

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 182
em ____/____/____


Cristina Ribeiro A. Soares
AGP

INTERESSADO: SECRETARIA DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO

ASSUNTO : Propostas para gestão do complexo anhembi.

Informação nº 1.276/2014 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhor Procurador Assessor Chefe

Trata-se de processo destinado à promoção de estudos voltados à gestão do complexo do Anhembi. A SPTuris, sociedade de economia mista municipal, na qualidade de administradora do Parque Anhembi, solicitou à Secretaria de Finanças o estudo de alternativas de modelagem operacional, jurídica e financeira que viabilizem a modernização, ampliação e gestão mais eficiente do referido complexo, que se encontra em estágio de depreciação e perda de competitividade, em razão da obsolescência de suas instalações.

Seguiram-se estudos urbanísticos e arquitetônicos, elaborados pela SPUrbanismo; estudos de modelagem jurídica e preliminares de modelagem econômica pela SPNegócios; e nota técnica da SPDA acerca da opção considerada, tecnicamente, a melhor pela SPNegócios: a constituição de um fundo de investimento imobiliário (doravante designado ora “FII” ora, simplesmente, “fundo”) para a gestão do ativo, ou mais especificamente do direito de superfície dos imóveis integrantes do Parque Anhembi. As vantagens da administração do bem por meio de um fundo, em comparação com alternativas (mecanismos contratuais e societários), foram desenvolvidas pela SPNegócios às fls. 88/95 e pela SPDA às fls. 143/145.

De forma bem resumida, planeja-se a constituição de um FII, administrado por instituição financeira autorizada pela CVM, e a

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 183
em ____/____/____

AGPP

alienação do direito real de superfície dos imóveis do Parque Anhembi, de propriedade da SPTuris, ao referido fundo, que ficará responsável fiduciariamente pela gestão do ativo nos termos do regulamento e conforme orientações da assembléia de cotistas. Numa primeira etapa, portanto, a SPTuris integralizaria as cotas do fundo com o direito de superfície sobre os imóveis (ou seja, por meio da conferência de bens ou direitos), tornando-se única cotista. É possível que a SPUrbanismo também faça o mesmo com imóvel a ser expropriado por ela no complexo do Anhembi – caso o faça, ambas as empresas seriam cotistas, na medida do quanto contribuíram para o fundo.

Numa segunda etapa, o FII será utilizado como veículo para captação de recursos no mercado, por meio da emissão de novas cotas, com a conseqüente diluição da participação das empresas municipais. Tais recursos seriam utilizados para a consecução dos investimentos necessários na modernização do Parque Anhembi e geração de renda.

Nesse contexto, a Secretaria de Finanças, antes de prosseguir nos estudos, questiona, especificamente, esta Procuradoria Geral, se: (1) seria necessária edição de lei em sentido estrito para que se autorize a alienação fiduciária dos bens e do direito de superfície; (2) seria necessária a realização de licitação para a integralização das cotas do FII por meio da cessão de bens e do direito de superfície pela SPTuris; e se permaneceria tal entendimento mesmo na hipótese de cessão a terceiros do patrimônio transferido ao fundo ou emissão de novas cotas no mercado.

Deixamos para tratar mais profundamente dos demais pontos suscitados no processo na medida do necessário para a solução das questões propostas.

É o relato do necessário.

Preliminarmente, apontamos que nos ateremos exclusivamente aos dois quesitos formulados, nos termos do item 4 da Portaria conjunta nº 6/2013 – SNJ/PGM. É possível passarmos desde logo para eles, na ordem em que formulados.

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 184
em ____/____/____

C
Cláudia Isadora A. Souza
AGPP

1. QUANTO À NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA PARA ALIENAÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE DOS IMÓVEIS.

1.1. Origem da São Paulo Turismo S.A.

O complexo do Anhembi não foi, originalmente, criado pelo Município, apesar de ter sido edificado em área municipal. Por meio da Lei municipal nº 7.085, de 1967, foi autorizada a concessão da referida área, por quarenta anos, ao Centro das Indústrias do Estado de São Paulo – entidade privada – para que lá fosse edificado um complexo de lazer e exposições. Tal Centro delegou a construção e gestão do empreendimento ao Centro Interamericano de Feiras e Salões S.A..

Já em 1971, por meio da Lei municipal nº 7.685, foi referendada a participação acionária do Município no Centro Interamericano de Feiras e Salões S.A.. O aporte financeiro do Município, bem como do Estado e da União, destinou-se à finalização do complexo Anhembi que, embora já tivesse sediado o Salão do Automóvel, não estava totalmente executado. Como a participação do Município não foi majoritária, o empreendimento permaneceu privado. Tal situação foi alterada com a Lei municipal nº 8.180, de 1974, que autorizou o Município a assumir posição de acionista majoritário da então denominada Anhembi S.A. – Centro de Feiras e Salões. Atualmente, a empresa é denominada São Paulo Turismo S.A., cujo escopo foi ampliado para além da administração do Anhembi, incluindo a organização de eventos em geral (como o Carnaval), a administração do Autódromo de Interlagos, e apoio ao turismo na cidade.

1.2. O regime de bens das empresas estatais

Como sociedade de economia mista que é, exploradora de atividade econômica – em concorrência com a iniciativa privada, diga-se – deve ser regida pelas normas de direito privado, nos termos do art.

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 185
em ____/____/____

Claudia Ioánnou A. Souza
AGPP

173, §1º, inc. II, da Constituição da República¹. A regência pelo direito privado encontra algumas mitigações derivadas do próprio texto constitucional, como, por exemplo, a relativa aos procedimentos de licitação – questão que será abordada na resposta ao segundo quesito formulado pela consulente. A questão que se coloca, agora, é se a mitigação das normas de direito privado alcança também os bens da estatal.

O regime de direito público não atinge o regime de bens das empresas estatais – ou, quando atinge, o faz com bem menos intensidade, como apontaremos. Nos termos do art. 98² c/c art. 41³ do Código Civil, os bens das estatais são bens privados – ao menos subjetivamente privados, na medida em que se inserem na propriedade de pessoas de direito privado. Nada obstante, boa parte da doutrina e da jurisprudência reconhece que pode haver a aplicação parcial do regime jurídico publicístico a tais bens, na medida em que concorram para a execução de uma atividade considerada como serviço público⁴: este foi o principal argumento empregado pelo STF para afastar a possibilidade de constrição sobre os bens da Empresa de Correios e Telégrafos e, mais recentemente, da Companhia de Abastecimento d'Água e Saneamento do Estado de Alagoas⁵, sujeitando-as ao regime dos precatórios.

¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

² “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

³ “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.”

⁴ No entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, tais bens seriam subjetivamente privados, mas públicos sob uma perspectiva funcional, embora a consideração de tais bens como públicos não importasse na transferência em bloco do regime publicístico aplicável aos bens dos entes federativos (Bens Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

⁵ AgRg no RE nº 592.004/AL; Rel. Min. Joaquim Barbosa; j. em 5/6/2012. O argumento da prestação de serviço público foi o utilizado pelo STF no julgamento a respeito da penhorabilidade dos bens dos Correios. Em julgamentos posteriores, a respeito dos bens de estatais prestadoras de serviço público no setor de energia, o STF entendeu que, não obstante a qualificação da atividade como serviço público, seus bens não poderiam gozar de proteção

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 186
em ____/____/____

C. A. S. SOUZA
PROF. DR.
R. 100

Mas, mesmo em tais situações, a incidência do regime publicístico é parcial. Não há controvérsia, por exemplo, a respeito da desnecessidade de desafetação formal para a alienação dos bens, por exemplo⁶. A proteção, nestes casos, como se deriva da preservação e continuidade do serviço público por elas desempenhado, recai na exata medida necessária ao cumprimento de tal finalidade (impenhorabilidade, por exemplo), mas não impede que se execute os atos de gestão com maior liberdade, inerente às entidades privadas.

No caso em questão, sequer haveria de se falar em serviço público em sentido estrito, considerando que não há norma que qualifique a organização de eventos e administração de centros de convenções como tal. Tais atividades são abertas – e efetivamente exercidas – à iniciativa privada. Como colocado no presente processo, uma das razões pelas quais a SPTuris deseja modernizar o Anhembi é justamente a concorrência com outros centros de convenções mais modernos na cidade de São Paulo. Inegavelmente, a atividade desenvolvida tanto pelo Anhembi, como pelos particulares que exploram centros de convenções de grande porte, é de interesse e relevância pública, uma vez que incentiva o turismo e os negócios na cidade, mas não se poderia falar em serviço público em sentido estrito. Por tal razão, perde muito da razão de ser a eventual aplicação, aos bens da SPTuris, de um regime especial parcialmente derogatório das normas de direito privado.

1.3. *A necessidade de lei autorizativa para a alienação de imóveis*

A Constituição da República não exige autorização legal para a alienação de bens imóveis, por qualquer órgão ou entidade. O único caso em que é prevista autorização legal é para a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (art. 49, XVII, e art. 188, §1º, da Constituição). Como a exigência de autorização legislativa importa no controle de um poder sobre a atividade precípua de outro (do Legislativo sobre a gestão pública, de competência do Executivo), diversos

especial na medida em que a empresa concorreria com empresas privadas no setor. O argumento foi reiterado no AgRg citado, desta vez para outorgar um regime especial de impenhorabilidade aos bens da empresa alagoana de saneamento, ao fundamento de que, além de prestar serviço público, não concorria com a iniciativa privada.

⁶ Nos termos do parágrafo único do art. 99 do Código Civil, “*não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.*”

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 187
em ____/____/____ C

doutrinadores entendem que somente a Constituição poderia prever novas hipóteses de exigência de autorização legal⁷.

Nada obstante, a Lei federal nº 8.666/93 regulou o procedimento para alienação de bens, prevendo a necessidade de autorização legislativa para a alienação de bens das entidades da Administração de direito público (administração direta, autarquias e fundações), nos termos do art. 17, I, *verbis*:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...)” (g.n.)

Repare que a exigência de autorização legal não alcançou os bens das entidades de direito privado da Administração. Considerando o quanto exposto nos itens acima, seria pouco condizente com o regime das estatais, para dizer o mínimo, a exigência de autorização legislativa para que pudessem alienar os seus bens.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, ao dispor sobre os bens municipais, previu o seguinte:

“Art. 112 - A alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

§ 1º - A venda de bens imóveis dependerá sempre de avaliação prévia, de autorização legislativa e de licitação, na modalidade de concorrência, salvo nos seguintes casos: (...)”

⁷ Neste sentido, entre outros: Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 305).

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 188
em ____/____/____

C
Cópia fornecida
ACPP

Primeiro, há que se notar que o *caput* do art. 112 fala de “*bens municipais*”, enquanto os bens das entidades da administração indireta não são do Município (e, portanto, não são qualificados como municipais), considerando que tais entidades são entes personalizados e, portanto, possuem patrimônio próprio, por elas titularizado. Com isso não estamos a dizer que as entidades municipais não devem observar procedimentos como licitação para alienação ou avaliação prévia, mas que (i) ou tal dispositivo pecou por inexatidão técnica, caso desejasse abarcar outros bens públicos que não municipais, (ii) ou que foi omissivo, caso realmente desejasse apenas regular os bens do Município, deixando de fora os das entidades municipais⁸.

Na primeira hipótese, caso tivesse se pretendido regular o regime de bens de todas as entidades do Município, da Administração direta e indireta, a disposição, obviamente, deve ser interpretada de forma sistemática com a legislação a respeito da matéria, reproduzida anteriormente, eis que não se pode pretender conferir aos bens das empresas estatais municipais, de direito privado que são, o mesmo tratamento dos bens do Município, o que iria de encontro com a regulação estabelecida no art. 173, §1º, inc. II, da Constituição; arts. 41 e 98 do Código Civil; e art. 17, inc. I, da Lei federal nº 8.666/93. Por tal razão, aos bens imóveis de propriedade das entidades municipais de direito privado não se aplica a disposição que exige autorização legislativa para a alienação.

Este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 9012/SP⁹, que, por coincidência, tratou exatamente da alienação de imóveis por sociedade de economia mista do Município de São Paulo. Vale a reprodução da ementa:

“ADMINISTRATIVO - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS.

⁸ Entendemos que exatamente esta foi a opção do legislador, na medida em que, no art. 110, conceitua bens municipais como “*todas as coisas móveis e imóveis, semoventes, direitos e ações que, a qualquer título, pertencam ao Município*”.

⁹ T2; Rel. Min. Eliana Calmon; j. em 9/11/1999.

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 189
em ____/____/____

C
AGTP

1. *A sociedade de economia mista tem como órgão soberano a Assembléia-Geral que administra a sociedade, podendo autorizar a alienação de seus bens.*
2. *O Poder Público como acionista, despe-se do seu jus imperii, igualando-se aos demais acionistas.*
3. *Alienação que, autorizada pela Assembléia-Geral, não sofre o crivo político do Legislativo.*
4. *Recurso provido, segurança concedida.” (g.n.)*

Também parece ser o entendimento da doutrina.
Citamos, por todos, Marçal Justen Filho:

“Quando se tratar de imóvel de titularidade de empresa pública, sociedade de economia mista ou entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado sob controle de ente administrativo, não se exigirá a prévia autorização legislativa. Essa solução deriva, inclusive, da esdrúxula regra do art. 99, parágrafo único, do Código Civil.”¹⁰

Ora, se não é exigida autorização legislativa para a alienação de imóveis por empresas estatais municipais, muito menos esta há que ser exigida para a alienação de direitos reais sobre os imóveis, como o direito de superfície, por prazo determinado, como se deseja fazer.

2. QUANTO À NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA A ALIENAÇÃO, AO FUNDO, DO DIREITO DE SUPERFÍCIE DOS IMÓVEIS.

Segundo relatado no expediente pelos órgãos interessados, deseja-se integralizar cotas do FII (estruturado e criado a pedido da SPTuris) mediante a cessão, ao mesmo, e por prazo determinado, do direito de superfície sobre os imóveis que compõem o complexo do Anhembi. Com a propriedade do direito de superfície em questão, o FII poderá explorar os ativos

¹⁰ *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 234.

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 190
em ____/____/____

Handwritten signature and stamp

e lançar cotas no mercado para auferir recursos para investimento nos próprios ativos, atingindo o desidrato de modernização do Anhembi. Num primeiro momento, a SPTuris (e, quiçá, a SPUrbanismo) será a cotista única do fundo. A partir do momento em que novas cotas forem lançadas no mercado, a sua participação será diluída, e serão aportados recursos financeiros no FII para a consecução das intervenções. De todo modo, a empresa municipal continuará a ser cotista do fundo e, nessa qualidade, influenciará a exploração dos ativos por meio da assembléia de cotistas, assim como participará da distribuição de rendimentos. Não se deve perder de vista, por fim, que o FII não tem personalidade jurídica – é qualificado como um condomínio pela Lei federal nº 8.668/93, que o regula¹¹ (não confundir com a Lei 8.666/93!).

A operação, obviamente, pressupõe a análise da viabilidade de alienação do direito real de superfície ao fundo, independentemente de licitação – o que, a princípio, esbarraria no comando do art. 37, XXI, da Constituição da República¹² e no art. 17, inc. I, da Lei federal nº 8.666/93, supratranscrito.

Primeiramente, vale ressaltar que partiremos, aqui, do entendimento de que as entidades municipais da Administração indireta de direito privado se submetem aos ditames das normas gerais previstas na Lei federal nº 8.666/93 e em outras leis federais esparsas nas suas aquisições e alienações – ao menos até que sobrevenha inovação jurídica em sentido contrário. Esclarecemos tal ponto em razão das controvérsias sobre o tema, em especial depois que a Emenda constitucional nº 19 alterou o art. 22, inc. XXVII, da Constituição¹³, o qual passou a prever dois blocos de normas gerais sobre

¹¹ “Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.

Art. 2º O Fundo será constituído sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado.”

¹² “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹³ “Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 191
em ____/____/____

AGPP

licitações e contratações a serem editadas: um para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais, observado o disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição, e outro para as empresas públicas e sociedades de economia mista, observado o art. 173, §1º, inc. III, da Carta. Nada obstante, o fato é que, excetuando casos específicos¹⁴, a jurisprudência vem entendendo que até que sejam editadas as normas a que se refere à segunda parte do inc. XXVII do art. 22, aplica-se o disposto na Lei federal nº 8.666/93 e em leis esparsas em matéria de licitação. Portanto, ao nosso ver, em função da jurisprudência majoritária sobre o tema, seria prematuro o afastamento das normas gerais federais sobre licitação e contratação apenas porque tais atividades são conduzidas por empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Dito isto, confrontando o caso em questão com as hipóteses específicas previstas no art. 17, inc. I, da Lei federal nº 8.666/93 (licitação dispensada para alienação de imóveis) ou com as hipóteses mais gerais previstas no art. 24 do mesmo diploma (dispensa de licitação), não conseguimos enquadrá-lo em qualquer das situações legais. A disposição mais próxima seria a da alínea "c", que trata de permuta¹⁵, mas o dispositivo é expresso em apenas permitir permuta por outro imóvel, sendo que cotas de FII (lembre-se que a SPTuris trocará o imóvel por cotas do fundo) constituem valores mobiliários, por expressa disposição da Lei federal nº 8.668/93^{16, 17}.

disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;"

¹⁴ Tem havido um movimento, pela União, de previsão, em leis específicas, da possibilidade de edição de regulamentos simplificados de contratações por empresas públicas e sociedades de economia mista da Administração federal. Assim ocorreu com a Petrobrás, Eletrobrás e Infraero – afastando, conseqüentemente, o regime da Lei federal nº 8.666/93 e de outros diplomas aplicáveis à Administração direta.

¹⁵ "Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...)

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;"

¹⁶ "Art. 3º As quotas dos Fundos de Investimento Imobiliário constituem valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, admitida a emissão sob a forma escritural."

¹⁷ Não nos é útil a eventual contra-argumentação no sentido de que, conforme decidido pelo STF na ADI 927-MC/RS, as restrições relativas às permutas e doações não se qualificam como normas gerais, podendo os demais entes federativos disciplinar a respeito. Isso porque o

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 192
em ____/____/____

C.
Cláudia Izabela A. Souza
AGPP

A análise da questão não seria completa, contudo, pelo confronto da situação retratada neste processo com as hipóteses expressas previstas no art. 17 e 24 da Lei federal nº 8.666/93. Aliás, não seria mesmo de se esperar que houvesse previsão expressa na Lei federal nº 8.666/93 a respeito da alienação de direito real a FII, dado que não se trata de operação comum para entes da Administração Pública. Nesse contexto, temos que nos voltar também para a questão da inexigibilidade de licitação, prevista em linhas gerais no *caput* do art. 25 – como é sabido, as hipóteses previstas nos incisos do art. 25 não constituem *numerus clausus*, sendo admissível a aplicação do dispositivo legal sempre que houver, por qualquer razão, inviabilidade de competição. É difundido na doutrina, aliás, que algumas hipóteses do art. 17, inc. I e II, da Lei federal nº 8.666/93 consistem em verdadeiras causas de inexigibilidade de licitação.

Conforme leciona Marçal Justen Filho:

“É indispensável assinalar que a alienação de bens pode ser instrumento da realização de duas funções estatais muito distintas.

A função própria e direta da alienação consiste na obtenção pela Administração Pública de recursos econômicos (financeiros ou não), por meio da transferência de bens e direitos para terceiros. Quando assim se passa, o Estado se desfaz, temporária ou definitivamente, de bens e direitos, visando a obtenção de contrapartidas econômicas necessárias ao desempenho de suas demais atividades. Como exemplo, pode-se referir a hipótese de venda de uma área imóvel inservível para o cumprimento das funções estatais.

Mas a alienação pode-se configurar como manifestação do cumprimento de outras funções estatais. Há casos em que a alienação é o meio utilizado pelo Estado para realizar fins específicos e determinados. O Estado não busca recursos econômicos, mas influenciar o funcionamento do mercado ou fornecer utilidades aos carentes ou redistribuir a riqueza na sociedade, dentre outras

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 193
em ____/____/____

Claudio Roberto A. Souza
AGPP

finalidades. Em tais hipóteses, a alienação apresenta uma função indireta, que não reside em obter recursos para os cofres públicos.

(...)

A distinção é extremamente relevante porque o regime jurídico da alienação dos bens públicos será diverso em vista da função buscada. Quando se tratar de alienar bens e direitos para obter recursos patrimoniais, será cabível a licitação (de tipo maior lance). Outro será o regime jurídico quando a alienação do bem ou direito público for um meio para o desempenho de outras funções estatais. Nesse caso, caberá usualmente a contratação direta ou adoção de procedimentos destinados a assegurar o tratamento isonômico entre os interessados."¹⁸ (g.n.)

Como lembra Floriano de Azevedo Marques Neto, "ainda que a Lei nº 8.666/93 em alguns dos incisos do artigo 17 tente circunscrever a hipótese de dispensa de licitação a condições mais restritivas, nos casos ditos de doação, investidura, permuta e dação em pagamento não enquadradas na fattispecie da dispensa, restará possível enquadrá-la no tipo de inexigibilidade licitatória prevista no caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93"¹⁹.

É este, ainda, o entendimento que o Supremo Tribunal Federal manifestou no julgamento da ADI 2.990/DF²⁰, em que se questionava o art. 3º da Lei federal nº 9.262/96²¹, que autorizava o governo do

¹⁸ Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 227.

¹⁹ Bens Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 310.

²⁰ Rel. para acórdão Min. Eros Grau; j. em 18/04/2007; Pleno.

²¹ "Art. 3º As áreas públicas ocupadas localizadas nos limites da APA da Bacia do Rio São Bartolomeu, que sofreram processo de parcelamento reconhecido pela autoridade pública, poderão ser, no todo ou em parte, vendidas individualmente, dispensados os procedimentos exigidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º - A possibilidade de venda a que se refere o caput só se aplica às áreas passíveis de se transformarem em urbanas, e depois de atendidas as exigências da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

§ 2º Poderá adquirir a propriedade dos lotes, nos termos do caput deste artigo, aquele que comprovar, perante a Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap, ter firmado compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento, prova esta que deverá ser feita mediante apresentação do contrato firmado com o empreendedor do loteamento ou suposto proprietário, além da comprovação de que efetivamente pagou, ou está pagando, pelo terreno, através de cópias dos respectivos cheques e extratos bancários, ou comprovação de que tenha pago o terreno com algum bem que estava em sua esfera patrimonial.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 194
em ____/____/____

C
Círculo João A. Souza
AGPP

Distrito Federal a alienar, independentemente de licitação, lotes em área pública objeto de parcelamento irregular com ocupação consolidada. Mesmo diante da argumentação do Congresso de que a lei teria criado, legitimamente, nova hipótese de dispensa, o STF reconheceu a constitucionalidade da disposição, enquadrando-a, entretanto, como hipótese de inexigibilidade:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º, CAPUT E §§, DA LEI N. 9.262, DE 12 DE JANEIRO DE 1.996, DO DISTRITO FEDERAL. VENDA DE ÁREAS PÚBLICAS PASSÍVEIS DE SE TORNAREM URBANAS. TERRENOS LOCALIZADOS NOS LIMITES DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - APA DA BACIA DO RIO SÃO BARTOLOMEU. PROCESSO DE PARCELAMENTO RECONHECIDO PELA AUTORIDADE PÚBLICA. VENDAS INDIVIDUAIS. AFASTAMENTO DOS PROCEDIMENTOS EXIGIDOS NA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA.

1. A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei n. 8.666/93; especificadamente --- nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública --- no seu artigo 17, inciso I, alínea "f". Há, no caso dos autos, inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (art. 25 da lei). O loteamento há de ser regularizado mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando. Consubstancia hipótese de inexigibilidade, artigo 25.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.”

§ 3º Quando o detentor da fração ideal não tiver quitado seu terreno, deverá comprovar, nos termos do parágrafo anterior, que iniciou o pagamento do mesmo anteriormente a 31 de dezembro de 1994.”

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 195
em ____/____/____

C
Claudia Lourenço A. Souza
AGPP

A análise do enquadramento do caso concreto como hipótese de inexigibilidade demanda a análise da eventual impossibilidade de competição – conseqüentemente, requer que se debruce na hipótese analisada, considerando as suas finalidades e particularidades. Por tal razão, não conseguimos desvincular a etapa I da etapa II, mencionadas na nota técnica de SPDA, já que a justificativa apresentada para a constituição do fundo e da alienação do direito de superfície a ele foi a de que tal fundo será utilizado como veículo para a administração dos ativos e, especialmente, para a captação de recursos, atentando que foi esta a razão apontada pela SPTuris logo no início do processo que motivou o estudo de alternativas pela SPNegócios. Ou seja, sendo o fundo um meio para a concretização das finalidades mencionadas, a análise da juridicidade da primeira etapa demanda a consideração da segunda etapa como subsequente necessário – dito de outra forma, como sendo uma segunda parte da operação, que contempla ambas. Não fosse isso, teríamos dificuldades para justificar a realização apenas da alienação a um fundo, dissociada de qualquer outro fim. Ao menos, tal justificativa não consta deste processo.

Feita a ressalva, parece-nos que a alienação pretendida não se volta ao simples desfazimento do bem para obtenção de recursos. A intenção é, de fato, a obtenção de recursos, mas não diretamente por meio da alienação do direito de superfície ao FII. A alienação é antecedente necessário para a operação de captação de recursos no mercado de valores mobiliários, formando-se, *a posteriori*, um condomínio sobre os ativos de patrimônio do fundo. Não é, portanto, um fim em si mesmo, como seria uma transação de compra e venda.

A etapa II, de alienação das cotas do fundo no mercado (não se trata, conforme explanado nas informações anteriores, s.m.j., da alienação das cotas de titularidade de SPTuris após a concretização da primeira etapa, mas sim do lançamento de novas cotas, diluindo-se a participação da SPTuris), por sua vez, seria, naturalmente, incompatível com o procedimento licitatório – salvo se a SPTuris desejasse alienar, em conjunto, as suas cotas do fundo, o que não vem a ser o caso. A alienação pode ser feita pelos mecanismos admissíveis nos termos da IN nº 472 - CVM e, tanto pela via de oferta pública, quanto pela via de colocação a investidores qualificados,

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 196
em ____/____/____C
Cláudia Joana A. Souza
AGPP

inexiste competição, na medida em que podem adquirir as cotas todos aqueles que tenham recursos suficientes e cumpram os requisitos necessários – no limite, obviamente, da existência de cotas passíveis de negociação. A instituição intermediária, de todo modo, deve ter ciência de que a colocação das cotas deve se processar de maneira impessoal.

De mais a mais, ainda que as cotas fossem de titularidade da própria entidade da Administração indireta, o caso se enquadraria na hipótese do art. 17, inc. II, alínea “d”, da Lei federal nº 8.666/93²².

Duas questões poderiam se levantadas por quem se debruce a analisar o quesito, confrontando-o com a inexigibilidade. A primeira de que, se o arranjo proposto torna inexigível a licitação, não é menos verdade que existiriam outras formas de contratação e aquisição de recursos que admitiriam procedimento competitivo. E a segunda de que a inexigibilidade da segunda etapa, acima tratada, não se confundiria com a alienação feita na primeira etapa – esta sim de bem de empresa municipal e passível de licitação.

Quanto à primeira questão, temos que recordar que a função básica da Administração Pública é a de buscar a melhor proposta para o exercício das suas funções. A escolha do arranjo negocial indubitavelmente influencia em uma série de questões, incluindo a questão da licitação. Como leciona Carlos Ari Sundfeld, “*não se pode exigir a licitação quando ela inviabilize a própria medida a implementar, deixando desatendido o interesse público que a motiva*”²³. Um dos casos que o autor enquadra como inexigibilidade é a seguinte hipótese:

“Se uma operação, interessante para a Administração, exige a troca de bens certos entre ela e o terceiro, é inviável licitar. O objetivo, neste caso, não é a simples alienação ou a simples aquisição, que

²² “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: (...)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;”

²³ *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 48.

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 197
em ____/____/____

C
Cláudia Kocum A. Souza
AGPP

*seriam passíveis de submissão ao procedimento licitatório, mas o negócio conjugado*²⁴.

Ao que parece, Celso Antonio Bandeira de Mello não destoa desta linha:

“É pressuposto jurídico [da licitação] o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover.

Posto que a função de tal instituto é prover – e não desservir – o interesse público, em casos que tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração. Com efeito: a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica”²⁵.

O que tais autores deixam claro é que a licitação é um meio para atingir uma finalidade de interesse público; para o atendimento ótimo das finalidades estatais. Não é a admissibilidade ou não da licitação que deve orientar a Administração Pública na busca da melhor alternativa – ou, ao menos, não somente ela – mas sim uma série de fatores que devem ser sopesados. Obviamente, deve-se tentar, quando possível, viabilizar a competição, eis que por tal meio pode-se obter resultados financeiros mais positivos para o Estado. Mas esta não é a única finalidade estatal, nem será sempre viável.

Se assim não fosse, praticamente poderíamos extinguir o instituto da inexigibilidade de licitação, eis que o seu enquadramento sempre dependerá da modelagem do objeto. Dito de outra maneira, sempre será possível, ainda que em prejuízo das necessidades administrativas e do interesse público, modelar o que se deseja de molde a viabilizar a licitação.

²⁴ Idem, p. 53.

²⁵ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 533.

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 198
em ____/____/____

C
Cristiano A. Souza
AGPP

No caso em questão, a SPNegócios analisou as opções viáveis e, em denso estudo, concluiu que a melhor opção seria a constituição de FII, em razão das suas particularidades, muitas delas de fundo fiscal. Portanto, daí se deriva que a escolha ótima para a SPTuris seria a operação submetida à análise. O afastamento da opção de fundo apenas porque ela não admite a competição seria inverter a lógica das coisas: privar a empresa estatal de uma opção prevista em lei, e considerada a que melhor atende aos seus interesses. Trata-se de opção técnica, que não é objeto desta análise jurídica. É preciso, todavia, que a análise técnica se desenvolva para alcançar também a modelagem econômica – o que parece que será feito a seguir. Somente depois desta é que se poderá fazer uma opção mais segura a respeito da alternativa que melhor se apresenta.

Isso nos leva à segunda questão suscitada. Em parte, já a respondemos quando consideramos a operação como única, embora dividida em duas etapas. Quando for realizada a primeira etapa, o FII não terá recursos próprios – a operação consistirá na troca de títulos pelo direito real de superfície, e a SPTuris será cotista única (se a SPUrbanismo também aportar imóveis no local, será igualmente cotista). O fundo, lembre-se, será criado e moldado a pedido da própria SPTuris, para ser empregado como veículo para uma finalidade maior. Portanto, não faria sentido, nesta ótica, a realização de procedimento competitivo para alienação do direito de superfície ao FII criado e, em seguida, integralizado por ela própria. Deve-se ressaltar, ainda, que a integralização de cotas mediante aporte de bens e direitos se submete a laudo de avaliação, sendo duvidosa a possibilidade de aquisição do bem por valor superior à avaliação, após processo de licitação. O valor, futuramente, poderia ser impugnado pelos demais cotistas.

3. CONCLUSÕES

Em resposta aos quesitos formulados, temos que não é exigida lei autorizativa para a alienação de bens (ainda que imóvel) por empresas municipais; e que a operação aventada (etapa 1 + etapa 2) poderia ser enquadrada como caso de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição. Não ingressamos, aqui, em questões relativas ao

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 199
em ____/____/____


Cláudia Benedita A. Souza
AGPP

mérito da operação escolhida, esmiuçadas no processo. Mas, pressupondo tratar-se da opção que melhor atende ao interesse público, não vislumbramos viabilidade de se realizar procedimento competitivo.

Fazemos, por fim, dois alertas: o primeiro no sentido de que, diante da quase inexistência de operações semelhantes realizadas por empresas estatais²⁶, a operação carrega consigo o, digamos, “risco da inovação”, presente sempre quando não há experiências anteriores debatidas pela doutrina jurídica ou jurisprudência, que possam sinalizar como ela será recebida por estudiosos do assunto ou por órgãos de controle. Ademais, as respostas aos dois quesitos formulados não são impassíveis de dissenso.

O segundo alerta diz respeito à alienação do bem e à gestão do FII. Quanto à alienação, é preciso que haja uma avaliação do bem muito bem elaborada, considerando que não haverá competição quanto ao seu valor, e considerando que este determinará, ao fim e ao cabo, a participação que a SPTuris terá no FII. Referida exigência decorre, também, do art. 17, *caput*, da Lei federal nº 8.666/93. Quanto à gestão do FII, considerando que é possível que a SPTuris não exerça o seu controle (no modelo apresentado pela SPNegócios, a SPTuris terá participação minoritária no FII), é preciso que o instrumento do direito de superfície trace parâmetros seguros, que devem ser observados pelo superficiário, tanto para a utilização do Anhembi, quanto para as intervenções que pretende que sejam realizadas. Se possível, pode ser relevante a inserção, no regulamento, de cláusulas não passíveis de alteração em assembléia de cotistas. Deve ser lembrado que, ao contrário do que ocorre com os instrumentos de direito público, os de direito privado não comportam alteração unilateral pela Administração Pública para melhor adaptá-lo às

²⁶ Dizemos quase inexistência porque temos conhecimento de que o Banco do Brasil lançou operação até certo ponto semelhante: constituiu, por meio de instituição financeira credenciada, FII (BB Progressivo I e II), que lançou cotas no mercado para obter recursos para comprar imóveis do Banco do Brasil, utilizados como agências ou prédios administrativos. A alienação dos imóveis, pelo Banco do Brasil, ao fundo, deu-se na modalidade *sale leaseback*, em que o vendedor passa a alugar os bens, continuando a utilizá-los, mas não mais como ativo fixo seu. Coube ao FII locador as despesas de manutenção e reformas necessárias dos imóveis. Ao final do período de locação, o FII poderá ser liquidado, alienando os ativos, ou renovar a locação. As diferenças mais significativas entre o referido fundo estruturado a pedido do Banco do Brasil e o que se propõe são as de que, primeiro, segundo consta deste processo, não se alienará a propriedade dos imóveis do Anhembi, mas o direito de superfície, por prazo determinado, ao final do qual o bem (o direito de superfície) retornará à SPTuris; e, em segundo, a SPTuris integrará o FII, participando da gestão dos ativos.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA 2014-0.192.947-4

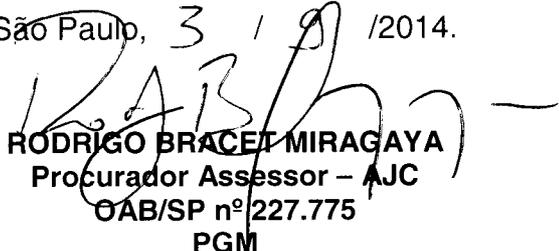
Folha de informação nº 200
em ____/____/____

C.
Cláudio Giovanni A. Souza
AGPP

circunstâncias (excetuando as hipóteses previstas no Código Civil), o que demanda maior e melhor planejamento.

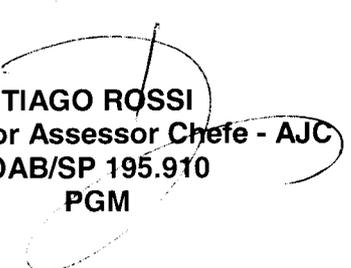
São as nossas considerações, *sub censura*.

São Paulo, 3 / 9 / 2014.


RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor – AJC
OAB/SP nº 227.775
PGM

De acordo.

São Paulo, 12 / 9 / 2014.


TIAGO ROSSI
Procurador Assessor Chefe - AJC
OAB/SP 195.910
PGM

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA 2014-0.192.947-4

Folha de informação nº 201
em ____/____/____

Claudia Giovanni A. Souza
AGPP

INTERESSADO: SECRETARIA DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO

ASSUNTO : Propostas para gestão do complexo anhembi.

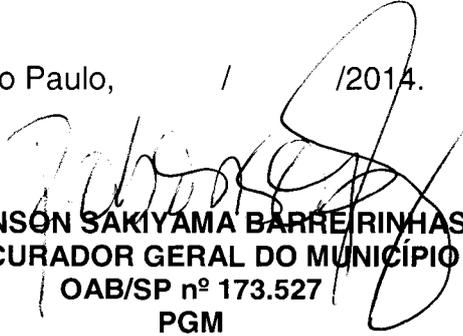
Cont. da Informação nº 1.276/2014 – PGM.AJC

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Senhor Secretário**

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido da desnecessidade de lei autorizativa para a alienação de bem – direito de superfície – pela SPTuris, e da inexigibilidade de licitação para a integralização das cotas de fundo de investimento imobiliário, constituído por iniciativa da SPTuris para a captação de recursos no mercado de valores mobiliários, mediante a alienação do referido direito de superfície.

Acolho, ainda, as observações feitas nos dois últimos parágrafos da manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva.

São Paulo, / /2014.


ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 173.527
PGM

Do p.a. 2014-0.192.947-4

.....em ____/____/____

INTERESSADO: SECRETARIA DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO

ASSUNTO: Propostas para gestão do Complexo Anhembi.

Informação n.º 2742/2014-SNJ.G

PGM

Senhor Procurador Geral

De ordem do Senhor Secretário, solicito analisar eventual
necessidade de observância das formalidades referentes à inexigibilidade de licitação,
nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/93.

São Paulo,

06 OUT 2014


RICARDO MARTINS SARTORI

Chefe de Gabinete

SNJ.G.