

CONSULTA

Os ilustres advogados Dr. Rafael Valim e Dr. Gustavo Marinho honram-me com consulta acerca de aspectos jurídicos relativos ao projeto de qualificação da Feira da Madrugada, importante polo do comércio popular do Município de São Paulo, denominado "Circuito das Compras". Os quesitos são elencados ao final da consulta, acompanhados de suas respostas.

PARECER

A Feira da Madrugada é um dos principais polos econômicos da cidade de São Paulo, constituindo, também, o maior centro de comércio popular do Brasil. Na configuração caótica que se tornaria notória, a Feira instalou-se irregular e precariamente, a partir de 2004, em galpão da extinta Rede Ferroviária Federal S.A., cedido para manutenção de vagões e trens à Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, localizado na confluência dos bairros paulistanos do Brás e Pari ("Pátio Pari").

O local passou a concentrar milhares de comerciantes de produtos populares (categorizados como ambulantes ou camelôs), vendedores avulsos de hortifrutigranjeiros e prestadores de serviços conexos, atendendo um público popular proveniente de todo o país – e até mesmo do exterior - para aquisição de mercadorias de baixo custo para revenda em seus locais de origem. Não é exagero denominá-lo como o maior entreposto popular do país. Os números que envolvem a concessão o comprovam.

Em que pese a magnitude da atividade econômica ali exercida e sua importância central como distribuidora de produtos populares para as demais regiões do país, ela se desenvolvia em meio à mais completa desorganização urbanística e logística e em condições de trabalho e usabilidade precárias, resultando, externamente, em significativa degradação do entorno e, do ponto

de vista interno, em relação ao comércio propriamente, em uma barreira para a expansão das atividades ali exercidas.

É neste sentido que União e Município passam a atuar em conjunto para estruturar as atividades relacionadas ao complexo da Feira da Madrugada, com o intuito de fomentar o comércio popular em seu contexto urbano, econômico e social. Mais que um mero projeto para melhoria das condições materiais de um empreendimento comercial, a Feira da Madrugada – requalificada como "Circuito das Compras" – representa um caso exemplar de intervenção do Poder Público para organização dos espaços coletivos a partir do comércio popular, ampliando a oferta de equipamentos públicos para atendimento às demandas da cidadania em educação, saúde, habitação, transporte e lazer.

A análise do caso deve trazer à frente esta **fundamentação**, qual seja, a **atividade econômica essencialmente popular**, conforme se expressa nos principais instrumentos contratuais da operação nomeados abaixo:

1) Termo de Guarda Provisória do imóvel denominado Pátio do Pari ("Termo de Guarda"), firmado entre a União e a Municipalidade, em 22/01/2010;

2) Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais ("Contrato de Concessão de Direito Real de Uso"), firmado entre a União e a Municipalidade, em 05/07/2012;

3) Contrato 013/2015/SDTE – Contrato de Concessão de Obra Pública para a Construção, Implantação, Operação, Manutenção e Exploração Econômica do Circuito das Compras no Município de São Paulo, de 04/12/2015 [Município de São Paulo – Concedente/Circuito de Compras São Paulo SPE S.A Concessionária].

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

I. O PROJETO "CIRCUITO DAS COMPRAS" COMO UMA INTERVENÇÃO COMPLEXA E UNA DO PODER PÚBLICO PARA QUALIFICAÇÃO DA FEIRA DA MADRUGADA EM SUA DIMENSÃO ECONÔMICA, SOCIAL E URBANA

O **Termo de Guarda**, de 2010, é o ponto de partida para a fixação das finalidades constitutivas da concessão. Em sua Cláusula Quinta, Parágrafo Primeiro, lê-se: "*O Presente Termo de Guarda Provisória constitui-se etapa preliminar do processo de outorga do uso ou alienação da área [Pátio do Pari] ao Município, que presente implementar projeto para fomento do comércio e desenvolvimento econômico e social da região, mediante licitação, que deverá fixar contrapartidas sociais, habitacionais ou urbanísticas a cargo do Município*" (grifo meu). Novamente, este é o eixo condutor de todo o encadeamento de atos administrativos que formatam a concessão e que igualmente vinculam a concessionária no exercício das atividades correlatas.

A renúncia patrimonial da União em favor do Município de São Paulo para realização da concessão tem como finalidade a implementação do projeto de qualificação urbana e social de área de comércio popular, constituindo causa para rescisão da guarda provisória do imóvel a utilização para fim diverso. É o que determina a Cláusula Sétima, alíneas a) e b): "*Cláusula Sétima – Da rescisão do termo de guarda provisória – Considerar-se-á rescindido o presente Termo de Guarda Provisória, retornando o imóvel à posse da União, nos seguintes casos: a) se aos imóveis, no todo ou em parte, vier a ser dada utilização diversa da que lhe foi destinada; b) se o Município renunciar à guarda ou deixar de exercer as suas atividades específicas (...)" (grifo meu).*

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

As linhas gerais enunciadas no Termo de Guarda foram especificadas no **Contrato de Cessão de Direito Real de Uso** firmado entre União e Municipalidade em 2012¹. Neste instrumento ficou estabelecido de forma expressa que a finalidade da cessão do bem imóvel pertencente à União consiste em "*implementar, mediante licitação, projeto para fomento do comércio e desenvolvimento econômico e social dos polos comerciais do centro de São Paulo (Pari, Brás, Bom Retiro, Santa Efigênia e Sé), assim como implementar equipamentos urbanos na região (Cláusula 3ª)*" (grifo meu). Este projeto, denominado "Projeto Circuito das Compras", deverá ser concebido de forma tal a atender o interesse público subjacente à concessão.

As cláusulas seguintes do Contrato de Concessão de Direito Real especificam os elementos mínimos essenciais e vinculantes para a execução do projeto, dentre as quais se destacam os dispositivos relativos à **onerosidade do contrato (Cláusula 6ª)**², bem como das **obrigações impostas ao Município de São Paulo** (Cláusula 7ª)³.

¹ A concessão de direito real de uso geralmente é prevista para o uso do solo e do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares. A concessão de direito real de uso envolve um direito real resolúvel, depende de autorização legislativa expressa e de concorrência pública e tem por finalidades propiciar meios para a urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social. Vide Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Uso Privativo de Bem Público por Particular*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, pp. 189-192.

² Em síntese, Cláusula 6ª) (i) Auxílio técnico e administrativo à União para a regularização registral do imóvel junto ao Cartório de Registro Imobiliário; (ii) **Implantação de Equipamentos Públicos**; (iii) **Realização de projeto urbanístico e arquitetônico do Projeto Circuito das Compras e a sua concessão via licitação pública**; (iv) Pagamento à União de 50% da contraprestação paga pelo vencedor da licitação (= outorga), sendo que os outros 50% (Município) devem ser aplicados **em finalidade de interesse público ligada ao Projeto de Circuito das Compras** ou à região em que ele será instalado; (v) Pagamento de contrapartida anual à União pelo vencedor da licitação, para remunerar o uso do terreno. O valor deverá ser pago em parcela única em até 90 (noventa) dias após a assinatura do contrato de concessão do Projeto Circuito das Compras e deverá corresponder a **no mínimo 1%** do valor do imóvel, corrigidos anualmente pelo IPCA-IBGE. (grifo meu)

³ Em síntese, a Cláusula 7ª) I. Promover as atividades necessárias para possibilitar à União a regularização do registro do imóvel; II. Promover licitação para a celebração de contrato com o parceiro privado que venha a oferecer maior valor de outorga, e que deverá garantir a continuidade do trabalho dos comerciantes durante as obras, o **custo de aluguel**

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

É importante observar que, por tratar-se de um projeto que contempla iniciativas de caráter econômico e social cumulativamente, **não se pode estabelecer uma hierarquia entre as obrigações impostas à Municipalidade**, a serem executadas por delegação à Concessionária. Certamente, a implementação do centro de compras popular é o elemento central em torno do qual se organizam os demais equipamentos, mas é a complexidade do projeto que institui seu caráter singular. O projeto "Circuito das Compras" não pode ser analisado apenas sob o enfoque comercial. Neste aspecto, aliás, trata-se de uma oportunidade de negócio com expectativa de sucesso praticamente certa, de baixíssimo risco, posto que o local já é ponto consolidado do comércio popular em nível nacional – e visto sob este prisma, sequer justificaria a cessão de patrimônio da União. A **finalidade**

compatível com o comércio popular e a preferência de atendimento aos comerciantes que ocupavam a área; III. Iniciar o processo licitatório no prazo de 12 (doze) meses da assinatura do Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais, salvo por motivo justificado; IV. Garantir que o projeto a ser licitado tenha, dentre seus objetivos, a **instalação e operação dos seguintes equipamentos vinculados ao Projeto Circuito das Compras**, dentro da área concedida: a. **Centro popular de compras**, incluindo: lojas e boxes; instalações de apoio aos compradores, comerciantes, motoristas e guias, praça de alimentação e lazer; b. **estacionamento de ônibus**; c. **Estacionamento de automóveis**; d. **Hotel popular**; e. **Edifícios comerciais**. V. Garantir que o projeto a ser licitado contemple a **construção de campus do Instituto Federal de São Paulo – IFSP**, com área construída de aproximadamente 3.000 m², com a adequada separação de suas atividades em relação ao restante do Projeto Circuito das Compras, e que será operado pela União; VI. Garantir que o projeto a ser licitado contemple projeto paisagístico para a área concedida, com a construção de **acessos para a transposição ferroviária**; VII. Construir **uma creche e uma Unidade Básica de Saúde no local**, ou alternativamente a esta última, implementar serviço de atendimento médico equivalente. O local em que serão instaladas a creche e a unidade de saúde, será doado ao Município, após o término da concessão; VIII. Efetuar o **restauro do patrimônio histórico** da extinta rede ferroviária federal e construção de novo edifício, requalificando a atividade de comércio de hortifrutigranjeiros, observadas as diretrizes do IPHAN; IX. Concluir o **levantamento físico do imóvel** (inclusive patrimônio histórico), cadastrar os ocupantes e manter as condições mínimas de limpeza e segurança do imóvel; X. Administrar, em **parceria com o CEAGESP**, a atividade de comercialização de produtos hortifrutigranjeiros; XI. Destinar terreno entre 2.500m² e 3.000 m², na região central próximo ao Pátio Pari, para a instalação de **Cooperativa de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis**; XII. Disponibilizar **terreno suficiente para a construção, pela União, de 720 unidades habitacionais de interesse social**; XIII. Desmembrar e reverter a área desmembrada à União, para construção das 720 unidades habitacionais de interesse social; XIV. **Analisar e aprovar o projeto das unidades habitacionais** com celeridade. (grifo meu)

da concessão é viabilizar um centro de compras de caráter estritamente popular como polo irradiador de uma qualificação urbana e social interconectada. A redução de sua totalidade ou o desmembramento deste feixe complexo caracteriza desvio de finalidade a ensejar multa e a revogação da concessão, conforme previsto nas Cláusulas 14^a e 15^a do Contrato de Cessão de Direito Real de Uso⁴.

O Contrato de Cessão de Direito Real de Uso foi modificado pelo **Termo Aditivo firmado entre União e Municipalidade em 11/12/2013**⁵, no qual as partes, dentre outras disposições procedimentais da referida licitação, procederam às seguintes alterações materiais no Contrato original, suprimindo as obrigações abaixo:

Cláusula 2^a) suprimem o item V da Cláusula 7^a.⁶

Cláusula 3^a) alteram o item X da Cláusula 7^a⁷, excluindo a participação da CEAGESP – Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo, devido a sua expressa manifestação de desinteresse na administração da atividade de

⁴ Cláusula 14^a) será aplicada pela Concedente multa no valor de R\$ 66,28 (sessenta e seis reais e vinte e oito centavos) por m²/mês se o Concessionário **utilizar de forma culposa a área para finalidade diversa da cessão**; 15^a) quando da aplicação de multas, será fixado prazo para a correção da irregularidade, de acordo com a natureza e a complexidade das providências que deverão ser adotadas pelo Concessionário, **sob pena de revogação da concessão**, sendo que a correção temporânea da irregularidade ilidirá a multa aplicada. (grifo meu)

⁵ Termo de Aditamento do Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais, conforme o art. 18, I, §1º da Lei nº 9.636/98, do imóvel denominado Pátio do Pari, com 119.761,65m², localizado no Município de São Paulo, Estado de São Paulo, que fez a UNIÃO à PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, conforme o processo SPU nº 04977.011351/2011-21.

⁶ Cláusula 7^a .V. Garantir que o projeto a ser licitado contemple a construção de campus do Instituto Federal de São Paulo – IFSP, com área construída de aproximadamente 3.000 m², com a adequada separação de suas atividades em relação ao restante do Projeto Circuito das Compras, e que será operado pela União.

⁷ Cláusula 7^a .X. Administrar, em parceria com o CEAGESP, a atividade de comercialização de produtos hortifrutigranjeiros;

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

comercialização de produtos hortifrutigranjeiros, a qual será realizada exclusivamente pelo Cessionário.

Cláusula 4^a) suprimem o item XI da Cláusula 7^a.⁸

Desta forma, o complexo social foi reduzido em dois equipamentos, quais sejam, (a) a construção de campus do IFSP – Instituto Federal de São Paulo, e (b) instalação de Cooperativa de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis. Observe-se que o Projeto foi sacrificado de sua composição educacional e de sustentabilidade ambiental, sem que houvesse uma proposta para efetivação destas finalidades em outros termos. E, mais significativamente, esta relevante redução do planejamento inicial não foi motivado pelo agente público que manifestou a renúncia do direito da União para exigir o cumprimento de obrigações pelo Cessionário. A prestação da União permanece no mesmo montante, qual seja, a cessão do terreno, porém as contrapartidas exigidas do Cessionário foram diminuídas, acarretando, ao fim e ao cabo em um atendimento incompleto dos interesses e necessidades da comunidade. Salvo a manifestação de desinteresse da CEAGESP em estabelecer uma parceria com o Cessionário para manejo dos hortifrutigranjeiros, as exclusões do instituto educacional e do centro de reciclagem não receberam qualquer justificativa. Cabível, portanto, o questionamento da validade de eventual ato lesivo à administração pública em razão da redução dos equipamentos sociais do projeto, bem como da falta de motivação do ato de renúncia.

No Estado Democrático de Direito todas as pessoas têm o direito público subjetivo⁹ de conhecer a motivação das decisões administrativas. A

⁸ Cláusula 7^a. XI. Destinar terreno entre 2.500m² e 3.000 m², na região central próximo ao Pátio Pari, para a instalação de Cooperativa de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis;

⁹ Para a noção de direito público subjetivo, além do clássico Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpr. da 2^a ed., Aalen, Scientia Verlag, 1964, vide, ainda, Norbert FOULQUIER, *Les Droits Publics Subjectifs des Administrés: Émergence d'un*

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

motivação, ou dever de fundamentação expressa desses atos decisórios expressa condição de validade do ato administrativo, presta-se como elemento de controle para aquele contra quem o ato é desfavorável e para toda a sociedade¹⁰. De acordo com Odete Medauar isto se deve ao afastamento do segredo e da ocultação dos atos da Administração Pública, por serem contrários ao modelo democrático de Estado¹¹. Deste modo, no Estado Democrático de Direito, a motivação deve ser exigida nos atos administrativos vinculados e igualmente nos atos administrativos discricionários, mediante a correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade. Qualquer ato administrativo, seja qual for o objeto, tipo ou finalidade, está sujeito à motivação. A invalidade decorrente da “ausência ou insuficiência de motivação” consagra proteção jurídica aos direitos afetados pela edição nula do ato administrativo, ao afirmar o dever de motivação “expressa”, e sempre “suficiente”, dos atos administrativos e vedar qualquer hipótese de motivação “implícita” ou “oculta”.

A motivação dos atos administrativos deve ser não apenas “explícita”, mas também “clara” e “congruente”. Ou seja, a transparência ou publicidade da motivação não se pode constituir por termos vagos ou ambíguos, exigindo-se uma razoável clareza na demonstração do nexó lógico entre a situação de fato e o ato decisório resultante da manifestação de vontade, segundo a finalidade do ato. Como bem afirma José Carlos Vieira de Andrade: toda motivação deve ser clara, pois *“uma declaração obscura não é uma fundamentação, porque não contém sequer um discurso, faltando-lhe o conteúdo semântico”*; congruente, na medida que *“uma declaração incongruente também não é uma fundamentação, porque não pode ser um*

Concept en Droit Administratif Français du XIXe au XXe Siècle, Paris, Dalloz, 2003 e Clarice Seixas DUARTE, “O Direito Público Subjetivo: História de um Debate” in Maria Victoria de Mesquita BENEVIDES; Gilberto BERCOVICI & Claudineu de MELO (orgs.), *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 229-268.

¹⁰ Para o debate doutrinário sobre a motivação dos atos administrativos, vide, por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, *Revista de Direito Público* n. 90, abril/junho de 1989, pp. 57-69.

¹¹ Odete MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 237.

discurso justificativo, faltando-lhe a racionalidade que é uma condição necessária de toda a decisão pública de autoridade num Estado de Direito”; e suficiente, pois “uma fundamentação insuficiente não é uma fundamentação, porque não é um discurso apto a justificar a decisão tomada, faltando-lhe a ‘intensão’ ou densidade funcional mínima exigida pela racionalidade teleológica que caracteriza a decisão administrativa”¹².

A exigência de motivação visa à publicidade da operação racional utilizada para o ato de manifestação de vontade de agente da Administração. Ou como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“é imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto do ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei. Daí a necessidade de motivação”*. E prossegue: *“Não se exige fórmula sacramental para a motivação; o que se entende necessário é que fiquem documentados, de algum modo, os motivos, para posterior apreciação, seja pela Administração, seja pelos demais poderes do Estado, nos limites das suas competências constitucionais”¹³.*

A ausência de pressuposto de existência (validade) do ato administrativo, como é o caso da “motivação”, elimina sua natureza de ato administrativo válido, apto a surtir efeitos no mundo jurídico. Portanto, a motivação dos atos administrativos, como se verifica, integra-se ao ordenamento como fundamento constitucional do próprio Estado Democrático de Direito. E todo ato administrativo que não o observe será um “não-ato” desse Estado, eivado de total nulidade, do qual não surtirá nenhum efeito. A motivação do ato administrativo é inerente à atividade de controle, pois as decisões desacompanhadas de qualquer motivação retiram à própria Administração Pública a possibilidade de autorrevisão e autocorreção de seus atos dentro da estrutura hierarquizada que a caracteriza e distingue, mas

¹² José Carlos Vieira de ANDRADE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 233-235.

¹³ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 207.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

retiram também ao Poder Judiciário (e outros órgãos de controle) o poder de avaliar a licitude da decisão.

Uma das obrigações impostas à Municipalidade em contrapartida à cessão do imóvel refere-se à disponibilização de local para a **construção de 720 unidades habitacionais**, conforme os incisos XII a XIV¹⁴ da Cláusula 7ª do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso. Segundo histórico colacionado a partir de notificações e manifestações da Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo, até o momento a implementação do projeto habitacional não ocorreu, sequer se tem notícia da fase preliminar de estudos de viabilidade.

O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso **não especifica prazos peremptórios** para a implementação do programa habitacional, mas a indicação de celeridade inscrita no inciso XIV da Cláusula 7ª, bem como os prazos contados em meses para desmembramento de matrículas previstos no inciso XIII da mesma Cláusula, permitem afirmar que o decurso de quase 10

¹⁴ Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, Cláusula 7ª, XII – **disponibilizar terreno suficiente para construção**, pela CONCEDENTE [União], de 720 unidades habitacionais de interesse social, de 2 (dois) dormitórios, atendendo à demanda do Grupo de Trabalho de Interesse Social – GT HIS da Superintendência do Patrimônio da União de São Paulo; o projeto habitacional deverá atender as regras de uso e ocupação do solo do Município de São Paulo, as disposições do Programa Minha Casa Minha Vida do Governo Federal e regras da Caixa Econômica Federal.

Cláusula 7ª XIII – na hipótese de o terreno disponibilizado para cumprimento do inciso anterior estar localizado na área matriculada sob a transcrição nº 3.263, de 75.409m², o desmembramento e reversão da área desmembrada à Concedente deverá ocorrer no prazo máximo de 06 (seis) **meses**, contados da assinatura do presente Termo; na hipótese de o terreno disponibilizado estar localizado na poligonal sem matrícula única, o desmembramento e reversão da área desmembrada à Concedente deverá ocorrer num prazo máximo de 12 (doze) **meses**, contados da assinatura do presente Termo; na hipótese de oferta pelo Concessionário de terreno fora da poligonal deverá este estar localizado na região central próximo ao Pátio do Pari, devendo ser doado à União no prazo de até 08 (oito **meses**), devendo essa proposta ser homologada pela SPU/SP, não se responsabilizando o Concessionário por atrasos nos prazos acima previstos decorrentes de procedimentos sujeitos à aprovação de órgãos externos; e

Cláusula 7ª XIV – analisar e aprovar o projeto das unidades habitacionais **com celeridade**. (grifo meu)

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

(dez) anos da assinatura do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (05/07/2012) **ultrapassou o limite do razoável.**

Outro referencial de prazos é a cláusula 14 ("das Obras") do Contrato de Concessão de Obras firmado em 04/12/2015 entre Município e Concessionária: 4 anos para implantar o Centro de Popular de Compras e as estruturas anexas¹⁵, e 8 anos para a construção do hotel/salas comerciais e a restauração dos armazéns da antiga RFF (Cláusulas 14.3 e 14.4).

Como os prazos para implantação do projeto habitacional contam-se da assinatura do Termo de Cessão (2012), os prazos utilizados no Contrato de Concessão de Obra Pública, quais sejam 4 e 8 anos também já teriam se exaurido na hipótese. O **inadimplemento** está, portanto, caracterizado, tendo como **efeito a rescisão da cessão e reversão do imóvel à União, sem direito a indenização**, nos termos das Cláusulas 12^a e 13^a¹⁶ do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, com fundamento no artigo 18 da Lei nº 9.638, de 15 de maio de 1998¹⁷, que dispõe

¹⁵ Contrato de Concessão de Obra – 14.2. A Concessionária deverá implantar até o final do 4º (quarto) ano de vigência do Contrato: o Centro Popular de Compras, o Estacionamento e Terminal de Ônibus, o Estacionamento de Automóveis, os Centros de Apoio, o Sistema de Transporte de Passageiros, o Sistema Logístico de Compras, Áreas de Descanso para Motoristas e Guias e os acessos para a transposição ferroviária, de acordo com o projeto paisagístico.

¹⁶ Contrato de Concessão de Direito Real de Uso – "Cláusula 12ª – a utilização da área para finalidade diversa da prevista neste contrato ou a inobservância das condições e obrigações estabelecidas neste instrumento a cargo do Concessionário implicará na rescisão da cessão, revertendo o imóvel à União e incorporando-se ao seu patrimônio todas as edificações, acessões e benfeitorias erigidas, ainda que necessárias, sem direito à retenção e independentemente de qualquer pagamento ou indenização, por parte da Concedente, seja a que título for; Cláusula 13ª - a não restituição imediata da área pelo Concessionário, quando solicitado pelo Concedente, nos casos de descumprimento contratual, caracterizará esbulho possessório e provocará a retomada administrativa, pelo Concedente, do imóvel cedido

¹⁷ Artigo 18 da Lei nº 9.638/1998: "A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a: I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (...)

§ 1º A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

Outro aspecto que deve ser revisto por resultar em eventual prejuízo à União, refere-se à **remuneração** devida pela cessão do imóvel para implantação do projeto. A Concessão de Direito Real de Uso estabelece na Cláusula 6ª, IV, como onerosidade, "*o pagamento à CONCEDENTE do valor referente a **50% (cinquenta por cento) da contraprestação a ser paga pelo vencedor da licitação**, devendo os **50% (cinquenta por cento)** restantes serem aplicados em **finalidade de interesse público ligada ao Projeto** de Circuito das Compras ou à região em que ele será instalado". Os parágrafos 1º e 2º da mesma Cláusula 6ª preveem como remuneração, ainda, "*o pagamento de um valor anual, pelo empreendedor privado, como contrapartida da concessão do Projeto Circuito das Compras, cujo objetivo é remunerar o uso do terreno, (...) no **patamar mínimo de 1% (um por cento) do valor de avaliação do imóvel**".**

Este dispositivo deve ser combinado com a leitura da cláusula de remuneração prevista no Contrato de Concessão de Obra Pública, especialmente o item 2.1.23. que define a "Parcela

procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo. (...)

§ 5º Na hipótese de destinação à execução de empreendimento de fim lucrativo, a cessão será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, serão observados os procedimentos licitatórios previstos em lei e o disposto no art. 18-B desta Lei). (...)

§ 10. A cessão de que trata este artigo poderá estabelecer como contrapartida a obrigação de construir, reformar ou prestar serviços de engenharia em imóveis da União ou em bens móveis de interesse da União, admitida a contrapartida em imóveis da União que não sejam objeto da cessão.

§ 11. A cessão com contrapartida será celebrada sob condição resolutiva até que a obrigação seja integralmente cumprida pelo cessionário.

§ 12. Na hipótese de descumprimento pelo cessionário da contrapartida, nas condições e nos prazos estabelecidos, o instrumento jurídico da cessão resolver-se-á sem direito à indenização pelas acessões e benfeitorias nem a qualquer outra indenização ao cessionário, e a posse do imóvel será imediatamente revertida para a União".

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

de Compensação"¹⁸ devida pela Concessionária ao Poder Concedente [Prefeitura de São Paulo], em montante variável, na proporção de 5% da receita bruta da concessão, incluindo custos de titularidade da Municipalidade, tal como a contraprestação pelo uso do terreno (prevista no patamar **mínimo** de 1% do valor do terreno, conforme Cláusula 6ª, §2º do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso). Ocorre que a Cláusula 11.9.¹⁹ do Contrato de Concessão de Obra Pública estabelece que o repasse de valores devidos à União seja realizado na **proporção** estabelecida no Contrato de Concessão de Direito Real de Uso. A proporção, como vimos é de no mínimo 1% do valor do terreno, ou seja, quando a "Parcela de Compensação" prevista no item 2.1.23 gerar valores superiores a 1% do valor do terreno (valor mínimo), o excedente deve ser compartilhado entre União e Município, devendo restituir a remuneração devida à União pelo Município de São Paulo e não repassada.

No que se refere ao **Contrato de Concessão firmado entre a Municipalidade e a Concessionária** prevê, em sua Cláusula 5ª, que a execução integral do contrato contempla, além do Circuito das Compras, uma série de obrigações acessórias, tais como a restauração de patrimônio cultural, comunicação com os

¹⁸ Contrato de Concessão de Obra Pública "2.1.23. PARCELA DE COMPENSAÇÃO: percentual correspondente a 5% (cinco por cento) da RECEITA BRUTA DA CONCESSÃO, ou a um piso mínimo sempre prevalecendo o que for maior, a ser pego anualmente pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, nos termos do CONTRATO, para compensar os serviços de fiscalização da CONCESSÃO e outros **custos de titularidade do PODER CONCEDENTE nesta contratação, especialmente a contraprestação pelo uso do terreno**, nos termos da cláusula 11.9 do CONTRATO;" (grifo meu).

¹⁹ Contrato de Concessão de Obra Pública – "Caberá ao PODER CONCEDENTE a transferência para União dos valores pagos pela CONCESSIONÁRIA na **proporção e nos termos estabelecidos pelo Contrato de Cessão** sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel em condições especiais, celebrado entre a União e o Município de São Paulo." (grifo meu)

usuários, reserva de área para equipamentos públicos e construção de passarela para pedestres²⁰.

A premissa, portanto, na análise do projeto "Circuito das Compras" é evitar reduzi-lo a um centro comercial pura e simplesmente, ainda que de caráter eminentemente popular. Não se trata de uma concessão para melhorias das condições materiais do centro de compras, apenas. **A concessão deve ser compreendida em sua complexidade, coordenando – a partir das determinações do poder público – a atividade econômica popular ao seu contexto urbano**, com equipamentos de saúde, educação, habitação e transporte. **Qualquer ação no sentido de descaracterizar este conjunto de intervenções constitui flagrante desvio da finalidade** estabelecida no ato original de cessão do bem imóvel da União (Pátio do Pari), no qual o projeto será implementado.

Afinal, o exercício de uma função administrativa significa que o poder não é exercido por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por interesse público. As partes em um contrato público, como uma concessão, atuam tendo por finalidade o exercício de uma função pública, ou seja, têm o dever de realizar o interesse público, não somente os seus interesses privados. Deste modo, não podem atuar de acordo com a autonomia da vontade, buscando atingir interesses e objetivos apenas em proveito próprio. Não há autonomia da vontade para quem exerce função pública, pois estão submetidos aos objetivos determinados previamente na Constituição e nas

²⁰ 5.1. Além da execução do CIRCUITO DAS COMPRAS, é condição para execução integral do CONTRATO o cumprimento, pela CONCESSIONÁRIA, das seguintes obrigações acessórias: 5.1.1. Restaurar os edifícios dos ARMAZÉNS DA ANTIGA RFF, observadas as diretrizes de preservação determinadas pelos órgãos de preservação do patrimônio cultural e histórico competentes; 5.1.2. Realizar plano de comunicação com os USUÁRIOS desde a data de assinatura do CONTRATO nos termos do Anexo 1 - Caderno de Encargos; 5.1.3. Reservar área no CENTRO POPULAR DE COMPRAS para os equipamentos públicos a serem determinados pelo PODER CONCEDENTE. nos termos da sub-cláusula 16.5. 1; 5.1.4. Construir uma passarela para pedestres acima da linha do trem interligando a área norte à área sul do Pátio do Pari conforme as referências constantes nos Anexos VII e VIII do Edital.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

leis, possuindo o dever de preservar o interesse público, não o interesse exclusivo da entidade estatal ou os interesses privados de seus dirigentes. O seu poder é atribuído, por lei, para a realização dos seus deveres, de suas finalidades, também legalmente fixados. Na concepção que é utilizada pela melhor doutrina publicista brasileira, todo ente público é dotado de "*dever-poder*", pois é um instrumento que deve cumprir a finalidade para a qual foi instituído²¹.

A finalidade de qualquer ente público, assim, é obter um resultado de interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei. Isto quer dizer que a finalidade é condição obrigatória de legalidade de qualquer atuação administrativa, marcada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela ideia de função. Quem define a finalidade da atuação dos agentes e órgãos da Administração Pública é o legislador, não as próprias autoridades administrativas. Na possibilidade de se ver infringida, direta ou indiretamente, a finalidade legal, como o atendimento de um fim particular em detrimento do interesse público, ou, na feliz expressão de Caio Tácito, "*a aplicação da competência para fim estranho ao estabelecido em lei*", estará ocorrendo desvio de finalidade ou desvio de poder²².

²¹ Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1982, pp. 20-22 e 51-60 e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 71-73 e 100-102. Vide, ainda, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, Civitas, 2011, vol. 1, pp. 465-471.

²² O excesso de poder ("*détournement de pouvoir*") é uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês no final do século XIX, sendo o desvio de poder (ou desvio de finalidade) uma de suas formas possíveis de manifestação. Hauriou, por exemplo, chega a identificar o desvio de finalidade com a ilegalidade e com a violação da moralidade administrativa. Cf. Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed., Paris, Sirey, 1921, p. 424. Vide, ainda, Henry BERTHÉLEMY, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Rousseau, 1920, pp. 1042-1054; Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 274-277; Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 95-97 e 162-164; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1966, vol. 1, pp. 92-93 e Michel STASSINOPOULOS, *Traité des Actes Administratifs*, Athènes, Institut Français d'Athènes, 1954, pp. 216-218. No direito público brasileiro, a doutrina do desvio de finalidade foi introduzida a partir das considerações de Miguel Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal (que, embora favorável à tese, buscou, corretamente, restringir a possibilidade de análise judicial sobre o mérito e a discricionariedade dos atos administrativos, tentando evitar, assim, que o legislador fosse substituído pelo juiz) e Caio Tácito. Vide Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder*

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Há, no desvio de finalidade, uma incompatibilidade objetiva, ainda que possa ser disfarçada²³, entre a finalidade legal que deveria ser atendida e a intenção particular de finalidade do ato praticado pela autoridade administrativa. No caso de desvio de finalidade, não há sequer a possibilidade, no caso de um ato administrativo, de convalidação, pois o ato é nulo²⁴.

II. CENTRO DE COMPRAS POPULAR: CONFIGURAÇÃO CONTRATUAL E ORGANIZAÇÃO ESPACIAL FACE AO INTERESSE PÚBLICO DA CONCESSÃO

Embora o projeto "Circuito das Compras", como exposto acima, tenha por finalidade a qualificação una e coordenada do centro popular de compras, de projetos associados e seu entorno urbano, é a atividade econômica relacionada diretamente ao polo comercial popular, em continuidade à precária Feira da Madrugada, que constitui seu núcleo forte, bem como principal fonte de receita do empreendimento. Desta forma, os dispositivos

Judiciário, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 71-73; Victor Nunes LEAL, "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração" in Victor Nunes LEAL, *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 278-294; Caio TÁCITO, "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil" in Caio TÁCITO, *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, vol. 1, pp. 39 e 52-53; Caio TÁCITO, "O Desvio de Poder em Matéria Administrativa" in Caio TÁCITO, *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 74-75, 89-92, 101-103 e 157-158 e Caio TÁCITO, "Teoria e Prática do Desvio de Poder" in Caio TÁCITO, *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 162-168 e 178-180. Para o debate na doutrina brasileira recente, vide Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 53-83; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 109-110, 409-412 e 997-1000; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, pp. 218-219, 229, 251-252 e 254-255; Régis Fernandes de OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1992, pp. 93-96 e Irene Patrícia NOHARA, *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 173-187.

²³ Miguel Seabra Fagundes fala explicitamente em "*burla da intenção legal*". Cf. Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário cit.*, p. 72.

²⁴ Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, vol. 1, pp. 576-586; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 486; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 255-257 e 260 e Weida ZANCANER, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 76.

referentes à configuração do centro de compras adquirem maior relevância para a estruturação da concessão como um todo.

Se a concessão, como dissemos anteriormente, não pode ser reduzida à implantação do centro de compras, tampouco pode o centro de compras ser disciplinado segundo modelos genéricos aplicáveis aos empreendimentos comerciais convencionais. O modelo de negócios deve ser compatível com um centro de compras **popular** e atender às demandas específicas do público comerciante e consumidor.

O contrato de concessão define em seu item 2.1.8.: "*CENTRO POPULAR DE COMPRAS: infraestrutura destinada a organizar e regularizar o comércio informal instalado na ÁREA NORTE DO PÁTIO DO PARI, composta por boxes, lojas, praça de alimentação e outras instalações, nos termos no Anexo I – Caderno de Encargos do Contrato e das cláusulas 15, 16 e 18 do CONTRATO*". Esta definição deve ser detidamente analisada, porque ela corrobora o entendimento de que todas as instalações do centro de compras estão contidas no parâmetro "*popular*".

Ainda que a motivação primeira do projeto "Circuito das Compras" consista na continuidade, em condições aprimoradas, das atividades dos antigos permissionários da Feira da Madrugada, **todas as demais atividades (lojas, praça de alimentação etc.) devem ser entendidas como integrantes do modelo "popular" e não contíguas ou sobrepostas a ele.** Isto significa que as provisões contratuais relativas ao centro de compras devem ser interpretadas de maneira a conservar a manutenção da atividade comercial de caráter popular, que é a própria finalidade da concessão e princípio interpretativo de todo arcabouço contratual do projeto. Independentemente de qualquer redação contratual, o interesse público subjacente que reside na

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

origem da concessão determina a configuração dos dispositivos contratuais e sua interpretação, inclusive aqueles celebrados entre a Concessionária (SPE) e os comerciantes, tendo em vista que são parte integrante da coligação contratual que viabiliza os propósitos da concessão.

O elemento formativo da concessão, isto é, atribuir o caráter popular a TODOS os segmentos do empreendimento, em sua totalidade, parece evidente. O hotel, a moradia, o estacionamento, as salas comerciais, a totalidade das modalidades comerciais são atividades de interesse público, **haja vista que se vinculam a um único e mesmo ato de concessão original, qual seja, a cessão do bem da União à Municipalidade.** Apenas se todos os elementos mantiverem o atributo popular, podemos dizer que a renúncia patrimonial da União está justificada. Caso contrário, como explicar que o Poder Público possa ceder um bem imóvel – e de alto valor – sem nenhuma contrapartida à coletividade, apenas em favor da atividade lucrativa do ente privado? Em que pese o recebimento da outorga e da parcela de compensação pela União, é incontroverso que a cessão não se deu pelo interesse da União em simplesmente perceber esta contraprestação pecuniária. A cessão do terreno tem uma destinação essencial clara: o fomento do desenvolvimento econômico e social da região.

É um **equívoco "segmentar" os diferentes escopos do Projeto.** Não se trata de suportar o ônus da gestão do comércio popular da antiga Feira da Madrugada em troca da exploração irrestrita das demais funcionalidades. **O projeto em sua plenitude deve se pautar pelo interesse público. A segmentação entre atividades de interesse público e atividades estritamente de mercado desvirtuam a finalidade original da concessão.** Quando a União cedeu o bem

18

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

à Municipalidade e estabeleceu a remuneração que perceberia pela concessão do direito real, o projeto seria de fomento econômico e social ao comércio popular.

O **Plano de Negócios** elaborado para composição do Edital de Concessão de Obra Pública (Edital nº 01-B/SDTE/2014, Anexo VI) formula um modelo que não é apropriado para os fins da concessão e deve ser revisado.

Esta divergência fica mais evidente no item 4.1.1., sobre a configuração do centro popular de compras. O **Plano de Negócios segmenta as receitas do centro popular de compras em duas modalidades distintas, o aluguel dos boxes e o aluguel de lojas/praca de alimentação.** Expressamente:

"4.1.1. Visão geral

*O empreendimento relativo ao centro popular de compras será composto por **dois formatos de negócio com diferentes formas de apuração de receita:***

- área destinada à locação de **boxes populares;***
- área destinada à locação de **lojas no formato de shopping center/praca de alimentação.**"*

*Dessa forma, o **Centro popular de compras consiste em um modelo híbrido**, onde coexistirá uma parte destinada à alocação dos ambulantes que atualmente ocupam o Pátio do Pari, e outra parte destinada para lojas e outras atividades comerciais na forma de um shopping center.*

A concepção e organização física dos espaços deve ficar a cargo da CONCESSIONÁRIA, que será responsável pela elaboração do layout físico,

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

visando a melhor organização funcional do empreendimento, devendo sempre anteder aos requisitos definidos no Anexo III – caderno de Encargos."

Este modelo de negócio cria **graves obstáculos à realização da concessão em sua finalidade original**. Um **centro de compras POPULAR tem características estruturais próprias que diferem do modelo geral de shopping center**.

Ainda que no plano de negócios a *ratio* da área alocada para boxes (23.800m²) e para lojas (2.900m²)²⁵ indique, ao menos em uma de concepção inicial do projeto, que os boxes ocuparão um espaço majoritário do centro de compras (89,14%), a presença de lojas que apresentem um perfil de oferta de mercadorias e de público superior aos boxes pode prejudicar os comerciantes populares do perfil da Feira da Madrugada. Há **três riscos aos comerciantes populares imediatamente verificáveis**: (1) o primeiro risco é que as lojas possam concorrer de forma desleal e **sufocar as vendas dos boxes**: as lojas têm acesso a instrumentos de capital de giro e podem oferecer condições de venda mais vantajosas com descontos agressivos e parcelamentos mais longos, também podem atrair um público de maior capacidade financeira que não terão interesse nos produtos populares dos boxes; (2) o segundo é que progressivamente as **lojas avancem sobre a área locada aos boxes**, já que a Concessionária está obrigada a realocar o número de comerciantes que já atuavam na Feira da Madrugada e poderia maximizar o restante da área para priorizar os comerciantes de lojas da região (muitos com elevada capacidade financeira); (3) o terceiro risco é que as lojas da modalidade

²⁵ Plano de Negócios, Item 3.2.1. – Centro popular de compras. Tabulação das principais fontes de receita do centro de compras, p. 16

"shopping center" podem **eleva o padrão das instalações** do comércio do centro de compras, dificultando os comerciantes populares dos boxes a arcarem com um aluguel mais valorizado e dispar em relação às lojas, representando verdadeira barreira ao acesso de comerciantes de baixa renda ao empreendimento.

O **desnível entre os comerciantes populares dos boxes e os lojistas de padrão "shopping center"**, nos próprios termos do plano de negócios, **descaracteriza o caráter popular do centro de compras**. O shopping center é um empreendimento que organiza uma determinada concentração ideal de lojas de diferentes setores, maximizando a atratividade do público consumidor e, conseqüentemente, a lucratividade das lojas participantes – é essa distribuição de lojas, o chamado "**tenant mix**" que constitui o fundo de comércio do shopping center. O modelo híbrido proposto, "popular" + "shopping center", não traz vantagens aos comerciantes populares e não contribui para a realização da finalidade da concessão, mas tão-somente garante uma lucratividade maior à Concessionária. Afinal, dispor de um terreno de grandes dimensões em uma área de comércio vigoroso e consolidado é uma vantagem a que poucos empreendedores privados teriam acesso. Certamente, se a Concessionária atuasse estritamente em sua capacidade privada, teria dificuldades muito maiores para desenvolver um projeto de semelhante magnitude, ainda mais podendo se valer da continuidade do comércio popular já consagrado na Feira da Madrugada, sem a cessão do terreno da União.

No caso do **desequilíbrio entre o número de boxes e lojas**, em que o empreendimento poderia privilegiar as lojas em detrimento dos boxes, a preocupação tem fundamento pois já foi **objeto de fiscalização**.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

O Ofício nº 03/2016, elaborado pela Secretaria de Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo da Prefeitura de São Paulo, datado de 20/07/2016, avaliou o processo de realocação provisória dos comerciantes para "*garantir condições adequadas de continuidade das atividades da Feira da Madrugada durante a execução das obras*". Um ponto importante da fiscalização tratou, no item 3, "**sobre a instalação de lojas, em metragem superior à metragem padrão dos boxes**", ressaltando que:

*"A concessionária procedeu, sem a autorização prévia do poder público, **à instalação de lojas com metragem bastante superior à metragem padrão** dos boxes da feira da madrugada, antes mesmo da apresentação do plano de realocação.*

*A concessionária justificou que as lojas representariam **atrativo ao público e trariam incremento das atividades locais** e, por consequência, maiores e melhores condições de venda aos comerciantes ali instalados. Esse ciclo igualmente permitiria o **acréscimo da receita gerada pelos comerciantes**. (...) as lojas têm seus contratos referenciados em valores de mercado pesquisados na região do Brás e Pari. (...)*

*A concessionária respondeu à SDTE quando da abertura de procedimento fiscalizatório do TCM, a concessionária afirmou que tais **locações servem à saúde financeira do empreendimento, em virtude das altas taxas de inadimplemento**.*

Cabe lançar um olhar mais detido da questão.

*Primeiro porque a **instalação das lojas não estava contemplada nos estudos referenciais***

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

que serviram de base para a análise de viabilidade econômica do empreendimento.

Ainda, há de se destacar que mesmo nos primeiros relatórios de prestação de contas, não ficou demonstrado quanto essas lojas estão rendendo efetivamente para a concessionária, de forma que não restou comprovada a manutenção da viabilidade econômica do empreendimento por conta das lojas.

*Segundo porque a inadimplência pode e deve ser combatida, mas entendemos que o **cerne central da arrecadação da concessionária deverá ser o aluguel dos boxes**, em conformidade com o estudo de viabilidade econômica que balizou o edital, de forma que não entendemos que a construção de lojas deve servir à viabilização econômica do empreendimento."*

O ofício prossegue ao identificar **elevado risco na manutenção da concessão caso o perfil popular do centro de compras seja desfigurado com a priorização da instalação de lojas**, especialmente em local mais privilegiado do que a área disponibilizada aos boxes, sob o argumento de geração de receitas para conservar a saúde financeira do empreendimento:

"O papel do poder público é resguardar o cumprimento do contrato em virtude inclusive das obrigações assumidas no contexto da cessão do terreno, bem como garantir o cumprimento do contrato de maneira geral.
Essa posição deve ser de maior cautela quando tratamos do cumprimento da cessão do terreno pela

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

União, uma vez que eventual alteração desse quadro acarretaria severas consequências sociais e ao próprio poder público. (...)

Sobre esse aspecto, cabe ressaltar que o poder público, não pode, sob a premissa da capacidade de rever os seus atos, e sobre a premissa do regramento dos contratos administrativos, se valer de atos de autoridade que gerem desequilíbrio econômico ou possibilidade de prejuízo aos seus concessionários. Entendemos também que a Instalação de lojas deve ser vista como exceção, e não regra, bem como entendendo que tal elemento não serve à centralidade da saúde financeira do empreendimento, qual seja, a locação de boxes."

A admissibilidade do "**modelo híbrido de boxes + lojas do tipo shopping center**" resulta na formulação de uma sistemática de preços no Contrato de Concessão de Obra Pública (Cláusula 32) que torna as lojas artificialmente muito mais atrativas do que os boxes. Não seria surpresa se a implementação do empreendimento buscasse formas de privilegiar os lojistas em detrimento dos comerciantes populares.

A Cláusula 32 dispõe sobre os "*valores cobrados pelas atividades de interesse público*". De acordo com o item 32.1. o preço do aluguel dos boxes tem seu valor determinado em contrato, e o item 32.2 veta a cobrança de qualquer valor pela utilização da área de descanso para motoristas e guias, relativamente ao seu fim específico. O controle de preço exercido pelo poder concedente nas Cláusulas 32.1 e 32.2 restringe-se às atividades diretamente relacionadas ao objeto central da concessão, ou seja, aos boxes de

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

comércio popular²⁶. De fato, este princípio já havia sido explicitado na Cláusula 19.1.2²⁷, segundo a qual a livre pactuação de preços é regra e a regulação tarifária é exceção.

Segundo a Cláusula 32.4. "*Os demais valores eventualmente cobrados na operação do CIRCUITO DAS COMPRAS estarão sujeitos ao regime de direito privado, constituindo preços de mercado fixados por conta e risco da CONCESSIONÁRIA*". A cláusula 32.4 pretende constituir exceção ao controle dos preços incidentes nas atividades de interesse público – que, como vimos, remete-se ao projeto como um todo – bem como aos princípios da modicidade dos preços e da contenção do lucro do concessionário, princípios aplicáveis a todas as espécies de contratos administrativos, inclusive à concessão de obra pública²⁸, subtraindo – ou pretendendo subtrair – todas as outras atividades que não se refiram aos boxes e à área de descanso do domínio do direito público, estabelecendo um regime paralelo para uma implementação altamente direcionada às lojas, por exemplo. A natureza jurídica de direito privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, como ocorre, paralelamente, no caso das empresas estatais, sob pena de inviabilizarmos toda e qualquer atuação do Estado. O regime jurídico de direito privado é um regime acessório dos atos da Administração Pública, não o regime essencial²⁹. Trata-se de mero expediente para que se alcancem os fins de interesse público do projeto, não de sua

²⁶ A Cláusula 20.4. reforça a limitação de preços controlados pelo poder público à atividade de exploração dos boxes, restando as demais atividades para livre fixação de preço: "20.4. A CONCESSIONÁRIA terá liberdade na definição dos preços a serem cobrados pelas atividades relacionadas aos PROJETOS ASSOCIADOS, exceto se estas compreenderem a construção de boxes no CENTRO POPULAR DE COMPRAS, hipótese em que os preços praticados deverão observar a regulação prevista na Cláusula 31.1."

²⁷ Cláusula 19 – Do Uso dos Espaços no Circuito das Compras. (...)

19.1.2 – A remuneração pelo uso do espaço será livremente pactuada, exceto nos casos em que haja regulação tarifária ou de preços no CONTRATO."

²⁸ Vide, por todos, Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 286 e ss.

²⁹ Vide, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 198 e ss.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

natureza, não sendo cabível nenhuma argumentação que busque priorizar interesses privados do concessionário sobre os interesses públicos veiculados expressamente na concessão e que pautam a atuação dos entes da Federação (União e Município de São Paulo) envolvidos.

Esta formulação contratual replica o equivocado "modelo híbrido" postulado no plano de negócios. O modelo "dual", em que boxes populares e lojas de shopping center coabitam, estabelece uma sistemática diferenciada de geração de receitas, o que também se explicita na questão da cobrança de luvas dos novos locatários.

O Anexo I ao Contrato de Concessão de Obra Pública expressamente veda a cobrança de luvas dos locatários dos boxes, nos termos do item 3.5, alínea "n": *"A CONCESSIONÁRIA poderá cobrar exclusivamente o valor pela utilização do espaço do box dos comerciantes populares, sendo vedada a cobrança de 'luvas' ou de fundo do comércio pelo box"*. O **preço do box, como visto acima, está fixado** na Cláusula 32.1. do Contrato de Concessão de Obra Pública.

Já para as lojas, o paradigma é o modelo do "shopping center", o que enseja da parte da CONCESSIONÁRIA a ampliação da arrecadação de receitas, tal como a **cobrança de luvas**, operacionalizadas em pacto acessório denominado *"contrato atípico de promessa de cessão de direitos de bens imateriais de empreendimento comercial"*.

As luvas são matéria controversa no direito locatício e foram, ao longo do tempo, objeto de várias iniciativas legislativas para coibi-las, justamente pelo caráter **especulativo** que assumem nos mercados de imóveis para locação, significando verdadeiro leilão do ponto entre os interessados, restringindo o acesso aos imóveis àqueles postulantes com maior capacidade

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

financeira. A imposição de luvas, que podem representar várias vezes o valor da prestação contratual locatícia, é uma **forma de excluir da concorrência pelo imóvel** aqueles que detenham menor capital. Assim, os melhores imóveis, que prometem uma geração de receitas maior, ficam restritos apenas a um grupo já beneficiário de um estoque de capital considerável.

No direito brasileiro, as luvas foram expressamente proibidas no artigo 29 do Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934³⁰. Apenas com a promulgação da Lei de Locação de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) fixou-se uma jurisprudência admitindo as luvas por ocasião da assinatura do contrato inaugural de locação comercial, conforme inteligência do artigo 45³¹ da referida lei, que considera nula de pleno direito a cláusula que imponha obrigação pecuniária para a renovação do contrato – a *contrario sensu*, o silêncio sobre o início da relação locatícia permitiria a cobrança de luvas no contrato de locação não-residencial com direito à renovatória, ou seja, pelo prazo mínimo de 5 anos.

Se as luvas são admitidas nestes termos para a locação comercial típica, também o são no caso dos shopping centers. A doutrina classifica a locação da loja em **shopping center como um negócio atípico** e complexo³², podendo ser organizado em

³⁰ Artigo 29 do Decreto nº 24.150/1934: "São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que, a partir da data da presente lei, estabelecerem o pagamento antecipado de alugueis, por qualquer forma que seja, benefícios e especiais ou extraordinários, e nomeadamente "luvas" e imposto sobre a renda, bem como a rescisão dos contratos pelo só fato de fazer o locatário concordata preventiva ou ter decretada a sua falência".

³¹ Artigo 45 da Lei nº 8.245/1991: "São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto".

³² Sobre a natureza jurídica dos shoppings centers e dos contratos a eles vinculados, vide Álvaro Villaça AZEVEDO, "Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais" in Roberto Wilson Renault PINTO & Fernando Albino de OLIVEIRA (coords.), *Shopping Centers: Questões Jurídicas - Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 17-54; Guilherme Calmon Nogueira da GAMA,

vários instrumentos contratuais. É por isto que, mesmo na vigência do Decreto nº 24.150/1934, foi possível que as luvas fossem cobradas nos cobiçados centros de compras já que há uma miríade de instrumentos contratuais, sob diferentes denominações e sistemáticas, que, ao fim e ao cabo, resultam no pagamento de um prêmio para participação no empreendimento – e que nada mais são do que as conhecidas luvas.

A jurisprudência, inclusive, trata estes pactos acessórios como equivalentes entre si: luvas, cessão de direito de uso, cessão de espaço comercial, taxa de adesão, *res sperata*, taxa de coparticipação em estrutura técnica de shopping center, taxa de reserva, remuneração pela cessão do fundo de comércio do empreendimento, cessão de bens imateriais etc. O *nomen juris* é variável, em razão da atipicidade das convenções contratuais, mas o propósito é o mesmo, angariar receitas suplementares para o negócio e restringir seu acesso a locatários com capacidade financeira suficiente para contribuir com a viabilização do negócio.

Por tratar-se de contrato atípico, os tribunais são bastante tolerantes no controle judicial da autonomia contratual das partes, privilegiando o princípio do *pacta sunt servanda* em negócios estritamente privados e comerciais. No entanto, a exacerbação do princípio da autonomia da vontade é incompatível com o estado atual da doutrina e jurisprudência civilistas. A evolução do direito

“Direito Pós-Moderno e Contratos de Shopping Center” in Alexandre Ferreira de Assumpção ALVES & Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (coords.), *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 57-104; Orlando GOMES, “Perfil Jurídico de um Shopping Center” in José Soares ARRUDA & Carlos Augusto da Silveira LÔBO (orgs.), *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos*, São Paulo, RT, 1984, pp. 88-115; Caio Mário da Silva PEREIRA, “Shopping Centers: Organização Econômica e Disciplina Jurídica” in José Soares ARRUDA & Carlos Augusto da Silveira LÔBO (orgs.), *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos cit.*, pp. 70-87 e Rubens REQUIÃO, “Considerações Jurídicas sobre os Centros Comerciais” in José Soares ARRUDA & Carlos Augusto da Silveira LÔBO (orgs.), *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos cit.*, pp. 116-159.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

privado moderno, a partir de 1918, evidencia uma série de traços comuns. O principal diz respeito à relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva da sociedade, para conformar também o indivíduo³³. Os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público³⁴. Deste modo, a autonomia privada deixou de ser um valor em si. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis³⁵. Nas palavras de Pietro Perlingieri: “A autonomia não é livre arbítrio”³⁶.

A premissa de que os contratantes gozam de vontades ideais é uma ficção. Qualquer ato que se dê na esfera do direito está limitado pelo ordenamento e convive com múltiplos princípios conformadores. A autonomia da vontade – no mais, uma expressão da livre iniciativa, princípio fundamental da Constituição em seu artigo 1º, IV – não pode ser expandida artificialmente em detrimento da função social do contrato³⁷ e demais princípios, quadro que na verdade resultaria em desequilíbrio na matéria contratual. Não são princípios opostos, mas complementares. Segundo Miguel Reale:

“Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o

³³ Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 623-627.

³⁴ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 38-39 e 53-56.

³⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil cit.*, pp. 18-19 e 277.

³⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil cit.*, p. 228.

³⁷ Não custa lembrar que a concepção de “função social” foi introduzida no direito privado pioneiramente pelo jurista alemão liberal Otto von Gierke, em conferência pronunciada em 1889. Vide Otto von GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt-am-Main, Vittorio Klostermann, 1943.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

*estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária*³⁸.

Afinal, a Constituição de 1988 não admite qualquer forma de organização econômica nem permite toda e qualquer conduta dos agentes econômicos, pelo contrário, seu texto estabelece os fundamentos e regras essenciais da atividade econômica, seja a atividade econômica em sentido estrito, sejam os serviços públicos. Neste sentido, tanto a atividade econômica em sentido estrito prestada pelos agentes econômicos privados, como a própria configuração do mercado no Brasil subordinam-se aos parâmetros constitucionais, especialmente os fixados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição de 1988³⁹.

A previsão constitucional do valor social da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica constitucional significa que a livre iniciativa não é garantida em termos absolutos, mas como atividade que contribui para o progresso da sociedade. Por mais ampla que seja a concepção de “valor social”, o significado mínimo diz respeito a algo não individualista. A iniciativa privada é limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas. O fato de o valor social da livre iniciativa estar previsto como fundamento da República e da ordem econômica constitucional prescreve o objetivo de satisfação dos interesses econômicos gerais, não exclusivamente os individuais, com preferência aos setores tradicionalmente em desvantagem (como trabalhadores, pequenos proprietários, pequenos empresários, cooperados, etc.) nos confrontos

³⁸ Miguel REALE, “Função Social do Contrato” in Miguel REALE, *História do Novo Código Civil*, São Paulo, RT, 2005, p. 267.

³⁹ Oscar de Juan ASENJO, *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 67-69, 313-314 e 321-323.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

econômicos com grupos mais privilegiados. O valor social da livre iniciativa condiciona os detentores de privilégios e poder econômico à conformidade com o interesse coletivo, legitimando a atuação do Estado na execução das diretrizes constitucionais⁴⁰.

O livre exercício de atividade econômica também está expressamente garantido no artigo 170, parágrafo único da Constituição. A perspectiva privada de limitação de atuação do Estado está garantida pelo princípio da legalidade, com a exigência constitucional da legalidade formal (artigo 170, parágrafo único) para que o Estado regule o exercício das atividades econômicas. A reserva de lei, prevista no artigo 170, parágrafo único da Constituição de 1988, é a garantia constitucional da iniciativa econômica privada, que é protegida contra uma eventual possibilidade de arbítrio por parte do Estado. A regulamentação econômica do Estado cria a ordem pública econômica, o que permite a coexistência da liberdade de iniciativa econômica privada com as exigências da atuação estatal na economia. A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada. Portanto, a liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional⁴¹.

A iniciativa privada é livre nos termos da Constituição. A limitação da iniciativa econômica privada ocorre em função das medidas adotadas legitimamente pelo Estado, também dotado de iniciativa econômica, para reconstruir o ordenamento econômico e social no sentido determinado pelo

⁴⁰ Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico in Opere Giuridiche 1954-1994*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, vol. I, pp. 54-58 e 227-253; Francesco GALGANO, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" in Francesco GALGANO (coord.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, CEDAM, 1977, vol. 1, pp. 511-514 e Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 200-201 e 212-213. Vide também Natalino IRTI, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed, Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 18-20, 68-69, 85-88 e 93-96 e Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 114-115 e 437-448.

⁴¹ Francesco GALGANO, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" *cit.*, pp. 514-518 e 526-527 e Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 205.

texto constitucional. Deste modo, a iniciativa econômica privada, em geral, e a liberdade de empresa, em particular, podem ser limitadas por uma série de fatores, como a reserva de setores privativos de atuação do Estado (serviços públicos, monopólios estatais, etc.), a própria iniciativa econômica pública, a legislação regulamentadora das várias atividades econômicas, inclusive o poder de polícia da Administração Pública, a proteção à concorrência, ao consumidor e ao meio ambiente, a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, o controle de preços, desde que utilizado como forma de atingir os fins constitucionalmente determinados, etc. O limite último da livre iniciativa é o respeito à essência da Constituição, ou seja, a busca de melhores condições sociais de vida e mais bem estar para todos⁴².

A livre iniciativa, portanto, como toda liberdade pública, é relativa. O bem estar econômico geral, a busca da igualdade material e do pleno emprego a limitam. Afirmar, como vários autores brasileiros o fazem, que a livre iniciativa privada é a regra, e os demais vínculos sociais constitucionalmente estabelecidos são a exceção, não passa de um jogo de palavras sem consistência teórica, fruto da tentativa de impor determinadas ideologias. Como afirma Vincenzo Spagnuolo Vigorita, a partir do momento em que a livre iniciativa é reconhecida constitucionalmente, e, repita-se, o reconhecimento constitucional foi ao valor social da livre iniciativa, ela está condicionada pelos fins e objetivos coletivos⁴³.

Não bastasse a argumentação desenvolvida acima, querer um regime de plena liberdade de iniciativa em uma atividade cuja origem e fundamento é uma concessão pública, ou seja, um contrato de direito público, não possui o menor cabimento. Para além das discussões sobre a inconstitucionalidade ou

⁴² Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, pp. 70-77, 104-105, 108-112 e 214-217; Francesco GALGANO, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" *cit.*, p. 526; Fábio Konder COMPARATO, "Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado", *Revista de Direito Público* n° 97, janeiro/março de 1991, pp. 19-23 e Manuel Aragón REYES, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 13-14.

⁴³ Vincenzo Spagnuolo VIGORITA, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, pp. 193-207.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

não da chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019)⁴⁴, esse instrumento normativo não se aplica em relações jurídicas regidas pelo direito administrativo⁴⁵, como as advindas de um contrato de concessão.

A qualificação de parte do negócio como "shopping center", proposta no Plano de Negócios, portanto, serve como um reforço espúrio à pretensão exarada na Cláusula 32.4 do Contrato de Concessão de Obra Pública, com o intuito de **deslocar o segmento de lojas para fora do âmbito do direito público** e permitindo um grau de liberdade contratual muito maior. É um desenho montado para propiciar à Concessionária uma lucratividade muito mais alta do que o projeto – organizado de acordo com o interesse público – havia previsto originalmente.

Um grupo de **lojas do tipo shopping center pode coexistir em um centro popular de compras?** Entendemos que não. São modelos de negócio totalmente diferentes. E isto está subentendido no Plano de Negócios, tanto que o segmento das lojas adota como critério organizativo o comércio geral da região. O poder econômico dos lojistas com capacidade de atuação no modelo de shopping center é superior aos dos comerciantes populares, portanto não há dúvida que a Concessionária trataria com mais vantagens os lojistas em desfavor dos locatários dos boxes. **A cobrança de luvas elevadas e o aumento progressivo da área**

⁴⁴ Para uma análise das inúmeras inconstitucionalidades e decisões equivocadas da “Lei da Liberdade Econômica” vide Gilberto BERCOVICI, “Parecer sobre a Inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019)”, *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* nº 15, março/agosto de 2019, pp. 173-202 e Gilberto BERCOVICI, “As Inconstitucionalidades da ‘Lei da Liberdade Econômica’ (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019)” in Luís Felipe SALOMÃO; Ricardo Villas Bôas CUEVA & Ana FRAZÃO (coords.), *Lei da Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro*, São Paulo, RT, 2020, pp. 123-152,

⁴⁵ Sobre as relações jurídicas administrativas, vide, por todos, Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Ein Lehrbuch*, 2ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1986, pp. 367-397, especialmente pp. 381-387 e 391-394 e Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo cit.*, vol. 1, pp. 50-55.

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

locada às lojas são incompatíveis com o projeto de um centro POPULAR de compras. Esta questão já foi decidida pela jurisprudência no sentido de vetar a cobrança de luvas em centro popular de compras e de qualificar o recebimento destas receitas como enriquecimento sem causa, impondo-se a restituição dos valores:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE LOCAÇÃO. LOJA EM CENTRO COMERCIAL POPULAR. RES SPERATA. COBRANÇA RESTRITA A SHOPPING CENTER. NULIDADE DA CLÁUSULA. RESTITUIÇÃO DEVIDA. PEDIDO DE RESCISÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO DEMONSTRADO. ENCERRAMENTO DO PACTO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE NA CONTINUIDADE. 1 - A exigência da res sperata é admitida, tão somente, em se tratando de locações de shopping center, assim, o não enquadramento da requerida nesta condição enseja o reconhecimento da nulidade da cláusula que a estipulou, e a devolução do valor recebido a esse título. 2 - O alegado descumprimento contratual por má administração não restou demonstrado, de modo que a rescisão não pode ser realizada por esse motivo, e conseqüentemente, não há que se falar em indenização por perdas e danos. 3 - Por outro lado, inexistindo vontade para a continuidade da relação locatícia, deve ser declarado o seu

encerramento. APELAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA POR OUTROS FUNDAMENTOS. DECISÃO NOS AUTOS. (TJGO, 5ª Câmara Cível, Apelação 0174422-07.2014.8.09.0011, Rel. Des. Alan Sebastião De Sena Conceição, j. 16/03/2017, DJ 22/03/2017)".

Neste sentido, é absolutamente coerente com a finalidade da Concessão que a **vedação de luvas seja estendida a todos os espaços de comércio, no intuito de garantir o acesso ao empreendimento dos comerciantes populares e impedir que a seleção dos participantes seja conduzida apenas pelo critério econômico**, o que seria de se esperar de um shopping center convencional, e não de um centro de compras popular.

É interessante notar que as luvas (ou cessão de direitos de uso, de bens imateriais etc.), tinham uma importância residual por ocasião da elaboração do plano do negócio incorporado ao edital da licitação. Em todo o material descritivo sobre as receitas da Concessionária no Plano de Negócios⁴⁶, aparecem expressamente uma única vez, na tabela da composição das fontes de receita do empreendimento. No caso do aluguel de lojas/ praça de alimentação está discriminado o "*valor de cessão de direito: R\$ 1.200,00/m², pago mensalmente no decorrer de 5 anos (após este período não há reincidência desta receita)*"⁴⁷. Nos demais

⁴⁶ A enumeração básica das "Linhas de Receitas do Centro Popular de Compras" consiste em (i) aluguel de box, (ii) aluguel de lojas/praca de alimentação, (iii) aluguel de selfstorage, (iv) guarda-volumes, (v) outras receitas – financeiras, publicidade). v. Plano de Negócios, item 4.1.2, p. 36.

⁴⁷ Plano de Negócios, p. 16. tabela de fontes de receita. No campo do "aluguel de lojas/ praça de alimentação" a rubrica é composta por:
valor do aluguel mínimo mensal: 124,7/m²
área total de ABL para lojas: 2,9 mil m²
cobrança de 13º aluguel mínimo
valor de cessão de direito: R\$ 1.200,00/m², pago mensalmente no decorrer de 5 anos (após este período não há reincidência desta receita

descritivos sobre fontes de receita e remuneração, há silêncio sobre as luvas, e sua admissibilidade dependeria de uma interpretação literal da cláusula permite a livre pactuação de preços de mercado para todas as atividades, exceto a exploração dos boxes (preço fixado no contrato) e a área de descanso de motoristas (gratuidade obrigatória).

No Contrato de Concessão de Obra Pública a definição do conceito de "Receitas" está na Cláusula 2ª: "2.1.31. RECEITAS: remuneração resultante da exploração econômica do CIRCUITO DAS COMPRAS e de eventuais PROJETOS ASSOCIADOS". A Cláusula 31 e suas sub-cláusulas dispõem sobre a remuneração da Concessionária:

"31.1. A CONCESSIONÁRIA será remunerada exclusivamente pela percepção de RECEITAS decorrentes da exploração econômica do CENTRO POPULAR DE COMPRAS, do ESTACIONAMENTO E TERMINAL DE ÔNIBUS. do ESTACIONAMENTO DE AUTOMÓVEIS dos CENTROS DE APOIO, do SISTEMA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, do SISTEMA LOGÍSTICO DE COMPRAS, das SALAS COMERCIAIS e HOTEL e dos PROJETOS ASSOCIADOS.

31.3. A CONCESSIONÁRIA declara que o sistema de remuneração previsto neste CONTRATO representa o equilíbrio entre o ônus e o bônus da CONCESSÃO e as RECEITAS descritas são suficientes para remunerar todos os custos

taxa de inadimplência: 3%

taxa de vacância: 5%

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

operacionais, despesas e obras, bem como a amortização de todos os investimentos previstos no CONTRATO e seus ANEXOS".

O modelo de geração de receitas do empreendimento deve atender aos parâmetros necessários para a efetivação de seus fins: o fomento do comércio popular e a requalificação social do entorno. Isto implica não apenas restringir-se às fontes de receitas previstas no modelo contratual, mas manter a distribuição mais saudável possível entre elas.

Resta, por fim, uma observação sobre o cabimento da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) para o exame do caso concreto. A Lei de Acesso à Informação submete a informação ao interesse público, impondo gradações ao tratamento do sigilo, na proteção do interesse público. Trata-se da disciplina do direito constitucional de acesso às informações produzidas no âmbito de interesses do Estado, regulamentando o disposto nos artigos 5º, XXXIII, 37, §3º, II, e 216, §2º da Constituição de 1988 e buscando implementar mecanismos de controle social da atividade estatal. Os seus procedimentos são aplicáveis a todos os entes da Federação, seja para prover acesso à informação, seja para restringi-lo (artigo 1º, II da Lei nº 12.527/2011).

A limitação ao acesso à informação se define por um ato administrativo que determina o sigilo, as técnicas alinhadas à sua preservação e o seu conteúdo (a classificação da informação e os consentâneos graus de limitação que se impõe à sua divulgação). Um ato administrativo sujeito aos requisitos que se impõem a todos os atos administrativos e, no particular, àqueles de que trata a Lei de Acesso à Informação. Todas as informações que dizem respeito ao Circuito das Compras são informações públicas, pelo que se sujeitam ao princípio da máxima divulgação, passíveis de restrição apenas em situações excepcionais, nas hipóteses previstas na Lei de Acesso à Informação. Nenhuma informação relativa ao empreendimento

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

se encaixa nas hipóteses previstas no artigo 23 da Lei de Acesso à Informação⁴⁸ como passível de sigilo ou proteção.

Os graves indícios de desvio de finalidade e enriquecimento sem causa por conta da desfiguração do projeto original, que afetam em cheio o interesse público subjacente, já que o propósito da concessão é viabilizado a partir do ato original da cessão do bem imóvel da União, devem ser submetidos ao escrutínio público, bem como ao controle da própria Administração e do Poder Judiciário. A transparência é premissa para que eventuais desvios sejam identificados e corrigidos. O que não pode prosperar é a imposição abusiva de sigilo sobre os atos que devam atender ao interesse público, sob a justificativa formalista e reducionista de que os contratos interessam apenas às partes que o firmam, como no caso dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, classificação que se refere, na teoria geral dos contratos, à categorização quanto à obrigação pactuada, em oposição aos contratos unilaterais e unilaterais imperfeitos. *"O sinalagma"*, como bem ensina Orlando Gomes, *"é a dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-los contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se a interdependência essencial entre as prestações"*⁴⁹. Assim, o

⁴⁸ Artigo 23 da Lei nº 12.527/2011: "São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações".

⁴⁹ Orlando GOMES, *Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 71.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

fls. 44

sinalagma, ou bilateralidade, é apenas indicativo da correlação interna das obrigações, da interdependência entre prestação e contraprestação, e serve ao exame das obrigações contratuais internas das partes, e, em nada, permite isolar a relação contratual de sua relevância e interesse público. Isto vale tanto para os contratos administrativos quanto para os de regime privado.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. É possível identificar o *interesse público* subjacente aos seguintes instrumentos jurídicos: Termo de Guarda Provisória, Contrato de Concessão de Direito Real de Uso e o Contrato de Concessão de Obra Pública?

Sim. O interesse público é o fundamento comum a todos os atos conexos para efetivação do Projeto "Circuito das Compras", cuja finalidade é o fomento do comércio popular e desenvolvimento econômico e social da região, mediante contrapartidas sociais, habitacionais e urbanísticas. Esta é a motivação do ato administrativo de cessão do bem imóvel da União no qual se desenvolverá o Projeto e condição resolutiva da Concessão do Direito Real de Uso, que, por conseguinte, também condiciona a Concessão de Obra Pública.

2. Quais são as fontes de receita da Concessão de Obra Pública previstas contratualmente?

A enumeração básica das "Linhas de Receitas do Centro Popular de Compras" consiste em (i) aluguel de box, (ii) aluguel de lojas/prça de alimentação, (iii) aluguel de selfstorage, (iv) guarda-volumes, (v) outras receitas – financeiras, publicidade), cf. Plano de Negócios, item 4.1.2, p. 36, parte integrante do edital de licitação.

No Contrato de Concessão de Obra Pública o conceito de "receita" está descrito na Cláusula 2.1.31.: "RECEITAS: remuneração resultante da exploração econômica do CIRCUITO DAS COMPRAS e de eventuais PROJETOS ASSOCIADOS". A Cláusula 31 e suas sub-cláusulas especificam a remuneração da Concessionária: "31.1. A CONCESSIONÁRIA será remunerada exclusivamente pela percepção de RECEITAS decorrentes da

40

exploração econômica do CENTRO POPULAR DE COMPRAS, do ESTACIONAMENTO E TERMINAL DE ÔNIBUS, do ESTACIONAMENTO DE AUTOMÓVEIS dos CENTROS DE APOIO, do SISTEMA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, do SISTEMA LOGÍSTICO DE COMPRAS, das SALAS COMERCIAIS e HOTEL e dos PROJETOS ASSOCIADOS."

Importante ainda notar que este modelo de remuneração é vinculante para a Concessionária, conforme disposto na Cláusula 31.3: "A CONCESSIONÁRIA declara que o sistema de remuneração previsto neste CONTRATO representa o equilíbrio entre o ônus e o bônus da CONCESSÃO e as RECEITAS descritas são suficientes para remunerar todos os custos operacionais, despesas e obras, bem como a amortização de todos os investimentos previstos no CONTRATO e seus ANEXOS".

Há uma proporcionalidade ótima para distribuição das receitas entre estas categorias. O desequilíbrio entre as rubricas pode representar uma atuação pouco eficiente da Concessionária, ou até mesmo um desvio de finalidade.

3. As atividades comerciais exercidas por lojas podem ser consideradas atividades de interesse público, tendo-se em vista que apenas os boxes são qualificados desta forma (cláusula 32)? Qual a consequência jurídica?

Definitivamente sim. As lojas e todas as demais instalações do projeto "Circuito das Compras" atendem conjuntamente ao interesse público subjacente à implementação do empreendimento e formam uma estrutura una. Equivocadamente, o Contrato de Concessão de Obra Pública equipara apenas as atividades com preços fixados em contrato como sendo de interesse público. Esta estratégia na verdade tem por intuito garantir à Concessionária a livre pactuação a preços de mercado – e maior lucratividade, portanto – no exercício das demais atividades. Trata-se do desenho contratual para efetivar

o modelo de negócio previsto no Plano de Negócios, segundo o qual o empreendimento adota um modelo híbrido de formação de preços: boxes próprios para o comércio + lojas do tipo shopping center. Como o shopping center é contrato atípico que admite a prática de cobrança de luvas, estas estariam supostamente liberadas. Trata-se de claro desvio de finalidade.

4. Há permissão contratual para a cobrança de luvas dos comerciantes (box e lojas) do futuro centro popular de compras? Qual a sua validade, considerando-se um centro popular de compras construído a partir de uma concessão de obra pública?

O Anexo I ao Contrato de Concessão de Obra Pública expressamente veda a cobrança de luvas dos locatários dos boxes, nos termos do item 3.5, alínea "n": "*A CONCESSIONÁRIA poderá cobrar exclusivamente o valor pela utilização do espaço do box dos comerciantes populares, sendo vedada a cobrança de 'luvas' ou de fundo do comércio pelo box*". Já no caso das lojas, a Concessionária se vale da redação genérica da Cláusula 32.4, segundo a qual "os demais valores eventualmente cobrados na operação do CIRCUITO DAS COMPRAS estarão sujeitos ao regime de direito privado, constituindo preços de mercado fixados por conta e risco da CONCESSIONÁRIA". "Demais valores" refere-se a toda e qualquer receita que não provenha dos boxes populares e da área de descanso dos motoristas, cf. Cláusulas 32.1 e 32.2 respectivamente. É uma formulação equivocada do Contrato de Concessão de Obra Pública que a Concessionária opera em benefício próprio para implementar o modelo de negócio híbrido proposto no item 4.1.1 do Plano de Negócios, em que coexistem dois formatos de apuração de receita, quais sejam, (a) a área destinada à locação de boxes populares e (b) a área destinada a lojas do tipo shopping center. Este modelo dual é incompatível com a natureza do empreendimento, que deve atender ao propósito decorrente do interesse público que fundamenta a concessão. Ademais, a arrecadação, pela Concessionária, de valores exorbitantes a título de luvas – sem qualquer

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

controle externo – implica em patente desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor do Poder Público, haja vista que a projeção de receitas – e suas proporções – está sendo completamente modificado. É hipótese, também, de enriquecimento sem causa.

5. Em um centro popular de compras, desenvolvido a partir de Contato de Concessão de Obra Pública, pode-se utilizar critério econômico (luvas) para a seleção dos comerciantes? Se sim, é necessário que conste tal possibilidade expressamente no contrato?

As luvas, em qualquer forma contratual que se apresentem, são expressão do exercício do poder econômico, tanto da parte do locador que especula com o bem escasso (o imóvel atrativo para locação), quanto da parte dos comerciantes que disputam entre si o acesso a este bem. Leva vantagem aquele que detém mais recursos, como em um leilão. Sob a ótica do interesse público, um centro popular de compras é incompatível com a cobrança de luvas, pois os comerciantes populares não dispõem de recursos suficientes para pagá-las e serem escolhidos para compor o empreendimento. A prática de cobrança de luvas descaracteriza a natureza popular do centro de compras, sobretudo quando consideramos que a sua implementação se dá em bem público e sob o regime das concessões públicas.

6. Há desvio de finalidade pela cobrança de luvas de lojistas?

A concessão de obra pública tem como eixo fundamental a concessão de direito real de uso de bem imóvel da União ao Município para implantação de projeto submetido a diversas condicionantes, dentre as quais a manutenção do caráter popular do empreendimento. As luvas, independente da forma contratual que apresentem, constituem geração imprópria de receita em favor da Concessionária, que poderá privilegiar a expansão de lojas do tipo shopping center em detrimento dos boxes populares, impondo o modelo híbrido do plano de negócios (item 4.1.1) Este modelo de negócio cria graves

43

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

obstáculos à realização da concessão em sua finalidade original. Um centro de compras POPULAR tem características estruturais próprias que diferem do modelo geral de shopping center. A incompatibilidade da cobrança de luvas com a atuação em um centro popular de compras foi reconhecida em decisão de segunda instância.

7. As supressões de obrigações constantes no Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Uso são juridicamente válidas? Se não, quais os vícios que a acometem e quais as consequências jurídicas?

O Contrato de Cessão de Direito Real de Uso foi modificado pelo **Termo Aditivo firmado entre União e Municipalidade em 11/12/2013**⁵⁰, no qual as partes, dentre outras disposições procedimentais da ref. licitação, reduziram o complexo social em dois equipamentos, quais sejam, (a) a construção de campus do IFSP – Instituto Federal de São Paulo, e (b) instalação de Cooperativa de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis. Observe-se que o Projeto foi sacrificado de sua composição educacional e de sustentabilidade ambiental, sem que houvesse uma proposta para efetivação destas finalidades em outros termos. E, mais significativamente, esta relevante redução do planejamento inicial não foi motivado pelo agente público que manifestou a renúncia do direito da União para exigir o cumprimento de obrigações pelo Cessionário. A prestação da União permanece no mesmo montante, qual seja, a cessão do terreno, porém as contrapartidas exigidas do Cessionário foram diminuídas, acarretando, ao fim e ao cabo em um atendimento incompleto dos interesses e necessidades da comunidade.

⁵⁰ Termo de Aditamento do Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais, conforme o art. 18, I, §1º da Lei nº 9.636/98, do imóvel denominado Pátio do Pari, com 119.761,65m², localizado no Município de São Paulo, Estado de São Paulo, que fez a UNIÃO à PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, conforme o processo SPU nº 04977.011351/2011-21.

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

É cabível, portanto, o questionamento da validade de eventual ato lesivo à Administração Pública em razão da redução dos equipamentos sociais do projeto, bem como da falta de motivação do ato de renúncia.

8. A partir da análise do Contrato de Concessão de Obra Pública e do Contrato de Concessão de Uso, é possível afirmar-se que há desigualdade na distribuição da parcela de compensação (periodicidade anual) entre União e Município de São Paulo? À luz destes instrumentos contratuais, pode-se afirmar que deve haver o compartilhamento igualitário (50% cada) entre a União e o Município de São Paulo no excedente da parcela de compensação?

A Concessão de Direito Real de Uso estabelece na Cláusula 6ª, IV, como onerosidade, *"o pagamento à CONCEDENTE do valor referente a **50% (cinquenta por cento) da contraprestação a ser paga pelo vencedor da licitação, devendo os 50% (cinquenta por cento) restantes serem aplicados em finalidade de interesse público ligada ao Projeto de Circuito das Compras ou à região em que ele será instalado**". Os parágrafos 1º e 2º da mesma Cláusula 6ª preveem como remuneração, ainda, "o pagamento de um valor anual, pelo empreendedor privado, como contrapartida da concessão do Projeto Circuito das Compras, cujo objetivo é remunerar o uso do terreno, (...) no **patamar mínimo de 1% (um por cento) do valor de avaliação do imóvel**".*

Este dispositivo deve ser combinado com a leitura da cláusula de remuneração prevista no Contrato de Concessão de Obra Pública, especialmente o item 2.1.23. que define a "Parcela de Compensação"⁵¹ devida

⁵¹ Contrato de Concessão de Obra Pública "2.1.23. PARCELA DE COMPENSAÇÃO: percentual correspondente a 5% (cinco por cento) da RECEITA BRUTA DA CONCESSÃO, ou a um piso mínimo sempre prevalecendo o que for maior, a ser pego anualmente pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, nos termos do CONTRATO, para compensar os serviços de fiscalização da CONCESSÃO e outros **custos de titularidade do PODER CONCEDENTE nesta contratação, especialmente a contraprestação pelo uso do terreno**, nos termos da cláusula 11.9 do CONTRATO;" (grifo meu).

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

pela Concessionária ao Poder Concedente [Prefeitura de São Paulo], em montante variável, na proporção de 5% da receita bruta da concessão, incluindo custos de titularidade da Municipalidade, tal como a contraprestação pelo uso do terreno (prevista no patamar mínimo de 1% do valor do terreno, conforme Cláusula 6ª, §2º do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso). Ocorre que a Cláusula 11.9.⁵² do Contrato de Concessão de Obra Pública estabelece que o repasse de valores devidos à União seja realizado na proporção estabelecida no Contrato de Concessão de Direito Real de Uso. A proporção, como vimos é de no mínimo 1% do valor do terreno, ou seja, quando a "Parcela de Compensação" prevista no item 2.1.23 gerar valores superiores a 1% do valor do terreno (valor mínimo), o excedente deve ser compartilhado entre União e Município, devendo restituir a remuneração devida à União pelo Município de São Paulo e não repassada.

9. Há a obrigação contratual para se garantir local adequado no Pátio Pari para a construção de 720 unidades habitacionais de interesse social, previstas na cláusula 7ª, inciso XII, do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso? Qual o prazo para a construção destas unidades habitacionais? Quais as consequências jurídicas na demora da construção destas unidades habitacionais?

Uma das obrigações impostas à Municipalidade em contrapartida à cessão do imóvel refere-se à disponibilização de local para a construção de 720 unidades habitacionais, conforme os incisos XII a XIV⁵³ da Cláusula 7ª do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso.

⁵² Contrato de Concessão de Obra Pública – "Caberá ao PODER CONCEDENTE a transferência para União dos valores pagos pela CONCESSIONÁRIA na proporção e nos termos estabelecidos pelo Contrato de Cessão sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel em condições especiais, celebrado entre a União e o Município de São Paulo" (grifo meu).

⁵³ Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, Cláusula 7ª, XII – disponibilizar terreno suficiente para construção, pela CONCEDENTE [União], de 720 unidades habitacionais de interesse social, de 2 (dois) dormitórios, atendendo à demanda do Grupo de Trabalho de Interesse Social – GT HIS da Superintendência do Patrimônio da União de São Paulo; o projeto habitacional deverá atender as regras de uso e ocupação do solo do Município de São

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

O Contrato de Concessão de Direito Real de uso **não especifica prazos peremptórios** para a implementação do programa habitacional, mas a indicação de celeridade inscrita no inciso XIV da Cláusula 7ª, bem como os prazos contados em meses para desmembramento de matrículas previstos no inciso XIII da mesma Cláusula, permitem afirmar que o decurso de quase 10 (dez) anos da assinatura do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (05/07/2012) **ultrapassou o limite do razoável**.

Outro referencial de prazos é a cláusula 14 ("das Obras") do Contrato de Concessão de Obras firmado em 04/12/2015 entre Município e Concessionária: 4 anos para implantar o Centro de Popular de Compras e as estruturas anexas⁵⁴, e 8 anos para a construção do hotel/salas comerciais e a restauração dos armazéns da antiga Rede Ferroviária Federal (Cláusulas 14.3 e 14.4).

Como os prazos para implantação do projeto habitacional contam-se da assinatura do Termo de Cessão (2012), os prazos utilizados no Contrato de Concessão de Obra Pública, quais sejam 4 e 8 anos também já teriam se exaurido na hipótese. O **inadimplemento** está, portanto, caracterizado, tendo como **efeito a rescisão da cessão e reversão do imóvel à União**,

Paulo, as disposições do Programa Minha Casa Minha Visa do Governo Federal e regras da Caixa Econômica Federal.

Cláusula 7ª XIII – na hipótese de o terreno disponibilizado para cumprimento do inciso anterior estar localizado na área matriculada sob a transcrição nº 3.263, de 75.409m², o desmembramento e reversão da área desmembrada à Concedente deverá ocorrer no prazo máximo de 06 (seis) **meses**, contados da assinatura do presente Termo; na hipótese de o terreno disponibilizado estar localizado na poligonal sem matrícula única, o desmembramento e reversão da área desmembrada à Concedente deverá ocorrer num prazo máximo de 12 (doze) **meses**, contados da assinatura do presente Termo; na hipótese de oferta pelo Concessionário de terreno fora da poligonal deverá este estar localizado na região central próximo ao Pátio do Pari, devendo ser doado à União no prazo de até 08 (oito **meses**), devendo essa proposta ser homologada pela SPU/SP, não se responsabilizando o Concessionário por atrasos nos prazos acima previstos decorrentes de procedimentos sujeitos à aprovação de órgãos externos; e

Cláusula 7ª XIV – analisar e aprovar o projeto das unidades habitacionais **com celeridade**. (grifo meu)

⁵⁴ Contrato de Concessão de Obra – 14.2. A Concessionária deverá implantar até o final do 4º (quarto) ano de vigência do Contrato: o Centro Popular de Compras, o Estacionamento e Terminal de Ônibus, o Estacionamento de Automóveis, os Centros de Apoio, o Sistema de Transporte de Passageiros, o Sistema Logístico de Compras, Áreas de Descanso para Motoristas e Guias e os acessos para a transposição ferroviária, de acordo com o projeto paisagístico.

GILBERTO BERCOVICIProfessor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

fls. 53

sem direito a indenização, nos termos das Cláusulas 12^a e 13^a⁵⁵ do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, com fundamento no artigo 18 da Lei nº 9.638/1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 26 de agosto de 2021.

Gilberto Bercovici

⁵⁵ Contrato de Concessão de Direito Real de Uso – "Cláusula 12^a – a utilização da área para finalidade diversa da prevista neste contrato ou a inobservância das condições e obrigações estabelecidas neste instrumento a cargo do Concessionário implicará na rescisão da cessão, revertendo o imóvel à União e incorporando-se ao seu patrimônio todas as edificações, acessões e benfeitorias erigidas, ainda que necessárias, sem direito à retenção e independentemente de qualquer pagamento ou indenização, por parte da Concedente, seja a que título for; Cláusula 13^a - a não restituição imediata da área pelo Concessionário, quando solicitado pelo Concedente, nos casos de descumprimento contratual, caracterizará esbulho possessório e provocará a retomada administrativa, pelo Concedente, do imóvel cedido.