



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
"Palácio Moisés Viana"
Unidade Central de Controle Interno

PARECER Nº 042/2007

ORIGEM: Processo Administrativo nº 0395/07

ASSUNTO: Solicitação de Parecer do Departamento de Licitações

Dos Fatos:

Senhor Chefe da UCCI:

Veio a conhecimento desta Consultoria Técnica na área Jurídica e Contábil, através de encaminhamento de processo pelo Departamento de Licitações, para fins de manifestação sobre a possibilidade de doação de imóvel à empresa privada, no Distrito Industrial, segundo a lei vigente que regulamenta o local.

Da Legislação:

Cabe-nos, desde já, trazer à colação algumas regras constitucionais que disciplinam a matéria, naquilo que interessa ao caso em tela, invocando-se, assim, dentre outros, o 37, XXI da CF/88.

Além da aplicação da Constituição Federal, adotou-se a orientação das melhores práticas, implicando, igualmente, na sua absoluta adequação às normas legais, sendo que, no caso específico da licitação sob análise, devem ser atendidas as disposições da Lei 8.666/93, que estabelece normas cogentes de Direito Público, assim como de Direito Administrativo, normas estas voltadas para a conservação do patrimônio público.

Da Preliminar:

Visa a presente dar cumprimento às atribuições estabelecidas nos Arts. 31 e 74 da Constituição Federal, na Lei nº 4.242/01, Decreto 3.662/03 e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício de controle prévio e concomitante dos atos de gestão.

Ainda em preliminar, torna-se necessário referirmos que esta Unidade já tem se manifestado no sentido de que, à vista das circunstâncias próprias do caso e na avaliação das implicações legais a que está submetida aquela Secretaria, quanto à decisão a ser tomada, entende este Órgão de Fiscalização e Assessoria pertinente, a título de orientação e assessoramento, as considerações seguintes.

É de fixarmos, por oportuno, que a análise dos fatos se deu com base em documentação acostada aos autos existentes no Departamento de Licitação, para cuja situação já existe Informação desta UCCI que dispõe:

"(...)

*De outra forma, esta UCCI apurou a existência de legislação, ainda em vigor (Lei 3.485/96 e Lei 3.519/96) , **que apresenta como hábeis, instrumentos que contrariam os Princípios Administrativos e afrontam o Interesse Público da Administração, tal como o da "Doação de imóveis públicos"**.*

Da Legislação:

*A Constituição Federal determinou que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **"zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público"**.*

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;”

Segundo Bandeira de Mello, os bens públicos possuem três características: inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei (art. 67 do Código Civil Brasileiro); impenhorabilidade; e imprescritibilidade.

O que deve nortear, a atuação e a decisão do administrador público, são os princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal, moralidade, impessoalidade, legalidade e, ainda, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, assim como o Estado-proprietário.

“Art. 67 – Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever. 6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

...

Art. 37. A administração pública direta, indireta, fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

Para Celso Antônio Bandeira de Mello “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado fundamenta-se na própria idéia de Estado”. Encontra-se presente, de forma mais evidente, nos institutos da desapropriação e da requisição, previstos constitucionalmente nos inc. XXIV e XXV do art. 5º. **Contudo, o interesse público e a sua supremacia não de ser considerados também no momento da escolha dos instrumentos de transferência, de posse ou titularidade, do bem público.**

Com propriedade, Juarez Freitas afirma que **“as normas civis jamais regerão o domínio público, a não ser de modo subsidiário e sempre sob a cogência subordinante dos princípios e regras de Direito Administrativo.”**

Com referência ao princípio da legalidade diz, Romeu Bacellar Filho, com propriedade que: **“o princípio da legalidade, impõe à Administração Pública obediência à lei formal como norte de atuação e limite da garantia ao cidadão. No cumprimento de suas funções, o agente público não tem liberdade ou vontade pessoal. A imperatividade das leis não obriga somente ao particular, mas, antes de tudo, a própria Administração ao constituir-lhes poderes-deveres, indisponíveis e irrenunciáveis.**

Os bens públicos podem ser utilizados pela pessoa jurídica de Direito Público à que pertencem, independentemente, da sua classificação (bens de uso comum, de uso especial ou dominial). As questões que mais importam são a utilização do bem público por pessoa diversa do titular; e a forma de alienar.

Os instrumentos mais adequados são de Direito Público. Carlos Ari Sundfeld sustenta que “os instrumentos para tanto são: a autorização de uso, a permissão de uso, a concessão de uso e a concessão de direito real de uso”.

“A autorização de uso e a permissão de uso, são caracterizados pela precariedade do vínculo que estabelecem. Ambos, apesar de conferirem direitos aos outorgados contra terceiros (a exclusividade no uso dos bens públicos), não estabelecem direitos frente à Administração – por isso são precários -, podendo a qualquer tempo ser revogados por razões de interesse público, sem qualquer violação à esfera de direitos dos particulares.”

“Concessão de uso – é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica.

...

Concessão de direito real de uso – é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.”

“Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1, III; 19 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

...

Art. 37: ...

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

*Percebe-se que a concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e **evita a alienação de bens públicos**, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.*

*A concessão de uso e de direito real de uso não são instrumentos precários, conferem direitos estáveis, perenes, que permitem e revogação por interesse público, **ficando resguardado o direito à indenização do edificado**. Diga-se que os dois institutos existem com características diversas.*

Conclusão:

Após estas rápidas análises, e em continuidade ao trabalho de assessoramento às Comissões Técnicas formadas para discussão do tema, impõem-se as seguintes conclusões:

a) a utilização do bem público tem instrumentos específicos. A autorização, a permissão, a cessão a concessão de uso e a concessão de direito real de uso, são os instrumentos possíveis para a disponibilização temporária à outrem que não o titular do bem;

*b) **para definir o instrumento a ser utilizado, há que se considerar a quem se dá o uso, o lapso de tempo deste uso, a característica física do bem, a melhor forma de retomada do bem (conforme os preceitos de direito administrativo) e a retribuição para tal uso, podendo ser ato ou contrato administrativo dependendo de sua configuração;***

c) os instrumentos de Direito Civil possíveis, ofendem o interesse público, não convindo à Administração Pública utilizá-los em face da, necessária, defesa do seu patrimônio.

*d) a concessão de direito real de uso, em verdade, surgiu no Decreto-lei nº 271 (art. 7º), apesar da denominação do instituto estar posta como concessão de uso; **sendo que este instrumento tem três espécies: 1) para fins industriais; 2) para fins comerciais; 3) para fins de moradia;** assim a concessão do direito real de uso para fins de moradia é espécie do gênero concessão do direito real de uso;*

e) cada espécie de concessão de direito real de uso guarda especificidades ligadas às suas finalidades, sendo que cada uma delas, respeitando a diretriz geral posta pela legislação federal, deverá receber orientação legislativa de seu ente-proprietário, o que garantirá a orientação conforme a política local, e favorecerá o cumprimento do fim pretendido;

*f) sempre que o Município e suas entidades autárquicas pretenderem entregar um bem de sua titularidade para uso específico, **deverá utilizar-se da concessão de direito real de uso, inclusive em substituição a doação com encargo;***

g) a legislação local deve respeitar, da forma mais adequada, aos princípios constitucionais do art. 37, “caput”;

i) as Leis 3.485/96 e 3.519/96 afrontam os Princípios de Direito Administrativo, quando se desfazem dos imóveis públicos, em detrimento da utilização dos instrumentos adequados, indicados para utilização dos bens Municipais como incentivo ao desenvolvimento econômico, motivos pelos quais se sugere, s.m.j., sejam revogados seus dispositivos na íntegra, com a conseqüente elaboração de uma única legislação que tenha por abrangência as duas áreas destinadas a receber as indústrias;

j) sugere-se que a nova regulamentação seja realizada com a participação efetiva do Conselho de Planejamento da Cidade, por ser o órgão responsável pela gestão do Plano Diretor.”

Do Mérito:

De posse da Informação, acima transcrita, o Prefeito Municipal determinou a criação de equipe técnica para estudo e elaboração de um Projeto de Lei que regulamentasse o Distrito Industrial de acordo com os Princípios de Direito Administrativo, tendo sido concluída a referida atividade no dia 28/08/2007.

É certo que o referido documento, com as alterações necessárias ao real atendimento do interesse público Municipal já está sendo encaminhado ao Chefe do Executivo, no qual estão previstos os meios adequados e razoáveis de utilização do patrimônio público, bem como a atenção aos ditames legais previstos na Lei 8.666/93.

Tema que tem sido arduamente diligenciado e cobrado por este órgão de controle em sede de licitações e contratações administrativas é o do correto cumprimento dos contratos - Lei nº 8.666/93 (art. 66 e seguintes) - motivos pelos quais recomendou-se o monitoramento da execução contratual à Secretaria de Indústria e Comércio, com a fiscalização da Secretaria do Planejamento, para observância dos seguintes dispositivos, dentre outros:

“

(...)SEÇÃO IV - Da Execução dos Contratos

Art. 66 O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 67 A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 70 O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

SEÇÃO V - Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos

Art. 77 A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78 Constituem motivo para rescisão de contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

b) a Comissão ou Autoridade Superior poderá promover diligência em qualquer fase da licitação;

c) documento algum ou informação que deveria originariamente constar do processo poderá incluir-se ou considerar-se.

(...)”

Imprescindível, portanto, atender a diligência adotada pelo Prefeito Municipal, como a finalidade dos objetivos pretendidos nas licitações e contratações administrativas, e visualizá-la sob a óptica dos princípios constitucionais e legais que a estas disciplinam, sobretudo quando se analisa a face processual dos objetivos pretendidos.

Campo de atuação da Unidade de Controle Interno são as questões surgidas seja na fase de apreciação dos documentos de habilitação seja na fase de julgamento das propostas, ou no cumprimento da execução contratual. O alcance desta Unidade de Controle é de tal modo abrangente que compreende desde inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões sobre as quais parem controvérsias, chegando até a juntada de documentos destinados à complementação da instrução. Provocado de modo preciso, o objetivo buscado com a diligência é eliminar uma possível controvérsia, ou melhor, instruir e assessorar a Administração, podendo constituir-se até em instrumento de monitoramento.

Por isso a orientação de que, havendo motivos que o justifiquem, como de fato há, a Administração Pública deverá/poderá lançar mão da Lei para indeferir solicitações de particulares, obedecendo as normas regulamentares que engessam a contratação de bens e serviços quando não atendido o interesse público. É a rigidez formal do Direito Administrativo que confere à Administração, na hora de analisar a pretensão dos contribuintes, a possibilidade de não aceitar a contratação com o Poder Público e repelir a proposta que, **neste momento, não venha ao encontro dos anseios da comunidade.**

É imperioso observar que a seleção da proposta supõe a observância de regras pré-determinadas, sendo, por óbvio, vedada a contratação sob critérios que poderiam favorecer ao particular ou a alguns em prejuízo de outros – como por exemplo a doação direta de imóvel, sem a observância de procedimento licitatório, com isso ferindo o princípio da isonomia que integra o tripé sobre o qual as licitações assentam.

Esta Unidade Central de Controle Interno, vem ressaltar seu caráter de assessoramento direto ao Chefe do Poder Executivo Municipal, motivo pelo qual cumpre-lhe a manifestação a respeito do processo sob análise, no sentido de acompanhar os ditames emanados da Lei e do Tribunal de Contas.

Pelo exposto, nos manifestamos no sentido de que seja INDEFERIDO o pedido do Requerente, **pelo menos neste momento**, da forma como foi realizado, sob o argumento de **inexistir interesse público** para o Município em conceder doação de imóveis como está expresso na atual legislação. Outrossim, sugere-se que seja comunicado ao Requerente que em momento próximo estarão sendo disponibilizados vários terrenos no Distrito Industrial, dos quais poderá estar concorrendo, porém de acordo com a viabilidade e o atendimento do Interesse da Administração.

É o Parecer.