: ***“Vem se tornando uma constante no Judiciário Bandeirante a propositura por vencedoras de certames licitatórios de ações judiciais que almejam ressarcimento por desequilíbrio contratual ou fatos supervenientes, o que vem gerando incalculável dispêndio ao erário público, sendo dever daquele que julga impor o respeito à coisa julgada, à legalidade e à publicidade. Portanto, deverá ser suspensa a tramitação do procedimento licitatório, até a inclusão expressa das restrições impostas pelo título judicial e comprovação de comunicação formal dos licitantes”***. (g.n.). Consta nos autos que a Municipalidade foi intimada dessa decisão, tanto que a Procuradoria do Município apresentou embargos de declaração. E, nos termos do art. 1.026 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração ***não possuem efeito suspensivo***, tanto que a manifestação do Poder Judiciário frente aos embargos não mencionou tal efeito. Há, concretamente, mais uma determinação no sentido de que o certame não pode prosseguir nos termos em que foi proposto. Com isso, surgem mudanças no edital com novas restrições e condicionantes que igualmente afetam a formulação de propostas. Nessas circunstâncias, há risco de o Tribunal tornar-se instrumento para o descumprimento de decisões judiciais, ainda que obliquamente. ***b) o prazo de validade das propostas é de 180 (cento e oitenta) dias e expirará em breve, o que se traduziria em risco de prejuízo à Municipalidade.*** Com a devida vênia, o prazo de validade das propostas não se traduz em qualquer *periculum in mora* a ensejar a revisão da decisão proferida por esta Corte de Contas. Conforme preconizado pelo Tribunal de Contas da União em suas **Diretrizes**





e **Orientações sobre Licitações e Contratos**, “Se, por motivo de força maior, a adjudicação não puder ocorrer dentro do período de validade da proposta vencedora, e caso persista o interesse no objeto licitado, a Administração poderá solicitar prorrogação dessa validade. Prorrogação de prazo de propostas somente será válida se houver aceitação expressa do licitante, documentada nos autos”. (g.n.). Neste sentido, também foi a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que trazendo precedentes do Tribunal de Contas da União afirmou o seguinte: “Não obstante o prazo mencionado não seja motivo suficiente a ensejar o periculum in mora, pois já é entendimento pacífico na jurisprudência que é dever da administração pública, sempre que se mostrar demorada a tramitação do processo licitatório pertinente, obter das empresas envolvidas a prorrogação do prazo de validade de suas propostas pelo tempo necessário”, passo a discorrer sobre os argumentos que, segundo o petição, ensejam a reconsideração da decisão Plenária desta Colenda Corte.” (g.n.). Em se tratando, ainda, de uma concorrência, o prazo necessário ao refazimento do certame, com a reabertura para apresentação de propostas, seria de apenas 45 (quarenta e cinco) dias, o que não configura um ônus insuportável à Municipalidade, nem um adiamento longo da conclusão da licitação que se iniciou em julho de 2018. Concluo, então, que não há *periculum in mora* que autorize a abertura dos envelopes, seja por conta do prazo das propostas, já que estas podem ser validamente prorrogadas, seja pelo prazo necessário ao refazimento do certame com republicação do edital e devolução de prazo. c) **as condicionantes impostas por esta Corte de Contas, relativas à anuência do Estado de São Paulo e à aceitação de atestados de terceiros na habilitação técnica poderiam ser superadas**. Em relação à questão da anuência do Estado de São Paulo com a concessão que se pretende realizar, tem-se que a determinação desta Corte foi devidamente cumprida com a edição do Decreto Estadual n.º 63.914, de 13 de dezembro de 2018, que autoriza a concessão de uso do terreno no qual se encontra instalado o Estádio do Pacaembu. Isto significa o reconhecimento tácito da pertinência daquela condicionante posta pelo TCM. Por outro lado, conforme decidido, por maioria de votos, na 3001ª Sessão Ordinária, realizada aos 5 de setembro de 2018, para o seguimento da concorrência deveria ser “*corrigida a irregularidade apontada no item 4.5 do relatório da Auditoria, referente à impossibilidade de aceitação de atestados de terceiros para efeitos de habilitação técnica*”. A respeito disso, a Procuradoria Geral do Município pleiteia a exclusão dessa condicionante, sem, contudo, trazer novos argumentos técnicos diversos daqueles já anteriormente afastados não só por esta Corte, como também pelo Poder Judiciário. No pedido de reconsideração, a Municipalidade reafirma haver fundamentos a amparar sua pretensão, consistentes em previsão da subcontratação na Lei Federal n.º 8.666/93, e outras licitações relevantes em que teria sido admitida a

demonstração da capacidade técnica-operacional por meio atestados de empresas subcontratadas. Com relação ao primeiro argumento, de fundamento legal, já restou claro no julgamento anterior desta Corte que a questão de aceitação de atestados técnicos de terceiros, como constante do item 15.5.4 do edital, não possui qualquer correlação com a previsão do art. 72 da Lei de Licitações, que permite, limitadamente e sob certas condições, a subcontratação. Nem tampouco com o art. 25 da Lei Federal n.º 8.987/95, que também trata da possibilidade de subcontratação, desta feita, para atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, nunca, portanto, atingindo o núcleo essencial do objeto da contratação. No voto do Conselheiro Revisor Edson Simões, que encabeçou a corrente então vencedora constou: *"Tratam-se de questões totalmente opostas: a vedação à exigência de documento de terceiro alheio à licitação é forma de garantir que a capacidade técnica (operacional nos autos) seja comprovada por atestados emitidos em nome de empresa licitante, assegurando que a própria empresa participante possua a experiência anterior exigida no edital na execução do objeto".* (g.n.). Na mesma esteira, veja-se o que consta do julgamento do Agravo de Instrumento 2218400-20.2018-8.26.000, a respeito: **"Aparentemente, a impetrante confunde a possibilidade de subcontratação de atividades acessórias e complementares, prevista no art. 25 da Lei n.º 8.987/95, com a possibilidade de dispensa da prova da capacidade técnica do licitante mediante promessa de contratação futura de quem a tenha, prevista no item 15.5.4 discutido. A leitura das disposições normativas em apreço é elucidativa e suficiente. Muita reflexão é exigida e muita elasticidade hermenêutica parece ser demandada para o acolhimento da tese. Cabe por ora, tão somente, ponderar na esteira do comentário de Marçal Justen Filho ao art. 72 da Lei n.º 8.666/93, que uma coisa é autorizar a subcontratação em certos limites ante a ausência do vínculo psicológico entre as partes contratantes no regime de direito público, outra bem diferente é exigir ou dispensar a prova de capacidade do licitante assentado na ideia de que se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado".** (g.n.). Ainda em termos de precedentes, a Municipalidade reitera supostos casos em que atestados de capacidade técnica operacional de terceiros teriam sido aceitos, quais sejam: a parceria público-privada do Estado Fonte Nova; a concessão da Linha 15-Prata do monotrilho do Metrô e a concessão do Centro de Exposições Imigrantes. A tal respeito, o anterior voto condutor anterior do Conselheiro Revisor trouxe que a Concorrência Internacional 001/2009 do Estádio da Fonte Nova não teve seu edital analisado pelo Tribunal de Contas do Estado da Bahia e que o contrato dela derivado foi **julgado irregular**. Ou seja, não há, no caso, validação do controle externo ao aceite de atestados de terceiros para fins de qualificação técnica operacional. Quanto à Concorrência 02/2013, do Centro de Exposição Imigrantes, mais uma vez se reitera aquilo que restou registrado no acórdão





Processo TC/004911/2018

Certidão

fl. 021

recorrido – há no TCE-SP um processo administrativo com apontamentos de irregularidades e a matéria ainda não foi julgada por aquela Corte de Contas, logo, inexistente precedente favorável à pretensão da Municipalidade. E em relação à Linha 15-Prata, já se argumentou nos autos que é inviável equiparar a modelagem trazida no edital do Pacaembu com os complexos serviços de engenharia trazidos no edital de licitação para a concessão da Linha Prata do Metrô que, aliás, não exonera o licitante de comprovar uma específica qualificação técnica própria para a execução do objeto do contrato, como se pretende fazer valer no caso ora examinado. Quanto a esse ponto, registre-se, mais uma vez, o posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo: *“Releva destacar que a Origem não apresenta fundamento legal que sustente esta possibilidade, limitando-se a afirmar que o subitem amplia a competitividade e trazendo exemplo de outros editais que ou não possuem aderência ao caso concreto ou têm sua legalidade questionada por órgãos de controle”*. (g.n.). Nesse sentido, ainda quanto à alegação do Consórcio Patrimônio SP, de que o item 15.5.4 do edital tratava apenas da possibilidade de subcontratação, tem-se a decisão do Desembargador Luís Fernando Camargo de Barros Vidal no sentido de negar a validade jurídica dessa tese: *“Aparentemente, a impetrante confunde a possibilidade de subcontratação de atividades acessórias e complementares, prevista no art. 25 da Lei nº 8.987/95, com a possibilidade de dispensa da prova da capacidade técnica do licitante mediante promessa de contratação futura de quem a tenha, prevista no item 15.5.4 discutido. A leitura das disposições normativas em apreço é elucidativa e suficiente. Muita reflexão é exigida e muita elasticidade hermenêutica parece ser demandada para o acolhimento da tese”*. (g.n.). Quanto a este tema, tem-se a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo: *“Passando à análise dos argumentos lançados para fundamentar a reanálise do item 15.5.5 do edital (integral utilização de atestados de terceiros), cabe reiterar aquilo que já foi afirmado inúmeras vezes por esta Assessoria Jurídica: não há oposição à utilização de atestados de capacidade técnica de eventuais subcontratados, em acréscimo àqueles apresentados pelo licitante, o que, de fato, encontra amparo na doutrina. O que se rechaça é a utilização integral de atestados de subcontratados, de forma que a licitante participe do certame sem possuir qualificação técnica alguma para realizar o objeto licitado, valendo-se integralmente da qualificação técnica da futura subcontratada”*. (g.n.). **CONCLUSÃO** A manifestação do Exmo. Sr. Prefeito é vazada nos seguintes termos: *“seria razoável permitir a abertura dos envelopes que estão em posse da municipalidade para verificar, no caso concreto, a suficiência de atestados e se estes atestados são mesmo de terceiros”*. De início, uma eventual decisão no sentido de permitir a abertura das propostas já recebidas desconsidera totalmente a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que apontou de forma clara para a inexistência de amparo jurídico a esse pleito de

abertura condicional de envelopes de propostas. Da mesma forma, o Órgão Jurídico desta Corte bem demonstrou que a admissão da redação do item 15.5.4 do edital, como se encontra, ao fim e ao cabo, permite que a Administração contrate com um licitante que não demonstrou possuir qualquer qualificação técnica-operacional para o empreendimento. Outrossim, permitir a abertura dos envelopes desconsidera as decisões judiciais que impedem o seguimento do certame não meramente por um aspecto formal, mas também por um aspecto material, já que o edital original não leva em consideração a questão da outorga onerosa e a limitação de uso do Estádio do Pacaembu com relação a shows musicais, as quais afetam, inquestionavelmente, a equação econômico-financeira que embasa a formulação das propostas, o que implica na republicação do edital e na consequente reabertura de prazo para apresentação de propostas. Por fim, quanto ao pedido de abertura das propostas para verificação, na proposta em princípio vencedora, da presença ou não de atestados de terceiros, tal possibilidade somente poderia implicar em ausência de prejuízo no caso exclusivo de que a vencedora detenha atestados próprios. Porém, nessa exceção, pleiteada pela Municipalidade, todos os envelopes das propostas tem que ser obrigatoriamente abertos, para se apurar qual é a melhor oferta, e, com isso, o teor de todas as propostas seria exposto. E caso a proposta de melhor preço não tenha atestado próprio, a explicitação das propostas traria prejuízo irreparável aos licitantes, ao expor a estratégia de negócios e o posicionamento de mercado, caso a licitação tenha que ser refeita. Ou seja, essa lógica de uma espécie de roleta licitatória envolve reais prejuízos aos interessados. Veja-se que nessas circunstâncias, um licitante que não ofertou a melhor proposta, mas que possui atestados próprios, seria prejudicado, pois sua estratégia de participação de licitação estaria irremediavelmente revelada. A Assessoria Jurídica de Controle Externo alertou para isso: *"reitera-se o entendimento pela impossibilidade de sua adoção, na medida em que restará violado o sigilo das propostas, no caso de eventual determinação de anulação do certame, ocasionando grave prejuízo à competitividade de nova licitação"*. (g.n). Ainda sobre a competitividade do certame, o registro de outra ponderação da Assessoria Jurídica de Controle Externo é necessário: *"Ocorre que a praticabilidade do ato excepcional em questão não mais subsiste passados quase 06 (seis) meses do recebimento das propostas (que se deu aos 16.08.2018). Em verdade, extenso lapso temporal transcorrido, coadjuvado com a repercussão da mídia sobre a concessão do Estádio do Pacaembu pode ter ocasionado o surgimento de outros interessados no certame, em decorrência de possíveis mudanças inerentes ao cenário mercadológico"*. (g.n). O valor de R\$ 6 milhões, alegado pela Prefeitura como prejuízo anual, por conta dos gastos de manutenção do Complexo Pacaembu, é muito inferior às vantagens econômicas que a Municipalidade poderá perder se firmar um contrato desvantajoso com prazo tão extenso de



Processo TC/004911/2018

Certidão

fl. 023

concessão, de 35 (trinta e cinco) anos. Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** do pedido de reconsideração para **NEGAR-LHE PROVIMENTO.**"

Certifico, ademais, que o Egrégio Plenário, à unanimidade, conheceu do Pedido de Reconsideração formulado pela Procuradoria Geral do Município e pelo Chefe do Executivo Municipal e, quanto ao mérito, deu provimento ao pedido, para a continuidade da licitação, ficando a adjudicação de seu objeto submetida a nova análise pelo Egrégio Pleno deste Tribunal acerca do cumprimento das disposições estabelecidas, tendo sido a deliberação colegiada formada com a seguinte composição: 1) da anulação da entrega dos envelopes: pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, é mantida a sessão de recebimento dos envelopes, vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA; 2) do atestado em nome de terceiros na gestão da arena multiuso: pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, pela necessidade de apresentação de atestado de capacitação técnica em nome próprio, relativamente à gestão de arena multiuso, restando vencidos os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e ROBERTO BRAGUIM; 3) da controvérsia a respeito da titularidade do terreno: por unanimidade de votos, a Corte julgou superada a questão.

07 – fevereiro – 2019

Solange Cristiny

Coordenadora Chefe Processual Substituta

CSM/amc/lsr

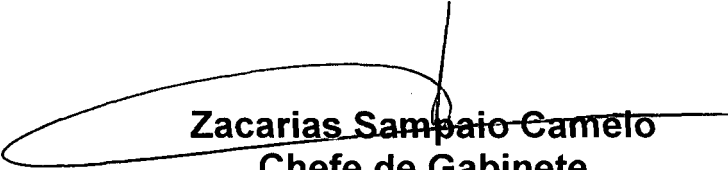


**REF.: Ofício SSG-GAB 8372/2019 – Preferencial – Tribunal de
Contas do Município de São Paulo - TCMSP
ASS.: resposta ao Ofício SGP.12 nº 058/2019 – Requerimento nº
7/2019 de autoria do Vereador Celso Jatene.**

**À
SGP.12
Senhor Supervisor,**

Encaminho o presente para conhecimento e providências por parte dessa Supervisão.

Presidência, 25 de abril de 2019.


**Zacarias Sampaio Camelo
Chefe de Gabinete
Presidência**