



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2023.0000445167

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009489-02.2020.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que são apelantes/apelados ---, --- e ---

---, são apelados ---e ---EMPREENDEIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA. e Apelado/Apelante MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA DE ATIBAIA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos dos Réus e julgaram prejudicado o dos autores. V.U. - Sustentaram o Dr. Lucas Scardino Fries, OAB: 331.068/SP; o Dr. Marco Aurélio Andrade de Jesus, OAB: 200877/SP; o Dr. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, OAB: 130623/SP; e o Dr. Diogo Albaneze Gomes Ribeiro, OAB: 272.428/SP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), CAMARGO PEREIRA E ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

MARREY UINT

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº

1009489-

02.2020.8.26.0048

Aptes/Apdos: ---, --- e --- --- Apelados: ---e ---Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda.

Apelado/Apelante: Município da Estância de Atibaia

Comarca: Atibaia

Voto nº 46.072

Apelação - Ação Popular por meio da qual se pretende obter a nulidade do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso nº 075/20, em razão de ato lesivo ao patrimônio público consubstanciada em contratação antieconômica - Contrato de Locação de Ativos Precedida de Concessão de Direito Real de Uso de Bem Público para construção de hospital público - Modalidade de contratação "built to suit" - Irregularidades não demonstradas - A locação sob encomenda ou 'built to suit' é uma modalidade de contratação de longo prazo em que o bem é construído ou remodelado de acordo com a vontade e necessidade do locatário - Essa forma de contratação mostra-se vantajosa para a Administração, pois retira do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Poder Público os custos com financiamento e implantação do projeto, repassando-os para o particular contratado, que, por sua vez, se remunera e amortiza seus investimentos com a posterior locação do ativo implantado à Administração - Findo o contrato, a propriedade do bem será revertida ao patrimônio da Administração contratante - Laudo pericial que afasta a alegação de dano ao Erário - A limitação do valor mensal da locação ao máximo de 1% (um por cento) do valor do bem locado, previsto no §3º do art. 47-A da Lei nº da Lei nº 12.462/2011, é inaplicável quando há reversão da propriedade à Locatária. - Valor do aluguel que não pode ser tratado como um aluguel tradicional, uma vez que possui elementos especiais na sua composição justamente porque abrange o pagamento pelo uso do espaço, pela promoção de obras e pelo investimento realizado pela parte contratada. - Doutrina e jurisprudência pacíficas quanto ao tema aqui tratado - Sentença de procedência reformada - Recursos dos Réus provido, e prejudicado o da parte autora.

Trata-se de ação popular ajuizada por ---, ---

e ----- em face de SAULO PEDROSO DE SOUZA,
 ATIBAIA SAÚDE

2

EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., além do MUNICÍPIO DE ATIBAIA, em que se pretende a nulidade do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso nº 075/20, em razão de ato lesivo ao patrimônio público consubstanciada em contratação antieconômica.

Para tanto, alegam, em síntese: i) ausência de comprovação das vantagens do modelo de contratação escolhido pelo ente público contratante para construção do Hospital Municipal de Atibaia; ii) Não atendimento ao limite de 1% do valor do bem locado, estipulado pelo §3º, do artigo 47-A, da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), na contraprestação mensal paga pela Municipalidade à empresa contratada.

Narram que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo emitiu parecer informando a possibilidade de ato contrário ao interesse público e lesivo ao patrimônio municipal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Argumentam que a Municipalidade contratante não demonstrou a vantajosidade do negócio jurídico firmado.

Laudo pericial contábil (fls. 4054/4106, ao que prestou esclarecimentos o perito (fls. 4218/4226).

Conforme a r. sentença de fls. 4380/4396, integrada às fls. 4426/4430, prolatada pelo mm. Juiz José Augusto Nardy Marzagão, o pedido foi julgado procedente, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para declarar nulo o Termo de Contrato de Concessão de Direito Real de Uso nº 075/2020, oriundo da Concorrência Pública nº 10/2019.

Ficou consignada a sucumbência dos Requeridos, que foram condenados no pagamento de custas e despesas processuais, dentre os quais os honorários periciais estimados às fls. 3.783/3.784, além dos honorários sucumbenciais aos

3

patronos da Autora, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Os autores apresentaram recurso de apelação (fls. 4437/4446) pugnando pela reforma parcial da sentença no tocante à correção de ofício do valor da causa decretada pelo Magistrado de 1º Grau, bem como para que seja declarada a nulidade de todos os contratos vinculados à construção do hospital municipal e a condenação dos Requeridos ao pagamento de perdas e danos.

Contrarrazões às fls. 4587/4594.

Por seu turno, recorre a ---

Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda., argumentando que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não verificou irregularidades a justificar a sua intervenção. Aduz que a perícia judicial reconheceu a vantajosidade do contrato. Acrescenta que ao contrato entabulado entre as partes não se aplica o artigo 47-A, da Lei do RDC, na medida



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em que o bem objeto da contratação será necessariamente revertido à Municipalidade. Defende que a sentença adentrou no mérito do ato administrativo para intervir nas opções de contratação do gestor público sem que fosse demonstrada qualquer ilegalidade ou abusividade.

Subsidiariamente, pede o reconhecimento da necessidade de se viabilizar a regularização proporcional e equânime do contrato, nos termos do artigo 21, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LIDBB (fls. 4539/4565).

O Município de Atibaia também recorre às fls. 4451/4494. Insiste que houve comparação entre o modelo adotado e o de parceria público privada. Discorre que o ato administrativo questionado não é contrário ao interesse público, já que foi precedida de licitação, baseada nos estudos financeiros colhidos com o Procedimento de Manifestação de Interesse PMI,

4

na planilha de custos da obra e em conformidade com manifestação lançada por comissão formada para emitir parecer sobre a licitação. Aponta que a vantajosidade do contrato em questão foi ratificada pela FIPE (fls. 3394/3489 e 3686/3721) e pelo laudo pericial acostado às fls. 4054/4106. Ressalta que a construção do hospital municipal está em consonância com o Termo de Ajustamento de Conduta TAC firmando com o Ministério Público.

--- apresentou recurso

de apelação pugnando pela reforma da sentença. Sustenta que a economicidade e a vantajosidade do contrato em questão foram comprovadas pela perícia técnica judicial. Insiste que o controle dos atos administrativos pela via judicial deve se restringir aos aspectos da legalidade do ato (fls. 4505/4534).

Os Requeridos ofereceram contrarrazões às fls. 4568/4586, 4587/4594 e 4595/4608.

Houve oposição ao julgamento virtual.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos dos Réus (fls. 4624/4632).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

Colhe-se da petição inicial que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo procedeu à análise do Edital de Concorrência Pública 10/2019 para Locação de Ativos precedida de concessão de direito real de uso de bem público para a construção do Hospital Municipal de Atibaia, informando a possibilidade de ato manifestamente contrário ao interesse público e lesivo ao erário municipal.

Diante de tal cenário, defende a parte

5

autora que houve violação aos princípios administrativos de ordem constitucional, dentre os quais se destacam publicidade, legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade pública e eficiência. Ressaltou, ainda, que a Municipalidade entabulou contrato nos moldes propostos sem demonstrar as vantagens do negócio jurídico firmado.

Pois bem.

A ação popular foi a primeira que surgiu no direito brasileiro com características que a distinguem das demais ações judiciais, pois, nestas, a parte autora pleiteia a prestação jurisdicional para defesa de um direito subjetivo próprio, sob pena de ser julgado carecedor da ação, por falta de interesse de agir.

Na ação popular o autor requer a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica no controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a constituição quis proteger (DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005).

Os atos atacáveis por via da ação popular se classificam em atos nulos, quando lesivos ao patrimônio ou quando praticados ou celebrados sem observância legal.

A orientação do C. Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido de que a procedência da ação popular pressupõe nítida configuração da existência dos requisitos da ilegalidade e da lesividade (STJ, Resp 199900929411 - (234388 SP) -

6

2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 1º-8-2005 - p. 00373).

Feitas estas considerações, salienta-se inicialmente que a opção governamental pela modalidade contratual de locação de ativos, ao invés da contratação de obra pública pelo regime de empreitada, não caracteriza lesividade ou ilegalidade ao patrimônio público, haja vista que compete ao governante, levando em conta o juízo de conveniência e oportunidade, e observando a legalidade, efetivar as políticas públicas da forma que sob sua ótica melhor realizem os fins perseguidos pela Administração.

Com efeito, foi publicado edital de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

chamamento público nº 02/18 Procedimento da Manifestação de Interesse PMI, para apresentação de projetos para construção de um hospital municipal, na modalidade de contratação com locação de ativos "built to suit" (fls. 561 e seguintes).

Deste chamamento manifestaram interesse as empresas em consórcio Zetta Infraestrutura e Participações S.A. e Heca Comércio e Construção Ltda., que apresentaram os respectivos estudos técnicos (fls. 964 e seguintes).

Em 21.05.2019, a Comissão Especial de Avaliação e Acompanhamento das propostas do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI deliberou pela aprovação dos projetos na íntegra, prosseguindo-se os atos administrativos para consecução do procedimento licitatório (fls. 1056/1057), o qual não sofreu qualquer impugnação, originando o Edital de Concorrência Pública nº 10/2019 (fls. 226/361).

7

O aludido procedimento licitatório foi autorizado pela Lei Municipal nº 4.652 de 29 de janeiro de 2019, que permitiu o Poder Executivo Municipal contratar a Locação de Ativos, precedida de Concessão de direito de Uso de Bem Público, sendo certo que a esse respeito também não houve qualquer contrariedade.

Temos, pois, que o objeto contratado implica a construção, em terreno público, de um hospital nos moldes constantes do Edital da Concorrência Pública nº 10/2019 (fls. 226/361), o qual, depois de pronto, será dado em locação ao Município de Atibaia pelo prazo de 28 anos e meio, e ao término do período será revertido à Administração Pública. O valor da locação convencionado é de R\$450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

reais) por mês. Trata-se de contrato típico “built to suit”, não havendo qualquer restrição legal que impeça o Poder Público de utilizá-lo.

Conforme explica Edite Hupsel, o contrato “built to suit”, também chamado de “locação sob encomenda” ou “locação sob medida”, é um contrato em que “o locatário se compromete a alugar, por um longo e determinado prazo, um imóvel produzido ou reformado por terceiros de acordo com as suas necessidades e atendendo a especificações preestabelecidas pelo futuro inquilino” (HUPSEL, Edite. Imóvel para instalação de serviço público: soluções legais princípios a serem preservados na escolha da solução adequada. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 77-86, jul./set. 2017).

O Tribunal de Contas da União também define o instituto na mesma linha (TCU. Acórdão nº 2219/2018Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19/09/2018:

“29. Operações de locação sob medida (built to suit) trata-se de uma modalidade específica de

8

locação de imóveis, de longo prazo, onde esses são construídos, ou substancialmente reformados, pelo futuro locador segundo necessidades específicas requeridas pelo futuro locatário. 30. Nesse tipo de contratação o locador é remunerado não somente pelo simples aluguel do imóvel, mas também pelos gastos incorridos com sua adaptação ou construção. Por conseguinte, o valor contratual dessa operação tende a ser maior que o valor de um aluguel de mercado”

Indo além, a locação sob encomenda ou “built to suit” é uma modalidade de contrato utilizado pela Administração Pública para contratações de longo prazo, pois mostra-se vantajosa, na medida em que retira do Poder Público os custos com financiamento e implantação do projeto, repassando-os para o particular contratado, que, por sua vez, se remunera e amortiza seus investimentos com a posterior locação do ativo implantado à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Administração. Findo o contrato, a propriedade do bem pode ser, e no caso será, revertida ao patrimônio da Administração contratante.

Nessa linha, ensina a melhor doutrina:

“A principal distinção entre a locação built-to-suit e a convencional é a de que o aluguel não remunera apenas o uso do imóvel pelo locatário, mas também o investimento do locador na personalização do imóvel ou a destinação de sua construção unicamente a um determinado inquilino. Sem embargo dessa diferenciação e da prevalência das condições livremente pactuadas no contrato de locação (pacta sunt servanda), aplicam-se as normas da lei 8.245/91 no que for cabível ao instituto built-to-suit¹.”

Vê-se, portanto, que o valor da locação deve remunerar não apenas a utilização do bem, mas também os investimentos feitos para o adequar às necessidades do locatário.

9

Logo, o valor do aluguel a ser pago deverá ser calculado e modelado com base na avaliação do bem, seu estado de conservação, custos para adaptações, investimentos previstos/necessários e o prazo para sua amortização, todos estes elementos indicados no artigo 51 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Aliás, sobre o valor da locação, Juliana Rubiniak de Araújo², leciona que: “a contratação de Built to Suit nada mais é do que a transcrição de uma equação financeira, em que as cláusulas, condições e valores negociados são resultado da relação investimentos x matriz de risco x rentabilidade buscada pela parte contratada”.

¹ ELIAS FILHO, Rubens Carmo; e ZANCHIM, Kleber. Contrato Sob Encomenda e Administração Pública. Fonte: Site Sabz. Disponível em: Acesso em: 24 mar 2023

² JULIANA RUBINIAK. Operações de Built To Suit - A Prática e Novas Tendências, Editora: Quartier Latin. Pág. 50



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

E acrescenta: ... *"não parece demais lembrar que a remuneração mensal no Built to Suit, não deveria ser interpretada como aluguel, mas sim, como parcela componente do valor total da contraprestação devida pela contratação do negócio, já que abrange o pagamento pelo uso do espaço, pela promoção de obras e pelo investimento realizado pela parte contratada."*

Verifica-se, dessa maneira, que a remuneração mensal dos contratos de BTS não é e não pode ser tratada como um aluguel tradicional, uma vez que possui elementos especiais na sua composição.

A decisão pela locação sob medida deve ser baseada em documentos que justifiquem tal opção contratual, incluindo a necessidade de se demonstrar que, comprovada a impossibilidade de suprir a demanda por outras formas, a utilização da locação sob encomenda mostra-se mais favorável economicamente do que outras alternativas para a satisfação da necessidade pública.

10

E sobre a questão constatou o perito contábil atuante nos autos:

"Portanto, no tocante aos aspectos financeiros, conclui-se que a escolha pela modalidade de parceria público privada pela locação de ativos é mais vantajosa para a Administração Pública do que a modalidade tradicional, já que essa última encarece os custos da construção do hospital de R\$ 1,0 a R\$11 milhões, além de a Contratante assumir todos os riscos vinculados à execução da construção, que, na locação de ativos, são integralmente absorvidos pelo ente privado." (fls. 4.075)

Nessa linha, concluiu a perícia:

"Considerando-se a decisão judicial de fls. 3772/3773 onde foi fixado como ponto



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

controvertido o “eventual risco de dano ao erário”; as respostas aos quesitos formulados pelas partes; estudos realizados por este Signatário de avaliação econômico-financeira e análise técnico-comparativa entre o CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ATIVOS encetado pela municipalidade e as demais opções de financiamento para construção do Hospital Público Municipal de Atibaia, disponíveis no mercado, conclui-se sob o aspecto exclusivamente financeiro, adotado à época pela Prefeitura do Município de Atibaia, era e continua sendo adequado e vantajoso para as condições de captação, disponibilidade de crédito, receitas/despesas futuras, transferência dos riscos envolvidos e responsabilidade com o erário público”. (fls. 4.105/4.106)

E ainda, afastou a alegação de que o valor resultante da somatória das parcelas a serem pagas pela Administração seria suficiente para a construção de quatro hospitais com as mesmas características:

“... é necessário aplicar o conceito do valor presente líquido e considerar a taxa de atratividade do município. Desta forma, o valor pago pelo município de Atibaia é de R\$ 38,5 milhões, recurso suficiente para construir apenas

11

um hospital com as mesmas características técnicas”. (fls. 4.075)

Não foi diversa a conclusão do estudo da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas FIPE em relação ao Contrato Administrativo de Locação de Ativos nº 026//2020, ao ressaltar, na análise do VFM (Value For Money), que os resultados são favoráveis, com base em elementos qualitativos e quantitativos, à opção contratual em comento:

“O VFM usa o critério de ajustar os fluxos de despesas das duas situações contratuais analisadas em termos de valor presente. Para o cálculo do valor presente, foi utilizada uma taxa de juros, no caso chamada de taxa de desconto. O conceito de taxa de juros é importante pois ajuda a esclarecer um equívoco no relatório do fiscal do TCE-SP. No relatório do TCE-SP, calcula-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

um total de gastos com a construção do hospital multiplicando-se os R\$ 450.000,00 pelos 28,5 anos restantes do contrato. Esses gastos totalizam um montante que, se dividido pelo valor nominal da obra, possibilitaria a construção de 4 hospitais. É assustador, mas é um equívoco. O dinheiro tem um custo no tempo. Se alguém adquire um bem, produto ou serviço, por exemplo, um carro, u apartamento, ou uma passagem de avião a prazo, irá pagar um preço maior do que o preço que seria pago à vista. A diferença entre o montante pago a prazo e o preço à vista dependerá do prazo para o pagamento e da taxa de juros contratada. Resumindo, se a Prefeitura tivesse condições financeiras para pagar o hospital assim que fosse terminada a construção, o preço seria praticamente o valor da obra, mas o longo prazo de amortização e a taxa de juros oneram o valor da obra. O prazo de pagamento de 28,5 anos, com taxa de juros que reflete o custo do capital empregado na construção, obviamente leva a um montante de pagamento que pode assustar aqueles não iniciados às regras de juros compostos.

O estudo ainda se propôs a analisar um aspecto, até certo ponto, desprezado, quando se aplica um instrumento de análise econômica como o

12

VFM. Esse aspecto é o impacto que a construção e a operação do hospital terão sobre a saúde da população de Atibaia. O hospital, antes de tudo, é uma obra que contribui para melhorar o nível de atendimento de saúde da população atibaiana. Ele ajuda a salvar vidas. Procurou-se então, avaliar no estudo quanto o hospital poderia contribuir em termos de redução da mortalidade em Atibaia. Além disso, à luz da teoria econômica do capital humano, estimou-se o valor econômico anual da redução de mortalidade. Com isso, é possível se estimar o custo do atraso na execução da obra em termos de vidas salvas e qual o custo para a sociedade caso essas vidas fossem perdidas. Chegou-se à conclusão de que o hospital em operação, com consequente atendimento à população, resultaria em 66 vidas salvas em um ano. O atraso em um mês resultaria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

em 5,5 vidas perdidas. Esses resultados são importantes, pois mostram que uma obra, como é o caso de um hospital, deve ser tratada de forma muito especial pelos agentes públicos responsáveis".

(fls. 3.478/3.479)

Na verdade, a avaliação econômico-financeira do contrato de locação de ativos em comento desenvolvido pela FIPE informa que o melhor modelo jurídico para a implementação do empreendimento é o BTS (p. 3.468/3479), como se lê:

"Portanto, concluiu-se que a escolha pela modalidade locação de ativos é mais vantajosa para a PEA (Prefeitura da Estância de Atibaia) do que a modalidade tradicional. Ou seja, estima-se que a PEA irá economizar, em valor presente, medido na moeda de novembro de 2019, R\$ 11,47 milhões ao optar pelo contrato de locação de ativos diferença entre R\$ 57,61 milhões e R\$ 46,14 milhões. Assim, o 'value for money' no caso da opção pelo modelo de locação de ativos é calculado, portanto, em R\$ 11,47 milhões

(...)

Portanto, os resultados indicam que, na perspectiva do Poder Concedente, o contrato de locação de ativos gerou um 'value for money' de

13

R\$ 11,47 milhões (= R\$ 57,61- R\$ 46,14) em moeda de novembro de 2019, ou seja, uma vantagem à PEA mensurada nesse montante. Além disso, pelo fato de praticamente eliminar os riscos de atrasos na entrega da obra, o contrato de locação de ativos contribui para salvar vidas. Um mês de atraso pode levar a 5 mortes de pessoas na cidade, em acréscimo à tendência média do número de mortes em Atibaia."

Sobre a limitação do valor mensal da locação ao máximo de 1% (um por cento) do valor do bem locado, previsto no §3º do art. 47-A da Lei nº da Lei nº 12.462/2011, imperioso destacar a diferença entre o valor do bem locado e o valor de construção da obra do hospital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No caso, o limite aqui tratado foi atendido pela Administração, na medida em que o valor de locação mensal de R\$ 450.000,00 é inferior a 1% (um por cento) de aluguel, tendo como base o custo total estimado da obra ao final³, em que se deve considerar a taxa de juros, por exemplo.

Na mesma linha, vale transcrever esclarecimento prestado pelo perito oficiante nos autos:

“Quesito 14.3. Considerando o valor do bem como sendo de R\$ 55.130.000,00 (cinquenta e cinco milhões, cento e trinta mil reais), o VML proposto pela Ré ---Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. é inferior a 1% do valor do bem? Caso negativo solicita-se justificar.

R: **Positiva é a resposta. Ressalte-se que, mesmo que o VML Valor Mensal de locação proposto pela Ré Atibaia Saúde**

Empreendimentos

Imobiliários SPE Ltda. fosse superior a 1% (um por cento) do valor do bem, smj esse limite não se aplica a contratos na modalidade locação de ativos (build-lease-transfer).” (fls. 4.100) (grifo nosso)

Aqui, mais uma vez, ressalta o perito:

Diante da verificação de que se trata de uma transação comercial tipo “locação de ativos”, em que há reversão do bem à Administração Pública, smj não aplica o percentual limite superior estabelecido em 1% (um por cento) do bem locado, como determina o art. 47-A, §3º, da Lei nº 12.462/2011 (RDC).” (fls. 4.106 g.n.)

Essa visão está também em consonância com

³ No caso, como já dito, a partir de uma análise quantitativa realizada pela FIPE, o estudo de vantagem econômica (“value for money”) das modalidades de contrato em disputa, estimou o custo de construção e manutenção estrutural da obra do contrato em questão, pelo prazo de 30 anos, em R\$ 46,14 milhões de reais, em valor presente, ao passo que, no tocante à modalidade tradicional de contratação, o empreendimento atingiria o valor de R\$ 57,61 milhões de reais. Assim, de acordo com a FIPE, além da economia de R\$ 11,47 milhões de reais, ao se optar pela modalidade contratual em questão, o limite de 1% previsto no §3º do art. 47-A da Lei nº da Lei nº 12.462/2011, também não deixaria de ser observado (fls. 3.468 e 3.476/3.477).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

o entendimento do TCU. Ao analisar a legalidade de um contrato “Built To Suit” celebrado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o Tribunal de Contas da União⁴ entendeu que o percentual máximo previsto no aludido dispositivo legal só teria aplicabilidade quando não houver previsão de reversão do bem para o poder público ao término do contrato:

“152. A propósito do tema, verifico, a partir dos números apresentados pela SeinfraUrbana à época da auditoria, que o valor do aluguel segundo o plano de negócios elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, de R\$ 38,293 milhões, equivalia a aproximadamente 1,42% do custo de construção (obras mais despesas acessórias relacionadas à instalação dos equipamentos), R\$ 2.695.005.652,58 (peça 276, p. 22-23).

153. **Não obstante, entendo que é razoável a interpretação da SeinfraUrbana e da Fiocruz/BioManguinhos de que o § 3º do art. 47-A da Lei 12.462/2011 somente se aplica aos BTS sem reversão final do bem.**

154. **Isso porque, nos casos de BTS com reversão do bem, parte do denominado valor da locação corresponde à amortização do imóvel construído, de modo que um maior percentual sobre o valor do bem locado, em verdade construído de forma financiada, não significa a**

⁴ ACÓRDÃO Nº 1928/2021 TCU PTenário

15

ocorrência de superfaturamento, mas sim uma maior amortização mensal, o que acarreta uma menor duração contratual.

155. Dito de outra forma, não há lógica em limitar o valor da amortização mensal do bem que será revertido à administração pública. Em minha visão, o Poder Público pode estipular as condições de financiamento que melhor lhe aprouver, segundo critérios econômicos racionais e sua capacidade de pagamento.”

(g.n.)

Sobre a questão merece referência o artigo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

da autoria do professor Vitor Soliano, do qual se transcreve o seguinte trecho⁴:

“Há, contudo, um elemento que se encontra expressamente fixado no artigo 47-A da lei do RDC e que não pode ser extraído do regime criado pela nova lei: o limite do valor mensal dos aluguéis. Entretanto, essa ausência não deve ser vista como um elemento limitador da possibilidade de celebração de contratos BTS pelo poder público. Não há nada nesse modelo contratual que exija, por essência, a limitação dos aluguéis a 1% do valor do imóvel. Essa foi uma opção contingente do legislador da Lei Federal nº 13.190/15, diploma que inseriu o artigo 47-A na lei do RDC. Além disso, a ausência de uma limitação geral e abstrata concede à Administração Pública um maior espaço para modelagem específica e concreta dos seus contratos BTS. Logo, o valor do aluguel a ser pago deverá ser calculado e modelado com base nos elementos indicados no artigo 51 da Lei Federal nº 14.133/21: avaliação do bem, seu estado de conservação, custos para adaptações, investimentos previstos/necessários e o prazo para sua amortização. A maior discricionariedade, contudo, deverá ser acompanhada com uma maior e mais densa motivação, assim como uma atenção ao espaço fiscal do órgão ou entidade contratante.

16

Assim, por exemplo, um prazo mais alargado pode diminuir o preço mensal do aluguel, mas aumentar os custos financeiros atrelados ao investimento e vice-versa. O custo-benefício deste trade-off deverá ser devidamente avaliado e demonstrado pela administração. Essa visão

⁴ Fonte: site Conjur. Disponível em:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

parece estar em consonância com o entendimento mais recente do Tribunal de Contas da União. Ao analisar a legalidade de um contrato BTS celebrado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o TCU entendeu que o percentual máximo previsto no artigo 47-A da lei do RDC só se aplica quando não houver previsão de reversão do bem para o poder público ao término do contrato. Em complemento, entendeu o tribunal que nos contratos BTS a Administração Pública deve "definir um valor de locação, leia-se de amortização acrescida do custo do capital de terceiros investido, compatível com o espaço fiscal eventualmente existente e projetado segundo as estimativas de receitas e despesas do ente contratante, no horizonte de médio e longo prazo. Tais valores seriam definidos a partir do valor do investimento necessário à aquisição ou construção do bem e do custo médio ponderado de capital do projeto" (Acórdão 1.928/2021). Apesar de analisado com base na lei do RDC, não há razões para que esse entendimento não seja mantido quando da revogação do seu artigo 47-A.

Assim, no caso presente, considerando que se trata de uma transação do tipo “locação de ativos”, em que há reversão do bem à Administração Pública, não se aplica o percentual limite estabelecido em 1% (um por cento) do valor do bem locado.

Acresce dizer, ainda, por oportuno, que tal limite deixou de existir por ter sido expressamente revogado pelo artigo 193, 'c', da Lei nº 14.133/2021.

No que tange ao apontamento constante da

17

sentença reclamando ser necessária a desafetação do imóvel pelo INSS, cumpre dizer que referido bem foi doado em 29/12/2010, com a condição resolutiva da Autarquia Previdenciária concluir a edificação dentro do prazo de 05 (cinco) anos, sob pena de reversão imediata do imóvel ao patrimônio público municipal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tendo em vista que o INSS não demonstrou interesse no imóvel, a reversão foi concretizada em 30/12/2015, encontrando-se em fase conclusiva junto à Equipe Especializada em Patrimônio Imobiliário _ Regularizações e Alienações do INSS _ Superintendência Regional Sudeste I, Processo nº 35406.000742/2008-12 (fls. 4.312/4.320), de modo faltam apenas questões formais, inexistindo qualquer irregularidade neste ponto também.

Outrossim, não prospera a tese levantada no parecer elaborado pelo assistente técnico dos Autores (fls. 3613/3664) no tocante à suposta desconsideração pelo perito judicial da incidência do IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo ao qual o contrato está submetido.

A taxa interna de retorno (TIR) é livremente pactuada. A correção monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA também é legal e não se confunde com o TIR por se tratar de mera recomposição do valor nominal da moeda. Não é aumento. Não faz parte da composição do percentual de retorno de investimento convencionado.

Não há, pois, nada de ilegal com a forma de pagamento e seu reajuste durante o período contratado.

O autor popular, assim, não logrou provar as alegações de ilegalidade e de lesão ao patrimônio público. As acusações são infundadas e não encontraram respaldo nos

18

elementos dos autos.

Enfim, os Requerentes não se desincumbiram do ônus de comprovar a existência de irregularidades no Contrato de Concessão de Direito Real de Uso nº 075/20 (art. 373, I, do CPC), de sorte que, ausente prova da ilegalidade e lesividade ao
Apelação Cível nº 1009489-02.2020.8.26.0048 -Voto nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

patrimônio, haverá de ser reformada a r. sentença para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, invertidos os ônus de sucumbência, das despesas processuais e dos honorários periciais.

Para fins de acesso aos Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Diante do exposto, dá-se provimento aos recursos dos Requeridos, e julga-se prejudicado o da parte autora.

MARREY UINT
Relator