PREFEITURA DA CIDADE DE SÃO PAULO

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de Informação nº 03

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498)

04/02/09

Vera Silva
NOME: RF 903.590-2
PGM-AJC

EMENTA nº 11.387

Administrativo. Financeiro. Licitação. Contratação direta. Contrato de locação de imóvel com construção por encomenda, em terreno particular, para implantação de creches pela Municipalidade.

- Possibilidade de que, num contrato dessa natureza, estabeleça-se prazo superior ao limite de 5 anos previsto na Lei 8.666/93. Aplicação da Lei 8.666/93 apenas no que couber.

- Impossibilidade de contratação sem procedimento licitatório, no caso de locação com construção por encomenda.

- Possibilidade de contratação com dispensa de licitação (art. 24, X, da Lei 8.666/93), no caso de locações de imóveis, ainda que sujeitos a adaptações, desde que, após divulgação pública da intenção da Prefeitura em realizar esse tipo de contrato, a locação se justifique em função das especificidades dos equipamentos e da localização do imóvel.

- Possibilidade de o interessado captar recursos no mercado financeiro e de capitais, desde que haja cláusula de vigência da locação averbada em cartório, inclusive diante de garantia real futura.

- Possibilidade de o interessado securitizar seu crédito, desde que a Municipalidade não tenha que oferecer garantias adicionais aos Fundos de Investimento e que o setor técnico classifique o risco da operação como compatível com os conseqüentes juros decorrentes.

- Possibilidade de utilização de arrendamento mercantil. Caracterização do arrendamento mercantil como operação de crédito. Resoluções 40/01 e 43/01 do Senado Federal.

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498)

04 / 02 / 09

- Possibilidade de a Municipalidade fazer a cessão de imóvel de sua propriedade a investidor que aceite fazer a obra, cobrando remuneração futura, desde que seja feita concessão administrativa, mediante autorização legislativa e licitação, além do respeito às normas financeiras aplicáveis às operações de crédito.

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Educação.

ASSUNTO : Solicitação de análise sobre o procedimento, a ser formalizado pela Secretaria Municipal de Educação, visando à celebração de contratos de locação de imóvel com construção por encomenda, em terreno particular, para implantação de creches pela Municipalidade.

Informação nº 193/2009 - PGM-AJC

PGM - Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhora Procuradora Assessora Chefe

Trata-se de solicitação de análise acerca da intenção da Secretaria Municipal de Educação de celebrar contratos de locação encomendada, com particulares. A idéia é que estes adquiram terrenos e neles construam um número razoável de creches, conforme as especificações de local e de construção feitas pela Municipalidade, com a subseqüente locação do imóvel para a segunda, por período de tempo suficiente para a amortização do investimento e para o ganho de remuneração.

A consulta solicita resposta às seguintes perguntas:

1. A vigência dos contratos de locação de imóveis está sujeita à limitação fixada pela Lei Federal 8.666/93? É possível à Prefeitura formalizar contratos de locação por períodos mais logos, como 10 ou 20 anos?

2. Se a Administração Municipal fizer uma oferta a todos que queiram com ela contratar, fixando as dimensões mínimas do terreno a ser adquirido, as especificações técnicas da construção, os valores de cada locação conforme a região e local, poderá contratar diretamente com os interessados, dispensando-se a licitação?

3. Poderá, ainda, a Municipalidade, em tal procedimento administrativo, possibilitar que o investidor, para participar do projeto, obtenha no mercado financeiro e de capitais recursos para adquirir o terreno e construir a edificação?

4. Poderá, também, permitir ao investidor, por si ou por terceiros, realizar operação de securitização dos alugueres e da eventual indenização devida em função de possível rescisão antecipada do contrato pelo locatário, com a conseqüente emissão de títulos mobiliários, tais como debêntures, Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) ou quaisquer outros aplicáveis ao caso, situação em que a Prefeitura se obrigaria, sempre que necessário, a comparecer e anuir no processo de securitização, assim como oferecer as informações e documentos necessários para comprovar sua condição formal e financeira?

5) A securitização do contrato, caso possível, não poderia ser tomada como uma formula semelhante a de "PPP" ? Qual a diferença fundamental?

6) A locação do imóvel com opção de compra ao final do contrato seria juridicamente viável? Nesse caso, seria dispensável a licitação? Caracterizaria operação de crédito, considerando a opção de compra a ser exercida ao final do contrato?

É o relatório.

Capítulo 1 – Prazo de locação.

O primeiro questionamento diz respeito à possibilidade de um contrato de locação em que a Administração Municipal é locatária ter prazo superior ao limite de 5 anos previsto na Lei 8.666/93.

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498)

04/02/09

Para responder a essa pergunta é imperioso confirmar a seguinte premissa: os contratos de locação em que a Administração é locatária são regidos pelo Direito Privado.

Celso Antônio Bandeira de Mello confirma a assertiva. Confira:

> "A Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar com atos administrativos, tais como atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanação, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos." (*Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 367)

A Lei 8.666/93 também é expressa nesse sentido, ao dispor que suas disposições só se aplicam aos contratos de locação em que a Administração Pública for locatária, **no que couber**. Confira:

> "Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.
>
> § 1o A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.
>
> § 2o Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3o **Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61[1] desta Lei e demais normas gerais, no que couber**:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de **locação em que o Poder Público seja locatário**, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público." (g.n.)

A expressão "no que couber" revela que só se pode aplicar as disposições gerais da Lei 8.666/93 quando esta for compatível com as imposições próprias das relações privadas a serem regidas.

---

[1] "Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
I - o objeto e seus elementos característicos;
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (...)"

"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.
§ 1o As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.
§ 2o Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual."

"Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.
Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

No caso da locação encomendada, em que o particular se compromete a adquirir terreno, construir conforme especificações e alugar o imóvel à Administração Municipal, está-se diante de disposição própria das relações privadas, em que exsurge como fundamental para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato que este tenha duração suficiente para que se viabilize economicamente.

Nesse sentido, nosso entendimento é de que é possível que num contrato dessa natureza estabeleça-se prazo superior ao limite de 5 anos previsto na Lei 8.666/93 (art. 57, II), desde que haja justificativa técnica que demonstre que o período de 5 anos é insuficiente para que o contrato atinja seus objetivos econômicos.

Capítulo 2 – Possibilidade de contratação direta, com utilização de chamamento público.

A consulta questiona também se a Administração Municipal poderia contratar diretamente, por via chamamento público, caso fizesse uma oferta a todos que queiram com ela contratar, fixando as dimensões mínimas do terreno a ser adquirido, as especificações técnicas da construção, os valores de cada locação conforme a região e local.

Para responder a essa pergunta é imperioso estabelecer a seguinte premissa: as contratações da Administração devem, como regra, ser precedidas de licitação, que só poderá ser afastada nos casos **expressos na lei**.

Essa premissa está insculpida no art. 37, XXI, da CF, bem como no art. 2º da Lei 8.666/93. Confira:

> CF - Art. 37. (...) XXI – "**ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual

somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Lei 8.666/93 - Art. 2º. "As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e **locações** da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão **necessariamente precedidas de licitação**, ressalvadas as hipóteses previstas nesta **Lei**.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada." (g.n.)

Para que analisemos a premissa acima levantada, de rigor separar a consulta apresentada em duas situações diferentes.

A primeira situação refere-se à possibilidade de se fazer chamamento de interessados em apresentar projeto de locação com construção por encomenda.

A segunda situação refere-se à possibilidade de chamamento de interessados em oferecer para locação imóveis que atendem ou venham a atender especificamente às necessidades da Prefeitura.

Em relação à primeira possibilidade, nossa opinião é a de que não se enquadra em qualquer das hipóteses de contratação direta previstas na legislação. Não se tem, no caso, hipótese de licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/93), de dispensa de licitação (art. 24 da mesma lei) e de inexigibilidade de licitação (art. 25, ainda da Lei 8.666/93).

A licitação dispensada diz respeito a alienações de bens públicos, o que não tem pertinência na hipótese em questão. E as hipóteses de inexigibilidade também não têm relação com a situação em tela.

Por fim, a hipótese de dispensa de licitação aplicável às locações de imóveis (art. 24, X) também não se enquadra no caso vertente, pois exige, para a sua configuração, que o imóvel a ser locado trate-se de um específico imóvel "cujas necessidades de **instalação** e **localização** condicionem sua escolha".

O problema é que, para a primeira hipótese, não estaríamos diante de contrato típico de locação, vez que a encomenda de construção deverá implicar em remuneração que supera o valor locatício do imóvel, de modo a atender o custo de oportunidade e os investimentos feitos.

Essa característica adicional da locação do caso em tela também tem o condão de dificultar seu enquadramento na exceção que dispensa licitação para locações, pois as exceções, como é cediço, reclamam interpretação estrita.

Mas não é só. Entendemos que uma ação da Municipalidade que envolva construções dessa importância impõe a exigência de qualificações técnicas e econômicas, próprias das exigidas em procedimento licitatório.

Imagine a insegurança (quanto ao cumprimento do prazo para a construção das creches) que se terá caso não se exija prova de idoneidade financeira para o cumprimento do contrato.

Imagine o risco (quanto à qualidade da construção) que se terá caso não se exija demonstração de qualificação técnica para o cumprimento do contrato.

Assim sendo, nosso entendimento é o de que, quanto a essa primeira possibilidade, não é possível a contratação direta, com chamamento público, sendo o caso de se proceder à licitação pública, que, pelo tamanho da ação, deverá ser feita pela modalidade concorrência.

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498)

04/02/09

A segunda possibilidade refere-se, como se viu, ao chamamento de interessados em oferecer, para locação, imóveis que atendem ou venham a atender especificamente às necessidades da Prefeitura.

Nesse segundo caso a Prefeitura faria uma **divulgação pública (ou chamamento público)**, informando ao mercado que deseja alugar imóveis com determinadas especificações e localização. Essa divulgação daria prazo para que proprietários de imóveis que atendam ou venham a atender às especificações da Prefeitura, pudessem fazer proposta de preço para locação do imóvel para o Poder Público.

O chamamento público, é certo, traria critérios objetivos para a escolha das melhores propostas para Prefeitura, levando em conta localização, atendimento às especificações e preço.

Essa segunda hipótese, com a devida motivação, possibilita locação com dispensa de licitação, nos termos do já citado artigo 24, X, da Lei 8.666/93, vez que cumpriria os requisitos de específica *instalação* e específica *localização*.

É importante ressaltar que, para cada locação em que se pretenda contratar com dispensa de licitação, será necessário cumprir o disposto no art. 12 do Decreto Municipal 44.279/03, *in verbis*:

> "Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço."

Ademais, nessa segunda possibilidade, caberia à Administração analisar e motivar se é o caso de firmar locação com prazo superior a cinco anos, vez que não há imperativo de ordem econômica que imponha tal prazo, apesar da possibilidade jurídica de contratos de locação terem prazo superior aos cinco anos previstos na Lei 8.666/93.

Em suma, nossa resposta ao segundo quesito é no sentido de que não é possível contratar sem procedimento licitatório locação com construção por encomenda, ao passo que é possível contratar sem licitação locações (simples) de imóveis que atendem ou venham a atender especificamente às necessidades da Prefeitura, desde que, após divulgação pública da intenção da Prefeitura em realizar esse tipo de contrato, a locação se justifique em função das especificidades dos equipamentos e da localização do imóvel.

Capítulo 3 – Possibilidade de o interessado em participar do projeto obter recursos no mercado financeiro e de capitais.

A consulta indaga ainda se a Administração Municipal poderia, em tal procedimento administrativo, possibilitar que o investidor, para participar do projeto, obtenha no mercado financeiro e de capitais recursos para adquirir o terreno e construir a edificação.

Nada impede que isso seja feito. Uma vez que o interessado demonstre ter qualificação financeira, nada impede que obtenha, no mercado financeiro ou de capitais recursos para adquirir o terreno e construir a edificação.

No entanto, é importante ressaltar que a Municipalidade não pode correr o risco de o interessado (futuro locador) perder o imóvel, eventualmente dado em garantia, com conseqüente extinção do contrato de locação.

Nesse sentido, é fundamental que o imóvel a ser locado venha a ser registrado em cartório como de propriedade livre e desembaraçada do locador, e que o contrato de locação com o Poder Público tenha cláusula de vigência em caso de alienação ou de perda em virtude do oferecimento de garantia real, e esteja averbado à matricula do imóvel (art. 8º da Lei 8.245/91).

Eventual entrega do imóvel em garantia de captação de recursos só poderá ser feita após a averbação acima mencionada e com a ressalva de que a cláusula de vigência fica preservada em favor do Poder Público mesmo em relação ao credor hipotecário e à eventual arrematante da coisa em juízo, invocando-se, inclusive, o princípio da boa-fé objetiva.

Dessa forma, nossa opinião é no sentido de que captação de recursos, pelo interessado, no mercado financeiro e de capitais é possível, desde que haja cláusula de vigência averbada em cartório, inclusive diante de garantia real futura.

Capítulo 4 – Possibilidade de securitização e relação do projeto com o instituto da PPP.

A consulta questiona também se a Administração poderia permitir ao investidor, por si ou por terceiros, realizar operação de securitização dos alugueres e da eventual indenização devida em função de possível rescisão antecipada do contrato pelo locatário, com a conseqüente emissão de títulos mobiliários, tais como debêntures, Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) ou quaisquer outros aplicáveis ao caso, situação em que a Prefeitura se obrigaria, sempre que necessário, comparecer e anuir no processo de securitização, assim como oferecer as informações e documentos necessários para comprovar sua condição formal e financeira.

Ainda relativo a esse questionamento a consulta indaga se a securitização do contrato, caso possível, não poderia ser tomada como uma formula semelhante a de uma PPP (parceira público-privada).

Quanto à semelhança entre o procedimento de securitização no âmbito do contrato ora analisado e a PPP, nossa opinião é a de que os dois procedimentos não se confundem.

O modelo ora analisado não se confunde com uma **concessão** (art. 2º da Lei 11.079/04), própria da PPP. Ademais, a PPP tem por característica fundamental o oferecimento de **garantia especial**, por parte da Administração Pública, como vinculação de receitas, seguro-garantia, e fundo ou empresa estatal garantidores (art. 8º da lei), o que não acontece no caso em tela.

A securitização é diferente. Nela, a Administração Municipal não assume obrigações adicionais em relação aos investidores que emprestarem dinheiro à empresa que assinar o contrato de locação com o Poder Público.

A operação de securitização imobiliária, no caso presente, deverá ter o seguinte trâmite. A Administração Municipal celebrará contrato de locação com o (s) vencedor (es) do certame licitatório. Esse contrato de locação gerará, para o vencedor do certame, doravante denominado Locador, créditos ou *recebíveis*. De posse do contrato de locação o Locador venderá os direitos creditórios referentes ao contrato de locação a um Fundo de Investimento. O Fundo de Investimento assumirá esses créditos e os cobrará. O Locador receberá o dinheiro da venda de recebíveis e utilizará para a construção do imóvel. A garantia subjacente (em favor do Fundo de Investimento) não é uma garantia especial prestada pela Administração Municipal a ele (Fundo). A garantia que o fundo recebe é tão somente os Ativos decorrentes do crédito locatício existente perante a Fazenda Pública.

Em outras palavras, a Administração Pública não terá que prestar garantias adicionais ao Fundo de Investimento que viabilizou a securitização. Não terá que emitir, avalisar ou fazer o aceite de títulos. A Administração Municipal simplesmente deverá cumprir com sua parte no contrato de locação e, conseqüentemente, o Fundo Investidor, cessionário dos créditos do Locador, será compensando e remunerado.

Na verdade, o sucesso dessa operação toda depende muito da qualidade do crédito da Administração Municipal no mercado. Como esta não terá de apresentar garantia adicional (fiduciária ou real), os juros a serem praticados pelo Fundo de Investimento (que fatalmente se refletirão no contrato de locação) dependerão da avaliação e classificação do risco que a Municipalidade oferece no pagamento de suas obrigações (*rating*).

Ante o exposto, nossa opinião é a de que, desde que a Municipalidade não tenha que oferecer garantias adicionais aos Fundos de Investimento, o que importa também em não emitir, avalisar ou fazer aceite de títulos, e que o setor técnico classifique a avaliação e a classificação do risco da Municipalidade como compatíveis com os conseqüentes juros decorrentes da operação (compatíveis em termos de economicidade), a securitização dos

alugueres e da eventual indenização devida em função de possível rescisão antecipada do contrato pelo locatário, é possível juridicamente.

Capítulo 5 – Possibilidade de utilização de arrendamento mercantil.

O último questionamento indaga sobre se a operação de locação com opção de compra seria uma opção viável para o caso. O consulente pergunta também se a operação caracterizaria operação de crédito, mesmo no caso da opção de compra ser exercida somente ao final do contrato.

Em primeiro lugar é bom ressaltar que a opção pelo leasing segue a mesma sorte da opção pela locação quanto à aplicabilidade, no que couber, da Lei 8.666/93. Isso porque esse tipo de contrato é regido predominantemente pelo regime privado, aplicando-se a regra inserta no art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93.

Essa premissa faz com que a **primeira questão** (quanto ao prazo máximo da locação) tenha a mesma resposta se considerarmos a operação de leasing, ou seja, é possível que o contrato seja superior a 5 anos desde que esse prazo seja necessário tecnicamente para atender aos seus objetivos econômicos do arrendamento, e desde que seja realizado certame licitatório (**segunda questão**), por também não incidir hipótese de contratação direta.

Nada impede, também, que o interessado na operação promova captação de recursos no mercado financeiro e de capitais, desde que eventual garantia a ser dada preserve a continuidade por inteiro do contrato de arrendamento com a Administração (**terceira questão**). Todavia, como o arrendamento mercantil de imóveis não sofre a incidência da Lei de Locações de Imóveis (art. 37 da Lei 9.514/97), é necessária a instituição de ônus real na coisa arrendada (no caso, a instituição de uma servidão), garantindo-se a manutenção da Administração Municipal no imóvel, mesmo que haja alienação da coisa arrendada.

Quanto à possibilidade de securitização (**quarta e quinta questões**), nossa opinião é a de que, desde que a Municipalidade não tenha

que oferecer garantias adicionais aos Fundos de Investimento e que o setor técnico classifique a avaliação e a classificação do risco da Municipalidade como compatíveis com os conseqüentes juros decorrentes da operação (compatíveis em termos de economicidade), a securitização dos alugueres e da eventual indenização devida em função de possível rescisão antecipada do contrato pelo arrendatário, é possível juridicamente. Só não é possível a securitização da opção de compra, pois essa é uma faculdade da Administração.

A opção pelo leasing deve ser avaliada em termos econômicos, pois ela, diferente da locação, admite reajuste mensal (desde que convencionado pelas partes), para arrendamentos com prazos superiores a 36 meses, não se aplicando a proibição da Lei do Plano Real. O reajuste é permitido pelo art. 46 da Lei 10.931/04 (Lei do Patrimônio de Afetação).

Ademais, para que se exercite a opção de compra, deve-se verificar desde logo o valor de mercado do bem, permitindo-se o cômputo da amortização mensal do capital e da taxa de remuneração pelo leasing.

Outro ponto que deve ser analisado é se o leasing pode ser considerado uma **operação de crédito**. Se sim, há necessidade de cumprimento das normas estabelecidas pelo Senado Federal, além de autorização do Ministério da Fazenda, segundo o procedimento estabelecido na Portaria n. 115, de 11 de março de 2008, da Secretaria do Tesouro Nacional.

A Resolução n. 43/01, do Senado Federal, traz definição de operação de crédito. Confira:

> "Art. 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, **arrendamento mercantil** e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

Parágrafo único. Equiparam-se a operações de crédito:

I - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;

II - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de títulos de crédito;

III - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços." (g.n.)

Diante do texto da resolução, não há dúvida de que se está diante de uma operação, que, pelo menos para efeito de aprovação do Senado, é considerada uma operação de crédito, devendo prevalecer a presunção de legitimidade e de constitucionalidade de que se reveste a norma.

Dessa forma, apesar de não haver proibição jurídica ao enquadramento do arrendamento mercantil à ação pretendida pela Administração Municipal, o instituto, para ser utilizado, reclama obediência às normas de direito financeiro aplicáveis às operações de crédito, respeitando-se o disposto nas Resoluções 40/01 e 43/01 do Senado Federal, bem como na Portaria 115/08 da STN, o que pode inviabilizar a utilização do leasing no caso presente.

Capítulo 6 – Outras possibilidades.

Com o intuito de colaborar na decisão quanto à melhor alternativa para o desenvolvimento do projeto de implantação de grande número de creches na Cidade de São Paulo, passemos à análise de outras alternativas possíveis, alternativas essas que podem ser complementares entre si, ou com as alternativas já enunciadas neste parecer.

Não contemplaremos a possibilidade de o projeto se viabilizar por uma parceria público-privada, vez que, no momento, essa alternativa está sob avaliação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

6.1. Implantação do projeto em terreno municipal (já pertencente ao município ou a ser desapropriado), com construção financiada com recursos públicos.

Essa possibilidade não encontra óbices jurídicos. A dificuldade na sua implementação é de ordem financeira. A sua lembrança neste parecer é, a princípio, apenas para fins de organização de idéias, já que se trata de alternativa que, ao que tudo indica, não seria factível, no plano financeiro, para atender à demanda estimada pela Prefeitura. De qualquer forma, a alternativa pode ser interessante para atender certas regiões da cidade, em que outras possibilidades podem ser inviáveis. Ou seja, a possibilidade ora aventada pode ser de ordem complementar às outras já enunciadas ou a serem enunciadas neste parecer.

6.2. Implantação do projeto em terreno municipal (já pertencente ao município ou a ser desapropriado), com construção financiada com recursos privados.

Essa possibilidade importa em a Municipalidade fazer a cessão de imóvel de sua propriedade a investidor que aceite fazer a obra, cobrando remuneração futura.

Para que o empreendedor tenha a garantia de remuneração pelo investimento feito, o instrumento adequado para a cessão seria a concessão administrativa, que, como se sabe tem natureza contratual, e não precária.

Essa alternativa demandaria autorização legislativa e licitação na modalidade concorrência (art. 114, § 1º, da Lei Orgânica Municipal -- LOM)[2],

[2] "Art. 114 – Os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir.

licitação esta que não poderia ser dispensada em virtude de o investidor ter fins lucrativos (art. 114, § 2º e 3º, da LOM).

No plano formal, essas seriam as providências a serem tomadas.

No plano do direito material, todavia, a alternativa encontra sério problema de legalidade. Isso porque, ainda que se justifique que há interesse público em fazer esse tipo de cessão ao investidor, o fato é que este, por não ser proprietário da coisa, não poderia ser considerado locador desta para a Prefeitura. Isso porque, caso o Poder Público pagasse a obra em concomitância com a sua realização, o contrato seria de *empreitada*. E caso o Poder Público remunerasse o investidor por longo período de tempo, estaríamos diante de verdadeira *operação de crédito* (art. 3º da Resolução 43/01 do Senado Federal), com todas as conseqüências de Direito Financeiro, advindas da celebração de operação dessa natureza.

Em suma, a presente possibilidade reclama autorização legislativa, licitação e respeito às normas financeiras aplicáveis às operações de crédito.

6.3. Implantação do projeto em parceria com escolas particulares sem fins lucrativos e com ociosidade de vagas.

Essa possibilidade implica em a Prefeitura usar a estrutura de escolas particulares sem fins lucrativos, que tenham ociosidade de vagas.

A hipótese não reclama, a princípio, realização de procedimento licitatório. Isso porque a competição seria inviável (art. 25 da Lei 8.666/93), já que competiria às famílias escolher, dentre as entidades que aceitarem o

---

§ 1° A concessão administrativa de bens públicos depende de autorização legislativa e concorrência e será fomalizada mediante contrato, sob pena de nulidade do ato.

§ 2° A concorrência a que se refere o § 1° será dispensada quando o uso se destinar a concessionárias de serviço público, entidades assistenciais ou filantrópicas ou quando houver interesse público ou social devidamente justificado.

§ 3° Considera-se de interesse social a prestação de serviços, exercida sem fins lucrativos, voltados ao atendimento das necessidades básicas da população em saúde, educação, cultura, entidades carnavalescas, esportes, entidades religiosas e segurança pública."

programa e preencherem os requisitos legais, a melhor creche para seus filhos, inclusive levando em conta a localização da entidade.

É importante ressaltar que, caso essa possibilidade se operacionalize mediante a celebração de convênio que obedeça às disposições do Decreto Federal 6.253/07, a Municipalidade receberá recursos adicionais do FUNDEB, para fazer frente à despesa, o que mantém o interesse na iniciativa.

De qualquer forma, é bom ressaltar que os recursos do FUNDEB são bem maiores quando a oferta de vaga é feita pela rede direta do Município ou quando é ofertada pela rede indireta, mas com a utilização de servidores públicos (vide art. 9º do Decreto 6.253/07 e Resolução n. 1º de 27/03/08, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, do Ministério da Educação).

Enfim, fica a lembrança da possibilidade jurídica da realização de mais convênios com entidades sem fins lucrativos que tenham possibilidade de atendimento.

6.4. Implantação do projeto em parceria com escolas particulares sem fins lucrativos e sem ociosidade de vagas, mas com capacidade de captar recursos para expansão, inclusive em outras áreas da cidade.

Essa possibilidade implicaria ou na utilização da legislação atual para convênios ou na utilização de uma legislação com disposições semelhantes às da Lei 14.132/06 (Lei Municipal das Organizações Sociais). Esta lei não poderia ser utilizada, pois, atualmente, só se aplica às áreas de saúde, esportes, lazer e recreação (art. 1º)[3].

A Prefeitura entraria com os recursos para o custeio geral da entidade, inclusive para o custeio de despesa equivalente ao **valor locatício de mercado do imóvel**, a fim de que a entidade fizesse frente ao financiamento

[3] "Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas às áreas de saúde e de esportes, lazer e recreação, atendidos os requisitos previstos nesta lei."

que eventualmente tomasse no mercado financeiro, para expansão de seus equipamentos.

Desde que a Prefeitura não tivesse que dar garantia adicional ao financiador do projeto e que não tivesse que arcar com quantia equivalente aos juros do empréstimo feito pela entidade, mas que arcasse apenas com quantia equivalente ao valor de mercado do aluguel do imóvel, não haveria impedimento legal à que fosse feito um convênio com a entidade, para atendimento futuro de demanda estipulada pelas partes.

A dificuldade da medida estaria ligada a necessidade de a entidade ter real capacidade de captar recurso no mercado financeiro, mormente se considerarmos que os recebíveis que a entidade daria em garantia às instituições financeiras estariam estipulados em mero convênio, que, como se sabe, pode ser revogado a qualquer tempo.

6.5. Implantação do projeto em parceria com escolas particulares com fins lucrativos e com ociosidade de vagas.

Nesse caso, a Prefeitura poderia criar uma espécie de bolsa-creche, credenciando escolas particulares para participar do programa. A criação do auxílio deverá ser feita por lei, que também estabeleceria os requisitos para o credenciamento.

Tudo indica que as escolas com ociosidade aceitariam participar do projeto, já que a necessidade de preencher vagas ociosas em escolas costuma ser um imperativo econômico para a própria continuidade das atividades do estabelecimento educacional, mormente na atual crise pela qual passa não só a economia como um todo, mas também o setor educacional, no qual se vê escolas tradicionais em dificuldade financeira ou até fechando suas portas.

Ademais, o valor *per capita* que a Prefeitura vem pagando para as entidades conveniadas parece-nos bem atrativo. Só para se ter idéia, a Prefeitura paga, por mês, R$ 265 (mais R$ 82,50, em caso de criança em fase

de berçário) para entidades que tenham até 60 crianças em situação de creche ou educação infantil (vide a Portaria SME n. 3.967, de 24/09/08).

Como em todas as possibilidades aventadas, há nessa também alguns desafios a serem superados, como, por exemplo, a chance de que muitos pais, que hoje pagam a creche de seus filhos, busquem também o auxílio, o que poderia inviabilizar economicamente o projeto.

Além disso, a Prefeitura não teria direito de receber dinheiro do FUNDEB para fazer frente a essa iniciativa, vez que esse recurso só é destinado aos Municípios que atuem diretamente ou mediante entidade sem fins lucrativos conveniada, no oferecimento de creche e pré-escola (art. 12 do Decreto Federal 6.253/07).

De qualquer forma, há campo jurídico para criação de um programa de bolsa-creche, a ser pago, por exemplo, diretamente para a instituição credenciada.

6.6. Implantação do projeto em parceria com escolas particulares com fins lucrativos sem ociosidade de vagas, mas com capacidade de captar recursos para expansão, inclusive em outra áreas da cidade.

Essa hipótese só seria admissível se fosse feita nos moldes da hipótese anterior (item 6.5), ou seja, com estipulação de bolsa-creche para utilização junto à instituição.

Qualquer outra tentativa de parceria entre a Prefeitura e a escola privada – por exemplo, uma parceria para a *construção de equipamento* novo e *prestação de serviços* educacionais –, envolveria um contrato típico de parceria público-privada, instituto cuja aplicação no caso está sob análise do Tribunal de Contas do Município, como se viu.

6.7. Implantação do projeto em parceria com empresas que tenham a obrigação legal de oferecer creche aos dependentes de seus

empregados, bem como com entidades do Sistema "S" e sindicatos.

Como dissemos no início deste capítulo, as possibilidades ora aventadas possivelmente não tem o condão de resolver o problema como um todo, mas podem ser tomadas como ações complementares, com vistas à resolução do déficit no número de vagas em creches oferecidas direta ou indiretamente pela Prefeitura.

Empregadores, sindicatos e entidades do Sistema "S" têm deveres jurídicos nesse setor e podem ser chamados a colaborar com a Prefeitura.

A Constituição Federal prevê como direito do trabalhador "assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas" (art. 7º, XXV – com a redação determinada pela EC 53/06).

A CLT, por sua vez, estabelece o dever de o empregador dar esse tipo de assistência no período de amamentação (estipulado na lei em 6 meses), quando na empresa trabalharem mais de 30 mulheres (art. 389, § 1º, da CLT).

A mesma CLT, em seu art. 397, determina que entidades do Sistema "S" também mantenham ou subvencionem escolas infantis. Confira:

> "Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas."

Ainda a CLT, em seu art. 592, estabelece que a contribuição sindical será destinada, pelos sindicatos de empregador, de empregado e de autônomos, dentre outras atividades, para a instituição de creches (incisos I, II, III e IV, todos na alínea "g").

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498)

04/02/09

Enfim, apesar das dificuldades operacionais e da atuação que a Secretaria Municipal de Educação já fez nesse sentido, é sempre bom lembrar que outros co-responsáveis podem ser chamados a participar da solução do problema, ainda que oferecendo tão somente **espaços** em suas instalações.

Conclusão.

Essas são, então, nossas respostas às indagações formuladas, ficando também desde já registrado que a ação pretendida pela Administração Municipal deve se ater, também, às disposições de natureza financeira e orçamentária, tais como previsão orçamentária e respeito às disposições pertinentes estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

À consideração superior.

São Paulo, 04 de fevereiro 2009.

Wander Garcia
Procurador Assessor - AJC
OAB/SP 180.077
PGM

De acordo.

LEA REGINA CAFFARO TERRA
Procuradora Assessora Chefe – AJC
OAB/SP 53.274
PGM

PREFEITURA DA CIDADE DE SÃO PAULO

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de Informação nº 25

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498)

04/02/09

AGPP - RF 503.590.2-00
PGM-AJC

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Educação.

ASSUNTO : Solicitação de análise sobre o procedimento, a ser formalizado pela Secretaria Municipal de Educação, visando à celebração de contratos de locação de imóvel com construção por encomenda, em terreno particular, para implantação de creches pela Municipalidade.

Cont. da informação nº 193/2009 - PGM-AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho.

No que concerne à "possibilidade de contratação direta, com utilização de chamamento público", analisada às fls. 6/10, parece-me necessário um acréscimo elucidativo.

A modalidade negocial proposta pela Secretaria Municipal da Educação parece guardar proximidade com a "PPP" originalmente concebida, no que toca à remuneração do particular disposto a investir na construção dos prédios destinados às creches municipais.

Se o objeto da convocação for a "locação com construção por encomenda" de imóveis indeterminados, é possível que os interessados sejam tentados a apresentar remuneração desatrelada dos componentes econômicos que regulam o valor do aluguel, remuneração típica das locações, nele incorporando o resgate de seus investimentos. A título de exemplo, o custo de aquisição do imóvel, de eventual demolição, da construção

Do ofício nº 084/09 – SME.GAB (TID 3771498) 04/02/09

segundo os parâmetros estabelecidos pelo Município e até do custo financeiro da operação de securitização.

Neste caso, o valor resultante poderá discrepar daqueles elementos que compõem a remuneração da locação, que raramente leva em conta tais "insumos", e se prende a outros critérios, como localização do imóvel, área e padrão da construção, oferta e procura etc.

Daí a preocupação com a contratação direta, em negócio jurídico que pode se afastar da tipicidade da locação, em virtude da composição econômica do preço da remuneração, próxima da modalidade original da "PPP".

O chamamento poderá ser admitido, caso a intenção seja a de realização de locação, com aluguel a ser calculado de acordo com os critérios econômicos que lhes são inerentes, e na forma exigida pela legislação municipal. Neste caso, desde que os "insumos" acima referidos não tenham relevância na composição do preço, não há impedimento algum para que se proceda à convocação da locação de imóveis indeterminados, com acessões erguidas de acordo com parâmetros preestabelecidos pelo Município, observadas as outras conclusões do parecer relativas ao prazo e à operação de sucuritização.

São Paulo, 4 / 2 /2009.

CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM

PREFEITURA DA CIDADE DE SÃO PAULO

Folha de informação n.º 27

Do Ofício n.º 084/2009 – SME-G

(TID 3771498

em 06 FEV 2009 (a) IRANY GOMES AGPP ATJ/SNJ-G

INTERESSADA: **SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO - SME**

ASSUNTO: Solicitação de análise sobre o procedimento a ser formalizado pela Secretaria Municipal de Educação, visando à celebração de contratos de locação de imóvel com construção por encomenda, em terreno particular, para implantação de creches pela Municipalidade.

Informação n.º 0448/2009-SNJ.G.

11 0193/09 - PGM/ASC

PGM.G.
Senhor Procurador Geral

Em devolução, para complementar a instrução do presente com indicação de precedentes, bem como o desenvolvimento da solução apontada no parecer retro, sobre a figura do chamamento.

São Paulo, 06 FEV 2009

CLAUDIO LEMBO
Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos
SNJ.G.

MFRMTM/eis.3

11.333