

**ILUSTRÍSSIMO CONSELHEIRO RELATOR MAURÍCIO FARIA DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – TCM/SP**

Autos TC nº 016594/2021 (Representação TC nº 13691/2021)

Auditoria

CIRCUITO DE COMPRAS SÃO PAULO SPE S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 23.419.923/0001-88, com sede na Rua Matias Aires, nº 402, 8º andar, Consolação, São Paulo, SP, CEP: 01309-020, por seus advogados infra-assinados, vem, respeitosamente a presença de Vossa Excelência, apresentar **MANIFESTAÇÃO**, com fundamento no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como no artigo 121, do Regimento Interno desse TCM/SP (Resolução nº 03/2002), pelas razões de fato e de direito em seguida expostas.

I. SÍNTESE DOS FATOS E DA AUDITORIA:

1. Trata-se da Auditoria TC nº 016594/2021 instaurada a partir de determinação expedida pelo Ilmo. Relator no bojo dos autos da representação TC nº 13691/2021. A representação (Peça 18 da Auditoria) foi apresentada por Carlos Henrique Bastos da Silva (o “Representante”) requerendo a instauração de procedimento no âmbito do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (o “TCM/SP”) para revisão das bases econômico-financeiras do Contrato de Concessão nº 013/2015 (o “Contrato”), celebrado entre o Município de São Paulo (o “Município”) e a Circuito de Compras São Paulo SPE S.A. (a “Concessionária”). O Contrato tem como objeto a *concessão de obra pública* para a construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do *shopping* popular Circuito das Compras, bem como dos projetos a ele associados.

2. O Representante narrou que teve ciência de supostas *ilicitudes “estorrecedoras”* praticadas na execução do Contrato, após ter acesso aos autos de duas ações populares¹ em trâmite na Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Ocorre que tais ações ainda se encontram **em fase inicial de instrução processual**, de modo que os elementos extraídos dos referidos autos sequer podem ser considerados provas. Além disso, as iniciais das ações populares estão desacompanhadas de documentos que caracterizem, pelo menos, indícios de ilegalidades e ilegitimidade na execução do Contrato, e certamente serão julgadas improcedentes².

3. As ilicitudes apontadas pelo Representante trata-se de pareceres encomendados pelo Autor Popular das ações e não importam em elementos probatórios. Não são notícias de fatos novos à concepção do projeto

¹ Processo nº 5026279-48.2020.4.03.6100, em trâmite na 24ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; Processo nº 5014815-90.2021.4.03.6100, 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; ambos sem sentença.

² **Há inclusive parecer do MPF no bojo do Processo nº 5014815-90.2021.4.03.6100, opinando pelo julgamento de improcedência da ação, sob o fundamento de que a pretensão do autor popular se trata de uma mera irresignação pessoal, sem indícios de ilegalidades. Ademais, demonstra que a pretensão já restaria fulminada pela prescrição (Doc. 01).**

que deu origem à concessão de obra pública, nem de irregularidades na execução do Contrato. Mesmo assim, o Representante, pessoalmente irresignado com a implementação do projeto do Circuito das Compras e regularização da “Feira da Madrugada”, anos após a celebração do Contrato, provocou o TCM/SP para apreciar os mesmos aspectos que já se encontram sujeitos ao controle de legalidade do Poder Judiciário, assim como desta Corte de Contas³.

4. Oportuno mencionar que a concessão em questão remete à conhecida “Feira da Madrugada”, realocada para o shopping popular construído em razão do Contrato, no bairro do Brás, no centro da cidade de São Paulo. A concessão, por sua vez, tem origem em uma *cessão onerosa de área operada pela União ao Município*.

5. A União e o Município firmaram o Termo de Guarda Provisória do terreno não operacional denominado “Pátio do Pari”, com 127.354,28 m² (**Doc. 03**). Tratava-se de providência preliminar para permitir a outorga da área à Municipalidade, que foi concedida por meio de Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais (“CDRU”), firmado pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos, renovável por igual período (**Doc. 04**).

6. Neste CDRU constava a obrigação de que o Município realizasse uma licitação para a celebração de um contrato de concessão com parceiro privado, a quem caberia (i) implementar projeto **para fomento do comércio, desenvolvimento econômico e social** da região (o Projeto Circuito das Compras); (ii) garantir a continuidade do trabalho dos comerciantes durante as obras, (iii) manter um custo de aluguel, para estes comerciantes, *compatível com o do comércio* popular e (iv) conferir preferência de atendimento aos comerciantes da Feira da Madrugada que ocupavam a área, conforme cadastro realizado pelo Município.

³ Submetidos os mesmos fatos à análise do TCU, este também reconheceu a legalidade da estruturação do empreendimento (**Doc. 02**).

7. Pontue-se que o CDRU expressamente previu quais os equipamentos que são vinculados ao Circuito de Compras, na Cláusula 7ª, IV: *“garantir que o projeto a ser licitado tenha, dentre seus objetivos, a instalação e operação dos seguintes equipamentos vinculados ao Projeto Circuito das Compras, dentro da área concedida: **a) centro popular de compras, incluindo lojas e boxes; instalações de apoio aos compradores, comerciantes, motoristas e guias; praça de alimentação e lazer; b) estacionamento de ônibus; c) estacionamento de automóveis; d) hotel popular; e) edifícios comerciais;**”*

8. Basta uma única leitura do CDRU para perceber que a existência de lojas e boxes a serem implantadas no empreendimento era requisito para a própria outorga onerosa do terreno ao Município, requisito que precede, até mesmo, a estruturação do Edital da concessão. E é das lojas e dos boxes que provém a quase integralidade das **receitas** da Concessionária.

9. Em 2014, foi divulgado o Edital da Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014, tendo como objeto a *concessão de obra pública* para a construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras no Município de São Paulo (Peça 4 da Auditoria), tendo como critério de julgamento a maior oferta pela outorga da concessão.

10. Após os estudos que subsidiaram o Edital, o Município determinou que o valor mínimo para **exploração da concessão** - a outorga - seria de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Vejamos o que diz o Item 19 do Edital da Concorrência Pública:

19. DA PROPOSTA COMERCIAL (ENVELOPE 2)

19.1. A PROPOSTA COMERCIAL deverá indicar os valores a serem pagos pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE nos seguintes moldes:

19.1.1. mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) a título de OUTORGA, dividido em 5 (cinco) parcelas a serem pagas nos termos da subcláusula 11.2 do CONTRATO; e;

19.2. O pagamento do valor relativo à primeira parcela devida a título de OUTORGA proposta pela CONCESSIONÁRIA ocorrerá na data prevista na subcláusula 11.3 do CONTRATO.

11. Ressalte-se que o procedimento administrativo da Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 foi submetido à apreciação desta Corte de Contas (Processos TC 72.000.530/15-35, TC 72.003.619/15-53 e TC nº 72.003.712/15-59). **Após recomendações do TCM/SP, houve saneamento de irregularidades formais no Edital da Concorrência pelo Município - inclusive com a inserção de parcela de compensação anual - com a republicação do instrumento convocatório. O certame seguiu seu normal curso com a chancela desta Corte⁴.**

12. A Concessionária sagrou-se vencedora da licitação mediante oferta de outorga de R\$ 50.500.015,58 (cinquenta milhões, quinhentos mil, quinze reais e cinquenta e oito centavos), tendo celebrado o Contrato com o Município de São Paulo. Ou seja, houve um ágio de cerca de 250% em relação ao valor mínimo previsto no Edital pelo Poder Concedente (mais de trinta milhões de reais)⁵.

13. Além disso, existiu a previsão, no Edital e na minuta do Contrato republicados, do pagamento de **PARCELA DE COMPENSAÇÃO ANUAL ao Município, no percentual de 5% sobre o valor total da RECEITA BRUTA auferida pela concessionária** – ou de um piso mínimo, prevalecendo o que

⁴ Em 14/5/2015, o Ilmo, Conselheiro relator Maurício Faria determinou o prosseguimento do certame, conforme fl. 781 do Processo TC 72.000.530/15-35 (**Doc. 05**).

⁵ No ponto, cabe destacar que o CDRU previu que a receita obtida pela autorização de exploração da concessão seria repartida igualmente entre o Município e a União Federal (Cláusula 6ª, IV do CDRU).

for maior – para compensar o Poder Concedente pela realização da fiscalização da concessão, bem como para configurar a contraprestação pelo uso do terreno:

aa) PARCELA DE COMPENSAÇÃO: percentual correspondente a 5% (cinco por cento) da RECEITA BRUTA DA CONCESSÃO, ou a um piso mínimo, sempre prevalecendo o que for maior, a ser pago anualmente pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE durante o respectivo período de CONCESSÃO, nos termos e condições estipulados pelo CONTRATO, para compensar os serviços de fiscalização da CONCESSÃO e outros custos de titularidade do PODER CONCEDENTE nesta contratação, especialmente a contraprestação pelo uso do terreno, nos termos da subcláusula 11.9 do CONTRATO;

14. O Município - e também a União - além ser remunerado pela mera autorização para exploração da concessão, será compensado, anualmente, de forma diretamente proporcional à exploração da concessão pela Circuito de Compras. **Note-se do dispositivo do Edital, que, quanto maiores as receitas da Concessionária, maior a compensação do Poder Concedente.**

15. A modelagem da concessão, disruptiva à época, posteriormente replicada em outras concessões de obras públicas no Município, privilegiou uma relação de ganha-ganha (Concessionária, Município, União e interesse público), verdadeira razão de ser das parcerias público-privadas e concessões, notadamente das *concessões de obra públicas*, quando o Poder Concedente não despende nenhum valor para execução do empreendimento. O fato de ter sido a primeira modelagem nesta natureza, no Município de São Paulo, não quer dizer que a sua estruturação foi ilegal.

16. E desconsiderando totalmente a existência de contraprestação em favor do ente público, o Representante alega que houve subdimensionamento das receitas quando da elaboração do plano de negócios

referencial da concessão, o que implicaria, na sua equivocada visão, na existência de dano ao erário.

17. Afirma, ainda, que existiram ilegalidades e irregularidades no certame e na execução do contrato, sobretudo com relação à possibilidade de cobrança pela cessão de uso dos espaços pela Concessionária (luvas). Sendo assim, como pedido, o Representante requereu a instauração de Auditoria para que não só fosse revista a fórmula de remuneração do Contrato, como também invalidadas as cobranças de cessão de uso, além de anulados todos os contratos de locação.

18. Ao final, também requereu a concessão de medida cautelar para que seja suspenso o Contrato de Concessão, assim como quaisquer contratos de locação ou outros instrumentos jurídicos para utilização dos espaços no Circuito de Compras (CDUs).

19. O Conselheiro Relator, acatando análise da aria jurídica do controle externo, acertadamente indeferiu o pedido cautelar do Representante e determinou a instauração de Auditoria (Peças 19, 20 e 21 da Representação TC nº 13691/2021). A determinação deu origem ao presente processo.

20. A equipe técnica do Setor de Fiscalização e Controle do TCM/SP, por meio da Ordem de Serviço nº 2021/05268, elaborou Relatório de Auditoria (Peça 20 da Auditoria) com a seguinte finalidade: **i)** *verificar se há possibilidade jurídica de cobrança de reservas de lojistas derivados de concessões públicas; ii)* *verificar se a Concessionária realiza ou não a cobrança de reservas de lojistas e locatários de boxes; iii)* *no caso de haver cobranças, analisar qual o impacto da realização no modelo econômico e nas previsões de equilíbrio econômico-financeiro do contrato; iv)* *analisar se a estimativa para o valor do contrato está devidamente embasada em estudos e na modelagem econômico-financeira; v)* *verificar se os valores cobrados aos locatários de boxes estão tecnicamente embasados.*

21. O Relatório ainda destacou que a Auditoria não terá como objetivo a verificação do adimplemento ou não das parcelas de outorga e das parcelas de compensação, eis que constituem escopo do Processo TC nº 4759/2021, do tipo Inspeção.

22. Ao final, o Relatório indica os seguintes achados:

- a)** O estudo de viabilidade econômica que subsidiou o Edital e o Contrato teria se baseado em dados desatualizados e não condizentes com a realidade do mercado. Tal cenário fragilizou a projeção financeira do Contrato, pois eventual projeção em descompasso com os parâmetros reais poderia refletir em prejuízos ao Poder Público (subitens 3.2.1 e 3.3.3 do Relatório de Auditoria);
- b)** A cobrança de reservas (CDUs) para lojistas não é vedada pelo Edital, mas deve ser compartilhada com o Poder Público;
- c)** As receitas principais e acessórias deveriam compor o cálculo de viabilidade da Concessão, eis que devem ser compartilhadas com o Poder Público;
- d)** Há indícios de erros nos parâmetros utilizados para mensuração econômica do projeto à época da licitação (ABL de lojas, número de vagas de estacionamento, preços, números de dias de funcionamento do estacionamento e a possibilidade ou não de cobrança de itens da área de descanso para motoristas e guias), que configuram subestimação de receitas do projeto, ensejando a atualização dos estudos econômicos do empreendimento por parte do Poder Público;
- e)** Os valores de cobrança de aluguéis de boxes, estipulados no Plano de Negócios, foram precedidos de estudos, estando os valores equiparados aos cobrados no mercado.

23. Além das conclusões, o relatório ainda aponta as seguintes recomendações à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo, quais sejam:

“**4.9.** Atualizar os estudos do Edital nº 01-B/SDTE/2014 ou realizar **novo estudo econômico-financeiro**, utilizando-se os parâmetros reais com base no cenário atual da Concessão (subitem 3.3.3);

4.10. Consultar a PGM para, no caso de identificação de subestimação dos potenciais DE GANHO NOS ESTUDOS INICIAIS À ÉPOCA DO Edital (potenciais reais de ganho muito acima do que estimado inicialmente), verificar se há possibilidade jurídico ou não de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público (subitem 3.4)”.

24. Com o devido respeito ao louvável trabalho deste E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, assim como de todos os servidores que compõem o seu corpo técnico, a presente Auditoria merece ser arquivada de plano, seja por ausência de procedibilidade, seja porque as conclusões alcançadas pelo Relatório não encontram respaldo legal ou técnico.

25. Apresentam-se, assim, nos tópicos seguintes, os esclarecimentos que demonstram a plena regularidade e adequação do Contrato, bem como de todo o procedimento licitatório que lhe antecedeu.

II. PRELIMINARMENTE:

2.1. Da Tempestividade.

26. A Concessionária foi intimada para apresentar manifestação ao Relatório de Auditoria (Peça 25 dos Autos), no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a contar da juntada do documento comprobatório de sua intimação aos autos.

27. Em 15/03/2022, a intimação da Concessionária foi juntada aos autos, conforme se verifica nas Peças 29 e 30. Sendo assim, o prazo

para apresentar a manifestação preliminar encerrar-se-á em **05/04/2022**. Da data do protocolo da presente, infere-se a tempestividade da manifestação.

2.2. Da ausência de requisitos de procedibilidade da auditoria.

28. De plano, a Concessionária requer o arquivamento da presente Auditoria, seja porque o rito eleito é inadequado, nos termos da Resolução nº 18/2019 do TCM/SP, seja porque existem outros procedimentos em trâmite nesta Corte de Contas Municipal que fiscalizam os mesmos fatos narrados na Representação.

29. O despacho do Ilmo. Conselheiro Relator, que deflagrou a Auditoria, lastreia-se no seguinte fundamento (Peça 21 da Representação TC nº 13691/2021):

Todavia, como já afirmado, em decorrência da atividade fiscalizatória, auxiliadora e independente deste E. Tribunal, determino a realização de Auditoria para a apuração dos fatos e, após, o encaminhamento de ofício, instruído com cópia integral da representação, à Câmara Municipal Cód. 042 (Versão 05) 5 para ciência e análise de eventual sustação do contrato, se assim o entender, nos termos das normas já mencionadas.

30. Ocorre que de acordo com a Resolução nº 18/2019 do TCM/SP, a qual dispõe sobre o rito processual nesta Corte de Contas, o procedimento de **Inspeção** é o adequado a suprir omissões e lacunas de informação, ou apurar denúncias sobre matéria de competência do Tribunal, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 18/2019

I – **Auditorias** - procedimentos de fiscalização realizados com as seguintes finalidades:

a) levantar dados e informações de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, nos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Município, e analisá-los quanto aos aspectos técnicos de **legalidade e legitimidade** de sorte a subsidiar o julgamento das contas anuais ou de atos de gestão dos responsáveis;

b) avaliar, do ponto de **vista operacional**, as atividades e sistemas desses órgãos e entidades, bem como aferir os resultados alcançados pelos projetos ou programas governamentais sob sua responsabilidade, ou por aqueles decorrentes de seus objetivos institucionais.

(...)

II – **Inspeções** - procedimentos de fiscalização destinados a suprir omissões e lacunas de informação, esclarecer aspectos relativos a atos, documentos ou processos em exame, ou apurar denúncias sobre matéria de competência do Tribunal.

31. A Auditoria, por sua vez, é o procedimento para apurar a ocorrência de legalidade e legitimidade de aspectos técnicos, ou para verificar se os projetos, do ponto de vista operacional, atingiram os fins almejados quando de sua concepção.

32. No caso, não se verifica nenhuma ilegalidade ou ilegitimidade na execução do Contrato. O que possivelmente se verificou, em uma primeira e equivocada análise do corpo técnico, seria apenas a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato em favor do ente concedente.

33. Quanto ao aspecto operacional do empreendimento, não há nenhuma indicação de que o projeto não estaria atingindo os fins previstos. Assim, ausentes os requisitos formais de adequação da Auditoria para apreciação de denúncias de matéria de competência do TCM/SP.

34. Além disso, existem outros processos, em trâmite neste Tribunal de Contas, que apuram os mesmos fatos constante no Relatório de Auditoria, bem como na Representação. **Todos os procedimentos estão, inclusive, elencados no item 3.1.2 do Relatório de Auditoria.**

35. Da análise do objeto dos procedimentos, vê-se a patente duplicidade deste com procedimentos de acompanhamento e inspeções já instaurados nesta Corte, o que culmina por violar a eficiência administrativa e

processual, além de ir de encontro aos termos da Resolução nº 19/2021 do TCM/SP⁶. Sendo assim, faz-se necessário o arquivamento deste procedimento.

2.3. Da ausência de requisitos que delimitem a responsabilidade do Presidente do Circuito das Compras São Paulo.

36. Com todo o respeito aos trabalhos técnicos realizados, mas a equipe técnica desse TCM apontou como responsável por supostas ilegalidades, pessoa física ligada à Concessionária, sem ao menos caracterizar quais os atos por ele praticados que tiveram influência na ocorrência das alegadas irregularidades.

37. Como se verifica nas conclusões do Relatório de Auditoria, discute-se uma possível elaboração equivocada das bases econômico-financeiras do Contrato, antes mesmo da realização da licitação. No entanto, não consta em qualquer trecho do Relatório qual seria o envolvimento do presidente da Concessionária na definição da estrutura financeira base do contrato de obra pública. A toda evidência, o relato apresentado pela equipe técnica traz tão somente o nome do Presidente, Eduardo Badra, como responsável.

38. A matriz de responsabilização contida na instrução processual, sequer narra as condutas, o nexo de causalidade e culpabilidade de cada um dos reputados responsáveis. Não é possível inferir, assim, qualquer correlação entre os atos alegadamente praticados pelo Concessionária e o envolvimento de seu presidente.

⁶ **Resolução 19/21, TCM/SP.** “CONSIDERANDO que, para a concretização de tais objetivos, é essencial que se proceda à redução significativa de processos cuja tramitação, além de custosa, já não comporta a tomada de medidas contemporâneas e profícuas, ou cuja apreciação resultará em baixo impacto para a sociedade;

CONSIDERANDO a priorização da atuação prévia e concomitante, assim como o desenvolvimento de novos trabalhos de extrema relevância e repercussão social, que trazem resultados efetivos para o Município, especialmente quanto aos feitos de alta complexidade”

39. Destaque-se que administradores das sociedades anônimas **“não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto”**.

40. No caso, em termos gerais, não estão presentes nem o **elemento objetivo (dano)**, nem a participação e voluntariedade do responsáveis (**dolo ou culpa**). Destarte, ausentes quaisquer dos elementos configuradores da responsabilidade administrativa que permitiriam identificar a efetiva prática de ato que tenha acarretado dano ao erário ou violação de lei ou estatuto. Portanto, não merece prosperar qualquer tentativa de responsabilização do presidente da Concessionária, devendo ser afastada qualquer imputação que se pretenda impor ao interessado Eduardo Badra. É o que desde já se requer.

III. ESCLARECIMENTOS SOBRE A REGULARIDADE DAS BASES ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 013/2015-SDTE E DA LEGALIDADE DAS RECEITAS ESTABELECIDAS.

3.1. Esclarecimentos sobre a natureza das concessões de obras públicas.

41. Antes de analisar as questões que envolvem o Relatório de Auditoria, é importante discorrer sobre a natureza do Contrato analisado, que instrumentaliza uma **concessão de obra pública**. Distinguir a concessão de obra pública autônoma das demais concessões de obras públicas que precedem a prestação de serviços públicos é necessário, sobretudo para demonstrar a regularidade das bases econômicas e das receitas estabelecidas para o Contrato e, por conseguinte, a desnecessidade de alterá-las.

42. A Lei Federal nº 8.987/1995, atendendo aos termos do art. 175 da Constituição da República, disciplinou três tipos de concessões:

a) A **concessão pura de serviços públicos**, em que há delegação propriamente de *serviço público*, originalmente prestado pelo Estado. Neste tipo de concessão cumpre ao *delegatário* a execução do serviço, sendo de sua responsabilidade toda a estrutura necessária à operação. Sua remuneração é feita através da cobrança de **tarifas pré-estabelecidas**, seja no processo de licitação, seja pelo Poder Público. Assim, sua atuação deverá observar os princípios legais, entre eles a universalidade do serviço, a modicidade tarifária, e a atualidade.

b) A **concessão de serviço público precedida de execução de obra pública**, através da qual o delegatário irá prestar o serviço concedido após prévia implantação de infraestrutura adequada para sua execução, a ser executada por ele ou a mando dele; e

c) A **concessão de obra pública**, pura e simples, que pressupõe a contratação de um particular com a finalidade de construir uma obra *de interesse público*, a ser executada *por sua conta e risco*. A remuneração que irá auferir será obtida a partir a exploração da estrutura construída por prazo determinado.

43. As três modalidades, em essência, representam formas de captação de investimentos que permitem a construção de estruturas de interesse público, sem que o Poder Público despenda uma grande, ou nenhuma, quantia financeira. A diferença entre as duas primeiras modalidades, da concessão de obra pública autônoma do item (c), é porque as duas primeiras envolvem a prestação de serviços públicos.

44. Oportuno pontuar que o serviço público, no direito brasileiro, é compreendido como uma **atividade própria do Estado/dever do Estado definida por Lei**. Nesse sentido, definem o conceito de serviço público os mais abalizados doutrinadores:

“Daí a nossa definição e serviço público como toda atividade **material que a lei atribui ao Estado** para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁷.

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em que geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou portanto, consagrador de prerrogativas

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pg. 106.

de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos **interesses definidos como públicos no sistema normativo**⁸”.

“O art. 175 da CF/1988 atribuiu ao Poder Público a incumbência de Prestação dos serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, remetendo à lei a definição sobre ‘(i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (ii) os direitos dos usuários; (iii) política tarifária; e (iv) a obrigação de manter serviço adequado.

A partir do vocábulo ‘prestação’, parte da doutrina brasileira ainda hoje defende ideia de que os serviços públicos referidos no texto do art. 175 da CF/1988 somente podem ser prestados pelo próprio Estado em caráter de exclusividade, ou por seus delegatários. A nosso ver, contudo, a incumbência de prestação referida pelo texto constitucional possui um sentido que se afasta da noção de exclusividade ou de prerrogativa do Estado, para a noção **dever estatal de garantir a prestação**, seja direta ou indiretamente, seja ainda mediante a abertura da atividade à exploração pelos agentes privados, desde que assegurados os princípios que informam a prestação dos serviços e regulam o seu oferecimento ao público (regulação estatal, política tarifária, direitos dos usuários, universalidade, continuidade, isonomia, qualidade etc.)⁹”.

45. As atividades desenvolvidas no empreendimento do Circuito de Compras, que são de comércio popular, definitivamente, **não são serviços públicos**. Não são interesses definidos como públicos no sistema normativo, da União ou do Município de São Paulo, especialmente aqueles especificados nos art. 21 a 25 da CF/1988. Sendo assim, a concessão do Circuito de Compras é claramente ***uma concessão de obra pública autônoma***, como se depreende de seu Edital¹⁰ e das disposições contratuais¹¹.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pg. 632.

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; KLEIN, Aline Lícia. **Funções Administrativas do Estado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. Pg. 84.

¹⁰ Isso pode ser compreendido seja na descrição editalícia, “*Concessão de Obra Pública para a Construção, Implantação, Ação, Manutenção e Exploração Econômica do Circuito das Compras no Município de São Paulo*”, seja nas definições, onde se lê que a concessão a que se refere é “*delegação por meio de concessão de obra pública, da IMPLANTAÇÃO, operação, manutenção e exploração econômica do CIRCUITO DAS COMPRAS e dos PROJETOS ASSOCIADOS*”. Não sendo apenas isso, o Edital é translúcido em seu objeto, no qual se lê que “*4.1 O objeto da presente LICITAÇÃO é a delegação, por meio de CONCESSÃO de obra pública(...)*”.

¹¹ Expressamente previsto na Cláusula 4ª do Contrato de Concessão estabelece que o seu objeto visa à “*concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do CIRCUITO DAS COMPRAS (...)*”.

46. A respeito desta modalidade de concessão de obra pública autônoma, ensina Floriano de Azevedo Marques Neto¹²:

“Pensemos no exemplo da concessão de um estádio de futebol público, de um mercado municipal ou de um parque tecnológico. É perfeitamente possível que o Poder Público delegue a construção e a operação dessa infraestrutura (obra) sem que isso implique demonstrar que lá haverá a prestação de um suposto serviço público de ludopédio, de venda de gêneros ou de desenvolvimento de tecnologia (o que nos obrigaria tratar de demonstrar a essencialidade daquelas atividades ou então, pior, sustentar a *publicatio* delas). De tal sorte que entendo que a concessão de obra não se confunde com a concessão de serviço público, sendo possível a existência de concessões de obras públicas autônomas, dissociadas da delegação da exploração de um serviço público, não obstante reconheçamos que existam (e sejam até mais frequentes) concessões de serviços públicos precedidas de obras públicas.

(...)

Na concessão de obra pública não há uma atividade prestacional associada a uma infraestrutura: a utilidade concedida é a própria infraestrutura. Pode haver na delegação o cometimento, ao particular, da realização de algumas atividades, mas estas se colocam em caráter ancilar à obra (por exemplo, realizar periodicamente os serviços básicos de conservação da obra, fazer a vigilância e o asseio do local etc.). **O que se explora nessa concessão é a serventia, a necessidade da obra para os usuários”.**

47. Ou seja: em uma concessão de obra pública, não há a delegação da prestação de um serviço público. Há a potencialidade de exploração da estrutura construída pelo particular, estrutura essa que atende a anseios do Poder Concedente e auxilia na consecução de objetivos de cunho público, ou mesmo de políticas públicas.

48. Este formato encontra previsão no art. 1º da Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995) e é disciplinado nos termos do inciso III do artigo subsequente:

Art. 1º. **As concessões** de serviços públicos **e de obras públicas** e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes **e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.**

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. Pág.

(...)

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: **a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação,** na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, **de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração** do serviço **ou da obra por prazo determinado;**

49. Vê-se que a legislação ¹³ determina que a concessão de obra pública decorre de contratação de um particular para a construção da estrutura de utilidade pública, que será executada por sua conta e risco. O concessionário, assim, será remunerado mediante exploração da estrutura da obra por prazo determinado.

50. O Circuito de Compras tem exatamente este viés: a contratação da concessionária foi para construir uma grande obra de utilidade pública, consubstanciada no Centro Popular de Compras e nas demais estruturas integrantes do Contrato, como se depreende da Cláusula 14^a do instrumento:

14. CLÁUSULA 14 – DAS OBRAS

14.1. A CONCESSIONÁRIA executará as obras do CIRCUITO DAS COMPRAS na forma e prazos estabelecidos no cronograma físico-financeiro integrado ao projeto executivo, por ela proposto e aprovado pelo PODER CONCEDENTE, nos termos da Cláusula 16^a, respeitados os limites estabelecidos no CONTRATO e em seus Anexos.

51. No mesmo sentido, tem-se a Cláusula 2.19 do Contrato de Concessão:

“2.19. CIRCUITO DAS COMPRAS: é o conjunto de infraestruturas que compreende o CENTRO POPULAR DE COMPRAS, o ESTACIONAMENTO E TERMINAL DE ÔNIBUS, o ESTACIONAMENTO DE AUTOMÓVEIS, os CENTROS

¹³ Há legislações específicas para concessões de obras públicas autônomas, como a Lei nº 1.137/96 do Distrito Federal, o que evidencia a recepção do ordenamento jurídico sobre esta modalidade de concessão.

DE APOIO, o SISTEMA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, o SISTEMA LOGÍSTICO DE COMPRAS, o HOTEL, as SALAS COMERCIAIS e as SALAS DE DESCANSO PARA MOTORISTAS E GUIAS (...)”.

52. A execução das obras e a exploração da estrutura do *shopping* popular, pela organização do Contrato e pela própria disposição da legislação – atividades que não se inserem no rol de prestações de titularidade e dever do Estado - são realizadas por conta e risco da Concessionária, de modo que sua remuneração dar-se-á pela gestão e aproveitamento da estrutura por prazo definido, como vem acontecendo de forma escorreita e nos moldes previstos no instrumento da avença.

53. Repise-se: não se cuida aqui de exploração de serviço público pela Concessionária, como em uma concessão pura ou naquelas precedidas de obra pública. O que se pretendeu, na modelagem do Circuito de Compras, foi permitir ao particular contratado a execução e gestão de uma obra que não seria viável, neste formato, pelo Poder Público.

54. O Tribunal de Contas da União, ao analisar situação semelhante à retratada nos autos, em julgado paradigmático sobre o tema, dispõe que a exploração da utilidade construída pelo particular, por preço, não significa atividade de serviço público (**TCU-Acórdão nº 790/2008, Plenário, TC nº 013.526/2004-4**):

RELATÓRIO DE INSPEÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA EM CONTRAPARTIDA À CESSÃO DE USO DE PARCELA DE IMÓVEL PARA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE BANCÁRIA. PROCEDIMENTO AMPARADO PELA ORDEM JURÍDICA VIGENTE. OCORRÊNCIA DE FALHAS. DETERMINAÇÕES.

1. O ordenamento jurídico brasileiro vigente, especialmente a Lei nº 8.987/95, reconhece a existência do regime de concessão de obra pública desvinculada da típica prestação de serviço preconizada no art. 175 da CF/88, a ser realizada por meio de delegação.

2. A concessão de obra pública emerge da celebração de um contrato administrativo, de natureza personalíssima, usualmente sem contrapartida financeira da Administração, em que o **particular edifica a obra e se ressarc**

mediante a exploração econômica do empreendimento ou de parcela deste, por sua conta e risco, durante o período determinado.

3. Ao regime de concessão de obra pública aplicam-se as disposições da Lei nº 8.987/95, **naquilo que couber**, bem como da Lei nº 8.666/93 e demais regulamentos que incidirem sobre o regime em que for concebida a contrapartida, a exemplo da concessão de uso, da cessão de uso e da concessão de serviço público.

4. É obrigatória a inclusão de recursos orçamentários na Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual previamente à abertura de licitação objetivando concessão de obra pública, quando houver necessidade de desembolso de recursos públicos para edificação de etapas subsequentes da obra objeto da concessão, em observância aos arts. 167, § 1º, da CF/88 e 7º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

5. A celebração de contrato de concessão de obra pública em contrapartida à cessão de uso de parcela de imóvel público a instituição bancária para exploração de atividade comercial, sem desembolso de recursos públicos, não caracteriza a exigência editalícia de obtenção de recursos futuros, por meio de intermediação financeira, vedada pelo art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

6. A cessão de uso de parcela de imóvel público federal, amparada no art. 12 do Decreto nº 3.725/2001 c/c o art. 20 da Lei nº 9.636/1998, prescinde de autorização legislativa, mas deve observar, no que couber, a Lei nº 8.987/95 e, impreterivelmente, os preceitos da Lei nº 8.666/93. **(grifou-se)**

55. Neste aspecto, o Município esclareceu junto a este E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo que o modelo definido na estruturação da concessão do Circuito das Compras foi exatamente a *concessão de obra pública autônoma*, desvinculando o futuro contratado de qualquer obrigação prestacional de serviço público.

56. No bojo do processo TC nº 72.000.530.15-35, instaurado para acompanhamento da Concorrência Pública nº 001-A/SDTE/2014, o Município de São Paulo manifestou-se sobre a escolha da concessão de obra pública autônoma **(fls. 385/455 dos autos da TC nº 72.000.530.15-35 – Doc. 06)**:

Não obstante, estamos a tratar de contrato de concessão específica que não envolve a delegação de um serviço, mas sim a exploração de uma determinada obra pública. Ou seja, ao fazermos referência à concessão de obra pública, estamos a tratar do ato jurídico por meio do qual o Poder Público confere ao particular o direito de explorar economicamente uma determinada obra, contraposto à obrigação de implantar, recuperar, aperfeiçoar ou conservar esta infraestrutura. (...)

Desta feita, verifica-se que o objeto do certame em questão enquadra-se perfeitamente na noção de concessão de obra pública, na medida em que (i) será outorgado ao futuro concessionário a construção de obras para a implantação de: centro popular de compras; estacionamento de terminal de ônibus; estacionamento de automóveis; centro de apoio, sistema de transporte de passageiro; sistema logístico de compras; área de descanso para motoristas e guias; acesso para transposição ferroviária; hotel e salas comerciais, e (ii) tendo como contrapartida o direito, assegurado ao particular, de explorar economicamente tais empreendimentos, durante o prazo da concessão, do qual advirá a sua remuneração pelas obras implantadas.

Portanto, em observância ao elemento essência da concessão de obra pública, **caberá ao futuro concessionário realizar determinada obra e oferecê-la ao público em geral, conferindo-se a este, em contrapartida, ampla margem de liberdade na gestão e na organização da obra e de sua exploração. (grifamos)**

57. Outrossim, o mesmo Ilustríssimo Conselheiro Relator desta Auditoria, também no citado processo administrativo ainda em trâmite nesta Egrégia Corte de Contas, reconheceu tratar-se o Circuito das Compras de uma concessão de obra pública autônoma, modalidade amplamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio.

58. Além disso, o Ilmo. Conselheiro Relator destacou o fato de ser o Circuito das Compras um modelo inovador adotado pela municipalidade, acertadamente para promover o desenvolvimento econômico e urbano da região, sem os engessamentos que tolhem a competitividade do certame e, por conseguinte, prejudicam o interesse público **(fls. 763/776 da TC nº 72.000.530.15-35 – Doc. 05)**:

Nesse contexto é que o Edital deve ser analisado, aliás, esta Corte, no exercício do controle externo deve estar aparelhada para enfrentar a análise de formas inovadoras de contratação, como por exemplo, as parcerias público privadas, o Regime Diferenciado de Contratações e as Concessões de Obra Pública, entre outros.

Assim é que não há que se falar, por exemplo, em detalhamento exaustivo das demonstrações financeiras; exigência de projeto básico nos moldes da Lei nº 8.666/93; planilha orçamentária e cronograma físico-financeiro da obra no momento da licitação.

Pela natureza dessa contratação, **não há detalhamento exaustivo das demonstrações financeiras e dos custos, uma vez que o risco será assumido pelo concessionário, não havendo qualquer desembolso por**

parte da Administração. O plano de negócios apresentado é **meramente referencial e se trata de uma dedução de viabilidade do projeto**, resultante do conjunto de estudos técnicos apresentados, não havendo a obrigação do Poder Público ou mesmo garantia de que as estimativas lançadas nesse plano de negócio se concretizem, **já que são dados dependentes da futura implementação e sob alçada do projeto a ser executado pelo concessionário a seu custo.**

De acordo com as informações prestadas, o detalhamento excessivo das condições econômicas e sua divulgação prévia podem condicionar os interessados, engessando alternativas e, eventualmente, tolhendo a competitividade do certame.

59. Como se vê, por se tratar de concessão de obra pública autônoma, a recuperação do investimento pela Concessionária, que viabiliza a sustentabilidade do projeto, será norteador **por critérios mercadológicos, garantindo a exploração da obra em pé de igualdade com empreendimentos similares.** Demais disso, como a exploração é do empreendimento, não há aplicação dos princípios que regem os serviços públicos, notadamente o da modicidade tarifária.

60. A esse respeito mostra-se pertinente trazer o entendimento de Fernando Vernalha Guimarães, identificando a distinção entre as fontes de receitas das concessões de serviços públicos e de obras públicas:

A premissa das concessões é que a exploração do serviço ou de obra seja autofinanciável, ou seja, que as fontes de remuneração previstas no contrato de concessão sejam suficientes para remunerar os investimentos assumidos pelo concessionário.

Duas são as principais fontes de remuneração nas concessões: (i) as tarifas a serem pagas pelos usuários no caso de serviços públicos e os preços no caso das obras públicas; (ii) as receitas não tarifárias adjacentes à exploração do objeto principal.

(...)

Por outro lado, tratando-se de exploração de obra pública não há que se falar em tarifa, mas em preço, já que não se cuida da prestação de um serviço público.

A principal diferença é que a tarifa deve, necessariamente, ser módica e regulada pelo Poder Público, ao passo que o preço é livre e decorre de uma relação com o mercado em atividades economicamente exploradas pelo Estado. São exemplos de preços os ingressos em museus, estádios de futebol, teatros, parques aquáticos, autódromos (cuja titularidade seja de um ente público), que

fomentam a cultura, o turismo, o desporto, mas que não são atividades tipicamente estatais¹⁴;

61. No mesmo sentido leciona Floriano de Azevedo

Marques Neto:

A fonte principal de remuneração do concessionário, como dito, advém do valor cobrado pela obra concedida. De que tal remuneração tem natureza de preço público não parece haver dúvidas, pois é um valor de retribuição pela fruição de um bem que, por ser de natureza pública (ainda que cometido à exploração do particular), é regulado pelo poder concedente. Resta saber se tal remuneração tem natureza específica de tarifa. (...) Ao meu ver preço público é gênero para designar toda a remuneração exigida pelo Poder Público ou seus delegatários em virtude da fruição de uma utilidade pública e que não seja objeto de imposição tributária. Já tarifa é um tipo específico daquele gênero, consistente na remuneração pela fruição de uma atividade peculiar, com natureza de serviço público.

De modo que, para mim, a remuneração principal do concessionário, na concessão de obra pública, é um preço público. Tal preço pode ser ou não fixado pelo poder concedente.¹⁵

62. A despeito do projeto, pode-se citar a região central de São Paulo, que possui diversos Shoppings e Centros Populares, que competem com o Centro Popular de Compras analisado nestes autos. Sendo assim, o estabelecimento de critérios de ocupação e de valores adequados a atrair comerciantes e compradores é imprescindível para viabilizar o empreendimento e até mesmo é benéfico para os usuários.

63. Diante da natureza do empreendimento objeto desta auditoria, permitiu-se a cobrança de cessão de direito de uso/reserva de lojistas/"luvas" para lojas no plano de negócios referencial da concessão, bem como no Contrato analisado. Da mesma forma, possibilita-se que as valores de lojas, até mesmo o estabelecimento do número destas, seja eleito em razão de critérios de mercado, regulados pela Lei de oferta e demanda. Não há irregularidades nas

¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 33/34.

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. Pág.

cobranças, nem subdimensionamento de receitas pelo Poder Público, conforme se passa a demonstrar no tópico específico sobre as bases da remuneração da Concessionária.

3.2. Esclarecimentos sobre a remuneração da Concessionária

64. Em todas as modalidades de concessões, o concessionário, mais que um construtor, ou prestador de serviço, é um financiador da infraestrutura pública. O particular é o **investidor** que viabiliza recursos ao interesse público, sob a expectativa de recuperá-los mediante **remuneração** adequada ao longo da concessão: seja por meio do recebimento de receitas tarifárias decorrentes da operação da infraestrutura construída; seja pela percepção das contraprestações públicas avençadas (no caso de concessões patrocinadas); **seja pela exploração do empreendimento (remuneração por preço nas concessões de obras públicas).**

65. A remuneração do concessionário, pois, não decorre de um mero balanço aritmético entre os valores brutos de receitas e os gastos investidos no projeto, mas envolve, sobretudo, critérios de **rentabilidade, risco e lucratividade**. O concessionário, como investidor, não espera apenas manter a operação, mas obter remuneração adequada pela aplicação naquele determinado ativo.

66. Sendo assim, o concessionário deverá ser remunerado não só pelo ressarcimento dos valores investidos no projeto, mas pelo lucro oriundo da rentabilidade do aporte no ativo da infraestrutura pública¹⁶. E por

¹⁶ Não somente o critério de rentabilidade deve ser utilizado para a identificação de linhas de transporte terrestre a serem licitadas, mas também a realização de estudos que busquem compatibilizar o interesse das concessionárias na obtenção do lucro com a obrigatoriedade constitucional e legal de maior abrangência do serviço concedido, de modo a atender o maior número possível de beneficiários, sem exclusão da população de menor renda e independentemente da densidade demográfica das regiões atendidas **(TCU-Acórdão nº 1369/2006-Plenário. Ministro Relator Valmir Campelo. Data de julgamento: 09/08/2006).**

isso não se veda a percepção de lucro nos contratos de concessão, porque, se assim o fosse, não haveria atratividade para participação de parceiros privados em projetos de infraestrutura de interesse público, que inclusive envolvem elevados riscos financeiros ao particular.

67. O lucro é sobressalente nos contratos relacionais de concessão de obra pública, cuja remuneração regula-se por critérios mercadológicos, eis que não envolve a prestação de serviços públicos. O lucro é uma condição à própria existência deste tipo de contrato.

68. Em relação ao tema, mostram-se pertinentes os apontamentos realizados pela doutrina:

(...) A espécie tem por objeto a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público.

(..)

A concessão de obra pública não envolve a prestação de serviço público (sem seu sentido estrito). Haverá a prestação de serviços ao Estado, consistente na construção reforma, ampliação ou manutenção de obra. (...) Vista sob o prisma financeiro, a concessão da obra consiste alternativa de financiamento de empreendimentos públicos pelo capital privado, dispensando-se a Administração de prover financeiramente a sua implementação. **O concessionário adianta os investimentos necessários à execução das obras, adquirindo o direito de explorar economicamente o empreendimento depois de pronto. A remuneração deve ser abrangente dos investimentos aportados e da margem de lucro pressuposta (ainda que essas previsões seja fruto de estimativas, sendo o risco de utilização um dos elementos intrínsecos à formatação econômico-financeira da concessão da obra pública.**¹⁷

69. Cabe pontuar que a atratividade de dado projeto de infraestrutura será aferida pelo particular quando da análise do Edital de licitação, acompanhado de plano de negócios referencial que o integra. Ao particular compete avaliar o risco do investimento, considerando que na época da licitação não

¹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.128/129.

há como o estudo de viabilidade prever todas as receitas e todos os fatores que envolverão um contrato de 30, 35 anos¹⁸.

70. Nunca é demais ressaltar que o plano de negócios é exclusivamente referencial ao licitante. Isto porque, o plano apresenta diretrizes a respeito dos investimentos e receitas do empreendimento que não vinculam o licitante e/ou o futuro contratante, o qual detém liberdade para a estruturação econômico-financeira do negócio, **desde que respeitados os critérios mínimos de viabilidade definidos pelo Poder Público em termos de obrigações e estruturas a serem disponibilizadas**. Nesse sentido, confira-se delineamento do tema por Egon Bockmann Moreira:

Nós não estamos analisando uma relação jurídica bilateral desenvolvida no tempo presente, mas sim estamos diante de um negócio bilateral (Administração-particular), **que dá origem a todo um universo de relações multipolares, presentes e futuras**. Assim, se a balança houver, ela tem muitos pratos, de diferentes tamanhos e perspectivas, muitos deles presentes, outros tantos futuros.

Em suma, não se está diante de uma relação **de igualdade – qualitativa e quantitativa – entre despesas e receitas arcadas por apenas dois sujeitos que, projetados para um longo período, deram nascimento ao contrato administrativo de longo prazo**. O que existe é um conjunto **objetivo de circunstâncias, aquilo que se pode chamar de base objetiva do negócio**.

Afinal, não é devido a um acaso que o art. 10 da Lei nº 8.987/1995 – a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – tem a seguinte redação: *“Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro”*. E a avaliação das “condições do contrato” nada tem a ver com o “valor atualizado do contrato” – nem com a Lei nº 8.666/1993-, **mas sim com a sua base objetiva (o conjunto das circunstâncias fáticas que, consciente ou inconscientemente foram levadas em consideração no contrato)**¹⁹.

¹⁸ APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO C/C REEQUILÍBRIO FINANCEIRO CONTRATUAL – CONTRATODE CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA – AEROPORTO DE BONITO – RISCO DO NEGÓCIO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. À época da licitação, não havia indicativos para avaliar com exata precisão as receitas e despesas em razão da ausência de previsibilidade de todos os fatores que envolveriam o estudo de viabilidade, cabendo à concessionária avaliar o risco de seu investimento. (TJMS – AC 08297277020148120001, Relator Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara, DJe 13/02/2020)

¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos e longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In **Tratado do equilíbrio econômico financeiro**. Org. MOREIRA, Egon Bockmann. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Pg. 96.

71. Quando da análise do Edital da concessão, o Ilmo. Conselheiro Relator determinou o prosseguimento da licitação reconhecendo a legalidade do instrumento convocatório e seus anexos. Considerou, para tanto, que o plano de negócios estabelece **apenas uma base objetiva do empreendimento, não trazendo detalhamento exaustivo de remuneração e investimentos (fls. 763/776 da TC nº 72.000.530.15-35 – Doc. 05):**

Pela natureza dessa contratação, não há detalhamento exaustivo das demonstrações financeiras e dos custos, uma vez que o risco será assumido pelo concessionário, não havendo qualquer desembolso por parte da Administração. O plano de negócios apresentado é meramente referencial e se trata de uma dedução de viabilidade do projeto, resultante do conjunto de estudos técnicos apresentados, não havendo obrigação do Poder Público ou mesmo garantia de que as estimativas lançadas nesse plano de negócio se concretizem, já que são dados dependentes da futura implementação e sob alçada do projeto a ser executado pelo concessionário a seu custo.

72. No caso, as receitas estimadas para a concessão não foram erigidas de forma unilateral pela Concessionária; foram estimadas no plano de negócios disponibilizado pelo Poder Público municipal, oriundo de estudos desenvolvidos e utilizado como referência para a estruturação financeira do empreendimento e para a preparação da proposta comercial no curso do certame.

73. A estruturação financeira do empreendimento foi concebida pelo Poder Público **a partir de expressa previsão de exploração do Centro Popular de Compras** mediante cobrança de: (i) aluguéis de boxes; (ii) cessão de direito de uso e de aluguéis de lojas (fls. 15, 33 e 48 da Peça 6):

3.2.1 Centro popular de compras

As principais linhas de receita do Centro popular de compras são:

- Aluguel de box
- Aluguel de lojas
- Aluguel de *selfstorage*
- Guarda volumes
- Receitas financeiras provenientes de cartão de crédito

4 PROJEÇÃO DE RECEITAS

A seguir, será demonstrado o racional do dimensionamento e da projeção de receitas relativamente a cada equipamento e serviço que compõe o Projeto CIRCUITO DAS COMPRAS.

4.1 Centro popular de compras

4.1.1 Visão Geral

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

- Área destinada à locação de boxes populares; e
- Área destinada à locação de lojas no formato de *shopping center/prça de alimentação*.

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

O plano de negócios de referência também considera a cobrança de Cessão de Direitos. A cessão de direito a ser paga pelos lojistas confere o direito à utilização do ponto comercial negociado. Tais valores são negociados com base em preços de mercado, sendo que os *Shopping centers* mais produtivos apresentam os valores mais elevados. Para a apuração das receitas, o projeto considerou o valor médio de mercado de R\$ 1.200/m² de ABL de lojas satélites e diversas (exceto âncoras) para cessão de direitos (Fonte: Urban Systems, 2010, atualizado pelo IPCA até jul/13).

74. O próprio Relatório de Auditoria conclui que os valores da cessão de uso foram previstos no Plano de Negócio Referencial como **receita da concessão**, no item 3.2.1, na página 10:

O Plano de Negócios de Referência, Anexo VI do Edital que deu origem ao contrato, já previa o “Valor cessão de direito” das lojas como uma das fontes de receita da Concessão (peça 6, fls. 16 e 48/49), o que presume ciência por parte de terceiros da possibilidade de tal cobrança.

75. Por outro lado, em relação à concepção física e *layout* do Centro Popular de Compras, o Plano de Negócio Referencial previu que responsabilidade exclusiva da Concessionária, desde que atendidos os requisitos definidos pelo Anexo III, Caderno e Encargos (Peça 6, fl. 33).

A concepção e organização física dos espaços deve ficar a cargo da CONCESSIONÁRIA, que será a responsável pela elaboração do *layout* físico, visando a melhor organização funcional do empreendimento, devendo sempre atender aos requisitos definidos no Anexo III - Caderno de Encargos.

76. O Caderno de Encargos, por sua vez, definiu dois requisitos específicos a serem atendidos pela Concessionária, no que diz respeito à

área do Centro Popular de Compras e suas estruturas, quais sejam: (i) área construída mínima de 50.000m²; (ii) área para abrigar pelo menos 4.000 *boxes* cada, com 40% destinado à circulação. Confira-se: **(doc. 07)**

A CONCESSIONÁRIA deverá observar as seguintes capacidades na infraestrutura do CIRCUITO DAS COMPRAS a ser construída no Pátio do Pari:

a) CENTRO POPULAR DE COMPRAS:

- i. área para abrigar pelo menos 4.000 *boxes* de 5 m² cada, com 40% (quarenta por cento) do espaço destinado à área de circulação;
- ii. infraestrutura adequada para a circulação mínima diária de 34.000 turistas de compras;
- iii. disponibilização de banheiros masculinos, femininos e para deficientes físicos em todos os andares;
- iv. área para praça de alimentação com capacidade de atendimento de no mínimo 15.000 usuários por dia;
- v. infraestrutura adequada para o recebimento, armazenagem e triagem de compras despachadas para o Terminal via transporte circular de compras para ser utilizada por no mínimo 650 usuários por dia;
- vi. área para conveniência e serviços públicos em geral (ex: Poupatempo, Correio, microfinanciamento), cujo uso será definido pelo Poder Concedente, nos termos da cláusula 16.4.1 do CONTRATO;
- vii. área para Polícia, Bombeiros e Armazenamento de Lixo;

77. Realizando, pois, uma avaliação sistemática das disposições do Plano de Negócios de Referência e do Caderno de Encargos, constata-se que a opção realizada pelo Município de São Paulo foi de conferir à Concessionária *liberdade* para a definição da área e lojas comerciais – e sua disposição no empreendimento, desde que atendidas as áreas mínimas do Centro Popular de Compras e dos *boxes* (previstos em número mínimo de 4.000).

78. Desta forma, dado o caráter referencial do Plano de Negócios, como reconhecido por esta E. Corte de Contas, e tendo ele previsto a possibilidade de distribuição dos espaços compreendidos no Centro Popular de

Compras de acordo com a melhor organização identificada pela concessionária, resta evidenciada que a fixação da área dedicada a lojas foi relegada ao planejamento/organização do particular que se incumbiria da execução do contrato de concessão.

79. Apesar disso, como visto o Plano de Referência previu expressamente, e trouxe as bases financeiras da estimativa de receita de aluguel (item 4.1.2 do Plano de Negócios - peça 6, fl. 36) e de CDU de lojas (R\$ 1.200/m² de ABL – Peça 6, fl. 48), viabilizando a análise por todos os interessados do potencial de receita do empreendimento.

80. Portanto, os participantes da Concorrência tinham ciência da possibilidade de cobrança de valores de cessão de uso para lojas, construção de número indeterminado destas, valor médio por metro quadrado, bem como fixação dos preços para lojistas em condições compatíveis com o mercado, pela veiculação das condições **do Edital da licitação, por meio da minuta de Contrato que o integrou.**

81. É o que se evidencia nas cláusulas 2.1.8, 18, 19, 31 e 32 do Contrato:

2.1.8. CENTRO POPULAR DE COMPRAS: infraestrutura destinada a organizar o comércio informal instalado na **ÁREA NORTE DO PÁTIO DO PARI**, composta por boxes, lojas, praça de alimentação e outras instalações, nos termos do Anexo I – Caderno de Encargos do CONTRATO e das cláusulas 15, 16 e 18 do CONTRATO;

18. CLÁUSULA 18 – DO CIRCUITO DAS COMPRAS

18.1. A CONCESSIONÁRIA deverá construir, no mínimo, 4.000 (quatro mil) boxes de no mínimo 5m² (cinco metros quadrados) cada, na área do CENTRO POPULAR DE COMPRAS.

(...)

18.4. A LISTA DE COMERCIANTES não poderá ultrapassar o limite de 4.000 (quatro mil) cadastrados, salvo por determinação do PODER CONCEDENTE de expansão dos espaços destinados a boxes, mediante recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO.

(...)

19. CLÁUSULA 19 – DO USO DOS ESPAÇOS NO CIRCUITO DAS COMPRAS

19.1. Exclusivamente para fins da CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA cederá o uso de espaços na ÁREA NORTE DO PÁTIO DO PARI **para que sejam exploradas economicamente pelo cessionário, para as finalidades já previstas neste CONTRATO** ou em PROJETOS ASSOCIADOS.

19.1.1. A cessão de uso será formalizada por meio de contrato de direito privado, tal como locação ou arrendamento.

31. CLÁUSULA 31 – DA REMUNERAÇÃO

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

32. Cláusula 32 – DOS VALORES COBRADOS PELAS ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO

32.1. A CONCESSIONÁRIA deverá ter como valor máximo de cobrança de aluguel dos boxes no CENTRO POPULAR DE COMPRAS R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) por metro quadrado.

(...)

32.4. Os demais valores eventualmente cobrados na operação do CIRCUITO DAS COMPRAS estarão sujeitos ao regime de direito privado, constituindo preços de mercado fixados por conta e risco da CONCESSIONÁRIA.

82. Seguindo o delineamento e estudos o Plano de Negócios Referencial, a Cláusula 18 **não trouxe a obrigatoriedade de instalação de número mínimo ou máximo de lojas, mas apenas de boxes.** Isto não significa exclusão das lojas do Centro Popular de Compras e da Cláusula 18 do Contrato: o instrumento apenas não delimitou um número de lojas, nem a área destinada para este tipo de espaço, justamente em razão do encaminhamento dado pelo Plano de Negócios de Referência, consistente na atribuição ao particular contratado o desenvolvimento e organização comercial e estrutural do empreendimento, definindo área dedicada à instalação de lojas, a partir das estimativas de receitas por m² de ABL trazidas no referido estudo.

83. Enquanto isso, a Cláusula 19 do Contrato, ainda dispondo sobre a exploração do Centro de Compras, estabeleceu a possibilidade de **cessão de uso de lojas – já que a cessão de uso de boxes foi vedada pelo**

Contrato - por meio da celebração de contrato privado entre a Concessionária e os lojistas, ecoando as bases de receitas fixadas no Plano de Negócios que, igualmente, previu a cobrança de CDU (“luvas”) e patamares de estimativa de receita.

84. Por fim, a Cláusula 32.4 do Contrato, como é natural em concessões de obras públicas autônomas, consignou que as atividades de exploração do empreendimento – exceto as que se referem à exploração dos boxes detidos pelos comerciantes do Anexo VIII do contrato - estariam sujeitas ao regime de direito privado, constituindo preços de mercado fixados por conta e risco da Concessionária.

85. Esta é uma prática comum e escorreita em concessões de obras públicas, como se verifica na recente concessão de obra pública do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato, cuja concessão foi outorgada por meio do Edital de Concorrência nº 008/SCM/2019. Este certame previu, na mesma esteira, **a negociação livre dos aluguéis dos boxes livremente nos padrões usuais de mercado (Doc. 08):**

6.6.2. Aos PERMISSIONÁRIOS que exercerem seu direito de preferência, os contratos de que trata a subcláusula 6.6.1 deverão prever, durante o prazo de 24 (vinte e quatro) meses contados a partir da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, ou até a finalização da implantação do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO, o que ocorrer antes, os seguintes valores, acrescidos de correção monetária, segundo o IPCA:

a) o valor do aluguel, que deverá corresponder monetariamente ao valor do preço público cobrado dos PERMISSINÁRIOS, conforme indicado pelo SUBANEXO VI - RELAÇÃO DE PERMISSIONÁRIOS - PAULISTANO E KINJO YAMATO, do ANEXO III – MEMORIAL DESCRITIVO DA ÁREA, do EDITAL;

(...)

6.6.5. Decorridos os prazos e condições constantes da subcláusula 6.6.2, os valores dos aluguéis poderão ser negociados livremente nos padrões usuais de mercado.

86. Pois bem. Não há dúvidas que todos os licitantes, à época da licitação do Circuito de Compras, tinham conhecimento dos termos do

Edital, dos estudos que lhe acompanhou, assim como da minuta de Contrato. Descabida, assim, a premissa do Item 3.3.3 do Relatório de Auditoria, no sentido que existiu assimetria de informações entre os licitantes, subestimação do valor de outorga e prejuízo ao erário.

3.3. Esclarecimentos sobre a remuneração do Poder Público

87. No que se refere à percepção de receitas pelo Poder Público, tanto a União, quanto o Município de São Paulo, são devidamente remunerados pela disponibilização do terreno do Pátio do Pari, assim como pela fiscalização sobre a concessão.

88. Como declinado na síntese dos fatos, o Edital da licitação previu o pagamento de outorga mínima para seleção do melhor proponente, com valor mínimo de lance em R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Após sagrar-se vencedora pelo maior lance, a Concessionária obrigou-se ao pagamento de outorga no valor de R\$ 50.500.015,55 (cinquenta milhões, quinhentos mil, quinze reais e cinquenta e cinco centavos), valor a ser despendido pelo mero direito de explorar a Concessão.

89. Tal importe supera em mais de trinta milhões ao que foi previsto pelo Município, representando um ágio de cerca de 250%. Ou seja, não há sequer como se cogitar em ocorrência de dano ao erário pelo valor da outorga: **(i)** o valor da outorga superou absurdamente o mínimo previsto pelo Poder Público; **(ii)** porque a concessão é de obra pública, a Concessionária ficou obrigada a construir a estrutura do empreendimento, a partir da mera disponibilização do espaço pelo Poder Concedente, sem nenhum investimento financeiro da União ou do Município; **(iii)** ao final da concessão da obra pública, os bens serão revertidos ao Poder Público; **(iv)** a Concessionária ainda está obrigada ao pagamento anual da parcela de compensação.

90. A parcela de compensação, por seu turno, corresponde a 5% sobre o valor da RECEITA BRUTA obtida pela concessionária. Sendo assim, os valores **oriundos da cessão de uso de lojistas e aluguéis de lojas**, além das receitas obtidas com os aluguéis dos *boxes*, integram a receita bruta da Concessionária e, por corolário lógico, o cálculo da parcela de compensação.

91. Ademais, o Contrato previu um piso mínimo para o pagamento da parcela de compensação, que é de R\$ 3.954.400,00 (três milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil e quatrocentos reais). Este valor, em cada pagamento anual, ainda deverá ser atualizado pelo IPCA, ou outro índice que o substitua, com data-base de julho de 2012:

11.4. O primeiro pagamento devido a título de PARCELA DE COMPENSAÇÃO será realizado até o 80º (octagésimo) dia após a assinatura do CONTRATO e os demais pagamentos serão feitos a cada ano, contados a partir desta data e sempre ocorrerão no dia 20 do primeiro mês de cada ano de vigência do CONTRATO. O valor devido será equivalente a 5% (cinco por cento) da RECEITA BRUTA DA CONCESSÃO apurada no período anterior ou ao piso mínimo, sempre prevalecendo o que for maior.

11.4.1. O valor estipulado para piso mínimo será equivalente a R\$ 3.954.400,00 (três milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil e quatrocentos reais), atualizado desde julho de 2012 até a data prevista para pagamento, por meio da aplicação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou por outro índice que o substitua.

92. Ressalte-se, ainda, que a RECEITA BRUTA do empreendimento, conforme a cláusula 2.1.31 do Contrato, compreende *remuneração resultante da exploração econômica do CIRCUITO DAS COMPRAS e de eventuais PROJETOS ASSOCIADOS*. Desta forma, os valores a serem recebidos pelo Poder Público são diretamente proporcionais à exploração econômica da concessão: quanto maiores as receitas da Concessionária, por cessão de uso, aluguéis de lojas e boxes, maiores os ganhos do Município e da União.

93. Quanto à classificação das receitas, o Relatório de Auditoria também é falho. Isto porque considera que todas as receitas que **não são decorrentes da exploração econômica dos boxes são receitas alternativas ou de projetos associados**, quando, na verdade, representam receitas oriundas da exploração da própria concessão.

94. Mais uma vez faz-se necessário rememorar que o modelo de concessão de obra pública autônoma não implica prestação de serviço público. O relatório que se impugna parte exatamente do equivocado pressuposto da prestação de serviços públicos, quando não há, fazendo com que ele adote conceitos inaplicáveis ao caso concreto.

95. Sendo assim, o relatório utiliza o conceito de receita assessória dos contratos de concessão de serviços públicos²⁰ para justificar uma omissão de receitas por parte da Concessionária, bem como para referendar uma suposta necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

96. Sobre receitas acessórias, define a doutrina:

Trata-se normalmente da exploração lucrativa de **subprodutos relacionados à prestação de serviço delegado**. É o que ocorre, por exemplo, com a comercialização de espaços para fins de publicidade (acima mencionada) ou para a instalação de estabelecimentos comerciais. Nesses casos, as atividades desempenhadas aproveitarão uma externalidade do serviço concedido, consistente no aumento do fluxo de pessoas gerado em função da prestação do serviço concedido²¹.

²⁰ Segundo a Lei das Concessões: Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

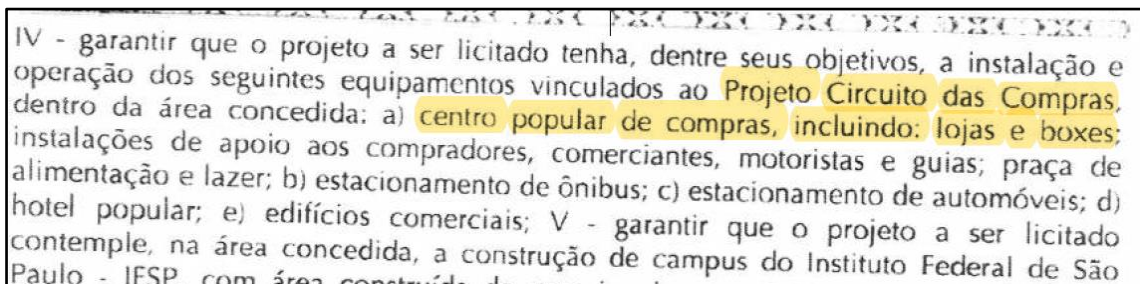
²¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Pg. 209.

97. Como se extrai do excerto supra transcrito, as receitas acessórias fogem à delimitação do objeto da Concessão, referindo-se a valores que não estão diretamente vinculados à exploração econômica decorrente da execução do que se delineou em termos de objeto e receita concebidos por ocasião de sua modelagem e publicação do respectivo ato convocatório.

98. Desta forma, serão consideradas receitas acessórias aquelas decorrentes de exploração **que não foram previstas inicialmente no plano de negócios ou no caderno de encargos.**

99. Nesse sentido, o Relatório de Auditoria ao afirmar que as receitas “*exceto as decorrentes de aluguel de boxes, devem ser tratadas como fontes de receitas alternativas ou de projetos associados*”, incorre em grave equívoco, não suportado pelas disposições legais e contratuais sobre o tema.

100. Isto porque, conforme demonstrado ao longo desta manifestação a instalação e a exploração econômica de boxes e lojas foram previstas desde a celebração do CDRU, oportunidade em que se fixou que o Município de São Paulo deveria promover licitação para celebração de contrato com parceiro privado, *garantindo que projeto tivesse, dentre outros objetivos, a instalação de um Centro Popular de Compras composto por **lojas e boxes***:



IV - garantir que o projeto a ser licitado tenha, dentre seus objetivos, a instalação e operação dos seguintes equipamentos vinculados ao Projeto Circuito das Compras, dentro da área concedida: a) **centro popular de compras, incluindo: lojas e boxes;** instalações de apoio aos compradores, comerciantes, motoristas e guias; praça de alimentação e lazer; b) estacionamento de ônibus; c) estacionamento de automóveis; d) hotel popular; e) edifícios comerciais; V - garantir que o projeto a ser licitado contemple, na área concedida, a construção de campus do Instituto Federal de São Paulo - IFSP com área construída de...

101. Atendendo ao delineamento trazido pelo CDRU para o Centro Popular de Compras e suas estruturas, o Plano de Negócios de Referência, considerou em seus levantamentos e estudos técnicos valores

decorrentes da exploração de boxes e lojas, e cobrança de CDU's de lojas, considerando-os como receitas decorrentes da execução do Contrato de Concessão, conforme comprovado nos tópicos 3.2 e 3.3 desta manifestação.

102. Por outro lado, o contrato de concessão ao definir quais seriam as receitas da exploração econômica decorrente de sua execução, previu de forma expressa, na Cláusula 31.1, que elas se referem a todas as estruturas compreendidas no “**CENTRO POPULAR DE COMPRAS**, do ESTACIONAMENTO E TERMINAL DE ÔNIBUS, do ESTACIONAMENTO DE AUTOMÓVEIS, dos CENTROS DE APOIO, do SISTEMA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, do SISTEMA LOGÍSTICO DE COMPRAS, das SALAS COMERCIAIS e HOTEL e dos PROJETOS ASSOCIADOS.”.

103. Com relação ao CENTRO POPULAR DE COMPRAS, a Cláusula 2.1.8 o conceitua como “*infraestrutura destinada a organizar e regularizar o comércio informal instalado na ÁREA NORTE DO PÁTIO DO PARI, composta por boxes, lojas, praça de alimentação e outras instalações, nos termos do Anexo I – Caderno de Encargos do CONTRATO e cláusulas 15, 16 e 18 do CONTRATO.*”.

104. Portanto, tendo o Contrato de Concessão definido que seu objeto contempla a exploração econômica de lojas e boxes instaladas no Centro Popular de Compras, fixando, ainda, que os valores decorrentes de sua exploração econômica (*alugueres de boxes e lojas, e CDU's de lojas*) compõem as receitas da concessão que, em contrapartida, foram consideradas no Plano de Negócios de Referência, a sua consideração como **receitas acessórias** não se mostra correta do ponto de vista jurídico e do formação do Contrato de Concessão.

105. Desta forma, não há que se falar em aplicação do art. 11 da Lei das Concessões, para as receitas em destaque na medida em que as atividades e valores mencionados pelo Relatório de Auditoria **compõem o próprio objeto da Concessão**, e tendo as respectivas **receitas sido consideradas no Plano de Negócios e definidas na cláusula 31.1 do contrato**, observa-se que elas foram, desde a publicação do Edital, consideradas como componentes da base de cálculo da

parcela de compensação, de modo que devem ser compartilhadas com o Poder Público, caso concretizada a hipótese trazida na cláusula 11.4.1²² do ajuste.

106. Desta maneira, não se mostra correta a conclusão alcançada pelo item 3.3.1 do Relatório de Auditoria de que as receitas decorrentes de aluguéis e de CDU's de lojas seriam acessórias, impactando, pois, na decisão dos licitantes sobre a participação ou não no certame, e na definição do valor da outorga.

107. Isto porque, como visto, todos os critérios e bases de definição das receitas de aluguéis e CDU's foram clara e adequadamente delineados no Plano de Negócios e no Edital de Licitação, de maneira que todos os licitantes tiveram acesso às informações necessárias à subsidiar a decisão sobre a atratividade do negócio, suas bases financeiras e receitas passíveis de exploração.

2.3. Dos aspectos relacionados ao valor do contrato, estimativa de receitas e revisão do Plano de Negócios

108. Nos itens 3.3.2 e 3.3.3 o Relatório de Auditoria recomendou que a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo realize reavaliação do estudo de viabilidade da concessão (Plano de Negócios de Referência) com base no cenário atual da Concessão. Após a realização do estudo, o corpo técnico deste TCM igualmente recomenda que se faça um cotejo entre os valores das receitas recebidas com aquelas previstas quando da licitação, para verificação de subdimensionamento e, após, que se consulte à PGM sobre a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

109. Ocorre, contudo, que as bases de análise do Relatório de Auditoria não se mostram compatíveis com os elementos e critérios

²² “11.4.1. O valor estipulado para piso mínimo será equivalente a R\$ 3.954.400,00 (três milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil e quatrocentos reais), atualizado desde julho de 2012 até a data prevista para pagamento, por meio da aplicação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE, ou por outro índice que o substitua.”

extraídos do Plano de negócios, tampouco com as disposições do Contrato de Concessão.

110. Nota-se que o Relatório de Auditoria fundamenta a apontamento de revisão do estudo de viabilidade numa pretensa incompatibilidade entre: (i) o ABL de lojas comerciais; (ii) número de vagas de estacionamento; (iii) valores exercidos para estacionamento de veículos na região central; e os valores utilizados pelo Plano de Negócios de Referência para composição de receitas e valor da concessão.

111. Ocorre, contudo, que conforme demonstrado no tópico 3.2 desta manifestação, o Plano de Negócios estimou as receitas de locação e de CDU's de lojas comerciais, a partir de valores praticados à época da consulta de preços, fixando-os à razão do m² de ABL. No que se refere à definição de ABL, como delineado no item 4.1 do Plano de Negócios de Referência (Peça 06, pág. 33), caberia ao futuro contrato a concepção e organização física do Centro Popular de Compras, desde que respeitados os critérios mínimos do Caderno de Encargos que previu área mínima do empreendimento e do espaço destinado à instalação de boxes.

112. Em razão disso, o comparativo realizado entre a ABL destinado a lojas de alimentação (2.900m²) e a ABL das lojas comerciais atualmente instaladas no empreendimento, não se mostra compatível com as disposições do Plano de Negócios de Referência que relegou ao futuro contratado a definição da ABL de lojas comerciais, de acordo com suas opções organizacionais e operacionais, de forma totalmente compatível com a estruturação econômica do empreendimento e da atuação do concessionário no âmbito de concessões de obras públicas, pautada no melhor aproveitamento do potencial econômico como instrumento de amortização de investimentos e de produção de receitas que, aliás, são compartilhadas com o Poder Concedente.

113. Além disso, a partir de uma avaliação sistemática das informações e disposições do Plano de Negócios e do Caderno de Encargos, é

possível aferir que a ABL de lojas comerciais adotada pelo Relatório de Auditoria é compatível com as disposições do Plano de Negócios de Referência.

114. Com efeito, o Relatório realizou o cálculo de ABL de lojas do Centro Popular de Compras, a partir das informações extraídas do relatório de vistoria e recebimento das obras, fixando-a em 14.380m² (Peça 20, pág. 18)

Quadro 1 – Estimativa mais conservadora da ABL total de lojas do Circuito de Compras			
Tipo de Loja	Quantidade	Área da loja (em m ²)	ABL estimado (em m ²)
Lojas de Pequeno Porte	1.259	10	12.590
	1	20	20
Lojas satélites de médio e grande portes	18	20	360
	1	300	300
Lojas de "Fast Food" (Alimentação)	37	30	1.110
Total			14.380

Fonte: Elaboração própria, com base nas informações de quantidades de lojas e de áreas presentes no Relatório de vistoria nas obras realizada em 29.10.21 pela SMSUB (peça 8, fl. 2).

115. Compatibilizando esse critério com os critérios do Caderno de Encargos, verifica-se que a ABL de lojas para além de compatíveis com a atual estrutura do Centro Popular de Compras, era perfeitamente extraído da Edital de Licitação e seus Anexos.

116. Com efeito, o Caderno de Encargos previu a necessidade de construção do Centro Popular de Compras com área mínima de 50.000m², sendo que 20.000m² deveriam ser destinados a boxes (4.000 boxes, de no mínimo 5m²).

117. Nesse sentido, os 30.000m² remanescentes deveriam ser destinados à construção de outras estruturas previstas no Contrato de Concessão, dentre elas lojas de alimentação, com ABL estimado de 2.900m², possibilitando que mais de 27.000m² fosse utilizado para a disponibilização de lojas comerciais.

118. Nesse sentido, vale pontuar que, atualmente, o Centro Popular de Compras possui aproximadamente 18.000 m² de ABL para lojas comerciais, o que demonstra a sua compatibilidade com todas as disposições trazidas pelo Edital, Plano de Negócios Referencial, as quais, como visto devem ser analisadas de maneira global e sistemática, sendo que a partir disso evidencia-se a inexistência do alegado subdimensionamento.

119. Nota-se que, apesar de o cálculo ser realizado a partir da área bruta do empreendimento, o espaço remanescente, de 27.000 m², é perfeitamente compatível com o que se tem de área para lojas comerciais e de alimentação. Assim, é certo que todas as informações disponibilizadas pelo Edital de Licitação e seus Anexos, são, a um só tempo, suficientes e adequados para o delineamento da área possível de exploração e das receitas dela adjacentes.

120. Desta forma, verifica-se que inexistiu qualquer subdimensionamento de receitas, na medida em que todos os critérios para a sua aferição foram devidamente delimitados e apresentados pelos elementos que compunham o Edital de Licitação. Por outro lado, dado ao cenário apresentado não se pode cogitar em assimetria de informações, em relação aos potenciais competidores do certame, ou entre eles e o Poder Concedente, na medida em que todos eles detinham cabal conhecimento sobre as bases de exploração do empreendimento, podendo realizar as análises pertinentes ao prosseguimento do certame, oferta de propostas comerciais e sua avaliação para fins de sua classificação e celebração do contrato de concessão.

121. No que se refere ao número de vagas de estacionamento e, valores cobrados, melhor sorte não assiste ao Relatório de Auditoria.

122. Primeiro porque, conforme exaustivamente tratado ao longo desta manifestação, a estimativa quantitativa de vagas é meramente referencial, de maneira que caberia à concessionária a fixação de

número de vagas de acordo com a estrutura disponibilizada ao Município, levando em consideração a capacidade de público, fluxo adequado de veículos e, ainda, critérios definidos pela legislação municipal sobre número mínimo e máximo de vagas.

123. Segundo porque, os valores constantes do Plano de Negócios foram levantados no momento de sua elaboração/atualização, ou seja, em meados de julho de 2013 (item 2.3 – Peça 06, pág. 13), sendo natural que os valores coletados naquela ocasião não sejam idênticos aos praticados no mercado atualmente.

124. Por óbvio, que após quase 09 anos os valores praticados pelos estacionamentos na região central da cidade de São Paulo tenham sofrido alteração, passando a ser cobrados em patamares superiores à pesquisa de preços realizada por ocasião da elaboração do Plano de Negócios. Ninguém esperaria que após quase 10 anos, os valores continuassem estáticos, mesmo porque desde então o comportamento de mercado e da economia se alterou significativamente, de maneira que os valores acompanharam a evolução de demanda e de inflação verificada desde então.

125. Contudo, a disparidade entre os valores outrora identificados e os atualmente praticados não desabonam, em nada, o Plano de Negócios de Referência, tampouco justificam a sua revisão.

126. Isto porque, não se vislumbra qualquer impacto negativo para a formulação das propostas no âmbito do certame licitatório, na medida em que as informações disponibilizadas à época do certame se mostravam compatíveis com o comportamento do mercado – o que não é questionado pelo Relatório de Auditoria, além de ter sido disposta de maneira uniforme a todos os interessados, viabilizando a adequada avaliação acerca da estimativa de receita fixada por ocasião da publicação do Edital de Licitação.

127. Por outro lado, considerando que a receita de exploração do estacionamento, em razão do disposto na Cláusula 31.1, do Contrato de Concessão, compõe as receitas da concessão, sendo levada em consideração para efeito de apuração do valor da parcela de compensação, verifica-se que a *evolução* dos valores obtidos pela concessionária terá reflexos para aqueles que serão revertidos em favor do Poder Concedente.

128. Portanto, ainda que a receita tenha sido estimada em patamares inferiores aos atualmente praticados, o *ganho* decorrente do aumento dos valores cobrados pela disponibilização de vagas de estacionamento será devidamente compartilhado com o Município de São Paulo, de maneira a não se aperfeiçoar qualquer prejuízo ao erário.

129. Finalmente, no que se refere às receitas decorrentes da exploração da área de descanso para motoristas e guias, a divergência identificada, igualmente, não justifica a revisão proposta pelo Relatório de Auditoria.

130. Conforme exaustivamente tratado, a avaliação acerca do delineamento da exploração do empreendimento e de suas receitas não pode ser realizada de forma isolada, sem observância de todos os critérios e disposições a ela correlatos fixados nos elementos que compuseram o Edital de Licitação.

131. Análise desse gênero importa grave distorções do conteúdo do Edital, e das informações disponibilizadas ao mercado por ocasião de sua publicação, as quais, ao fim e ao cabo orientaram o processamento do certame.

132. Nesse sentido, como bem apontado pelo Relatório de Auditoria, as receitas da área de descanso, apesar de previstas no Plano de Negócios de Referência, foram excluídas da execução do Contrato de Concessão, por força de sua Cláusula 32.2. A opção, obviamente, foi realizada pelo Poder

Concedente que, desde então, ciente da impossibilidade de exploração da receita e de percepção de qualquer parcela econômica dela decorrente. Por outro lado, tendo a informação sido fixada já no Edital de Licitação – na medida em que a minuta de contrato compunha seus anexos, os interessados, igualmente, foram cientificados a respeito da exclusão desta receita do objeto contratado.

133. Diante disso, as balizas de exploração econômica do contrato de concessão, e suas receita estavam adequadamente delineadas no Edital de Licitação, de maneira que a exclusão não teve nenhuma repercussão para a formulação de propostas comerciais pelos interessados, e sua avaliação pelo Poder Concedente, de maneira que a divergência não pode impulsionar a revisão pretendida.

2.4. Aspectos sobre a revisão do Plano de Negócios de Referência e sobre o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

134. O Relatório de Auditoria recomendou que a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo realize estudo econômico-financeiro com base no cenário atual da Concessão. Após a realização do estudo, o corpo técnico deste TCM igualmente recomenda que se faça um cotejo entre os valores das receitas recebidas com aquelas previstas quando da licitação, para verificação de subdimensionamento e, após, que se consulte à PGM sobre a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

135 Como dito acima, não se faz necessário um novo estudo técnico de viabilidade do projeto, exatamente porque o plano de negócios é referencial. Um novo estudo de viabilidade, **seis anos após o contrato**, não se mostra razoável, muito menos, efetivo.

136. Conforme demonstrado no tópico anterior, os apontamentos do Relatório de Auditoria não têm o condão de desabonar ou

identificar quaisquer impropriedades do Plano de Negócios de Referências, o qual, conforme comprovado, trouxe a tona todos os elementos e relacionados às estimativas de custos e receitas do empreendimento, permitindo adequada fixação dos valores envolvidos na exploração pretendida.

137. Por outro lado, o Relatório de Auditoria ao tratar e conceituar as receitas acessórias, incorreu em equívoco, que acabou por impactar negativamente para as apurações por ele empreendidas, ignorando o fato de que **todas** as receitas por ele avaliadas, na verdade **integram o objeto e receitas da concessão**, de maneira que todo e qualquer benefício eventualmente obtido pela Concessionária na execução contratual será compartilhado com o Poder Concedente, na forma disposta pelo Contrato de Concessão.

138. De igual modo, o pretenso subdimensionamento de receitas pelo Plano de Negócios – inexistente, em razão do seu caráter referencial e da comprovação de previsão de todas as bases de receitas passíveis de exploração ao longo da execução do contrato de concessão, não importaria sua revisão, na medida em que a providência determinaria a alteração de todo o arcabouço técnico-financeiro que respaldou a concepção do empreendimento e a disputa instaurada entre os interessados no certame.

139. Destaca-se que o Relatório de Auditoria fundamenta a necessária revisão do Plano de Negócios de Referência na necessidade de se aferir do Valor Presente Líquido (VLP) para se avaliar se a capacidade de ganho do empreendimento se mostra adequada.

140. Ocorre, contudo, que a apuração do VLP do empreendimento foi devidamente apurada por ocasião de sua elaboração, sendo certo que não se mostra cabível nesse momento, considerando que os critérios por ele utilizados já não se fazem mais presente no atual estágio da concessão, existindo risco de ele não refletir o cenário no qual fixado, justamente pelo lapso temporal existente entre a sua data-base e os dias atuais.

141. O que se verifica é que o Relatório de Auditoria confunde a revisão do Plano de Negócios com o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, sendo que para este último há a previsão de apuração de VLP, mas não nos moldes por ele identificados.

142. Com efeito, todo o Relatório de Auditoria está baseado em pretensão subdimensionamento de receita – não caracterizado e não identificado, inexistindo qualquer avaliação acerca dos custos e despesas trazidos pelo Plano de Negócio de Referência, os quais, igualmente, devem ser considerados no estudo pretendido, o qual definido no Contrato de Concessão como instrumento para a avaliação de eventual recomposição a partir de evento específico identificado de forma superveniente à celebração do contrato.

143. O racional econômico-financeiro de um contrato de concessão é o de um ajuste para o financiamento privado de infraestrutura pública, em que o investidor funcionaliza o seu capital ao interesse público em troca de uma perspectiva de recuperá-lo, desde que acrescido de uma remuneração adequada a partir da exploração do ativo implantado em determinado prazo de vigência. Por outro lado, quando um particular e um ente público reúnem-se para realizar um empreendimento, por meio de concessão de obra pública, há efetivamente o interesse público na implantação do projeto e no atingimento do seu objetivo finalístico.

145. É por isso que a noção de equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão perpassa a ideia de segurança jurídica das relações firmadas e, principalmente, **a seguridade do próprio objeto do contrato.** **A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, na verdade, é uma proteção à exequibilidade do próprio contrato de concessão.**

145. Nesse sentido, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro²³:

Em linhas gerais, assentou-se a proteção ao que foi acordado em termos da equação econômico-financeira da avença, sob a perspectiva de que o sucesso da contratação está vinculado de modo indissociável à garantia dos mecanismos necessários à sua execução. **Esses mecanismos, por sua vez, atuam, a priori, na segurança jurídico-institucional, a assegurar ao particular que aquilo que aceitou contratar com a Administração Pública não será modificado sem a garantia da justa remuneração; e atuam no decorrer da vigência contratual, pois viabilizam os recursos necessários para a correta execução do seu objeto.**

146. Não há como se analisar expressões econômico-financeiras isoladas (receitas e despesas), em dados períodos isolados, em contratos relacionais e de longo prazo, sujeitos a mutabilidade natural, como o contrato de concessão em análise. Para se verificar a manutenção ou ruptura da equação econômico-financeira do contrato de concessão deve-se voltar os olhos às condições pactuadas quando do **oferecimento da proposta.**

147. E neste aspecto, mostram-se totalmente equivocadas as premissas e conclusões do Relatório de Auditoria, que invocam a necessidade de comparação das condições **atuais da concessão** com aquelas previstas no **plano de negócios de referência**, que, repise-se estabelece as bases gerais do contrato e não vincula a Concessionária de modo estanque.

148. De mais a mais, os contratos relacionais e de longo prazo, como os contratos de concessão, não são estanques. Nesse ponto, Egon Bockmann Moreira é cirúrgico sobre a questão²⁴:

Logo, o tema das receitas, despesas e lucros só pode ser bem compreendido numa perspectiva dinâmica, que analise o fluxo de verbas em combinação com

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. **A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.** *Revista de direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, pg. 121-151, jul/st. 2014.

²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995.** São Paulo: Malheiros, 2010. Pg. 161.

o cumprimento dos deveres e obrigações contratuais – tudo isso projetado para períodos lassos. (...) **Por isso é um equívoco tentar entender o que se passa na concessão analisando algumas de suas partes numa perspectiva estática, como se se tratasse de fotografias, e não um filme de longa metragem.** Tampouco se a pode compreender adequadamente a se analisar apenas um de seus ângulos: **só as das despesas, ou só o das receitas, ou só o das obras.** Quem assim proceder estará descolado da realidade do projeto concessionário e investigará apenas e tão somente um pequeno ponto de todo um complexo sistema não linear. **Felizmente, a pobreza dessa análise jamais contaminará a riqueza de perspectiva da concessão.**

149. É totalmente falho o racional do Relatório de Auditoria ao concluir que, na hipótese de subestimação de determinadas receitas quando da elaboração do plano de negócios, existiria, atualmente, um VLP positivo e, por consequência, um desequilíbrio na avença.

150. Tem-se aqui, na realidade, uma confusão nos conceitos de equilíbrio econômico-financeiro, definição de VLP, definição de valor e outorga e estimação de receita em contratos de concessão. O corpo técnico incorreu no erro de analisar apenas valores de receitas, desconsiderando **até mesmo o item 34.7 do Contrato que define o processo de recomposição financeira da avença e os pressupostos das bases econômico-financeiras do Contrato: a necessária avaliação de fluxo de caixa, meta de inflação e taxas de juros.**

151. Como já demonstrado à exaustão, não houve subestimação de receitas. A percepção de CDUs e de aluguel de boxes estava prevista no plano de negócios, no Edital e na minuta do Contrato. Ademais, o instrumento convocatório da Concorrência previu o compartilhamento das receitas recebidas pela Concessionária, seja da exploração do empreendimento ou de projetos associados, por meio do **pagamento da parcela de compensação anual.**

152. Não houve, assim, nenhuma ruptura da amálgama contratual estabelecida à época da oferta da proposta, tampouco os apontamentos caracterizam **evento** extraordinário à celebração do contrato que justifique o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. A própria Cláusula 34.7

do Contrato é clara sobre a necessidade de evento superior e extraordinário, que altere os fluxos nos dispêndios e nas receitas marginais e, por conseguinte, as bases da proposta.

153. Pensar de modo diverso traz insegurança à exequibilidade e à estabilidade do próprio Contrato, pondo em risco a operação do Circuito das Compras.

154. De outro giro, o que se extrai da análise do Relatório é que o apurado tenta forçar uma irregularidade na previsão inicial das bases econômico-financeiras do Contrato e, assim, uma nulidade do certame da Concorrência. Todavia, em razão da natureza do projeto envolvido, o próprio Contrato previu mecanismos para assegurar a segurança jurídica do empreendimento, mesmo em casos de falhas de projetos, seja por parte do Poder Concedente, seja por parte da Concessionária.

155. Por isso, ainda que houvesse irregularidade no projeto da licitação, o que não efetivamente não é o caso, o Contrato veda o equilíbrio-econômico-financeiro nestas hipóteses. É o que se evidencia na Cláusula 33.4, taxativa com relação às hipóteses em que não caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para **nenhuma das PARTES:**

33.4. Não caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para nenhuma das PARTES, nas seguintes hipóteses:

(...)

33.4.1.3. Riscos, de qualquer natureza, relacionados ao CIRCUITO DAS COMPRAS, aos PROJETOS ASSOCIADOS e variação das RECEITAS correspondentes;

33.4.1.4. Constatação superveniente de erros ou omissões em sua PROPOSTA COMERCIAL ou nos levantamentos que as subsidiaram, inclusive aqueles necessários para aferir os dados e projetos divulgados pelo PODER CONCEDENTE;

(...)

33.4.1.13. Falhas nos projetos executivos e na execução do CONTRATO, e;

156. Diante disso, não há porque se falar na necessidade de revisão do Plano de Negócios de Referência, muito menos em reequilíbrio, estando os achados conclusivos 4.7, 4.9 e 4.10 desamparados pelo ordenamento jurídico.

2.5. Necessárias considerações finais e sobre a Representação que deu origem à presente Auditoria.

157. Como visto, a cobrança pela cessão de direito de uso para ocupação de lojas e seus aluguéis, com regulação pelos critérios de mercado, **é autorizada pelo Contrato e integrou o plano de negócios referencial que acompanhava a licitação. O próprio Relatório da Auditoria reconhece a legalidade da cobrança das CDUs para lojistas.** Assim, essas previsões orientaram a proposta comercial da Concessionária para a estruturação financeira do empreendimento.

158. Todavia, a cobrança desta verba foi vedada em relação aos *boxes*, ainda que autorizada em relação às lojas, como se percebe a partir do item 3.5, alínea “n” do Caderno de Encargos:

n. A CONCESSIONÁRIA poderá cobrar exclusivamente o valor pela utilização do espaço do *box* dos comerciantes populares, sendo vedada a cobrança de “luvas” ou de fundo de comércio pelo *box*.

159. A Concessionária, por sua vez, no estrito cumprimento dos termos do Contrato, nunca realizou a cobrança de CDUs para *boxistas* e não há nenhum elemento nos autos da Auditoria ou da Representação que confirme esta cobrança. As alegações do representante, quanto à cobrança de CDUs para *boxes* estão apoiadas em matérias jornalísticas, muitas delas veiculadas antes mesmo da assinatura do Contrato de Concessão.

160. Quanto à matéria recente, que não se constitui prova, há menção de um comerciante que, em anonimato, fala em valores de aluguéis, não especificando se para *boxes* ou lojas. O fato é que o suposto comerciante não fala de cobrança de “luvas”. Além disso, os valores citados na matéria, ainda, são totalmente fora da realidade de mercado e não guardam nenhuma pertinência com a realidade fática, como se verifica nas prestações de contas e balanços da Concessionária.

161. O Representante, assim, amparou a representação em divagações que não se confirmam, sem qualquer meio probatório para que se inicie uma pesquisa a respeito. Uma das ações populares a que se refere como *indícios estarrecedores de irregularidades* inclusive foi suspensa por decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, após recurso interposto pela Concessionária **(Doc. 09)**.

162. Quanto à desvirtuação do caráter “popular” do empreendimento, em completa ofensa aos termos do CDRU celebrado entre a União e o Município de São Paulo, nos termos do Representante, também não se verifica na análise. Mais uma vez: em relação às lojas, a indeterminação do seu número, a cobrança de CDUs e aluguéis foi expressamente permitida e contemplada na modelagem financeira do empreendimento, e as receitas auferidas pela Concessionária estão em plena harmonia com aquilo que foi projetado no plano de negócios e Contrato, que não condicionam sua cobrança a limites máximos ou mínimos.

163. A existência de lojas no empreendimento, em número muito inferior ao de *boxes*, não tem o condão de descaracterizar o caráter popular do empreendimento. Ao revés, alinha-se ao CDRU que determinou a necessidade de desenvolvimento econômico da região, bem como aos ônus aos quais a Concessionária está obrigada pelo **caderno de encargos, como o da alínea “k”, do Item 3.5 (fl. 227 da Peça 7)**:

k. A CONCESSIONÁRIA deverá maximizar a captação dos diferentes públicos de compradores e garantir a atratividade do Centro popular de compras.

164. Quanto aos boxes, por outro lado, nenhuma cobrança de CDUs foi realizada, estando os valores de aluguéis praticados em conformidade com o teto estabelecido pelo Poder Público. O Item 3.4. do Relatório de Auditoria é incisivo ao demonstrar que os valores praticados pela Concessionária são legais e adequados:



TC 16594/2021

Procurou-se verificar se o valor máximo inicialmente estipulado (R\$ 360 / m²) estava embasado tecnicamente. Segundo o Plano de Negócios, o valor de aluguel mensal utilizado para estimar a receita com os boxes foi de R\$ 358,00 / m² (peça 6, fl. 16), valor próximo ao valor máximo definido no contrato.

O valor do aluguel foi definido como o de ponto de Máxima Captura de Compradores (peça 6, fls. 40/41), estimado por meio do método do PSM (*Price Sensitive Measurement*). Tal estimativa foi realizada por meio de projeções de estudo de mercado de empresa terceirizada à época do Edital (Anexo III do Edital, peça 5), conforme informação à peça 6, fls. 12/13.

Nesse sentido, percebe-se que houve estudo técnico para definição dos valores máximos cobrados a título de aluguel de boxes.

165. Dessa forma, este “desvirtuamento” da finalidade do Contrato e do empreendimento ocorre porque o Representante criou uma finalidade própria, atribuiu a ela um conceito que nunca foi expresso para o projeto e, posteriormente, considerou que a finalidade criada por ele havia sido desvirtuada.

166. E diante da completa invalidade dos argumentos do Representante, assim como da adequação das receitas do empreendimento a

todas as previsões do Poder Concedente, fica evidente que, ao contrário do alegado, a formação do empreendimento apenas concretiza o que foi delineado no CDRU. Isso, prevendo a coexistência de diversas estruturas comerciais, diferentes tipos de cobranças, e propostas compatíveis com o projeto (que busca fomentar o comércio popular enquanto amortiza os investimentos vultuosos feitos pelo parceiro privado).

167. A premissa, reitera-se, se extrai do próprio CDRU que, já em sua assinatura, previa a coexistência de lojas e boxes, além de outras estruturas, e da expressa previsão trazida do Plano de Negócios de Referência ignorada pelo Representante:

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

168. Assim, não há qualquer desvio de finalidade no empreendimento. Além disso, as cláusulas contratuais não se mostram ofensivas ou distanciadas das disposições do CDRU, ao contrário, servem simples e puramente para a consecução do que ali foi fixado e concebido para satisfação das finalidades identificadas, de forma alinhada e comum, pelo Poder Público Federal e Municipal.

III. CONCLUSÃO E PEDIDOS

169. Diante de todo o exposto, conclui-se que:

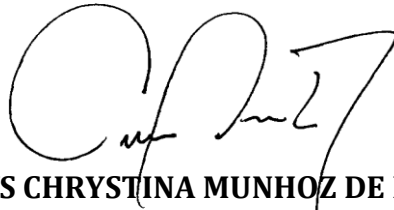
- a) O Edital da concorrência, o plano de negócios e o contrato previram a cobrança de reserva de lojistas (cessão de uso), sendo regular a implementação desta, pela Concessionária, por meio de contratos de natureza privada e em valores compatíveis com a realidade de mercado;

- b) A concessionária realiza a cobrança apenas para lojistas;
- c) A cobrança das CDUs não impacta na equação econômico-financeira do contrato, porque previstas quando da elaboração da proposta da proposta, não significando ruptura da intangibilidade da relação;
- d) Há compartilhamento das receitas de CDUs de lojas, de aluguéis dos boxes e das lojas com o Poder Concedente, por meio da parcela de compensação, razão pela qual não existe subdimensionamento das receitas, ou prejuízo ao erário;
- e) Houve estudo de mercado para o valor de aluguéis de *boxes*, de lojas e de CDUs para lojistas;
- f) O valor cobrado a título de aluguel de *boxes* pela Concessionária está regulado pelo Contrato, com preço teto de m² respeitado pela Concessionária;
- g) Os aluguéis de lojas e CDUs são regulados por preço de mercado, pois sujeitos à natureza de direito privado, mas não configuram projetos associados e sim exploração da própria estrutura da concessão;
- h) Ausentes irregularidades, ilegalidades ou ilegitimidade nos fatos apurados, requer-se sejam os presentes esclarecimentos acolhidos em sua integralidade, com o afastamento dos apontamentos de auditoria, para o fim de declarar a regularidade do procedimento de contratação e da execução, das cobranças das CDUs e aluguéis de lojistas e manutenção do plexo de contratos privados celebrados com comerciantes oriundos do Contrato de Concessão nº 013/2015-SDTE, afastando qualquer responsabilização dos interessados.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 31 de março de 2022.



GIUSEPPE GIAMUNDO NETO
OAB/SP nº 234.412

THAYS CHRYSTINA MUNHOZ DE FREITAS
OAB/SP nº 251.382

DEYSIANNE DE SOUZA MOURA
OAB/PE nº 33.281

FERNANDA LEONI
OAB/SP nº 330.251

Relação de Documentos

- Doc. 01** - Parecer do Ministério Público Federal no Processo nº 5014815-90.2021.4.03.6100, opinando pelo julgamento de improcedência da ação;
- Doc. 02** – Acórdão do TCU que reconheceu a legalidade da estruturação do empreendimento do Circuito das Compras
- Doc. 03** - Termo de guarda provisória
- Doc. 04** – Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais – CDRU
- Doc. 05** – Decisão determinando o prosseguimento do certame pelo Relator Conselheiro Maurício Faria
- Doc. 06** – Manifestação do Município de São Paulo na TC nº 72.000.530/15-35, sobre a concessão de obra pública autônoma
- Doc. 07** – Caderno de Encargos
- Doc. 08** – Edital de Concorrência da Concessão de Obra Pública do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato
- Doc. 09** – Decisão nos autos do processo 5014815-90.2021.4.03.6100, em trâmite na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo