



Procedência: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Interessados: Intendência da Cidade Administrativa

Nota Jurídica: PARECER Nº 15.662

Data: 18 de abril de 2016

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE ESPAÇO PÚBLICO REMUNERADA. CONTRATO Nº 14/2009. PAGAMENTO AO PODER CONCEDENTE DE 80,1% SOBRE O VALOR DA RECEITA BRUTA OBTIDA PELA CONCESSIONÁRIA NA EXPLORAÇÃO DE CONJUNTO COMERCIAL NA CIDADE ADMINISTRATIVA. REMISSÃO DE DÍVIDA OPERADA PELA CONCESSIONÁRIA. CONDUTA QUE AFRONTA O CONTRATO. PREJUÍZOS AO ERÁRIO. DIREITO DO ESTADO À REPARAÇÃO DO DANO. DEVER DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES PREVISTAS NO CONTRATO. DEVER DE AFASTAR ATO FRAUDULENTO DA CONCESSIONÁRIA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO. BUSCA PELA VERDADE MATERIAL.

PARECER

1. RELATÓRIO

1. A Assessoria Jurídico-Administrativa da SEPLAG, por meio do Ofício SEPLAG/AJA nº 0144/2016, encaminha a esta Consultoria, expediente de interesse da Intendência da Cidade Administrativa, referente ao Contrato de Concessão de Uso, a título oneroso, de espaços públicos da Cidade Administrativa, firmado entre o Estado e a empresa Tenco Shopping Centers (Contrato nº 14/2009).



2. Nos termos do referido contrato, vinculou-se o uso dos espaços à manutenção de um conjunto comercial para atendimento das necessidades e conveniências de consumo da Cidade Administrativa, atribuindo-se à Concessionária a obrigação de pagar ao Estado o percentual de 80,1% incidente sobre a receita bruta mensal por ela auferida na exploração comercial da CAMG.
3. Em suma, o uso dos espaços públicos pela Concessionária deve se dar com atenção à finalidade pública prevista no contrato, qual seja, a implementação de um conjunto comercial para atendimento às necessidades de consumo dos usuários da Cidade Administrativa, e mediante os seguintes **encargos**: (a) prestação de serviços de gestão do conjunto comercial, incluindo seu desenvolvimento, comercialização, implantação e administração, e (b) pagamento de 80,1% sobre o valor da receita bruta auferida pela exploração do conjunto comercial.
4. Em plena execução do contrato, a Intendência da Cidade Administrativa vem, nos termos do Memo INT CA nº 263/2015, informar que, em análise do relatório de prestação de contas de setembro/2015, constatou, sob o título “Descontos Perdão Dívida Baldaratti”, o valor de R\$ 1.251.411,58 (um milhão e duzentos e cinquenta e um mil e quatrocentos e onze reais e cinquenta e oito centavos).
5. Constatada, pois, a remissão de dívida do Restaurante Baldaratti - um dos locatários dos espaços públicos da Cidade Administrativa -, e uma vez solicitadas informações à Concessionária, esta justificou seu ato no fato de que, embora tenha tomado todas as providências para obter o pagamento do seu crédito junto ao restaurante devedor - duas ações de execução de título extrajudicial e ação de despejo por falta de pagamento ajuizadas -, não logrou êxito em despejá-lo, tampouco obteve sucesso na efetivação de penhora de bens suficientes à garantia da execução, razão pela qual entendeu por bem negociar o “perdão da dívida”, condicionada à desocupação do imóvel, o que possibilitaria o início de nova operação no espaço.
6. A Intendência da Cidade Administrativa, pois, requer *“análise e parecer a fim de se verificar a legalidade do perdão concedido frente à redução do montante a ser repassado ao Poder Concedente”*, e, ainda *“orientação sobre como proceder frente à empresa Tenco quanto ao déficit gerado”*.
7. A Assessoria Jurídico-Administrativa da SEPLAG, instada a se manifestar, emitiu Parecer SEPLAG/AJA nº 0153/2015, no qual concluiu que *“a despeito da forma de remuneração fixada no contrato nº 14/2009, não é absolutamente vedada à concessionária a prática de negócio jurídico de remissão de débito*.



Assim, cabe ao setor técnico avaliar, diante das circunstâncias do caso concreto, se o perdão da dívida pode ser considerado ato de gestão temerária, prejudicial à concedente, ou se constitui ato normal de administração do conjunto comercial. Se constatar que o negócio jurídico gratuito foi eivado de má-fé, indevidamente frustrando a expectativa de lucros da concedente, o fiscal do contrato deve providenciar a instauração do processo administrativo punitivo, bem como acionar a Advocacia Geral do Estado para as medidas judiciais de responsabilização civil da concessionária”. Por fim, sugeriu o encaminhamento do expediente a esta Consultoria Jurídica para validação do entendimento ali consignado.

8. É o breve relatório. Passemos, pois, à análise da questão.

2. PARECER

9. Trata-se de concessão de uso de bem público **onerosa**, por meio da qual a Concessionária assumiu a obrigação de instalar, nos espaços públicos, um conjunto comercial destinado a atender as necessidades dos usuários da Cidade Administrativa, mediante o pagamento, ao Poder Concedente, de um percentual sobre a receita bruta obtida na exploração do empreendimento.

11. Note-se, pois, que, ao contrário da concessão de uso gratuita de bens públicos, o uso privativo dos espaços públicos pela Concessionária Tenco Shopping Centers se deu mediante um preço fixado no contrato: 80,1% sobre o valor da receita bruta obtida com a exploração do conjunto comercial.

12. Segundo entendeu a Assessoria Jurídico-Administrativa da SEPLAG, “**o crédito remido é de titularidade da concessionária e não da Administração Pública, não havendo de se cogitar de ausência de legitimidade para o perdão da dívida**”. E, mais, defendeu-se que “**a circunstância de o preço ser afetado pelo desempenho comercial do empreendimento instalado nos espaços públicos cujo uso foi concedido não atribui ao concedente poder de interferir indistintamente na gestão dos negócios da concessionária. (...) É o contrato que delimita as condições do uso do bem público, os encargos que podem ser exigidos, não cabendo à concedente substituir pelos seus os critérios adotados pela concessionária na administração do negócio implantado no bem público objeto da concessão. Portanto, sendo omissa o contrato de concessão a respeito, a princípio, não é**



vedado à concessionária realizar negócios jurídicos gratuitos, como a remissão de dívida” (Parecer SEPLAG/AJA nº 0153/2015).

13. Para resposta à consulta formulada pela Intendência da Cidade Administrativa, importa-nos verificar: (1º) se, de fato, o contrato de concessão de uso remunerado firmado entre as partes admite a realização de “negócios jurídicos gratuitos” como a remissão de dívida realizada pela Concessionária; (2º) se o mecanismo de pagamento da remuneração prevista no contrato autoriza a interpretação de que o crédito objeto da remissão pertence exclusivamente à Concessionária, sobre o qual possui ampla liberdade de disposição.

14. Para tanto, importa analisar as **condições contratuais** previstas para a remuneração do uso dos espaços públicos na CAMG, ressaltando-se, desde logo, que a concessão de uso de bem público constitui-se num **contrato administrativo**, regido, pois, pelas regras de direito público.

15. Desde logo, pois, impõe-se ao intérprete, em análise das regras contratuais, considerar o regime de direito público a que está submetido a Administração e sobre o qual foi construído o desenho da licitação e da contratação da concessão de uso em comento.

16. Para melhor compreensão de como a concessão de uso foi idealizada no presente caso, atenta-se para as especificações técnicas e condições comerciais estabelecidas no Anexo I do Edital do Pregão Presencial nº 06A/2009, que precedeu à contratação, em especial os seguintes aspectos:

- “1. **JUSTIFICATIVA.**

*A concessão de uso de espaços públicos será **onerosa**, devendo a concessionária pagar ao Estado pelo uso dos espaços da CAMG. (...) A remuneração da Concessionária virá da cobrança de aluguéis das lojas que se instalarem nos espaços públicos, além da receita obtida com locações temporárias e ações de publicidade, que poderão ser realizadas com a prévia aprovação do Estado de Minas Gerais”.*

- “3.2. **ATUAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA**

3.2.1. A concessionária de uso dos espaços da CAMG será a responsável pelo desenvolvimento, comercialização, implantação e administração do conjunto comercial, realizando:


Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022



- *Pesquisa e seleção de lojas, locações temporárias e pontos de publicidade;*
- *Elaboração e celebração de contratos com lojas, locações temporárias e pontos de publicidade;*
- *Gestão operacional (execução de rotinas e procedimentos administrativos, financeiros, jurídicos e contábeis, **incluindo a cobrança de pagamento aos lojistas e o repasse do valor devido à Concessionária**);*
- *Manutenção e revitalização do negócio”;*

“3.3. MIX COMERCIAL.

3.3.1. *Caberá à Concessionária definir o mix comercial que irá atender às necessidades do público usuário da CAMG e **ao mesmo tempo propiciar-lhe lucratividade**.*

- “3.7. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA.

3.7.1. *A remuneração da Concessionária virá da **cobrança de aluguéis** das lojas que se instalarem nos espaços públicos da CAMG, além da receita com locações e ações de publicidade, que poderão ser feitos com a prévia aprovação da Contratante.*

3.7.2. *A Concessionária terá autonomia para definir a melhor forma e os valores de cobrança dos lojistas, sem a intervenção da Contratante, **MAS deverá repassar mensalmente à Contratante o valor devido, conforme item 14.1 do edital**”.*

17. Infere-se, a partir da leitura dos pontos assinalados, que o modelo de contratação foi desenhado partindo da concepção de que a exploração do conjunto comercial deveria dar LUCRATIVIDADE à Concessionária. Tanto assim é que a própria remuneração do Poder Concedente foi fixada a partir da aplicação de um percentual do **faturamento** da Concessionária, que, inclusive, obrigou-se a promover a **revitalização do negócio**, caso necessário.

18. Chama a atenção o disposto no **item 3.7.2** acima transcrito, que, não obstante tenha garantido à Concessionária autonomia para definir a melhor forma e os valores de cobrança dos lojistas, deixou claro que **tal liberdade não dispensaria o pagamento mensal devido ao Poder Concedente**. O item 3.3.1, por sua vez, reforça tal entendimento, quando, expressamente, dispôs que “*Caberá à*



aplicação de multas/penalidades, analisar demandas das partes e situações de rescisão contratual);

20. Ora, o próprio termo “comercialização”, que é a todo tempo utilizado no contrato, já nos remete à ideia de lucro. Basta uma leitura do conceito de “comercialização” – “*subordinação de atividades, anteriormente alheias à esfera econômica, ao princípio da troca monetária determinada pelo desejo de lucro*” (in Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, Michaelis) -, para evidenciarmos que o contrato atribuiu à Concessionária a obrigação de exigir o pagamento de um preço pelo uso do espaço público sob sua gestão, representado, *in casu*, pela cobrança do aluguel.

21. Ademais, note-se que o contrato exige da Concessionária, no exercício da administração do conjunto comercial, a adoção de todas as medidas que se fizerem necessárias à correção de situações irregulares, a exemplo de aplicação de penalidades, multas, inclusive rescisão de contratos de aluguel. Também, aqui, note-se que o Poder Concedente não admitiu atos de complacência da Concessionária perante os locatários dos espaços, pelo contrário, exigiu providências diante de qualquer inadimplemento.

22. Enfim, é fato incontroverso, ao meu ver, que a concepção do modelo de concessão partiu da premissa de que a Concessionária deveria obter receitas com a exploração do conjunto comercial, sobre as quais, aliás, seria apurada a remuneração do Poder Concedente. Neste contexto, não há qualquer dispositivo contratual que autorize, ainda que implicitamente, que a Concessionária, no exercício da gestão do conjunto comercial, abra mão de créditos decorrentes de aluguéis ou outra forma de exploração dos espaços públicos admitida no contrato.

23. Aliás, se admitido fosse que a Concessionária dispensasse, a seu bel prazer, o pagamento dos aluguéis, com conseqüente ausência de faturamento, tal permissão transmudaria a concessão de uso onerosa em concessão gratuita, o que, diante do que foi licitado e contratado, não reflete o interesse público visado pelo Estado. Ainda, se permitido fosse o perdão da dívida de locatários de forma isolada, como ocorreu, a Administração estaria autorizando tratamento diferenciado no próprio uso dos espaços públicos sob gestão da Concessionária, admitindo-se o favorecimento de alguns locatários em detrimento de outros, o que fere o princípio da isonomia a que se encontra vinculada. Isto sem falar na dificuldade que teria a fiscalização do Poder Concedente de apurar o efetivo faturamento da contratada, dando margem, inclusive, à existência de fraudes.



27. De fato, a relação jurídica que se firmou entre a Concessionária e o Restaurante Baldaratti é regida pelas regras de direito privado, e, portanto, sob tal ótica, não estaria, a princípio, a Concessionária vedada a transacionar a remissão da dívida. **NO ENTANTO**, o valor da dívida objeto de transação abarca parcela que, **por força do contrato de concessão de uso remunerada, pertence ao Poder Concedente**, evidenciando-se, a partir daí, que a Concessionária, no exercício da gestão do conjunto comercial, não dispunha de ampla liberdade para perdoar dívida dos locatários de espaços públicos.

28. Ora, a remissão de dívida, nos termos em que prevista no art.385 do Código Civil, não poderia ter sido transacionada pela Concessionária da forma como ocorreu. Ainda que a Concessionária, no exercício da autonomia de gestão do conjunto comercial, pudesse transacionar remissão de dívida dos locatários dos espaços públicos – o que se admite apenas para argumentar - certo é que não poderia “perdoar” a totalidade do débito, sabendo-se que 80,1% do valor pertence ao Poder Concedente, por força de contrato.

28.1. Com efeito, ainda que se pudesse admitir a remissão de dívida pela Concessionária, fato é que tal poderia ocorrer apenas em relação à parcela que, de fato, lhe pertence (19,9% do valor da dívida), sob pena de descumprimento do contrato de concessão de uso remunerada que firmou com o Estado.

Segundo Fabrício Zamprogna Matiello, “*a remissão concedida ao devedor e por este aceita, seja total (abrangendo por inteiro a obrigação) ou parcial (fazendo desaparecer apenas uma fração da dívida), produz efeitos imediatos entre as partes, liberando o sujeito passivo no que diz respeito à relação travada com o credor. Não atinge, contudo, direitos de terceiros, pois estes são personagens estranhos à remissão e não podem ser por ela afetados*”. (Código Civil Comentado, p.263)

29. A Concessionária, na gestão do conjunto comercial, deve ter em mente que o contrato de concessão de uso que firmou é regido por regras de direito público, e, que, neste contexto, a Administração Pública possui o dever de agir nos exatos limites do que autorizada em lei, não sendo, pois, livre para dispor de receitas como ocorre em relações jurídicas firmadas sob o manto do direito privado.

29.1. Neste contexto, vale lembrar que o Poder Concedente não está autorizado a abrir mão de receita que lhe pertence por força de contrato, sabendo-se que o administrador público não está autorizado a “dispor” do interesse da coletividade, tampouco transigir sobre questões de interesse público sem autorização legal. É o



que se extrai do princípio da indisponibilidade, segundo o qual “*os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. (...) A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros*”. (in José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, p.20).

29.2. Ora, considerando que o preço fixado no contrato de concessão está atrelado ao faturamento da Concessionária, não há dúvida quanto aos prejuízos sofridos pelo Estado em decorrência do perdão de dívida do Restaurante Baldaratti, já que tal conduta reduziu a base de cálculo sobre a qual é apurado o percentual de 80,1% devido Poder Concedente.

29.3. Isto sem falar nos valores referentes aos serviços de água, esgoto e energia elétrica utilizados pelo Restaurante Baldaratti, cujos custos o expediente não esclarece se foram regularmente quitados em cumprimento à cláusula quarta do contrato – ou se também “perdoados”, **o que deve ser verificado.**

30. Por tudo que foi exposto até aqui, ousou discordar da Assessoria Jurídico-Administrativa da SEPLAG, já que não vejo como a unidade técnica responsável pelo acompanhamento do contrato possa entender que a conduta da Concessionária não foi *prejudicial* ao Poder Concedente, para fins de anuir com a remissão da dívida. Salvo melhor juízo, não vejo como admitir que o ato de gestão da Concessionária constituiu “*ato normal de administração do conjunto comercial*”, a autorizar a anuência do Poder Concedente com a remissão de dívida, sabendo-se que o administrador público é responsável pela gestão dos recursos públicos, o que inclui o dever de evitar prejuízos aos cofres do Estado, especialmente considerando o valor envolvido - um milhão e duzentos e cinquenta e um mil e quatrocentos e onze reais e cinquenta e oito centavos, dos quais 80,1% é do Estado.

31. A conclusão a que se chega, portanto, é que a remissão da dívida do Restaurante Baldaratti, levada a efeito pela Concessionária, não poderia ter ocorrido, constituindo conduta não autorizada no contrato de concessão de uso remunerada, sujeita, pois, às penalidades contratuais. E, por se tratar de conduta que gerou dano ao erário, é dever da Concessionária responsabilizar-se perante o Poder Concedente, em relação à parcela do crédito pertencente ao Estado, qual seja, o valor corresponde a 80,1% da dívida objeto de remissão, acrescido dos valores referentes às despesas de água, energia e esgoto, se for o caso.



32. Note-se, por oportuno, o que dispõe a cláusula sétima do contrato, *in verbis*:

“Cláusula sétima: Em caso de eventual irregularidade, inexecução ou desconformidade na execução do contrato, o agente fiscalizador dará ciência à Contratante do sucedido, fazendo-o por escrito, bem assim das providências exigidas da Contratada para sanar a falha ou defeito apontado. Todo e qualquer dano decorrente da inexecução, parcial ou total, do contrato, ainda que imposto a terceiros, será de única e exclusiva responsabilidade da contratada”.

33. Ademais, parece-me imprescindível que a Administração apure, o que, de fato, ocorreu, inclusive para fins de afastar qualquer ato fraudulento da Concessionária, que possa ensejar a aplicação das penalidades contratuais mais graves, a exemplo da suspensão temporária do direito de participar de licitações e contratações, da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, cumuladas, inclusive, com a rescisão do contrato (Cláusula sexta).

3. CONCLUSÃO

34. Em face do exposto, esta Consultoria Jurídica opina no sentido de que a remissão da dívida do Restaurante Baldaratti, levada a efeito pela Concessionária, não está autorizada no contrato de concessão de uso firmado com o Estado. E, diante do evidente prejuízo causado ao Poder Concedente, recomenda-se à Intendência da Cidade Administrativa que tome as seguintes providências:

(1) observada a cláusula sétima do contrato, proceda à notificação da Concessionária para pagamento do valor correspondente à 80,1% da dívida do Restaurante Baldaratti, devidamente atualizado e acrescido de multa prevista no contrato (além das despesas com água, energia e esgoto, se for o caso), sob pena de adoção de medidas judiciais cabíveis;

(2) considerando o dever de busca pela verdade material, que apure a realidade dos fatos, de modo a afastar qualquer possibilidade de fraude praticada pela Contratada, passível de aplicação de penalidade mais grave, nos termos da cláusula sexta do contrato, advertindo-se, de todo modo, que toda e qualquer punição deve ser precedida de processo administrativo, no qual sejam assegurados o exercício do contraditório e ampla defesa;



(3) recusando-se à Concessionária a efetuar o pagamento do valor devido ao Estado, encaminhe o expediente à Procuradoria de Obrigações desta Casa, que tomará providências para recuperação dos prejuízos no âmbito do Judiciário.

À consideração superior.
Belo Horizonte, 14 de abril de 2016.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado

MASP 1127022-0 / OAB-MG 69.844

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

APROVADO EM 18/04/2016

Daniilo Antonio de Souza Castro
DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-0 - OAB/MG 92.340

Onofre MMS Batista Júnior

Onofre MMS Batista Júnior
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
18/04/2016