TC 3.237/2007

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. SPTURIS. Desenvolvimento, construção, exploração e gestão. Centro Integrado de Comércio de Flores e afins. Desistência do objeto pela origem. Não concessão de uso do terreno pela CPTM. PREJUDICADA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.
Legislação citada: Arts. 64, § 3º e 79, § 2 º da Lei 8.666/93.

2.617ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar prejudicada a análise do procedimento licitatório Concorrência 001/07, em razão da desistência do objeto pela São Paulo Turismo S.A. - SPTuris, em virtude da não concessão de uso do terreno pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à SPTuris que, no futuro, atue com diligência e necessária observância à regra do planejamento, cujo prejuízo somente não surgiu no caso presente em face das circunstâncias que, ao final, beneficiaram a própria Administração.

Participaram do julgamento os Conselheiros YARA TACCONI - Revisora e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda 'ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de junho de 2012.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente da análise da Concorrência nº 001/07, objetivando a contratação de empresa para desenvolvimento, construção, exploração e gestão de um centro integrado de comércio de flores e afins, na Vila Leopoldina - São Paulo, mediante remuneração e encargos.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se pela irregularidade da licitação, merecendo destaque o fato de que o "Mercado de Flores" seria construído em terreno de propriedade da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, e, assim, a assinatura do contrato proveniente da concorrência dependia de ajuste anterior disponibilizando o regular uso do bem pela municipalidade, instrumento este que, efetivamente, nunca se concretizou.

Após manifestação da Origem visando justificar a iniciativa que deflagrou o certame, bem como esclarecer aspectos da titularidade da área destinada à intervenção, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou seu parecer e, na mesma esteira, acrescentou que em diligência realizada, deparou-se com a notícia de que a vencedora do certame, ao ser convocada para assinar o contrato, não revalidou os termos da proposta ofertada em face do decurso de prazo superior a 60 dias contados a partir da data de sua entrega, desobrigando-se de qualquer incumbência em face do que dispõe o art. 64, §3° da Lei das Licitações.

A AJCE aduziu que *"em que pese às questões jurídicas que desafiam a higidez do procedimento licitatório examinado, diante das notícias trazidas pela Equipe Técnica e daquilo que se depreende da documentação encartada às fls. 1894/1911, ganha relevo o fato de que, muito embora concluída a licitação, não fora celebrado o contrato para a execução do objeto licitado" (grifos originais)*, concluindo pela irregularidade do procedimento licitatório.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu nova manifestação da Origem visando aclarar aspectos atinentes à frustração da concorrência, no que foi atendida.

Na medida em que o dirigente da entidade era também o Ordenador da Despesa à época dos fatos, apresentou-se uma única defesa, alegando em síntese, que não havia uma segunda classificada para assinar o contrato e que não foi realizado outro procedimento licitatório, tendo em vista que a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, proprietária do terreno onde se instalaria o projeto, encaminhou ofício informando que daria outra destinação ao imóvel.

A AJCE manteve seu posicionamento no sentido de que o certame se desenvolveu de maneira irregular.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo arquivamento dos autos já que o desinteresse da licitante em revalidar os termos de sua proposta vai ao encontro do superveniente desinteresse da Administração Pública em prosseguir com o empreendimento.

A Secretaria Geral, por fim, sugeriu o não acolhimento da concorrência, acompanhando a manifestação da AJCE no sentido de que faltou cautela da Origem em relação ao planejamento e condução do procedimento para a contratação.

É o relatório.

VOTO

O deslinde da questão que ora se apresenta demanda necessariamente que se discorra sobre o parecer técnico elaborado pela Assessoria Especial da Presidência da SPTuris, que serviu de orientação para o desenvolvimento do projeto.

É, pois, justamente nessa circunstância, que surge a pretensa justificativa de realização da licitação antes mesmo da regularização da cessão do terreno.

Para tanto, a manifestação foi vazada nos seguintes termos:

"Entendo não haver óbices quanto à cessão do bem imóvel, considerando inclusive que tal cessão ocorrerá para a São Paulo Turismo e não para o parceiro a ser contratado, e tendo inclusive uma minuta de contrato a ser firmado entre as partes não há óbice na abertura do referido processo licitatório, mas a adjudicação do mesmo – isto sim – estaria vinculada a formalização da cessão do referido bem imóvel.

Pelo contrário, tendo em vista que foi negociada uma carência para pagamento da cessão do imóvel entre a CPTM e a SPTuris, a melhor opção no vertente caso é realizar o processo licitatório desde já, vindo a formalizar o instrumento com a CPTM somente quando da adjudicação do objeto. Com isso, o benefício da carência seria repassado ao parceiro privado, não expondo a SPTuris ao risco de pagamento pela cessão antes da inauguração do empreendimento. Além do que, caso a licitação venha a ser julgada deserta, não haveria maiores prejuízos no cancelamento do negócio como um todo."

Nota-se que, a conclusão do parecer mostra-se

equivocada. Primeiramente porque há uma nítida contrariedade, na medida em que afirma que a adjudicação do objeto estaria vinculada à formalização da cessão do imóvel e, mais adiante, afirma que o ajuste com a CPTM somente poderia ser formalizado com a adjudicação do objeto licitado. Os argumentos apresentados representam uma contradição em termos e um verdadeiro impasse, pois não se poderia afirmar a contratação decorrente da licitação como ato condição para a disponibilização da área e, também, não se poderia licitar sem que houvesse a efetiva disponibilidade da área de intervenção. Assim, por óbvio o procedimento licitatório deveria ser posterior ao instrumento que desse guarida à exploração comercial.

A circunstância de licitar a construção de um mercado de flores sem a disponibilidade da área de intervenção poderia até mesmo gerar o direito da contratada pleitear indenização perante à Administração Pública, conforme preconiza o §2º do art.79 da Lei 8.666/93.

"In casu", esta situação somente não ocorreu porque a licitante vencedora, após o prazo de 60 dias concedido pela Origem para estudos referentes ao Caderno Técnico, deixou de revalidar sua proposta, uma vez que não foi convocada no prazo regular para a assinatura do contrato.

Deste modo, reputa-se que houve falha administrativa na medida em que a própria Assessoria Jurídica da Origem admite, em documento endereçado ao Chefe de Gabinete, que no momento da adjudicação do objeto à empresa vencedora *"não havia a possibilidade de o contrato entre a SPTuris e a Construtora Marquise S/A vir a ser assinado, pois havia situações pendentes que precisariam ser resolvidas".* (fls.1897 e segs.). Mais adiante, no mesmo documento, a Assessoria aduz que *"não há que se falar que o contrato entre a SPTuris e a Construtora Marquise S/A pudesse ser assinado antes da confirmação da assinatura do termo entre a CPTM e a SPTuris, pois esta não poderia transigir sobre a utilização de uma área sobre a qual não possuía qualquer ingerência."*

A Origem confirmou em sua defesa de fls.1933/1934, protocolada em 03 de março de 2010, que *"não havendo o imóvel para instalação de um mercado de flores**, a São Paulo Turismo S/A não realizou novo certame**."*

Resta claro que a Administração não atuou com a diligência que dela se esperava, atravessando uma fase essencial do procedimento que deveria anteceder a presente licitação. É evidente que a concessão de uso entre a SPTuris e a CPTM deveria ter sido formalizada antes da realização do certame, já que constituía condição *sine qua non* do contrato.

Assim sendo, ficou demonstrado que a Origem não atuou com a devida cautela, pautando-se por compreensão jurídica inadequada. Entretanto, julgo **PREJUDICADA** a análise da presente licitação, em razão da desistência do objeto pela Origem, em virtude da não concessão de uso do terreno pela CPTM. Não obstante, **DETERMINO** à Origem, que no futuro, atue com

diligência e necessária observância à regra do planejamento, cujo prejuízo somente não surgiu no caso presente em face das circunstâncias que, ao final, beneficiaram a própria Administração.