

PARECER N.º 347, DE 2.001
DO RELATOR ESPECIAL, EM SUBSTITUIÇÃO AO DA COMISSÃO DE
FINANÇAS E ORÇAMENTO, SOBRE O PROCESSO R.G.L. N.º 2961/99.

O Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em atendimento ao disposto no Art. 2º, inciso XV, da Lei Complementar nº 709/93, encaminhou a esta Assembléia Legislativa, através do Ofício DSF/GP nº 179/99, datado de 14 de maio de 1999, cópia do Processo TC-25320/026/96, bem como dos documentos relativos ao Contrato nº 331/96, Processo CDHU nº 10.19.150, celebrado em 4 de julho de 1996, entre a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU e a empresa MC CONSTRUÇÕES LTDA., tendo como objeto a aquisição de conjunto habitacional de interesse social, cujo feito veio acompanhado, ainda, de cópia dos VV. Acórdãos prolatados, respectivamente, em 24/03/98 e em 26/08/98, pela Egrégia Primeira Câmara e pelo Colendo Tribunal Pleno, que julgaram irregulares a concorrência pública, o contrato e termo de reti-ratificação, bem como ilegal o ato determinativo da despesa (fls. 43/44 e 78/79).

Publicada a última decisão no Diário Oficial do Estado de 11 de novembro de 1998 (fls. 79), foram os autos remetidos à Comissão de Finanças e Orçamento (fls. 93 verso), para pronunciamento, nos termos do quanto dispõe o Art. 239, da IX Consolidação do Regimento Interno. Esgotado o prazo regimental, sem que houvesse deliberação daquele Órgão Técnico (fls. 94), cabenos a incumbência, em substituição ao Colegiado, de emitir parecer, como Relator Especial, conforme designação do Sr. Presidente desta Casa (fls. 94 verso).

Constata-se dos autos, que o contrato, precedido da Concorrência Pública nº 150/94, teve por objeto a aquisição de Conjunto Habitacional de Interesse Social com 200 (duzentas) unidades habitacionais e 1 (hum) centro comunitário, no Município de Guará - SP, compreendendo o fornecimento do terreno, a elaboração do projeto e execução das obras e serviços de

terraplenagem, drenagem de águas pluviais e sarjetas; das unidades habitacionais e completa infra-estrutura; bem como do centro comunitário, de modo que o empreendimento pudesse ser entregue em condições de plena habitabilidade, no prazo de 12 (doze) meses a partir da Ordem de Início de Serviços, pelo valor de R\$ 2.337.797,38 (Dois Milhões, Trezentos e Trinta e Sete Mil, Setecentos e Noventa e Sete Reais e Trinta e Oito Centavos).

À licitação compareceu somente uma empresa interessada, que foi habilitada, classificada e, posteriormente, contratada.

A 7ª Diretoria de Fiscalização Financeira do E. Tribunal de Contas do Estado, mercê da manifestação de seus técnicos, opinou pela ilegalidade da licitação e do contrato dela decorrente (fls. 84/90), em razão das exigências de Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis devidamente auditados e da obrigatoriedade dos proponentes possuírem ou adquirirem terreno. A Diretoria Técnica, concordando com a auditoria, propôs a aplicação do inciso XIII, do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 91-92).

A Procuradoria da Fazenda solicitou fossem ouvidas as Unidades Econômica e de Engenharia da ATJ sobre os aspectos técnicos do contrato (fls. 93). ATJ - Unidade de Engenharia, observando ter realizado uma análise conjunta com 14 (catorze) processos do CDHU em concorrências similares, das 14 (catorze) licitações, 11 (onze) tiveram apenas 1 (um) proponente, 2 (duas) licitações tiveram 2 (dois) proponentes, sendo que uma (1) apenas foi classificada em cada uma delas. Em 13 (treze) licitações, o preço oferecido foi de 99,9% do preço de referência do CDHU e, em apenas, 1 (uma) houve vários licitantes (12) e, nela, o preço oferecido foi de 73% do preço de referência. No presente caso, o preço ofertado foi 99,9% do preço de referência, ou seja, o teto. Diante do comparativo, entendeu que a forma de contratação que inclui a alienação do terreno restringe o caráter competitivo, pois se torna condição imprescindível a apresentação do imóvel para a participação na disputa (fls. 03-06). A ATJ - Unidade de Economia entendeu não haver, no Edital, exigência descabida ou agressora da legislação vigente, e opinou pela regularidade das disposições do Edital e do Contrato (fls. 07-08). A ATJ - Unidade Jurídica, considerando que não está comprovado nos autos que com a adoção desta forma de licitação - aquisição de terreno mais construção de casa - a CDHU tenha atingido o fim ao qual se propôs, opinou pela irregularidade da licitação, do contrato e das despesas dele decorrentes, com aplicação do inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 09-13). A Procuradoria da Fazenda do Estado opinou pela irregularidade do procedimento licitatório instaurado, eis que a exigência de fornecimento do terreno como parte do objeto restringiu o caráter competitivo do certame (fls. 14-15).

O Conselheiro EDGARD CAMARGO RODRIGUES, diante da irregularidade apontada relativa à exigência de terreno, assinou o prazo de 30 (trinta) dias para que a origem adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, nos termos do disposto no inciso XIII do Art. 2º, da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 16).

Esclareceu a CDHU que, nos termos da Lei Estadual nº 905, de 18 de dezembro de 1975, e de seu Estatuto Social, tem como objetivo precípua executar programas habitacionais para suprir a demanda existente nas camadas de mais baixa renda da população. Para produzir moradias, lançou o Programa Habitacional SH4, que previa, além das concorrências públicas convencionais, uma nova forma de contratação, uma parceria Governo-Empresário, visando a incentivar a implantação de Conjuntos Habitacionais em prazos mais curtos e menos onerosos. Tal iniciativa permitiu às construtoras e incorporadoras imobiliárias e demais interessados oferecerem um empreendimento completamente pronto, incluindo terreno, terraplenagem, edificação, centro comunitário, infra-estrutura, drenagem, guias e sarjetas, pavimentação, bem como a averbação da edificação das unidades habitacionais, junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente. Não mais dispondo de terrenos para implantação de novos conjuntos habitacionais diante da escassez de áreas apropriadas nos grandes e pequenos municípios e, sendo por demais demorada a desapropriação amigável ou judicial, além de onerar, substancialmente, o preço do produto final (habitação de interesse social), a alternativa dava continuidade à produção de moradias a curto prazo através de programa de comprovada economicidade e com resguardo do interesse público. A inclusão do terreno como parte do objeto licitado não restringiu a competitividade, vez que o Edital previa a participação de qualquer interessado e não somente daqueles que fossem proprietários dos terrenos, propiciando, não só a associação de empresas por consórcio, o que ampliou o âmbito da competição, mas também a aquisição da área ofertada pelo proponente vencedor, tão-somente após o julgamento do certame e sua transferência à CDHU no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir da data de assinatura do respectivo contrato. Para ingressar no certame, a exigência foi de mera opção de compra, com a previsão de que o imóvel somente deveria passar à propriedade do licitante vencedor após a homologação do resultado e adjudicação do objeto licitado, o que ocorria somente após o licitante habilitado (1ª fase) ter a área e o projeto aprovados pelos setores técnicos da Empresa (2ª fase) e de ter oferecido o menor preço (3ª fase). Não houve restrição de competitividade, mas a falta de oferta imobiliária foi quem trouxe poucos participantes ao certame e, apesar da dificuldade de se encontrar área que propiciasse a implantação de um empreendimento de médio/grande porte, compareceram interessados e o preço proposto sempre esteve abaixo do orçado pela Companhia, donde se conclui que o objetivo do certame foi alcançado. Enfatizou, quanto à exigência de propriedade do terreno ou da opção de compra pelo participante, que o programa denominado "Chamamento Empresarial", em cujo rol se insere o

contrato em questão, é uma modalidade de produção de unidades habitacionais, prevista nas normas do Sistema Financeiro da Habitação, implementado desde a época do extinto Banco Nacional da Habitação – BNH, e atualmente gerido pela Caixa Econômica Federal – CEF, cuja exigência (a de propriedade ou opção de compra do terreno) é condição “sine qua non” para participar do certame licitatório, uma vez que o imóvel ou área onde serão assentadas as unidades a serem produzidas, constitui parte do objeto do contrato, nos moldes fixados pelo extinto BNH para o Sistema Financeiro da Habitação – SFH, pela Resolução de Diretoria nº 51, revigorada pela Caixa Econômica Federal através da Circular Normativa nº 156/90, que instituiu o programa de Chamamento Empresarial, anteriormente sob a denominação de “Plano Empresarial Popular”. Alegou, mais e ainda, que diante do porte do empreendimento licitado e valor do respectivo futuro contrato, não poderia a CDHU deixar de se cercar das cautelas que pudessem garantir a perfeita aferição da condição de plena capacidade do particular em contratar com a Administração e, neste aspecto, não se mostrou impertinente a exigência de Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis auditados, devido à maior segurança dada à CDHU como contratante, ao garantir maior segurança na aferição da qualificação econômico-financeira do proponente. Aduziu, mais e ainda, que o Edital relativo às licitações do programa denominado “Chamamento Empresarial” foi, previamente, discutido com todos os setores da sociedade civil em geral, tornado público em Audiência Pública previamente designada para tal finalidade, nos termos da legislação pertinente, e que não teria ele sofrido qualquer impugnação ou questionamento quanto às exigências nele contidas (fls. 17-21).

Sobre os esclarecimentos da CDHU, A.T.J. – Unidade Jurídica manifestou-se pela ilegalidade do certame e do contrato dele decorrente, por entender que a exigência de fornecimento de terreno pelo construtor constituiu insuportável entrave ao procedimento licitatório (fls. 22-24). A Procuradoria da Fazenda, considerando que as exigências do terreno, como parte do objeto contratado, e de balanço auditado são nitidamente restritivas do caráter competitivo do certame, opinou pela aplicação do artigo 2º, inciso XV e XXVII da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 25/26).

Acerca do Termo de Reti-Ratificação, a auditoria, tendo em vista sua anterior manifestação e considerando que a sorte do acessório deve seguir a do principal, opinou pela sua ilegalidade (fls. 28-29). A Diretoria Técnica manifestou-se no mesmo sentido (fls. 31-32).

Por fim, o Sr. Secretário-Diretor Geral manifestou-se pela irregularidade da licitação, do contrato e, considerando que o acessório segue a sorte do principal, também do Termo de Reti-Ratificação, propôs a aplicação dos incisos XV e XXVII do Artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, bem como a aplicação

da pena acessória de multa aos responsáveis, nos termos do inciso II, artigo 104, da citada lei (fls. 34-37).

A Egrégia Primeira Câmara, em sessão de 24/março/1998, pelos votos dos Conselheiros EDGARD CAMARGO RODRIGUES, Relator, CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, Presidente e ROBSON MARINHO, considerando que o procedimento de cumular a execução de obras com aquisição de imóvel impede a aferição do melhor preço e restringe o universo de licitantes, decidiu julgar irregulares a concorrência pública, o contrato e o termo de reti-ratificação em exame, bem como ilegal o ato determinativo da despesa (fls. 43-44).

O Recurso Ordinário interposto de tal decisão pela COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU (fls. 46/54), após manifestação da Procuradoria da Fazenda (fls. 60/61), de AT.J - Unidade Jurídica (fls. 62-66), e do Secretário-Diretor Geral (fls. 67/69), consoante decisão proferida em sessão plenária de 26 de agosto de 1998, pelo voto dos Conselheiros RENATO MARTINS COSTA, Relator, EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO, EDGARD CAMARGO RODRIGUES, FULVIO JULIÃO BIAZZI, CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA e ROBSON MARINHO foi, preliminarmente, conhecido, mas, quanto ao mérito, veio de ser IMPROVIDO, tendo em vista jurisprudência uniforme do Tribunal no sentido de que a exigência de fornecimento de terreno ou opção de compra, como condição de participação, restringe a competitividade do certame (fls. 78/79).

É o relatório. Passamos a opinar.

Ao contrário da tese esposada pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao apreciarmos a licitação e o contrato sob análise, não vislumbramos a existência das irregularidades apontadas.

Senão, vejamos.

Além da alegada carência de terrenos disponíveis, é de conhecimento geral a demora inerente aos procedimentos destinados à desapropriação de imóveis, seja a judicial, seja a amigável, e todos os inconvenientes deles decorrentes para todos, seja para os desapropriados, com a ausência de perspectiva de recebimento da indenização a curto/médio prazo, inobstante fixe a Constituição Federal a obrigatoriedade do pagamento de PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO; seja para a Administração Pública interessada na

desapropriação, que geralmente tem de enfrentar, na via judicial, todo tipo de contestação aos valores por ela atribuídos aos bens, com as decorrentes perícias e intermináveis controvérsias técnicas que eternizam os processos judiciais. Na esfera amigável, melhor sorte não aguarda o processo desapropriatório: descabidas pretensões dos proprietários expropriados que, através da exacerbação dos valores, tentam valer-se da necessidade pública como oportunidade única de realização de um negócio imobiliário em condições mais favoráveis do que aquelas ditadas pelo mercado. A experiência tem mostrado, por outro lado, ter se tornado o instituto da Desapropriação impróprio para a utilização como recurso na obtenção de imóveis para a construção de moradias de interesse social, mormente em razão dos absurdos valores que são encontrados nas avaliações destinadas a determinar o "quantum" de indenização nos feitos judiciais expropriatórios, encarecendo sobremaneira o produto final da CDHU, qual seja, a moradia de padrão popular.

Outro empecilho de maior ordem, refere-se ao fato de que, normalmente, decorridos mais de 20 (vinte) anos após a celebração de seus contratos imobiliários, as COHAB's em geral, em cujo rol se inclui a CDHU, não têm condições de outorgar Escritura Definitiva de Venda e Compra dos imóveis por elas comercializados, em razão da absoluta impossibilidade, face à ausência de averbação dos empreendimentos por elas produzidos.

Outro caminho tinha de ser descoberto para que os referidos percalços, dentre os quais a ausência de celeridade não é o menor, fossem superados em benefício dos contemplados com as habitações populares construídas e alienadas pela Administração Pública Estadual.

Não se pode olvidar que, até mesmo por medida de cautela, procurando se resguardar quanto a possíveis e futuras controvérsias quanto à modalidade de contratação pela qual havia optado, a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU, via de sua Superintendência Jurídica, logrou contratar renomados tratadistas, no campo do Direito Administrativo, a fim de que pudessem certificar, através de circunstanciados pareceres, o acerto pela opção então feita.

Não é menos verdade, ainda, que esse mesmo Edital, tal como determinado pela vigente legislação, foi submetido ao crivo da sociedade em geral, em Audiência Pública previamente convocada para tal finalidade, não sofrendo, àquela ocasião, qualquer reprimenda ou censura.

A aquisição do empreendimento como um todo, incluído o fornecimento do terreno sobre o qual se assentariam as unidades habitacionais, através de regular procedimento licitatório, afigura-se ter constituído solução adequada para os inúmeros problemas enfrentados pela COMPANHIA DE

DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU, que logrou alcançar, através da motivação da iniciativa privada, com a eficiência, rapidez e economicidade, o objetivo de colocar, com a presteza possível e a baixo custo, habitações condignas à disposição da população mais carente de amparo social por parte do Estado.

Ao contrário do que muitos poderiam imaginar, a CDHU não reinventou a roda; não pôs de pé o "ovo de Colombo". Apenas, com a vontade política de dar trato à questão, não se furtando à responsabilidade de seu papel de Agente de Renovação Social, ousou empregar solução eficaz, mas antiga, e cujos resultados já haviam sido antes aferidos pelo extinto Banco Nacional da Habitação. Na verdade, tal método, anteriormente previsto pelo Sistema Financeiro da Habitação como uma das modalidades passíveis de ser adotada pelos Agentes do SFH, como é o caso da CDHU, havia sido instituído pelo Banco Nacional da Habitação - BNH, através da Resolução de Diretoria nº 51, revigorada pela Caixa Econômica Federal - CEF, através da Circular Normativa nº 156/90.

Possibilitou tal modalidade, com a transferência das áreas de terrenos para as eventuais empresas proponentes nos certames licitatórios, a submissão da CDHU a condições de aquisição semelhantes às do setor privado, um dos princípios fixados pela Lei para todas as compras realizadas pela Administração (Lei Federal 8.666/93, Artigo 15, inciso III). Constituiu, outrossim, inequívoca utilização do poder discricionário da Administração, de fixar o objeto da contratação pretendida e, previamente, do objeto a ser licitado, inexistindo preceito legal impeditivo da opção específica efetuada no caso concreto.

Ainda mais, não se pode olvidar que a licitação, conquanto tenha características e especificidades próprias, como é o caso do critério adotado para efeito de medições mensais e pagamentos (empreitada global), foi instituída PARA COMPRA DE EMPREENDIMENTO HABITACIONAL, pronto ou a produzir. Portanto, nada mais óbvio que se exija dos proponentes que acorram ao certame, que possuam para VENDER, o bem que a Administração Pública se propõe a COMPRAR. É claro, apodíctico até, afirmar que se admitir no certame quem proponha a vender para a Administração Pública um bem que não possui (no caso do proprietário), nem mesmo tenha expectativa de vir a possuí-lo (como é o caso da opção de compra), que se trata da figura clássica da falta de sinceridade da proposta, ou quando no mínimo, da conduta penal do estelionato.

A nosso ver, não nos parece tenha ocorrido a fixação de exigência discriminatória ou restritiva do universo dos proponentes, mas, simplesmente, o exercício decorrente da prerrogativa de fixação do objeto do certame e do

subsequente contrato desejado pela Administração, consoante os estudos e decisões tomadas na fase preparatória, sem parcelamento de etapas (ou licitações distintas para a aquisição do imóvel e para a execução da obra), que não se mostraram, como exposto, técnica e economicamente viáveis. Não se há confundir, pois, a fixação do objeto do certame e do futuro contrato, no instrumento editalício respectivo, com “cláusula”, “exigência” ou “condição” comprometedora, restritiva ou que visasse a frustrar o caráter competitivo do certame, referidas no Artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93.

No que respeita à fixação de requisitos ou pressupostos de habilitação, é sabido que não há um mínimo fixado pelo legislador. Escreve o Prof. Dr. ADILSON DE ABREU DALLARI que “a lei deixa uma ampla margem de discricionariedade à Administração para que esta determine, com relação a cada caso concreto, desde que se trate de condições pertinentes, o que deve ser comprovado pelo licitante. Se assim não fosse, nem haveria necessidade de se consignar no edital as “condições para participação na licitação” (Art. 40, VI, da Lei 8.666/93)” (Obra citada: Aspectos Jurídicos da Licitação, pag. 114, 4ª edição revista e ampliada, 1997, Ed. Saraiva, São Paulo - SP).

Comenta o eminente Professor, o ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que evidencia o dever de conciliação pela Administração “do princípio da isonomia com a necessidade de segurança, oferecendo iguais oportunidades de contratação apenas a quem comprove estar realmente habilitado a executar o objeto de cada específica licitação, não havendo sequer a possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade. Em suas palavras:

“Portanto, é inquestionável assistir ao promotor do certame licitatório certa margem de liberdade para estabelecer, no edital, padrões mínimos de idoneidade financeira e técnica, condicionais ao ingresso no certame e à disputa do objeto licitado. Pois sem dúvida quadra-lhe fixar os parâmetros necessários, a bem da firmeza e segurança que devem presidir a relação jurídica ulterior a ser firmada com o vitorioso. Este aspecto não pode ser posto em causa. É indubitável que a matéria comporta juízo discricionário para gabaritar o nível de exigências. Não há, nem pode haver, algum padrão que permita aferir, antecipadamente, com rigor de *discrimen capilar*, um limite exatíssimo para decidir quem deve ser considerado, pelo edital, como incluído ou excluído da licitação, por força das capacitações financeira e técnica. Porém, de todo modo, estas pautas devem ser estabelecidas no instrumento de abertura.” (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Licitação”, pág. 38, na obra citada, pág. 115).

À vista do vulto do empreendimento, é de rigor reconhecer que não foram feitas no edital exigências inúteis ou destinadas a criar empecilhos à ampliação do universo de proponentes. Cumpre anotar, todavia, como o já citado Professor Doutor ADILSON DE ABREU DALLARI, que “a preocupação em ampliar o universo de proponentes e facilitar a habilitação é bastante louvável, mas não pode ir ao ponto de comprometer a garantia da boa execução do futuro contrato” (obra citada, pág. 119).

Destarte, em cumprimento ao disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, todos do Artigo 239 da IX Consolidação do Regimento Interno, propomos o seguinte projeto de Decreto Legislativo acerca da matéria versada no presente processo:

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 27, DE 2.000.

Dispõe sobre o arquivamento de comunicação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e dá outras providências.

Artigo 1º - Ficam aprovados o certame licitatório e respectivo contrato celebrado entre a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU e a empresa MC CONSTRUÇÕES LTDA., sob nº 331/96, em 04 de julho de 1996, com vistas à aquisição, pela primeira, de Conjunto Habitacional com 200 (duzentas) unidades, no Município de GUARÁ - SP.

Artigo 2º - Arquivem-se os autos da comunicação do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Processo CDHU 10.19.150 e Processo TC 25320/026/96).

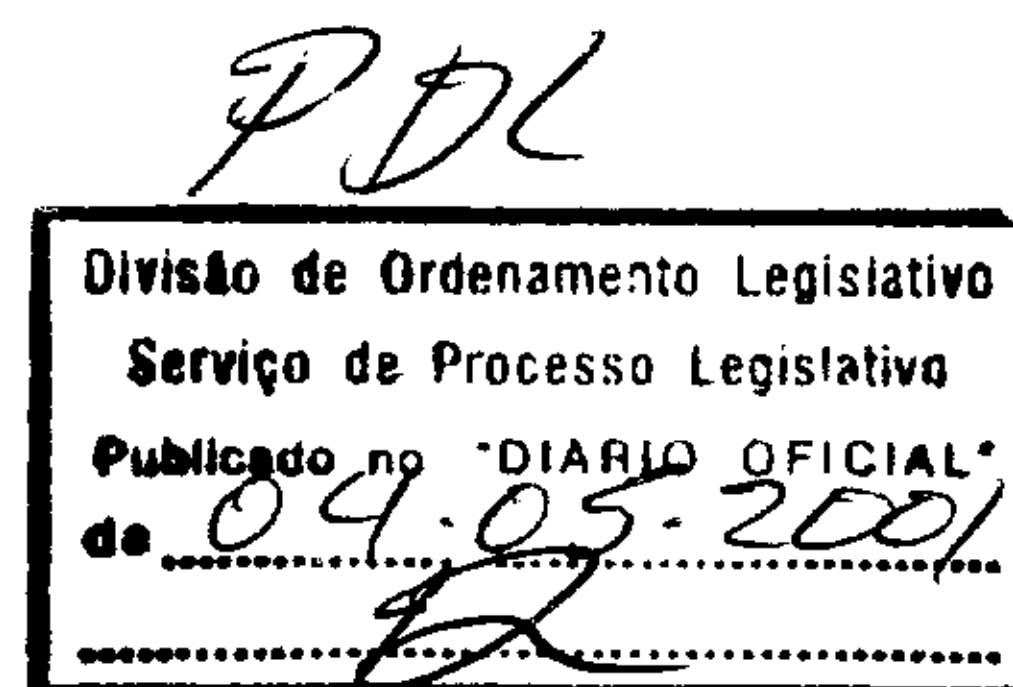
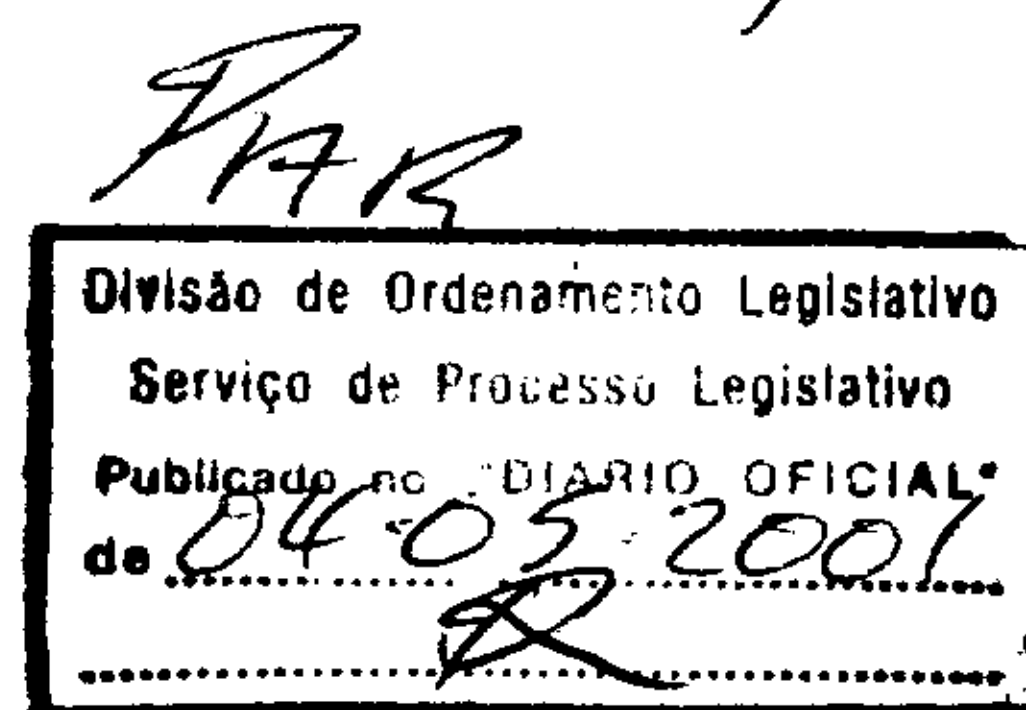
Artigo 3º - Este Decreto Legislativo entra a em vigor na data de sua publicação.

ENTRADA EM MESA EM:
25 ABR 13 47 5 93598

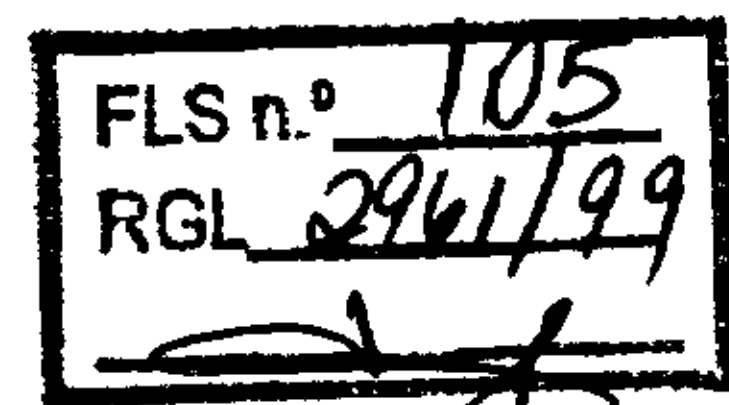
O Parecer conclui pela aprovação do Projeto de Decreto Legislativo ora apresentado, "ad referendum" do Plenário desta Casa Legislativa.

Sala das Sessões,

unv
Deputado ROBERTO ENGLER
Relator Especial



SOL/SOL.



RGL 2961 / 1999

DESPACHO

I – PUBLIQUE-SE O PARECER.

II- PUBLIQUE-SE O PDL DE FLS. 103,
REGISTRADO PELO EXPEDIENTE DA MESA.

III- RETORNE À DAPM.

IV – À COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO E
CONTROLE.

EM 25 / 04 /2001

WALTER FELDMAN
PRESIDENTE

SGP