TC 3.104/2018

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. COHAB-SP. Parceria público-privada para concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e de mercado popular, acompanhadas de infraestrutura urbana, equipamentos públicos, empreendimentos não residenciais privados e da prestação de serviços que especifica. REGULAR. Votação por maioria.

Relatório e voto englobados TCs 13.514/2018, 252/2019, 3.104/2018.

3.158ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os Processos TC/003104/2018, TC/013514/2018 e TC/000252/2019, incluídos em pauta pelo Conselheiro EDUARDO TUMA, nos termos do § 2º do artigo 157 do Regimento Interno desta Corte, devolvidos na presente sessão, após vista que lhe fora concedida na 3.155ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, sendo que os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e DOMINGOS DISSEI – Revisor votaram na 3.148ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório, voto e complemento, DOMINGOS DISSEI – Revisor, consoante declaração de voto e complemento, e EDUARDO TUMA, com declaração de voto apresentada, em julgar regular o edital da Concorrência Internacional Cohab-SP 01/2018.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que, nos termos de sua declaração de voto apresentada, julgou irregular o edital da Concorrência Internacional analisado.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório, voto e complemento do Relator, e das demais declarações de voto e complementos apresentados, bem como deste Acórdão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo, em atenção aos ofícios encartados aos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após os trâmites regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda Substituto CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 07 de julho de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator, com complemento do voto

DOMINGOS DISSEI
Revisor, com complemento da declaração de voto

EDUARDO TUMA
Conselheiro, com declaração de voto

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento, de forma englobada, processos relacionados à **Concorrência Internacional COHABSP nº 001/2018,** que teve por objetivo firmar Parceria Público-Privada para concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo, acompanhada de infraestrutura urbana, equipamentos públicos, empreendimentos não residenciais privados e da prestação de serviços que especifica no Edital.

O **TC 3104/2018** teve por objeto o Acompanhamento do referido Edital da Concorrência Internacional nº 001/2018.

Consta da instrução destes autos análise inicial da Auditoria conclusiva no sentido de que o procedimento licitatório não reunia condições de prosseguimento, em decorrência de diversos apontamentos que seguem detalhados na peça 01, com os anexos inseridos (peças 02 a 36).

No mesmo sentido foi o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, sugerindo a oitiva da Origem (peças 37/38).

A partir da documentação acrescida pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo (peça 39), a Auditoria elaborou Relatório complementar (peças 42/43), bem como houve nova manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 45/46).

Tendo presente a publicação de Aviso de Republicação do Edital de Concorrência Internacional nº COHAB-SP 001/2018, em 02/11/2018, nova análise foi realizada pela Auditoria (peças 56/101) e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 106/107).

Em que pese, à época, ainda não tivesse sido editada a Resolução 02/2020, que passou a dispor sobre a realização de Mesas Técnicas no âmbito desta Corte, dada a complexidade da matéria sucessivas reuniões técnicas de trabalho envolvendo a Origem, a Auditoria e a Assessoria Jurídica desta Casa, bem como a Assessoria deste Gabinete, foram realizadas visando ao aprimoramento do edital e a superação dos apontamentos.

Nesse passo, apesar de ainda pendentes alguns pontos controvertidos na instrução dos autos, esta Relatoria, acolhendo as justificativas apresentadas pela Origem, exarou decisão de natureza cautelar pela não suspensão do certame, por não vislumbrar razões suficientes para tanto, a cujos termos ora se reporta (peça 108), dando conhecimento ao Pleno na 3.015 S.O., de 18.12.2018 (peça 116).

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se opinando pela regularidade do Edital (peça 141).

A Secretaria Geral, em derradeira manifestação, exarou parecer no sentido da regularidade do Edital, a partir das razões jurídicas lançadas na decisão referendada pelo Pleno (peças 151/152).

No âmbito da Representação processada no TC **13.514/2018,** após a juntada da manifestação da Origem (peça 11), a Assessoria Jurídica de Controle Externo exarou parecer no sentido do conhecimento da Representação e, no mérito, concluiu que não havia razões suficientes para, em cognição sumária, conceder a cautelar solicitada. Em relação ao mérito, anotou que as temáticas versadas demandavam análise detida e aprofundada, bem como sugeriu que o processo passasse a tramitar em conjunto com os autos do processo TC nº 003104/2018 (peças 17/19).

Nessa oportunidade, foi acrescida aos autos a decisão de não suspensão do certame, exarada no referido TC 3104/2018 (peças 21/22), oficiando-se os interessados para ciência.

Após, a Auditoria manifestou-se no sentido de que os pontos hostilizados na Representação não tiveram o condão de impedir o prosseguimento do certame, por meio de uma suspensão cautelar, e opinou

conclusivamente pela perda superveniente do objeto versado na Representação (peça 49).

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou a manifestação precedente, pela perda superveniente do objeto da Representação (peça 51).

A Secretaria Geral exarou parecer pelo conhecimento da Representação e improcedência de seu objeto (peças 53/54).

Por último, cuida o **TC 252/2019** de nova Representação formulada por Condomínio Martese Alto Da Lapa e outros, já em fase de julgamento das propostas no âmbito da Concorrência Internacional nº COHABSP 001/20182, questionando, em apertada síntese, a falta de publicidade prévia adequada para a continuidade da sessão de julgamento das propostas e a regularidade na proposta vencedora para o Lote 11.

Sobre as novas alegações, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou no sentido do não acolhimento do pedido de suspensão cautelar, considerando que a Comissão Especial de Licitação ainda estava analisando a documentação de habilitação apresentada pelos licitantes. Ademais, ressaltou que "[...] os Autores não lograram demonstrar que as aparentes irregularidades teriam o condão de macular a lisura do certame ou de ocasionar dano ao erário [...]." Concluiu, quanto ao mérito, pela improcedência da Representação (peças 8 e 16).

Com esteio no referido parecer técnico da Especializada, esta Relatoria proferiu decisão pela não suspensão cautelar do certame, por ausência de razões suficientes para tal medida (peça 20).

Após, a Coordenadoria consignou nos autos que a Concorrência teve o seu regular processamento, com os extratos de contratos publicados no DOC de 19 de junho de 2019 (peça 37).

A PFM manifestou-se pela perda superveniente do objeto da Representação (peça 20).

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou no sentido do conhecimento da Representação, haja vista preencher seus requisitos de admissibilidade, e, no mérito, pela sua improcedência (peças 41/ 42).

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Trago a julgamento, de forma englobada, processos relacionados à **Concorrência Internacional COHABSP nº 001/2018,** quais sejam:

o **TC 3104/2018,** que cuidou do Acompanhamento de Edital de Concorrência Internacional COHAB-SP nº 001/2018 e Representações apresentadas por CONDOMÍNIO MARTESE ALTO DA LAPA e outros (**TCs 13.514/2018 e 252/2019).** A Concorrência Internacional foi processada em 12 lotes distintos, para a implantação inicial de 22.240 unidades habitacionais, acompanhada de infraestrutura pública urbana, equipamentos públicos, empreendimentos não residenciais privados e prestação de serviços, com previsão de uma fase de expansão para a implantação de mais 8.930 unidades habitacionais.

Referido certame teve por objeto firmar Parceria Público-Privada para concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo, visando a implementação dos objetivos da política de desenvolvimento urbano, nos termos do artigo 167 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e dos princípios e diretrizes no Plano Diretor Estratégico e na Lei de Uso e Ocupação do Solo.

Conforme relatado, vários apontamentos iniciais da Auditoria lançados no **TC 72.003.104/18-04** restaram superados diante das justificativas apresentadas pela Origem, no curso da instrução, o que deu ensejo à alteração da redação original do Edital[1].

---

[1]5.8. O Plano de Negócios apresentado pela CONCESSIONÁRIA deverá estar vinculado ao contrato de concessão. (subitem 3.3.3).
5.10. Embora conste que na PPP da Habitação haverá a construção de 24.950 unidades habitacionais, deve-se observar que para a população carente, para a qual existem subsídios governamentais, serão construídas 16.736 unidades, ou seja, aproximadamente 67% do total. (subitem 3.3.5).
5.11. Não consta no Edital o que a COHAB-SP entende como acabamento completo, razão pela qual caberá a ela defini-lo. (subitem 3.3.5).
5.15. A COHAB-SP deverá esclarecer qual o prazo em anos de apoio à gestão condominial. (subitem 3.3.9).
5.22. Caso o Acordo Tripartite venha a ser celebrado, a redação do Anexo XIII da Minuta do Contrato deve ser de observância obrigatória, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos do artigo 3º, caput, artigo 54, § 1º e artigo 55, inciso XI, todos da Lei Federal nº 8.666/93. (subitem 3.3.15).
5.23. Cabe à COHAB-SP explicitar no subitem 6.1 da minuta do CONTRATO que a CONCESSIONÁRIA terá direito à REVISÂO ORDINÁRIA somente após a entrega, o recebimento e a possibilidade de ocupação de 50% dos empreendimentos habitacionais de interesse social. (subitem 3.3.16).
5.24. A escassez de recursos financeiros que levou à suspensão do subsídio federal, juntamente com as incertezas em relação a uma futura retomada ou alteração do programa habitacional no próximo governo federal, podem trazer ônus à COHAB no valor total de R$ 192.597.607,03 (trazidos a valor presente e descontados à taxa do projeto de 9%). (subitem 3.3.17).
5.25. A COHAB-SP deverá adequar a Comissão Especial de Licitação às determinações legais para que pelo menos 3 membros (67% dos 5 membros) façam parte do seu quadro permanente, e que o seu Presidente seja um desses membros do quadro permanente. (subitem 3.4.1).
5.26. Deve constar, de forma explícita, no subitem 16.4 do Edital que, logo após a abertura dos envelopes e a rubrica da documentação pelos membros Comissão Especial de Licitação, os representantes credenciados presentes às sessões poderão, se assim o desejarem, rubricar os documentos do envelope recém-aberto. (subitem 3.4.2).

A necessária motivação da Origem acerca da divisão da licitação em 12 lotes foi trazida aos autos, além de ter sido consignada no processo SEI nº 2017-0.185.313-9. Para o aprofundamento de outras questões de maior complexidade, foram realizadas reuniões técnicas de trabalho com a participação conjunta de áreas técnicas desta Corte e representantes da Origem.

Enfim, com esteio em ampla instrução constante dos autos, esta Relatoria proferiu Decisão de natureza cautelar autorizando a continuidade do certame, trazida oportunamente ao conhecimento do Colegiado desta Corte (3.015 S.O. de 18.12.2018). Importante destacar de seus termos que, dentre outras, restaram sedimentadas as seguintes premissas:

a) Possibilidade de eventual substituição de áreas exclusivamente na hipótese restrita de ocorrência de fato superveniente, desde que devida e tecnicamente motivado pela Origem;

b) Competência da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP para atuar em conjunto com outros entes de todas as esferas administrativas, mediante convênios, ajustes, acordos, termos de cooperação ou instrumentos congêneres, para uso de áreas que atendam ao interesse comum e que objetivem as suas finalidades sociais;

c) Competência da COHAB-SP para implantar Habitação de Mercado COHAB-SP – HMC, com amparo na Lei Municipal nº 6.738, de 1965, na Lei Municipal nº 11.632, de 1994 e na Lei Municipal nº 11.632, de 1994;

d) Competência da COHAB para executar, dentro do projeto da PPP, obras de infraestrutura, equipamentos e manutenção das áreas verdes e espaços livres, tendo presente que a política de habitação não se resume à simples construção de unidades habitacionais e que a transversalidade está presente no Plano Diretor, que trata da questão da habitação do ponto de vista de suas complementariedades (acessibilidade, produção de equipamentos necessários à habitabilidade, etc.);

e) Que a contratação da Verificadora, a cargo da concessionária, deverá se restringir a mero apoio para sua atuação, restando claro que o poder fiscalizatório do Estado não poderá ser delegado ao particular, conforme autorização expressa contida no art. 13 da Lei Municipal nº 16.703/2017;

f) Que autorização contratual destina-se exclusivamente ao apoio à gestão em relação à 'lista dos beneficiários', permanecendo com o Poder Concedente os poderes inerentes ao seu controle e as obrigações relacionadas ao atendimento dos dispositivos legais que regulamentam a referida lista; e, por fim,

---

5.27. A contraprestação a que a CONCESSIONÁRIA tem direito, só será cabível, no momento em que o empreendimento habitacional estiver disponível para utilização, e aqui se inclui não só a disponibilização técnica e física, mas também a jurídica e a administrativa. (subitem 3.4.3).

g) Autorização para eventual criação de receitas acessórias, posto que compatível com a modelagem econômica.

Esses são os pontos que faço especial destaque, por reputá-los significativos para amparar o futuro controle da execução contratual de cada uma das Parcerias firmadas, conforme determinação a ser feita ao final deste voto.

Diante do exposto, voto pela REGULARIDADE da Concorrência Internacional COHAB-SP nº 001/2018. CONHEÇO das Representações em exame, por presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, julgo-as IMPROCEDENTES.

Anoto que, no âmbito desta Corte, já foram instaurados processos individuais de análise formal dos ajustes decorrentes, formalizados em junho de 2019[2], bem como uma Inspeção a ser realizada com o objetivo de constatar o andamento inicial da denominada Etapa Preliminar da execução dos ajustes (eTCM 20.540/2020), que serão trazidos oportunamente a julgamento, tão logo finalizadas as respectivas instruções.

Determino, outrossim, o envio de cópia da decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, Promotoria De Justiça De Habitação e Urbanismo, em atenção a ofícios encartados aos autos, que também acompanha os desdobramentos do Edital de Concorrência Internacional n° COHAB-SP 001/2018.

Publique-se.

Após os trâmites regimentais, arquive-se.

---

[2] **e-TCM nº 014484/2019 –** Contrato nº PPP 01/19 - Lote 1, firmada com o Consórcio Habita Brasil S.A., formado pelas empresas FBS Construção Civil e Pavimentação S.A, Zetta Infraestrutura e Participações S.A., M4 Investimentos e Participações Ltda. e Engenharia de Materiais Ltda.
e-TCM nº 014486/2019 - Contrato nº PPP 02/19 - Lote 05, firmada com a Concessionária TEEN-IMOBILIÁRIO S.A, formado pelas empresas Telar Engenharia e Comércio S.A. e Engeform Engenharia Ltda.
e-TCM nº 014487/2019 - Análise de Contratação (Contrato nº PPP 03/19 - Lote 7), firmada com a Concessionária PPP Habitacional Municipal SP Lote 07 - SPE S.A., constituída pela empresa Terra Nova Engenharia e Construções Ltda.
e-TCM nº 014488/2019 - Análise de Contratação (Contrato nº PPP 04/19 - Lote 9), firmada com a Concessionária SP9 Incorporação e Construção - SPE S.A., constituída pela empresa Simétrica Engenharia LTDA
e-TCM nº 014489/2019 - Análise de Contratação (Contrato nº PPP 05/19 - Lote 11), firmada com a Concessionária Uno Habitação S. A.,
e-TCM nº 014490/2019 - Contrato nº PPP 06/19 - Lote 12, firmada com a Concessionária Consórcio Habita Brasil S. A.

COMPLEMENTO DA DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO DO CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA

Tendo presente a divergência inaugurada pelo Conselheiro Roberto Braguim, peço vênia para complementar alguns pontos de meu voto, com fundamento no parágrafo único do artigo 172 do RITCMSP[3], considerando que o julgamento em questão ainda não foi concluído com a proclamação do resultado, a fim de robustecer sua motivação, o que faço nos seguintes termos:

1. Sem a pretensão de retomar todas as discussões que envolveram a análise do Edital da Concorrência Internacional nº 001/2018, já pontualmente enfrentadas em meu voto original, reafirmo, de início, que minha Decisão Monocrática de natureza cautelar que autorizou a continuidade do Certame foi submetida ao conhecimento do Colegiado em 18.12.2018 (3.015ª S.O. – peça 108). Assim fiz em função da importância especial da matéria, que alcança ampla repercussão na política habitacional do município.

Nessa medida, conforme precedentes desta Corte, ainda que não haja expressa previsão regimental quanto à necessidade de referendo para a eficácia de tal decisão monocrática, tenho defendido que a sua disponibilização ao Órgão Pleno cria a oportunidade de que este, como órgão soberano da Instituição, possa avocar para si a matéria, viabilizando, até mesmo, decisão em sentido contrário à do Relator, conforme, aliás, ocorreu nos precedentes estabelecidos nos TCs nºs 005139/2019 e 008474/2020, bem como na manifestação da Secretaria Geral quanto ao MEMOGAB Eduardo Tuma nº 38/2021, quando a Secretaria Geral manifestou-se no seguinte sentido: "[...] o Pleno pode deliberar pela conversão da matéria em julgamento, à luz do artigo 167, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte. Por analogia, portanto, em sede cautelar, não faria sentido não conferir a mesma prerrogativa ao órgão máximo de deliberação desta Corte."

Ou seja, se o Pleno pode deliberar pela conversão da matéria em julgamento, pode também deliberar quanto a apoiar ou não a decisão do Relator pela não suspensão do certame. Trata-se de questão que envolve a construção de procedimentos no controle preventivo de licitações como algo ainda em desenvolvimento nesta Corte.

Ademais, destaco que a estrutura do Edital ora em julgamento é exatamente a mesma que deu suporte à segunda licitação para os seis lotes remanescentes (CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº COHAB/SP 001/2020), sob a Relatoria do Conselheiro Domingos Dissei. Este segundo certame

[3]Art. 172. O julgamento poderá ser adiado, quer na fase de debates, quer na de votação, observadas as normas do artigo 182, deste Regimento, quando:
Parágrafo único – Na fase de discussão ou de votação de item constante da ordem do dia, eventual adiamento, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do presente artigo, suspende o julgamento do processo, mantendo-se a composição original do órgão julgador quando do retorno do feito à pauta.

viabilizou a adjudicação do objeto também para os Lotes 2, 4, 6, 8 e 10, conforme publicação no DOC de 02.09.2020, evidenciando, inclusive, a suficiência dos dados disponibilizados desde primeiro Edital para a formulação das propostas, significando o teste prático de superação, pelas Relatorias, de apontamentos dos Órgãos Técnicos. O resultado dessa segunda Concorrência Pública para os lotes remanescentes, por si só, já responde negativamente às dúvidas suscitadas no voto divergente sobre efeitos de supostas deficiências do primeiro Edital e sua relação com o interesse e viabilidade de participação de interessados no certame.[4]

Diante disso, reafirmo meu entendimento de que a submissão da não suspensão da licitação por este Relator ao Colegiado foi mais que um mero comunicado, representando verdadeira oportunidade de discutir e avocar a decisão.

Na realidade, diante dos apontamentos dos Órgãos Técnicos, o órgão licitante suspendeu, ele próprio, o certame, dando lugar a reuniões que antecipavam o modelo das futuras Mesas Técnicas tratando exaustivamente dos pontos pendentes e do seu equacionamento. A não suspensão formal da licitação pelo TCMSP, no caso concreto, transmitiu maior segurança jurídica e institucional aos possíveis interessados na PPP da Habitação, que era algo novo na prática administrativa municipal, caracterizando iniciativa piloto de política habitacional.

Não foi por outra razão que no bojo das Representações processadas nos eTCMs 013514/2018 e 000252/2019 a Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu que não havia razões suficientes para, em cognição sumária, conceder a cautelar de suspensão do certame solicitada, na medida em que as temáticas demandavam análise detida e aprofundada, devendo ser analisadas em conjunto com o acompanhamento do Edital (eTCM nº 003104/2018).

No caso concreto, o objeto envolveu questões de grande complexidade e incerteza para o parceiro privado, demandando, inclusive, ações jurídico-administrativas de grande porte para a retirada de famílias em áreas de implantação da PPP – Habitação. Nesse sentido, não há como deixar de invocar a nova orientação trazida pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) que determina que a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar as consequências (art. 21), ou evidenciar parcimônia quando a decisão resultar em novo viés, a respeitar um regime de transição (art. 23). Nesse sentido, tendo o Tribunal de Contas dado curso à licitação e contratação, caberia, agora, neste momento de julgamento, o devido cuidado, envolvendo senso de responsabilidade jurídica, administrativa e institucional. De

[4] LOTE 2: CONSÓRCIO HABITA BRASIL II com a empresa líder SOEBE CONSTRUÇÃO E PAVIMENTAÇÃO S/A; LOTE 4: CONSÓRCIO ENGEFORM-TELAR com a empresa líder ENGEFORM ENGENHARIA LTDA.; LOTE 6: CONSÓRCIO UNO PPP HABITAÇÃO, empresa líder CONSTRUTORA ITAJAÍ LTDA.; LOTE 8: CONSÓRCIO UNO PPP HABITAÇÃO, empresa líder CONSTRUTORA ITAJAÍ LTDA; LOTE 10: CONSÓRCIO HABITA BRASIL II (PA 7610.2019/0003141-3).

fato, eventual julgado pela irregularidade da licitação e contratações poderia criar insegurança para os parceiros privados em uma fase ainda de preparação dos investimentos, para todos os lotes da PPP.

2. Conforme mencionado, as longas reuniões técnicas com a presença de representantes da Origem, da Auditoria, da Assessoria Jurídica desta Casa e do Gabinete deste Relator, aprofundaram as discussões sobre os apontamentos dos Órgãos Técnicos, criaram convergências de superação e prepararam a decisão monocrática do Relator sobre os pontos remanescentes. Tal procedimento, aliás, contribuiu para o debate que deu ensejo, posteriormente, à Edição da Resolução 02/2020, a qual passou a dispor sobre a realização de Mesas Técnicas no âmbito desta Corte.

Assim, ainda que tais reuniões de trabalho não tenham sido formalizadas em ata por falta, à época, de procedimento estabelecido regimentalmente, vale destacar que isso não trouxe prejuízo à publicidade e à transparência dos atos, tendo presente que todos os pontos debatidos foram posteriormente formalizados no processo, seja pelas manifestações protocoladas pela Origem seja pelas análises complementares dos Órgãos Técnicos. Sobre a matéria, por amor à brevidade, remeto à leitura dos fundamentos alcançados pela AJCE, na Peça 106, do TC/003401/2018[5], que citam o teor daquelas reuniões.

Ademais, a decisão do Relator pela não suspensão do certame veio após esgotadas todas as discussões técnicas e depois de três sucessivos adiamentos do certame pela Origem, restando nos autos apenas a divergência entre a Origem e os técnicos desta Corte quanto aos pontos remanescentes, pontualmente enfrentados na decisão monocrática da Relatoria, pelo que não subsistiam razões para a retomada da instrução, com novo pronunciamento da Auditoria, a partir das últimas justificativas acrescidas pela Empresa, ao contrário da crítica contida no voto divergente.

3. Por outro lado, a concessão administrativa que se examina, destinada à implantação de habitações de interesse social, teve por objetivo implantar política pública inovadora visando dar concretude aos objetivos

[5] "Em reunião realizada neste E. Tribunal de Contas, em 14.12.18, representantes da Origem21 esclareceram que o intuito da disposição editalícia em apreço não seria assegurar ampla margem de substituição de áreas após a celebração dos contratos referentes aos lotes em disputa, mas assegurar ao Poder Concedente que, em situações supervenientes, a Concessionária executasse o objeto da PPP em outra localização, procedendo-se às equalizações contratuais necessárias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, nos Esclarecimentos acostados (fl. 1094), a Origem propôs a alteração do dispositivo editalício relacionado ao apontamento, tendo ainda informado que: A inclusão no edital de dispositivo dessa natureza tem a finalidade de flexibilizar situações de inviabilidade ou desconformidade objetivamente demonstrada e justificada. (...)
Reconhecemos mérito nas preocupações dos agentes, e por isto propomos nova redação que aperfeiçoe e fortaleça o dispositivo, mas sua exclusão pura e simples a nosso juízo é prejudicial para a política de habitação, levando em conta o tempo de maturação de projetos complexos como o aqui discutido."

da política de desenvolvimento urbano, em setor sensível de notória carência no Município de São Paulo.

Questões remanescentes, como por exemplo a alegada necessidade de um maior detalhamento do Edital em projetos sobre as obras a serem realizadas, não se mostravam suficientes para impedir o prosseguimento do certame, por incompatíveis com a própria natureza das parcerias público-privadas que buscam justamente mobilizar a *expertise* do parceiro privado para a concepção dos projetos e do negócio a ser desenvolvido, sob pena de se pretender reduzir essa modalidade de concessão às amarras da Lei 8.666/93.

Conforme histórico já enfrentado por esta Corte quando do julgamento das Contas da COHAB-SP, é recorrente a informação relacionada aos sucessivos prejuízos acumulados pela empresa, há anos deficitária, seja em relação a sua sustentabilidade financeira ou efetividade das ações implementadas, seja na resolução dos problemas habitacionais estruturais do Município de São Paulo.

Confrontando, de um lado, os números de habitações de interesse social disponibilizados pela COHAB nos anos recentes, e, de outro a oferta de 22.240 unidades habitacionais na PPP – Habitação, acompanhadas de infraestrutura pública urbana, equipamentos públicos e empreendimentos não residenciais privados, além de uma fase de expansão para a implantação de mais 8.930 unidades habitacionais, nos 12 lotes do projeto, destaca-se a relevância e inovação da política pública concretizada por meio dessa licitação.

4. Quanto à autorização contida no Edital relacionada à possibilidade de substituição de área, a ser permitida em caráter excepcional desde que tecnicamente justificada e previamente autorizada, pela Origem, significou medida necessária para evitar o engessamento da operacionalização da concessão e para não afastar o interesse dos parceiros privados, tendo presente que, conforme informações presentes no Relatório Anual de Fiscalização da COHABSP de 2018 (ano da licitação em exame), os 77 terrenos de propriedade da empresa indicavam situações complexas e diversificadas quanto à sua posse e utilização para fins de edificação, destacando os técnicos que as auditorias anteriores revelaram a existência de diversos terrenos ocupados irregularmente por terceiros, sem utilização para fins habitacionais de interesse social (TC/008122/2019). Ademais, a possibilidade de substituição de área contemplava, também, eventual identificação futura de interesse público decorrente de fato superveniente no aproveitamento de terreno público para fim diverso daquele original da PPP.

A propósito, causa estranheza a dúvida quanto à regularidade da troca de áreas suscitada no voto divergente, considerando que o tema se encontra diretamente relacionado à Concorrência Nacional 005/SGM/2019, Relatoria Roberto Braguim, que trouxe a notícia da pretensão da Secretaria de Governo Municipal de alienar imóvel que integrava o Lote 12 dessa PPP da

Habitação, demandando a substituição da área por outra (TC/010437/2019). Nestes autos, já julgados, o voto do Relator Conselheiro Roberto Braguim destacou que:

"Em relação à questão envolvendo a presença do mesmo imóvel no Lote 12 da Concorrência Internacional nº COHAB-SP-001/18, a Secretaria do Governo Municipal inicialmente demonstrou ter efetuado proposta de exclusão formal do referido bem do Contrato decorrente da PPP levada a efeito pela COHAB, substituindo-o por outros três imóveis que especificou, com expressa concordância do adjudicatário, Consórcio Habita Brasil S.A. A suficiência da proposta decorria não apenas da fé pública inerente aos envolvidos, mas também da necessidade de observância da legislação vigente pela Unidade Licitante, fixada no despacho que submeteu a proposta de retomada do Certame ao Pleno, na medida em que a formalização do ato de substituição do imóvel era questão inerente à legitimidade do Certame.

De qualquer forma, **a celeuma foi encerrada com a publicação no Diário Oficial da Cidade de 16/08/2019, levada a efeito pela Cohab, por meio da qual foi conferida eficácia ao ato administrativo que, com a concordância expressa da Concessionária Habita Brasil S.A., adjudicatária do Lote 12 da PPP da Habitação, substituiu a área ocupada pelo imóvel também objeto da Concorrência nº 005/SGM/2019 por outras que especificou, em respeito à conveniência e interesse público."** (grifo nosso)

Nesses termos, conforme Acórdão proferido naqueles autos, a legalidade da substituição de áreas já encontra precedente desta Corte quanto à regularidade da conduta administrativa.

5. Acerca da contratação da Verificadora, que ficou a cargo da concessionária, reafirmo que a opção desta Relatoria de proferir mera recomendação à Origem para que a eventual contratação se restringisse a simples apoio à sua atuação decorreu da existência de autorização legal expressa contida no art. 13 da Lei Municipal nº 16.703/2017.

Nessa medida, estando esta Corte sujeita ao princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, resta-nos anotar que o apontamento trazido pela Auditoria, ainda que ideologicamente pertinente por conta da necessária segregação de funções – e que está sujeita à rigorosa fiscalização desta Corte em fase de execução contratual, já iniciada – não pode ter o condão de obstar a ação estatal em sede de análise de Edital, tendo presente que o exercício do controle abstrato da constitucionalidade das leis municipais foge às competências deste Tribunal.

6. Por fim, reafirmo que os processos específicos de

análise formal dos ajustes firmados em junho de 2019[6] (e-TCM nº 014484/2019 e e-TCM nº 014490/2019), bem como a Inspeção realizada para acompanhamento da Etapa Preliminar da sua execução – eTCM 020540/2020, serão trazidos oportunamente a julgamento, não sendo pertinente invocar-se de forma meramente especulativa que eventuais apontamentos dos Órgãos Técnicos nestes outros processos possam estar relacionados a deficiências do Edital, em especial considerando que nada foi apontado pelos técnicos desta Corte nesse sentido, naqueles autos.

Diante do exposto, apenas reafirmo conclusivamente meu entendimento pela regularidade da Concorrência Internacional COHAB-SP nº 001/2018 e pelo conhecimento e improcedência das Representações, em complementação à motivação já exaustivamente constante dos autos e consignada em meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM

Na sessão nº 3.148ª de julgamento presencial por sistema eletrônico de videoconferência – SOVIC, de 02.06.2021, solicitei vista dos autos para melhor análise e convencimento, notadamente frente à magnitude e importância do tema para a Cidade de São Paulo.

Trata-se do julgamento da Concorrência Internacional COHAB-SP nº 001/2018 analisada no e-TCM 3104/2018 e de duas Representações ambas apresentadas pelo Condomínio Martese Alto da Lapa e Outros, processadas nos e-TCM's 13.514/2018 e 252/2019.

A Concorrência Internacional nº. 001/2018 teve por objeto a celebração de Parceria Público-Privada para Concessão Administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de

---

[6] **e-TCM nº 014484/2019 –** Contrato nº PPP 01/19 - Lote 1, firmada com o Consórcio Habita Brasil S.A., formado pelas empresas FBS Construção Civil e Pavimentação S.A, Zetta Infraestrutura e Participações S.A., M4 Investimentos e Participações Ltda. e Engenharia de Materiais Ltda.
e-TCM nº 014486/2019 - Contrato nº PPP 02/19 - Lote 05, firmada com a Concessionária TEENIMOBILIÁRIO S.A, formado pelas empresas Telar Engenharia e Comércio S.A. e Engeform Engenharia Ltda. **e-TCM nº 014487/2019** - Análise de Contratação (Contrato nº PPP 03/19 - Lote 7), firmada com a Concessionária PPP Habitacional Municipal SP Lote 07 - SPE S.A., constituída pela empresa Terra Nova Engenharia e Construções Ltda.
e-TCM nº 014488/2019 - Análise de Contratação (Contrato nº PPP 04/19 - Lote 9), firmada com a Concessionária SP9 Incorporação e Construção - SPE S.A., constituída pela empresa Simétrica Engenharia LTDA
e-TCM nº 014489/2019 - Análise de Contratação (Contrato nº PPP 05/19 - Lote 11), firmada com a Concessionária Uno Habitação S.A.,
e-TCM nº 014490/2019 - Contrato nº PPP 06/19 - Lote 12, firmada com a Concessionária Consórcio Habita Brasil S.A.

São Paulo, dividida em 12 (doze) lotes distintos, para 22.240 unidades habitacionais, acompanhada de infraestrutura pública urbana, equipamentos públicos, empreendimentos não residenciais privados e prestação de serviços, com previsão de uma fase de expansão com implantação de mais 8.930 unidades habitacionais.

O voto apresentado pelo nobre Conselheiro Relator Mauricio Faria, acompanhado pelo Revisor Conselheiro Domingos Dissei, de início anota que vários apontamentos da SFC constantes do e-TCM 3104-18 restaram superados no curso da instrução, diante das justificativas apresentadas pela COHAB e da alteração no Edital dos itens que elenca[7].

Quanto ao item 5.1 do apontamento de SFC, o Relator em seu voto acolhe a defesa e a motivação oferecida pela Cohab acerca da divisão da licitação em 12 lotes trazida aos autos, e, também, constante no processo SEI nº 2017-0.185.313-9, aceitando, ainda, as justificativas e alterações promovidas no Edital pela Empresa decorrentes de apontamentos de SFC de maior complexidade,

[7] 5.8. O Plano de Negócios apresentado pela CONCESSIONÁRIA deverá estar vinculado ao contrato de concessão. (subitem 3.3.3).
5.10. Embora conste que na PPP da Habitação haverá a construção de 24.950 unidades habitacionais, deve-se observar que para a população carente, para a qual existem subsídios governamentais, serão construídas 16.736 unidades, ou seja, aproximadamente 67% do total. (subitem 3.3.5).
5.11. Não consta no Edital o que a COHAB-SP entende como acabamento completo, razão pela qual caberá a ela defini-lo. (subitem 3.3.5).
5.15. A COHAB-SP deverá esclarecer qual o prazo em anos de apoio à gestão condominial. (subitem 3.3.9).
5.22. Caso o Acordo Tripartite venha a ser celebrado, a redação do Anexo XIII da Minuta do Contrato deve ser de observância obrigatória, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos do artigo 3º, caput, artigo 54, § 1º e artigo 55, inciso XI, todos da Lei Federal nº 8.666/93. (subitem 3.3.15).
5.23. Cabe à COHAB-SP explicitar no subitem 6.1 da minuta do CONTRATO que a CONCESSIONÁRIA terá direito à REVISÂO ORDINÁRIA somente após a entrega, o recebimento e a possibilidade de ocupação de 50% dos empreendimentos habitacionais de interesse social. (subitem 3.3.16).
5.24. A escassez de recursos financeiros que levou à suspensão do subsídio federal, juntamente com as incertezas em relação a uma futura retomada ou alteração do programa habitacional no próximo governo federal, podem trazer ônus à COHAB no valor total de R$ 192.597.607,03 (trazidos a valor presente e descontados à taxa do projeto de 9%). (subitem 3.3.17).
5.25. A COHAB-SP deverá adequar a Comissão Especial de Licitação às determinações legais para que pelo menos 3 membros (67% dos 5 membros) façam parte do seu quadro permanente, e que o seu Presidente seja um desses membros do quadro permanente. (subitem 3.4.1).
5.26. Deve constar, de forma explícita, no subitem 16.4 do Edital que, logo após a abertura dos envelopes e a rubrica da documentação pelos membros Comissão Especial de Licitação, os representantes credenciados presentes às sessões poderão, se assim o desejarem, rubricar os documentos do envelope recém-aberto.
(subitem 3.4.2).
5.27. A contraprestação a que a CONCESSIONÁRIA tem direito, só será cabível, no momento em que o empreendimento habitacional estiver disponível para utilização, e aqui se inclui não só a disponibilização técnica e física, mas também a jurídica e a administrativa. (subitem 3.4.3).

que foram apresentadas em reuniões técnicas de trabalho com a participação conjunta de áreas técnicas desta Corte e representantes da Companhia, o que, segundo o Relator, consta dos autos na ampla instrução.

Noticia o Conselheiro Relator que essas circunstâncias ensejaram, inclusive, a Decisão Monocrática, peça 108, de natureza cautelar, autorizando a continuidade do Certame, submetida ao conhecimento deste Colegiado (3.015 S.O. de 18.12.2018), que estabeleceu algumas premissas que descreve no voto[8] e determinou que a COHAB implementasse medidas efetivas de fiscalização da contratação, em exercício da função pública indelegável. (item 5.17 do Relatório da SFC)

Na fase de julgamento, após solicitar vista e promover a análise detida dos autos, verifico que a COHAB, peça 104, apresentou esclarecimentos e indicou as correções efetivadas no Edital, manifestações essas submetidas à análise tão somente da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, que, nas peças 106 e 107, acabou por superar apenas alguns dos itens justificados pela Companhia[9].

Nesse ponto, parece-me que as justificativas apresentadas pela Empresa, pela complexidade admitida pelo próprio Relator em seu voto, comportariam melhores esclarecimentos da SFC, a fim de que pudessem ser superadas.

---

[8] a) Possibilidade de eventual substituição de áreas exclusivamente na hipótese restrita de ocorrência de fato superveniente, desde que devida e tecnicamente motivado pela Origem;
b) Competência da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP para atuar em conjunto com outros entes de todas as esferas administrativas, mediante convênios, ajustes, acordos, termos de cooperação ou instrumentos congêneres, para uso de áreas que atendam ao interesse comum e que objetivem as suas finalidades sociais;
c) Competência da COHAB-SP para implantar Habitação de Mercado COHAB-SP – HMC, com amparo na Lei Municipal nº 6.738, de 1965, na Lei Municipal nº 11.632, de 1994 e na Lei Municipal nº 11.632, de 1994;
d) Competência da COHAB para executar, dentro do projeto da PPP, obras de infraestrutura, equipamentos e manutenção das áreas verdes e espaços livres, tendo presente que a política de habitação não se resume à simples construção de unidades habitacionais e que a transversalidade está presente no Plano Diretor, que trata da questão da habitação do ponto de vista de suas complementariedades (acessibilidade, produção de equipamentos necessários à habitabilidade, etc.);
e) Que a contratação da Verificadora, a cargo da concessionária, deverá se restringir a mero apoio para sua atuação, restando claro que o poder fiscalizatório do Estado não poderá ser delegado ao particular, conforme autorização expressa contida no art. 13 da Lei Municipal nº 16.703/2017;
f) Que a autorização contratual destina-se exclusivamente ao apoio à gestão em relação à 'lista dos beneficiários', permanecendo com o Poder Concedente os poderes inerentes ao seu controle e
g) as obrigações relacionadas ao atendimento dos dispositivos legais que regulamentam a referida lista; e, por fim,
h) Autorização para eventual criação de receitas acessórias, posto que compatível com a modelagem econômica.

[9] 5.9. 5.12 5.14 5.16. e 5.18 e o 5.7 prejudicado.

Nessas condições, com o devido acatamento, Divirjo do Relator, para acompanhar os Órgãos Técnicos, especialmente SFC nos apontamentos de irregularidades, pelas razões expostas nas peças 100 e 101[10] (27

[10] 5.1. Ausência do critério utilizado pela COHAB-SP para a divisão do objeto contratual em 12 lotes;
5.2. O fluxo de caixa apresentado para o Lote 1 continua considerando o percentual de 43% sobre o valor do CAPEX (CAPitalEXpenditure" - em português, despesas de capital ou investimento em bens de capital - que indica a quantidade de dinheiro gasto na compra de bens de capital de uma determinada empresa), mesmo o acréscimo no item Custos e Despesas terem sido excluídos do Edital.
5.3. Ao estipular o valor percentual dos itens de despesas tendo como base de cálculo o valor total do CAPEX (CAPitalEXpenditure" - em português, despesas de capital ou investimento em bens de capital - que indica a quantidade de dinheiro gasto na compra de bens de capital de uma determinada empresa), a COHAB estará pagando por um serviço que não será prestado para determinadas categorias e tampouco incidirá sobre as obras de infraestrutura.
5.4. Tendo por base as exigências do Edital quanto às quantidades de UHs (Unidades Habitacionais) e as áreas privativas por tipologia, demonstra-se que estão superestimados os investimentos em unidades habitacionais utilizados nos PNRs e a vantajosidade da contratação está prejudicada
5.5. A sistemática utilizada na estimativa dos investimentos em infraestrutura pública que serviram de base para os Planos de Negócios de Referência do Edital provê recursos sem nenhuma base metodológica e sem qualquer anteprojeto, que resultarão em contratações com valores definidos, mas sem objetos definidos em serviços e obras propriamente avaliados.
5.6. A opção por compartilhar as receitas das unidades HMP (Habitação de Mercado Popular) e HMC (Habitação de Mercado COHAB-SP) implica maior valor de contraprestação pecuniária. O não compartilhamento dessas receitas resultaria numa economia de R$ 42,8 milhões ao ano quando as contraprestações anuais máximas passarem a ser pagas.
5.7. A substituição de áreas prevista no Edital afronta a Lei de Licitações e prejudica a competividade do certame. Qualquer das áreas não esteja em condições de ser utilizada, caberá ao PODER CONCEDENTE rescindir o contrato.
5.8. O Plano de Negócios apresentado pela CONCESSIONÁRIA deverá estar vinculado ao contrato de concessão.
5.9. A alienação e/ou transferência da posse dos imóveis não destinados a programas habitacionais de interesse social depende de autorização legislativa.
5.10. Embora conste que na PPP da Habitação haverá a construção de 24.950 unidades habitacionais, deve-se observar que para a população carente, para a qual existem subsídios governamentais, serão construídas 16.736 unidades, ou seja, aproximadamente 67% do total. .
5.11. Não consta no Edital o que a COHAB-SP entende como acabamento completo, razão pela qual caberá a ela defini-lo.
5.12. A previsão no Edital de implantação de HMC (Habitação de Mercado COHABSP) para atendimento a famílias inseridas na faixa de renda FR 12 (Faixa de Renda 12), com base apenas em previsão genérica no Estatuto Social da COHAB-SP, sem previsão legal e sem qualquer regulamentação.
5.13. A COHAB-SP deverá excluir do objeto de cada um dos 12 lotes a execução de obras de infraestrutura previstas para serem executadas fora das áreas que compõe cada lote, haja vista que ela não tem competência para executá-las e, consequentemente, não pode transferir uma competência legal que não possui.
5.14. A execução de equipamentos comunitários pela PPP da Habitação não tem respaldo legal.
5.15. A COHAB-SP deverá esclarecer qual o prazo em anos de apoio à gestão condominial.
5.16. A manutenção das áreas verdes e espaços livres não é de competência legal da COHAB-SP, devendo ser excluído do objeto licitado.

irregularidades apontadas por SFC), excetuando-se aqueles superados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE nas peças 106 e 107, quais sejam, os itens 5.9. 5.12, 5.14, 5.16. e 5.18 e o 5.7[11], este último, tido por prejudicado.

5.17. A contratação da VERIFICADORA, cuja atribuição é de auxiliar a COHAB-SP na fiscalização, cabe à própria COHAB-SP. Além disso, não cabe à VERIFICADORA fornecer profissionais capacitados à COHAB-SP.
5.18. A previsão do subitem 25.2 da Minuta do Contrato, acerca do penhor ou alienação fiduciária, constitui-se em cláusula que confere garantia "leonina" à Concessionária, a testilha de qualquer previsão legal.
5.19. O serviço de gestão da lista de beneficiários, de titularidade da COHAB-SP, não pode ser transferido à Concessionária por meio da PPP da Habitação, por disposição legal.
5.20. O Edital e a Minuta do Contrato devem fixar critérios objetivos e transparentes na seleção da demanda habitacional.
5.21. Necessidade de regulamentação para o atendimento das pessoas com deficiência e idosas e das famílias com crianças na primeira infância deve ser fixada desde já no Edital e na Minuta do Contrato.
5.22. Caso o Acordo Tripartite venha a ser celebrado, a redação do Anexo XIII da Minuta do Contrato deve ser de observância obrigatória.
5.23. Cabe à COHAB-SP explicitar no subitem 6.1 da minuta do CONTRATO que a CONCESSIONÁRIA terá direito à REVISÂO ORDINÁRIA somente após a entrega, o recebimento e a possibilidade de ocupação de 50% dos empreendimentos habitacionais de interesse social.
5.24. A escassez de recursos financeiros do governo federal pode trazer ônus à COHAB no valor total de R$ 192.597.607,03.
5.25. A Comissão Especial de Licitação deve ter pelo menos 3 membros (67% dos 5 membros) façam parte do seu quadro permanente, e que o seu Presidente seja um desses membros do quadro permanente.
5.26. Deve constar, de forma explícita, no subitem 16.4 do Edital que, logo após a abertura dos envelopes e a rubrica da documentação pelos membros Comissão Especial de Licitação, os representantes credenciados presentes às sessões poderão, se assim o desejarem, rubricar os documentos do envelope recém-aberto.
5.27. A contraprestação a que a CONCESSIONÁRIA tem direito, só será cabível, no momento em que o empreendimento habitacional estiver disponível para utilização, e aqui se inclui não só a disponibilização técnica e física, mas também a jurídica e a administrativa.

[11] 5.9. (superado pela AJCE) A alienação e/ou transferência da posse dos imóveis não destinados a programas habitacionais de interesse social depende de autorização legislativa.
5.12. (superado pela AJCE) A previsão no Edital de implantação de HMC (Habitação de Mercado COHABSP) para atendimento a famílias inseridas na faixa de renda FR12, com base apenas em previsão genérica no Estatuto Social da COHAB-SP, sem previsão legal e sem qualquer regulamentação.
5.14. (superado pela AJCE) A execução de equipamentos comunitários pela PPP da Habitação não tem respaldo legal.
5.16. (superado pela AJCE) A manutenção das áreas verdes e espaços livres não é de competência legal da COHAB-SP, devendo ser excluído do objeto licitado.
5.18. (superado pela AJCE) A previsão do subitem 25.2 da Minuta do Contrato, acerca do penhor ou alienação fiduciária, constitui-se em cláusula que confere garantia "leonina" à Concessionária, a testilha de qualquer previsão legal.
(AJCE entendeu prejudicado o item 5.7) 5.7. A substituição de áreas prevista no Edital afronta a Lei de Licitações e prejudica a competividade do certame. Qualquer das áreas não esteja em condições de ser utilizada, caberá ao PODER CONCEDENTE rescindir o contrato.

Registro que tal divergência está fundamentalmente pautada no fato de que os esclarecimentos prestados pela Empresa, na peça 104, não são suficientes para afastar entendimento expressado nas peças 100 e 101 de SFC. Ademais, acerca das reuniões técnicas, pelos princípios da publicidade e transparência, deveria ter constado da instrução dos autos a análise da SFC sobre os apontamentos técnicos nelas debatidos, a fim de subsidiar os demais julgadores no convencimento, especialmente quando ensejar superação de irregularidades. O exame pelos Órgãos Técnicos das justificativas da Unidade interessada decorrentes dessas reuniões, seria providência que poderia encaminhar com mais clareza o exame da matéria, o que não ocorreu *in casu*.

Anoto, ainda, que mesmo após as alterações no Edital, remanescem dúvidas sobre aspectos de ordem técnica.

A Auditoria deste Tribunal, em sua análise, concluiu que o Edital não possuía o detalhamento mínimo exigido pela Lei Federal nº 11.079/2004 no que tange às especificações técnicas, memoriais descritivos e áreas construídas mínimas, haja vista que ela, ainda que menos rigorosa do que a Lei Federal nº 8.666/93, não prescinde da apresentação de elementos mínimos de projeto que permitam caracterizar os investimentos a serem realizados.

O parágrafo 4º do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004 exige que os estudos de engenharia devam ter o nível de detalhamento de anteprojeto*, in verbis*:

> *§ 4º - Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.*

Ainda que tenham sido introduzidas melhorias no Edital republicado quanto a este aspecto, especialmente no que respeita às exigências relacionadas às unidades habitacionais, com a adoção dos normativos que estabelecem características indispensáveis das edificações habitacionais e de caráter social, dispostos pelo Ministério das Cidades no Programa Minha Casa Minha Vida (normas da ABNT, em especial a NBR 15575[12] – Edificações

[12] A NBR 15575 é uma norma que trata do desempenho de edificações habitacionais e apresenta características indispensáveis de uma obra para o consumidor, com o objetivo de prezar pelo conforto, acessibilidade, higiene, estabilidade, vida útil da construção, segurança estrutural e contra incêndios.
A NBR 15575 empenha-se em atender as exigências dos usuários ao longo dos anos, dando uma

Habitacionais – Desempenho, complementadas pelas do Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat – PBPQH[13]), a imposição de áreas mínimas privativas para as Unidades Habitacionais, além de outras exigências específicas no subitem 2.1.16.1 do Anexo II do Edital, remanesciam sem nenhum tipo de detalhamento de todos os investimentos relacionados à infraestrutura pública, incluindo a chamada infraestrutura não incidente, os quais permanecem estimados por meio de percentuais estimativos.

Trata-se de parcela significativa dos investimentos, que não possuíam nenhum tipo de projeto, detalhamento ou especificação, cuja forma de orçamento, expedita por meio de percentuais, não atende o que estabelece os §4 do art. 10 e o art. 11, ambos da LF nº 11.079/04[14], c/c o artigo 18 da LF nº 8.987/95[15].

---

grande importância à habitabilidade e à duração da qualidade da edificação, não considerando, apenas, a fase construtiva, mas todo seu uso. Nesse sentido, todos os participantes do processo de construção, compra e utilização estão inseridos e têm suas responsabilidades: projetistas, fornecedores de material, construtores, incorporadores e clientes.

[13] O PBQP-H (Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat) é uma ferramenta do Governo Federal que busca garantir dois pontos fundamentais quando se fala de habitação de interesse social: a qualidade, com obras marcadas pela segurança e durabilidade; e a produtividade do setor da construção a partir da sua modernização. Os ideais do PBQP-H são buscados por meio de uma série de ações que contribuem para o desenvolvimento e evolução de todos os elos da cadeia produtiva.

[14] Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

[15] Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e prazo da concessão; II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa; IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; X - a indicação dos bens reversíveis; XI – as

Sob este aspecto, é improvável que tenham sido desenvolvidos elementos técnicos de forma a atender esta exigência.

Não há certeza de que foram solucionadas as impropriedades apontadas quanto à forma de remuneração dos eventuais excedentes habitacionais, após as alterações promovidas.

De outro lado, causa espécie o fato de que, com todas estas críticas de ordem técnica, tenham sido promovidas alterações no Edital em tela, apenas cinco dias antes da abertura das propostas, sem que fosse devolvido prazo para as licitantes, o que pode ter propiciado a falta de competitividade no Certame.

Como se comprovou, diversos lotes foram declarados desertos. De se indagar se não teriam sido estas alterações as geradoras de dúvidas e inseguranças, ensejadoras da falta de propostas para estes lotes.

Veja-se que os lotes 02, 03, 04, 06, 08 e 10 licitados, restaram desertos, o que pode ter sido, também, resultado do critério utilizado e da decisão não justificada para a referida divisão da licitação para 12 lotes, consoante apontado por SFC. (item 5.1).

Quanto às regras de contratação da Verificadora Independente, o Edital estabelece que a contratação fica a cargo e pagamento da Concessionária.

A SFC, por sua vez, aponta que a contratação direta da Verificadora pela própria concessionária, nas hipóteses da administração não possuir mão de obra qualificada para fiscalização, viola a exigência do processo de licitação, especialmente porque a ela caberá a avaliação de desempenho e o próprio cálculo da contraprestação mensal, o que caracterizaria nas palavras da SFC “uma relação promíscua entre a Concessionária, o Poder Concedente e a Verificadora. Enquanto caberá à Concessionária contratar a Verificadora, empresa que terá a função de fiscalizar a própria Concessionária”.

---

características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis; XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

A meu ver, a justificativa da Cohab de que a Lei do Plano Municipal de Desestatização autoriza essa contratação pela Contratada não é suficiente para afastar o apontamento trazido pela Auditoria, acima exposto, ainda que a ponderação manifestada pela AJCE, tenha sido acolhida pelo Relator como recomendação, no sentido de que fosse respeitada a indelegabilidade da função pública de fiscalizar.

Essa recomendação do Relator exarada quando da Decisão de não suspender a Licitação, implicaria a não contratação da Verificadora pela Concessionária, o que sequer foi objeto da conferência de cumprimento no curso da instrução dos autos.

A esse propósito, reforça o apontamento de SFC e a complexidade da opção adotada pela Cohab da Concessionária contratar a Verificadora, quando se identifica no Relatório do Acompanhamento da Execução e-TCM 20540/2019, inicialmente, que não houve a contratação da Verificadora e, posteriormente, que apenas as Concessionárias dos Lotes 1 e 12 celebraram a contratação. Observo que a opção de Contratação de Verificadora Independente já teve precedente em Parceria Público Privada na Cidade, da Iluminação Pública, e a Verificadora ficou a cargo do Poder Concedente.

Os apontamentos de SFC também quanto à se permitir sem qualquer suporte a substituição de áreas na forma prevista no Edital, ainda que por fatos supervenientes e motivados, conforme determinado pelo Relator, também não foram afastados na instrução processual.

Outro apontamento de SFC que merece destaque, refere-se a questão das contaminações dos terrenos e da ausência de análise de viabilidade da descontaminação, o que me parece não ter sido devidamente avaliado na instrução do Acompanhamento do Edital, o que pode ter prejudicado a competitividade por não ter revelado os custos de remediação, como constata, por exemplo, o Relatório da SFC nos autos da análise da Execução, e-TCM 20540/2019, o passivo ambiental preexistente orçados em montante aproximado de R$ 5.500.000,00 (cinco milhões e meio).

De outra sorte, há outros apontamentos de irregularidades nos Relatórios de Inspeção e análises das contratações que podem ser imputadas aos problemas do Edital (Relatório de Inspeção constante do e-TCM 20.540/2019 e Relatórios das análises das contratações, e-TCM's nº 014484/2019, 014486/2019, 014487/2019, 014488/2019, 014489/2019 e 014490/2019).

No que pertine às Representações e-TCM 13514/2018 e 252/2019, as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE e Secretaria Geral orientaram-se pela improcedência da alegação de utilização de terreno privado para a concessão, valor da área, ausência de informação sobre a transferência da propriedade do terreno, impossibilidade de licitar terreno contaminado, ausência de previsão editalícia quanto ao valor e quanto à viabilidade

de descontaminação, tendo incluído as demais ilegalidades constantes do Relatório de SFC, bem como que não teria havido publicidade prévia adequada para a continuidade da sessão de julgamento das propostas e irregular ratificação de erro material na proposta da vencedora do Lote 11.

No entanto, os apontamentos técnicos não foram enfrentados pela SFC face a superação pelo Relator quando da decisão de não suspender a licitação, assim, anotando aqui que umas das questões trazidas pelas Representantes trata da descontaminação das áreas. Esse tema foi abordado no Acompanhamento do Edital, que, de fato, identificou a ausência de análise da viabilidade da descontaminação e a definição das responsabilidades com possíveis reflexos na análise da execução contratual a reclamar procedência.

E, mais, no e-TCM 20540/2019 que analisa a Execução Contratual, a SFC em seu Relatório (peça 24, fls. 02 e 03[16]) afirma que a substituição do lote 12 não teria a demonstração do motivo que a ensejou, o que, a seu ver, contrariou os princípios da motivação dos atos e a transparência e apesar de ter sido trazido posteriormente aos autos, não foi efetivado pelo competente Termo Aditivo. Indica a SFC na execução, também, que não está claro se essa substituição alteraria ou não o valor da contraprestação, uma vez que o Plano de Negócios apresentado pela empresa na licitação foi elaborado tendo como base a área em questão.

Assim, na esteira da manifestação de SFC julgo irregular o Edital de Concorrência Internacional em análise, conheço das Representações para julgar parcialmente procedente aquela tratada no e-TCM 13514/2018, na parte acima referida e improcedente a tratada no e-TCM 252/2019.

COMPLEMENTO DA DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO DO CONSELHEIRO DOMINGOS DISSEI – REVISOR

Tendo em vista as conclusões trazidas pelo Conselheiro Roberto Braguim em seu voto sobre a 1ª fase da PPP da Habitação, peço vênia para complementar o meu voto com as seguintes considerações:

O Nobre Conselheiro Braguim, agora na fase de julgamento do edital e das representações, sustenta, que mesmo após as alterações introduzidas no edital pela COHAB, remanesceram dúvidas de ordem técnica e, por essa razão, o processo, antes do despacho do Relator, deveria ter

[16] Considerando-se que o Anexo II do Edital – Diretrizes e Encargos para Implantação, que contém as áreas onde devem ser implantadas as unidades habitacionais, é parte integrante do Contrato, nos termos da subcláusula 3.2, Peça 10, p. 4, a formalização dessa substituição deveria ser realizada por meio da retificação deste Anexo II por meio de Termo Aditivo, o que não se observou até o momento. Da mesma forma, o aditamento deveria formalizar a não alteração do valor da contraprestação, conforme informado pela COHAB.

retornado à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, e não ser apenas submetido ao exame da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Pontua, em síntese, após tecer críticas à condução do assunto, que ainda que tenham sido introduzidas melhorias no edital quanto às exigências indispensáveis às habitações de caráter social, restaram sem nenhum tipo de detalhamento os investimentos relacionados à infraestrutura pública, incluindo a chamada infraestrutura incidente, os quais permanecem estimados por meio de percentuais, não atendendo assim o que estabelece os § 4º do art. 10 e o art. 11, ambos da Lei Federal nº 11.079/2004, c/c o art. 18 da Lei Federal nº 8.987/1995.

Quanto às regras da contratação da Verificadora Independente pela própria concessionária, aduz que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle aponta como violação da exigência do processo de licitação, em especial porque a ela caberá a avaliação de desempenho e o próprio cálculo da contraprestação mensal, rechaçando os argumentos da Origem, e tecendo críticas quanto à recomendação à COHAB, de que fosse respeitada a indelegabilidade da função pública de fiscalizar.

Ressalta outro apontamento da Auditoria que entendeu merecer destaque, e que diz respeito à possibilidade de substituição de áreas, ainda que por fatos supervenientes e motivados, bem como quanto à questão da contaminação dos terrenos e da ausência de análise de viabilidade da descontaminação, o que lhe parece não ter sido devidamente avaliado, e pode ter prejudicado a competitividade, por não ter revelado os custos de remediação, uma vez que 6 lotes restaram desertos.

Por fim, aponta falhas na divulgação do edital e traz questões abordadas nos processos de acompanhamento de execução, que atribui a falhas do edital.

De minha parte, observo, em primeiro lugar, que não cabe qualquer censura ao fato do Nobre Conselheiro Relator, após ter confrontado os apontamentos da Auditoria com os esclarecidos da Origem e alterações promovidas do Edital, ter formado seu convencimento acerca da possibilidade de prosseguimento do certame, inclusive levando em conta que o assunto já havia sido por ele bastante aprofundado.

Ademais, há que se reconhecer que à Auditoria compete as atividades de apoio técnico, destinadas a subsidiar o julgamento dos atos e contratos, enquanto a competência de decidir é atribuída ao Pleno e ao Relator, no caso de Editais, e independe da concordância da primeira, conforme previsão regimental.

Revisitando os autos do TC/003104/2018, verifico, ademais, que o Conselheiro Relator da matéria, após ampla e exaustiva instrução,

levando em conta as alterações que foram promovidas no Edital, os esclarecimentos da COHAB e a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, superou os apontamentos da Auditoria, decidindo não suspender o certame e trouxe seu despacho ao conhecimento do Pleno, na Sessão Ordinária realizada em 18.12.2018, ocasião, aliás, em que nenhum Conselheiro apresentou qualquer objeção.

Além disso, ao afastar os apontamentos que, segundo a Auditoria, constituíam impedimento ao prosseguimento do certame, o fez com extrema propriedade, sendo certo que quanto aos pontos especificamente referidos pelo Conselheiro Roberto Braguim, manifestou-se como segue:

Observou quanto à substituição de áreas, que como bem apontou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, as alterações introduzidas pela COHAB, explicitando que a adoção da medida fundada em fatos supervenientes relevantes devidamente demonstrados, inibidores da correta execução do objeto, permitiam o entendimento de restar prejudicado o apontamento analisado.

Acerca da contratação do Verificador Independente pela própria COHAB, ressaltou que além de contar com inequívoca previsão legal, como observado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, os esclarecimentos oferecidos pela Origem, na peça 104, deixaram clara a sua função de apoio, e de não lhe caber o cálculo da contraprestação, cujo valor é definido contratualmente, além de ficar a fiscalização a cargo do Poder Concedente.

No que diz respeito à questão da contaminação dos terrenos e à ausência de análise de viabilidade da descontaminação, o Conselheiro Relator acolheu a justificativa da Origem, no sentido de que "o tema foi abordado pelos técnicos deste Tribunal no âmbito do acompanhamento do Edital – item 3.5.7, protocolado nesta Cohab em 17 de julho de 2018, tendo sido considerado adequado o procedimento lançado no Edital com fundamento na Lei Federal nº 11.079, de 2004, com a inclusão do Anexo X da Minuta do Contrato – Diretrizes para o Licenciamento Ambiental. Confira-se que o item 37 da Minuta do Contrato também trata da matéria. A lei das PPPs oferece alternativa eficaz para essa questão, que permite atribuir ao parceiro privado as atividades de investigação e remediação".

Quanto aos investimentos relativos à infraestrutura, acolheu também a defesa da COHAB, que, com razoabilidade, esclareceu que a metodologia adotada, além de se amoldar à flexibilização que o legislador imprimiu às Parcerias Público-Privadas, revela-se muito objetiva, precisa e apropriada a permitir que a definição das infraestruturas e equipamentos públicos de fato necessários ocorra no momento em que o grau de certeza da execução é maior e com o qual se pode contar efetivamente.

Acrescente-se ao exposto, o fato de que, para os lotes que restaram desertos, outra licitação foi lançada durante a minha Relatoria, mediante Edital praticamente igual, analisado nos autos do TC/001500/2020, que

apresentava também alguns poucos itens não afastados pela Auditoria quando do exame do primeiro edital.

Da mesma forma, sopesando os esclarecimentos da Origem, a ampla instrução já realizada quando do lançamento do primeiro Edital, e as razões constantes do então despacho do Conselheiro Maurício Faria, me convenci que não cabia obstar o prosseguimento do certame, submetendo meu entendimento ao conhecimento deste Plenário em 03.06.2020.

Ressalta-se que, nessa ocasião, o Conselheiro Presidente João Antonio indagou dos demais Conselheiros se havia alguma objeção ao posicionamento por mim proposto, tendo o Nobre Conselheiro Braguim, Revisor do processo, se manifestado no sentido de que o edital estava em ordem, tendo a Administração cumprido tudo aquilo que foi determinado pelo Relator, e sendo assim, o edital encontrava-se em condições de prosseguimento.

Em transcrição de excerto da fala do Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim, na ocasião da deliberação do TC/001500/2020 – Concorrência Internacional COHAB 1/2020 – 2ª fase, conforme consta da Ata da 3.092ª Sessão Ordinária: "Sim, Senhor Presidente, seria melhor conhecido. O Plenário conhece do Relatório trazido pelo Conselheiro Domingos Dissei. Na realidade, não há necessidade de deliberação. Sua Excelência, Conselheiro Domingos Dissei, gosta de total transparência em seus atos, por isso trouxe ao conhecimento do Egrégio Plenário que o edital está absolutamente em ordem. Inclusive, sou Revisor, e está realmente em ordem. A Administração cumpriu tudo aquilo que foi determinado pelo Relator, sendo assim, o edital encontra-se em condições de prosseguimento, de modo que é um comunicado feito por ele, um esclarecimento. Eu o parabenizo pela direção do processo, Conselheiro Domingos Dissei, principalmente, pelo fato de ter feito com que a Administração observasse todos os trâmites legais, todavia, não creio ser caso de deliberação, e, sim, meramente de conhecimento, Senhor Presidente." (gn)

As demais questões trazidas pelo Conselheiro Braguim dizem respeito à execução dos ajustes decorrentes, os quais entendo não devem ser consideradas no edital em julgamento.

Por todo o exposto, confirmo o voto por mim proferido, ACOMPANHANDO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR DO FEITO, PELA REGULARIDADE DO ALUDIDO EDITAL.

DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA

No dia 2 de novembro de 2018, foi publicado o Edital de Concorrência Internacional COHAB-SP nº 001/2018, visando firmar parceria público-privada "PPP" para a "concessão administrativa destinada à implantação de

habitações de interesse social e de mercado popular na Cidade de São Paulo, acompanhada de infraestrutura urbana, equipamentos públicos, empreendimentos não residenciais privados e da prestação de serviços que especifica".

Dentre as áreas a serem concedidas para implantação dos projetos de habitação popular, está o terreno localizado no quarteirão compreendido pelo alinhamento das Ruas Dr. Seidel, Fröben, Baumann e Av. Imperatriz Leopoldina, bairro da Vila Leopoldina, São Paulo/SP, com área de 20.000 m² (vinte mil metros quadrados), identificado pelo código "21MS1a", correspondente ao Lote 11 do edital (terreno SPTrans).

Sucede que o referido terreno, além de não estar atualmente na esfera de disponibilidade do Poder Público Municipal, encontra-se contaminado por combustíveis fósseis em fase livre, sendo que os custos da remediação dos danos ambientais – que sequer foram dimensionados – serão de responsabilidade do Poder Público.

Ademais, no mesmo terreno, há a previsão de efetivação do Projeto de Intervenção Urbana da Vila Leopoldina (PIU/VL), cuja implementação recentemente ensejou a instauração de Inquérito Civil pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para investigar possíveis irregularidades.

Não bastasse, houve alteração substancial das regras editalícias, publicadas no Diário Oficial do Município entre os dias 13/12/2018 e 15/12/2018, às vésperas do certame, uma vez que a "Sessão Pública de Abertura dos Envelopes" com as propostas apresentadas por um único interessado no Lote 11 do EDITAL – Consórcio Uno-Habitação – ocorreu apenas 3 (três) dias depois, mais precisamente no dia 18/12/2018.

Ainda sobre referido terreno, cumpre registrar que no edital ou na minuta de contrato inexiste qualquer informação acerca do seu real valor, informação esta relevante, sendo certo que tal custo será necessariamente arcado pelos cofres municipais, ante a necessidade de desapropriação e afetação da área correspondente para a construção de moradia popular. Há indicativos de que valha, pelo menos, R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), conforme valor referencial da própria Municipalidade, mas o valor do metro quadrado de terreno na região gira em torno de R$ 8 a R$ 10 mil reais, a depender do coeficiente de aproveitamento da área, resultando em um valor maior ainda, que pode chegar a R$ 300 milhões de reais.

De outro lado, o edital – alterado às vésperas da licitação –, no item 21.5.2 do Anexo III, é peremptório ao estabelecer que o passivo ambiental pré-existente à celebração do termo de posse da área disponibilizada é de responsabilidade do Poder Concedente, ou seja, do Poder Público. Ainda, o edital prevê da seguinte forma a resolução do passivo ambiental: no item 21.5.2.1, estipula que a Concessionária deverá apresentar previamente relatórios conclusivos das investigações ambientais, contendo exigências, recomendações e custos para

eventuais remediações, sendo prerrogativa do Poder Concedente avaliar os impactos e autorizar o desenvolvimento das atividades de mediação ou aplicar o disposto no subitem 7.9 do CONTRATO, ou seja, substituir o terreno por outro localizado no território da mesma Subprefeitura.

Registre-se que o terreno, de acordo com autuações já realizadas pela CETESB, está contaminado por combustíveis fósseis em fase livre, não havendo qualquer esclarecimento acerca do atual estágio do processo de remediação da área (se existente), quais são seus custos e o tempo do processo de descontaminação do terreno, inconsistências que não podem passar desapercebidas. Ora, como se considerar para um dos lotes o terreno SPTrans quando sequer os custos de descontaminação da área são conhecidos? O erário vai pagar por algo cujo valor sequer é conhecido?

A ausência de análise sobre a viabilidade e os efetivos custos da descontaminação do terreno SPTrans poderá gerar prejuízos ao erário, na medida em que, ao final, a Administração Pública também terá que arcar com essa "conta", não contemplada no orçamento público, concedendo-se um possível "cheque em branco" em favor da Concessionária, que irá dimensionar os custos para a respectiva remediação.

Diante desse cenário, em vez de promover a reabertura do prazo inicialmente estabelecido no edital a fim de oportunizar que eventuais novos interessados pudessem participar do certame, como expressamente determina o artigo 21, § 4º, da Lei de Licitações, a COHAB, logo no dia 18.12.2019 – somente 3 (três dias) após as relevantes alterações no edital – realizou a Sessão Pública de Abertura dos Envelopes, na qual o Consórcio Uno-Habitação apresentou proposta comercial com Contraprestação Anual Máxima no valor de R$ 16.489.163,19 (única proposta oferecida pelo Lote 11 do edital).

Pior, a COHAB ainda permitiu posterior retificação da proposta para adequá-la aos termos editalícios, agindo ao arrepio da legislação que rege as licitações.

É inequívoco que as modificações realizadas às vésperas do certame e a permissão de alteração da proposta apresentada por um único interessado podem ter prejudicado o caráter competitivo da licitação (artigo 3º, § 1º, da Lei de Licitações), considerando a alteração substancial das regras editalícias, publicadas no Diário Oficial do Município entre os dias 13.12.2019 e 15.12.2019, às vésperas do certame.

Constata-se, desta forma, violação aos princípios da publicidade e da transparência dos atos administrativos (CF, artigo 37; Lei de Licitações, artigos 3º, "caput", 4º, 21, § 4º e 43, § 1º). Isto porque o objetivo da publicidade visa dar a terceiros o conhecimento do ato administrativo, de forma transparente e clara, o que, *venia,* não perece ter sido observado com as alterações realizadas de forma açodada e perto da abertura do certame.

Edimur Ferreira de Faria salienta que, desta forma, a "Administração torna-se transparente para que a sociedade e os órgãos de controle possam tomar conhecimento de seus atos e impugná-los, se viciados ou em desacordo com a legalidade e a moral administrativa". FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo. 4ª edição – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

Não fossem suficientes tais constatações, no último dia 03 de fevereiro, a Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social instaurou Inquérito Civil com o objetivo de se obter os indícios de autoria e de eventual lesão ao erário público relativa ao PIU Vila Leopoldina – Vila Lobo (autos nº 14.0695.0000039/2021-8).

O pedido de instauração traz em seu bojo indicativo de prejuízo aos cofres públicos e coloca em cheque o estreito relacionamento entre os agentes públicos e os proponentes do PIU, visto que o Secretário Municipal da época cumulava o cargo de diretor do Instituto URBEM, um dos signatários da proposta, do qual também havia sido curador. O mesmo requerimento está a registrar que a apresentação do projeto realizada pelo Poder Público fora levada a efeito com base em arquivo eletrônico criado pelos próprios proponentes, evidenciando o estreito relacionamento.

Por fim, o pedido que levou à abertura do IC evidencia que o modelo econômico da proposta também é lesivo ao erário porque o desconto real concedido seria superior ao registrado. Importante o registro que o desconto concedido de 12,5% é superior ao que custaria ao Município captar diretamente o recurso, cerca de 5%, equivalente ao CDI mais 1,74%. Essa operação eleva o custo do modelo e reduz a quantidade de moradias que poderiam ser viabilizadas pelo Município, dentre outros pontos.

DAS IRREGULARIDADES APURADAS PELO TCM:

O TCM identificou diversas inconsistências no processo licitatório, o qual veio a sofrer aditamento três dias antes do ato. Necessário, portanto, que este Tribunal se certifique de que todas as suas exigências foram atendidas, assim como prestados os devidos esclarecimentos.

Inicialmente, analiso os temas referentes ao acompanhamento do edital que foram considerados superados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Em relação ao item 5.7 do relatório da Auditoria, a Origem esclareceu que o intuito da disposição editalícia não seria assegurar ampla margem de substituição de áreas após a celebração dos contratos referentes aos lotes em disputa, mas sim de assegurar ao Poder Concedente que, em situações supervenientes, a Concessionária executasse o objeto da PPP em outra localização, procedendo-se às equalizações contratuais necessárias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Com efeito, analisando-se detidamente a cláusula do edital que trata da substituição de áreas previstas no Edital, extrai-se que se trata de uma atribuição intrínseca do Poder Concedente, que não estaria dispensado de apresentar motivo justificado, fundado em fato superveniente devidamente demonstrado, de acordo às diretrizes gerais e específicas para a implantação e observadas as demais condições do Edital, do Contrato e dos respectivos anexos. Portanto, tecidas tais considerações, o apontamento pode ser superado.

No tocante ao item 5.9, a redação do subitem 8.7.3.2.2 da Minuta do Contrato resguarda a atribuição apenas do Poder Público ou da COHAB-SP para a realização de eventual alienação dos empreendimentos não residenciais privados, esclarecendo problemática constante de Relatórios de Auditoria anteriores, a respeito da possibilidade de a própria Concessionária promover essas alienações. Quanto ao item 5.12, a finalidade da comercialização das unidades habitacionais voltadas ao perfil socioeconômico entre 10 (dez) e 20 (vinte) salários mínimos torna possível a estruturação avençada, além do amparo legal quanto aos objetivos do Fundo Municipal de Habitação.

No que concerne aos apontamentos dos itens 5.13, 5.14 e 5.16, como destacado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, *"o objetivo das Parcerias Público-Privadas não é a contratação de uma série de serviços isolados e específicos em prol da Administração, gerenciados pela Concessionária, mas de execução de produto final, integrado, em contratos complexos, em que se estabelecem metas e resultados a serem atingidos, os quais influenciam diretamente a remuneração do parceiro privado... Não bastasse a evidente complexidade do objeto almejado por meio do Edital ora acompanhado, a ampla vinculação da Administração Pública municipal ao projeto, por força do disposto no art. 2848 da Lei Federal nº 11.079/04, também permitiria concluir de forma diversa da apresentada pela Auditoria, na medida em que a possibilidade de obtenção de "apoio financeiro" da União para o projeto específico depende da demonstração de índices contábeis referentes à integralidade do Município, e não apenas da entidade responsável por conceder o objeto da PPP. Além disso, diversos dispositivos constantes do Estatuto Social da COHAB-SP permitem uma interpretação no sentido de que a persecução das finalidades sociais dessa sociedade de economia mista abrange problemáticas urbanísticas relacionadas à resolução de problemáticas habitacionais... Nesse aspecto, permito-me divergir do entendimento apresentado pela Auditoria, em razão de se tratar de contratação complexa, devidamente autorizada pelo Conselho Municipal responsável pela temática e que vinculou as receitas futuras de todo o Município, para fins de obtenção de recursos federais. Além disso, há ampla margem normativa e estatutária que permitem uma interpretação de conformidade de a contratação almejada ser conduzida por meio da COHAB-SP..."*.

No que tange ao item 5.17, há fundamento jurídico para que a Concessionária contrate Verificadora independente, mas para atuar apenas em auxílio ao Poder Concedente, no exercício da indisponível atividade fiscalizatória inerente à delegação almejada, não o substituindo. E quanto à infringência

constante no tópico 5.18, a previsão do subitem 25.3 visa que, em eventual inadimplemento do Poder Concedente, possa a Concessionária executar as garantias oferecidas pela SPDA sem a possibilidade desta alegar benefício de ordem. Ademais, a renúncia expressa ao benefício constante do artigo 827 do Código Civil encontra amparo no artigo 828 do mesmo diploma legal.

Destarte, na esteira dos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, considero que estes apontamentos podem ser superados. Quanto às demais impropriedades trazidas no bojo do acompanhamento do edital, apresento as seguintes considerações.

A motivação para a divisão em 12 lotes foi acostada à fl. 762 do processo administrativo nº 2017-0.185.313-9, tendo a Origem esclarecido que as características das áreas foram levadas em conta quando da divisão. Neste aspecto, considerando que a licitação prosseguiu sem ordem de suspensão por este Tribunal de Contas, com adjudicação de lotes e assinatura de contratos, a discussão quanto à viabilidade/legalidade da divisão em 12 lotes tornou-se inócua e, caso fosse debatida na atual conjuntura, causaria mais insegurança jurídica do que benefícios.

O artigo 22, § 1º do Decreto-Lei 4.657/1942 estabelece que *"em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente."* Portanto, transcorrida a licitação neste formato e tendo a Cohab apresentado as justificativas pertinentes à época, a situação restou consolidada, em definitivo.

De outro turno, o item 2 do Anexo VII do Contrato – Diretrizes para a Comercialização das Unidades Habitacionais define que é prerrogativa do Poder Concedente a constituição das listas de famílias que serão beneficiadas com as unidades habitacionais a serem construídas e ofertadas com base no Contrato. E o subitem 2.2 reforça que o Poder Concedente apenas terá o apoio da Concessionária para a realização das atividades operacionais necessárias à triagem e gestão da lista de beneficiários.

O cadastramento das famílias será dirigido pelo Poder Concedente, que encaminhará à Concessionária a lista das famílias contendo a ordem de classificação e os dados ou informações suficientes para o desenvolvimento dos trabalhos de apoio para a contratação do financiamento, juntamente com a autorização expressa para início dos trabalhos. Tal previsão destina-se exclusivamente ao apoio à gestão em relação à lista dos beneficiários, permanecendo com o Poder Concedente todos os poderes inerentes ao seu controle, bem como ao atendimento dos dispositivos legais que regulamentam a referida lista.

A Origem, em sua defesa, também procurou demonstrar a distribuição de custos e despesas do empreendimento, visando assim afastar os apontamentos do Órgão Técnico. Apontou que o terreno indicado para o Lote 1 demandará maiores esforços operacionais da concessionária para parcelamento, licenciamento, remediação, interferências, gestão de famílias em área conflituosa, proteção, vigilância, conservação e manutenção.

Destacou que o valor do investimento foi tomado como base de cálculo por considerar que dos pontos de vista técnico, contábil, econômico e gestão empresarial, faz sentido estabelecer uma relação entre investimento, custeio e encargos. Diante deste quadro, em que pese o consignado no início do voto, revolver tais matérias nesta fase do processo poderia ocasionar mais prejuízos do que benefícios à Municipalidade e aos próprios beneficiários do programa, solução que não se mostra prudente.

No que tange ao detalhamento mínimo exigido pela Lei Federal nº 11.079/2004 para as especificações técnicas, memoriais descritivos e áreas construídas mínimas, pertinentes as considerações constantes no Voto divergente. Mas como lá destacado, foram introduzidas melhorias no Edital republicado quanto a este aspecto, inclusive no que pertine às exigências relacionadas às unidades habitacionais, com a adoção dos normativos que estabelecem características indispensáveis das edificações habitacionais e de caráter social.

Também deve ser levado em conta que o Anexo II do Edital foi elaborado para atender ao previsto no § 4 do artigo 10 da Lei 11.079/2004, dispondo de elementos técnicos e parâmetros para a formulação das propostas pelos licitantes.

Em relação às infringências dos itens 5.10 e 5.11, a Origem informou sua anuência com o apontado pela Auditoria deste Tribunal de Contas, procedeu à retificação e incluiu o subitem 3.2.4 do anexo III do edital – minuta do contrato. Neste ponto, o recomendado era que tais correções tivessem sido submetidas à análise da Auditoria, a fim de que se avaliasse se atendiam de forma plena ao requerido pelo Órgão Técnico, providência que, agora, não se mostra pertinente.

Nas palavras de Canotilho: *"...(…) as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso".* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. g.n.

Assim, sem desconsiderar a salutar atuação do controle externo, que teve por escopo a observância dos princípios estabelecidos no artigo 4º da Lei Federal 11.079/04, tal atuação deve ser analisada e sopesada com o interesse público envolvido no caso em exame, já que se trata de concorrência pública finalizada, que tem por objeto a implantação de habitações de interesse social e mercado popular, infraestrutura urbana, equipamentos públicos, empreendimentos não residenciais privados e prestação de serviços, circunstância que devem prevalecer, mormente se considerada a disposição da Origem em corrigir as falhas apontadas.

Em relação às impropriedades detectadas nos itens 5.20 a 5.23 do relatório da Auditoria, destaco que a Origem se comprometeu a observar, quando da seleção da demanda habitacional, os critérios definidos em leis e normas editadas pelo Poder Executivo, Secretaria Municipal da Habitação e Conselho Municipal de Habitação, além das regras para atendimento das pessoas com deficiência e idosas e das famílias com crianças na primeira infância, o que poderá ser averiguado quando do acompanhamento das execuções contratuais.

Da mesma forma, quanto ao item 5.23, extrai-se do processado que o subitem 6.1 da minuta do contrato foi revisto pela Origem.

Por fim, constata-se que houve publicação no DOC de 15.12.2018 com nova formatação da Comissão Especial de Licitações (subitem 3.4.1), de forma a adequá-la aos termos anotados pelos órgãos técnicos, sanando assim a infringência do item 5.25.

Destarte, apenas destacando de rigor o acolhimento do edital.

Quanto às Representações interpostas pelos condomínios Martese Alto da Lapa, Riservato Alto da Lapa, Vila Nova Leopoldina I, Vila Nova Leopoldina II, Condomínio Vita Alto Da Lapa, Terraços Alto Da Lapa Condomínio Clube, Condomínio Edifício L'espace, Condomínio Personal Home Alto Da Lapa, Condomínio Plaza Mayor, Condomínio Residencial Provence e Condomínio Sky House, trazem as questões relevantes que tratei acima.

Acerca da Representação tratada no TC/013541/2018, em que pese a inconsistência quanto ao passivo ambiental e custos inerentes, restou demonstrada no decorrer da instrução processual a existência de tratativas entre o Poder Concedente e a SPTrans quanto à transferência da área mencionada, bem como a divulgação de que referido terreno está em processo para ser disponibilizado à COHAB-SP.

Note-se, por oportuno, a correta atuação da Representante, já que as condições para transferência do terreno vieram a tona na manifestação enviada pela Origem.

Desta forma, a noticiada tratativa entre o Poder Concedente e a SPTrans, quanto à transferência da área (amparada no artigo 112 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e 29 da Lei das Estatais), bem como a divulgação de que referido terreno está em processo de ser disponibilizado à COHAB-SP, devem ser consideradas e sopesadas nesta análise de edital.

Sobre a ausência de previsão acerca do valor e a eventual viabilidade da descontaminação, cumpre destacar que, em virtude da Representação interposta, a Origem promoveu alteração do edital, com a inclusão do Anexo X da Minuta do Contrato – Diretrizes para o Licenciamento Ambiental, providência que não afasta, mas ameniza em parte os riscos envolvidos. Mais uma vez, é de se ressaltar que as alterações foram realizadas com amparo no parecer da Auditoria no TC/003104/2018 e nas fundadas alegações da Representante.

No que se refere à descontaminação, como exposto no parecer da Secretaria Geral, *"o artigo 37, inciso II da Lei Municipal nº 16.402/16, reproduzido no inciso II do parágrafo único do art. 3021 do Decreto Municipal nº 57.377/16, impede o parcelamento do solo em áreas contaminadas, o que não me parece significar o impedimento arguido pelas Representantes, na medida em que a recuperação ambiental deverá ocorrer previamente à implantação do empreendimento. Além disso, a disposição constante do § 4º do art. 13722 dessa Lei é mera possibilidade, de modo que é possível à Administração optar pela recuperação da área contaminada – tal como feito nesta PPP."*

O receio da Representante é fundamentado, pois a recuperação ambiental e descontaminação prévias são imprescindíveis para o êxito do futuro empreendimento a ser instalado no local, evitando-se riscos à Municipalidade e aos beneficiários do programa.

Em relação à impugnação referente ao item **(i)** do TC/000252/2019, a Origem esclareceu que não houve a designação de sessão pública para o anúncio do resultado da habilitação dos licitantes, pois a suspensão ocorreu com o intuito de se proceder à análise da documentação apresentada. Em razão disso, informou que seria convocada sessão pública para o anúncio do resultado dessa análise, em atendimento à antecedência legal necessária.

Assim, diante do esclarecimento e da informação prestada pela Origem, o tema restou prejudicado.

No que se refere à aparente irregularidade do item **(ii),** ainda que se tratasse de erro material constante da proposta vencedora, uma vez que não houve a participação de outros licitantes no certame, as diligências promovidas estavam adequadas para a situação em apreço.

Ante o exposto, ressalvando todo o exposto neste voto, considerando o encerramento da licitação, as providências realizadas e a atual fase do processo, JULGO REGULAR o edital da Concorrência Internacional COHAB-SP

nº 001/2018. Em relação aos TCs 013514/2018 e 000252/2019, CONHEÇO DAS REPRESENTAÇÕES E, NO MÉRITO, JULGO-AS IMPROCEDENTES.

REITERO à Origem a necessidade de observância das disposições constantes no Manual de Gerenciamento de áreas contaminadas da Cetesb, que prescreve os procedimentos para a investigação, remediação e adequação de usos de áreas como a tratada na Representação do TC/013514/2018.

PROPONHO ao Relator da matéria, caso ainda não realizada, determinação para que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle realize o acompanhamento das execuções contratuais.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.