



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



PARECER

PARECER Nº 015/SLL/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 33.821/2023

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO X CONTRATO DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO. COMODATO. INSTALAÇÃO DE POLO DE ATENDIMENTO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA. POSSIBILIDADE CONDICIONADA. RESSALVA QUANTO A INCLUSÃO DO MUNICÍPIO NO CONTRATO DE LOCAÇÃO. CONSIDERAÇÕES.

I - RELATÓRIO

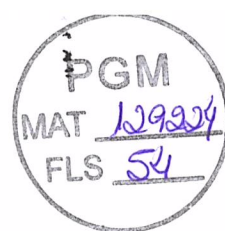
Cuida-se de procedimento administrativo no qual o Município de São Gonçalo, através de sua Secretaria Municipal de Fazenda, pretende a celebração de contrato de comodato das lojas 116 e 117 do empreendimento denominado "Stilo Shopping e Offices", situado na Estrada do Raul Veiga 351-A, loteamento Fazenda do Coelho, no 2º distrito do Município de São Gonçalo-RJ, para "alocação de equipe de atendimento aos clientes - cidadãos municipais", tudo conforme documentos de fls. 03/08 e minuta de comodato de fls. 09/12.

Instruem os autos os seguintes documentos:

- Termo de Formação de Processo - fl. 02;
- Projeto Básico - fls. 03/08;
- Minuta de Comodato - fls. 09/12;
- Visualização da Matrícula da loja 117 - fls. 13/16;
- Visualização da Matrícula da loja 116 - fls. 17/20;
- Escritura de compra e venda dos imóveis objeto da pretensão sem o competente registro - fls. 24/34;



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



- Certidão Negativa de Débitos dos imóveis, ainda em nome do antigo proprietário dos imóveis - fls. 35/36;
- Espelho das inscrições municipais, ainda em nome do antigo proprietário - fls. 37/38;
- Minuta de contrato de locação a ser firmado por Krek Administração Ltda. (locadora) e Condomínio do Stilo Shopping Offices (locatária); com a interverniência do Município - fls. 39/46;
- Ata da Assembleia Geral Extraordinária do Condomínio do Stilo Shopping e Offices - fls. 47/51.

Vieram os autos a esta Procuradoria de Contratos e Licitações em razão da manifestação de fl. 52 do Sr. Secretário Municipal de Fazenda, para análise da possibilidade jurídica de celebração do comodato pretendido e da minuta de fls. 09/12, além da viabilidade de assinar a minuta de contrato de locação de fls. 39/46 como interveniente anuente.

É o relevante a relatar. Passo a opinar.

II – ANÁLISE JURÍDICA

1 - Considerações Iniciais

Destaco, inicialmente, que o exame por esta Procuradoria de Contratos, Licitações e Convênios se dá nos termos do art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93 tomando por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos até a presente data, não adentrando em análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, em virtude da delimitação da competência institucional deste órgão. Tampouco serão objeto de análise os critérios de conveniência e oportunidade que norteiam a presente contratação, eis que se trata de matéria inserta no âmbito do mérito administrativo, reservada, portanto, à avaliação exclusiva do Chefe do Executivo.

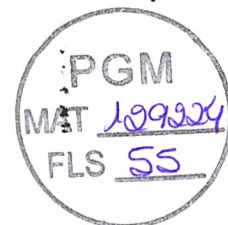
Neste sentido o Enunciado 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, que compartilhamos:

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.”

Presumem-se que as especificações técnicas relativas ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente avaliadas e determinadas pelos setores competentes, com base em parâmetros técnicos objetivos aplicáveis à espécie, de forma a assegurar a melhor consecução do interesse público. Neste contexto, eventuais observações e recomendações tecidas na presente



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



manifestação não se revestem de caráter vinculativo, mas visam a atenção e segurança da própria autoridade assessorada, a quem compete, dentro dos limites de sua competência, observando a margem de autonomia e discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar as recomendações, acatando-as ou não, de acordo com seu melhor entendimento.

As questões relacionadas à legalidade, por outro lado, serão apontadas para fins de sua correção, de forma que o seguimento da contratação sem a observância destes apontamentos atrai a responsabilidade do Administrador público pela inobservância das recomendações jurídicas ora registradas.

2 - Dos Contratos da Administração

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a expressão "contratos da Administração" é utilizada para abranger todos os contratos firmados pela Administração Pública, quer sob regime de direito público, quer sob o de direito privado. Vale destacar breve passagem da sua obra sobre o tema:

"Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço de horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade".

No mesmo sentido o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

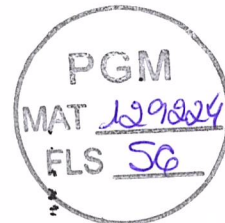
"Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual. Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração. Desse modo, a noção corresponde a um gênero".

Os **contratos da Administração Pública**, desta forma, constituem gênero que engloba duas espécies distintas: os **contratos administrativos**, assim entendidos aqueles celebrados pela Administração Pública e regidos pelo Direito Público, com incidência apenas subsidiária de normas de Direito Privado e os **contratos jurídico-privados da Administração Pública**, aqueles celebrados pela Administração Pública, mas regidos primordialmente, mas não exclusivamente, pelo Direito Privado.

As duas espécies contratuais têm finalidade pública e estão sujeitas ao regime público de contratação, as diferenças situam-se no campo das prerrogativas, as quais, a exemplo das cláusulas exorbitantes, somente estão presentes nos contratos administrativos, e também do objeto, o qual encerra um interesse geral direto no contrato administrativo e indireto no contrato de direito privado da Administração Pública. Assim, a concessão de serviço público é exemplo de contrato administrativo, enquanto o comodato em que a Administração recebe o



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



imóvel de propriedade particular na condição de comodataria é exemplo de contrato jurídico-privado da Administração.

Marçal Justen Filho caracteriza com precisão os contratos de direito privado da Administração Pública:

"O contrato de direito privado da Administração Pública se caracteriza como um contrato entre a Administração Pública e um particular, sujeito à disciplina preponderante do direito privado. Aplica-se o regime de direito público somente de modo acessório, limitado e subsidiário, ainda que a sua avença dependa, usualmente, de licitação. Esses contratos estão sujeitos à disciplina das normas de direito privado e são referidos no art. 62, § 3º, I da Lei 8.666/93".

3 - Do Comodato

Segundo dispõe o artigo 579, do Código Civil, "comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto".

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

"É, portanto, contrato benéfico, pelo qual uma pessoa entrega a outrem alguma coisa infungível, para que a use graciosamente e, posteriormente, a restitua".

Assim, em que pese o comodato tratar-se de instituto jurídico de direito privado, nada obsta que a Administração Pública celebre essa espécie contratual, posto que os entes públicos também celebram contratos de natureza privada.

Assim dispõe a Lei de Licitações e Contratos:

"Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

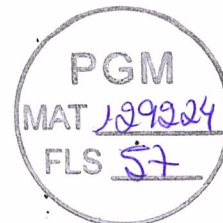
(...)

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

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



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



Diante de todo exposto, não se vislumbra óbice à celebração de contratos de comodato pela Administração Pública.

4. Das especificidades da presente contratação

4.1 - DA SINGULARIDADE DO IMÓVEL COMO CONDIÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

A despeito da natureza privada reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, o fato de ter a Administração Pública num dos pólos da relação jurídica não afasta a observância de preceitos de direito público, isto é, ainda que disciplinados pelo direito privado, a Administração não se isenta, ao celebrar esses contratos, de atender as normas públicas aplicáveis, conforme estabelece o artigo 62 da Lei 8666/93 acima transcrito.

Assim, a Administração sempre está subordinada ao direito público no que se refere ao motivo, finalidade, competência, forma e procedimento de seus contratos.

Porque sujeito à observância do regime público em sua contratação, a celebração de comodato exige, se não a realização de procedimento licitatório por seu caráter gratuito, demanda ao menos a realização de um chamamento público em se faculte aos demais proprietários a possibilidade de ofertar imóveis com dimensões, características e localização que atendam a necessidade pública de expansão da capilaridade da rede de atendimento, conforme descrito no projeto básico de fls. 03/08.

Verifica-se, no entanto, que o projeto básico em seu item 4 - do Fundamento Legal parece indicar, embora não de forma clara, que o imóvel seria singular, não havendo possibilidade de competição, viabilizando a contratação direta por inexigibilidade de licitação:

Ocorre que tal informação não consta de forma expressa, impondo-se destacar, ainda, que o instrumento de planejamento (projeto básico - fls. 03/08) **sequer encontra-se aprovado pela autoridade competente, o que deverá ser providenciado.**

Recomenda-se que a Secretaria Municipal de Fazenda comprove a singularidade do imóvel, de forma a caracterizar de forma efetiva a inviabilidade de competição e a da inexigibilidade de licitação, diante da inexistência de outro imóvel que atenda a necessidade pública.

Não se tratando de imóvel singular, exige-se a abertura de edital de chamamento público, possibilitando a oferta, por particulares, de imóvel com dimensões, localização e características descritas pelo órgão interessado.

Orienta-se, ainda, a formalização de consulta à SEMAD – SUBSECRETARIA DE PATRIMÔNIO acerca da eventual existência de imóvel do Município na localidade e com características que atendam às necessidades da Secretaria consulente, condicionando-se o prosseguimento do feito à inexistência de imóvel próprio que preencha as características necessárias.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



4.2 -DA IMPOSSIBILIDADE DE QUE O MUNICÍPIO FIRME O CONTRATO DE LOCAÇÃO COMO INTERVENIENTE ANUENTE

Da instrução dos autos depreende-se que o Município pretende ocupar, como comodatário, imóvel de propriedade da empresa Krek Administração Ltda, onde funciona o empreendimento "Stilo Shopping e Offices", administrado por Condomínio do Stilo Shopping Offices que celebrará contrato de locação junto a proprietária do imóvel.

Com efeito, um bem móvel ou imóvel pode ser objeto do comodato, pela sua totalidade ou em parte, não sendo necessário que o comodante seja proprietário do bem que empresta, de forma que, tendo a posse, pode o possuidor dar a coisa em comodato.

Assim, o locatário de um imóvel pode dá-lo em comodato, desde que não tenha estipulação contratual em contrário no contrato de locação.

Cingindo-nos à hipótese tratada nos autos, a celebração do contrato de comodato entre o Condomínio do Stilo Shopping & Offices e o Município, por óbvio, pressupõe formalização de contrato de locação do imóvel entre aquele e a proprietária.

Entretanto, tratam-se de negócios jurídicos distintos.

Vale observar que o anuente é aquele que consente ou autoriza a prática do ato. Ao intervir no negócio, portanto, o interveniente anuente deve ter interesse no ato em que outras pessoas são as partes, de forma que a sua omissão pode comprometer a validade do ato, salvo se posteriormente ratificado.

Não é o que se verifica no presente caso. Embora a pactuação do comodato entre as partes esteja condicionada à prévia celebração do contrato de locação entre o proprietário e o Condomínio do Stilo Shopping & Offices, não há que se falar em anuência do Município na celebração do contrato de locação, na medida em que a formalização do negócio jurídico se perfaz pela manifestação de vontade das partes, em nada dependendo da autorização, concordância ou interveniência do Município.

Ao revés, é o comodato que depende da concordância prévia do locador, que deve expressamente autorizar que o bem seja dado em comodato.

Recomenda-se, neste sentido, que a autoridade não assine o contrato de locação como interveniente anuente (minuta de fls. 39/46) ficando a celebração do comodato condicionada a prévia formalização do contrato de locação entre as partes e que o referido documento contenha cláusula autorizando expressamente a locatária a dar o imóvel em comodato.

5 - Dos documentos essenciais à instrução do procedimento administrativo

Nesse tipo de ajuste, especialmente porque a Administração é beneficiária, é de se ter em vista que os autos não demandam uma minuciosa instrução ou formalidades mais rígidas, a exemplo do que ocorre em outros tipos de processos administrativos.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



Entretanto, alguns documentos podem ser considerados imprescindíveis, dentre os quais os documentos que comprovem ser a Comodante a legítima proprietária do imóvel e a comprovação dos poderes da representante legal do Condomínio para assinar o ajuste e para decidir pela cessão do espaço.

Sobre a propriedade do imóvel, é de se ver que o comodato não requer que a coisa pertença ao comodante porque, sendo simplesmente empréstimo de uso, não há transferência de domínio. Não precisa o comodante ser o proprietário do bem que empresta. Basta ter sua posse direta. Para tanto, deverá o Condomínio do Stilo Shopping Offices, acostar aos autos a documentação que comprove que ele é legítimo possuidor direto do imóvel em questão, bem como tem poderes para ceder o imóvel.

Quanto à regularidade jurídica, fiscal e trabalhista relativa ao possuidor, *in casu*, não se observa nos autos nenhum documento, o que deverá ser providenciado antes da assinatura do contrato.

No que tange à regularidade fiscal, tanto a doutrina como a jurisprudência do TCU são uníssomos no sentido de que devem ser exigidas a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, o INSS e o FGTS. Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.

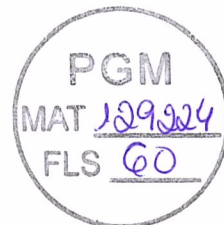
Ademais, faço as seguintes recomendações:

- Que o Órgão assessorado, faça um termo de vistoria de recebimento/entrega do imóvel emprestado com a mais fiel discriminação, preferencialmente com imagens fotográficas e anotando-se todos as características e registros a ele inerentes como forma de garantir ao comodatário e ao comodante, quando da restituição, a certeza sobre o estado do bem a ser restituído. Tal documento deve constar como anexo ao contrato;
- Verificar a disponibilidade de recursos materiais, humanos, orçamentários e financeiros para atender a demanda proveniente da ocupação do imóvel e especificá-los;
- No que tange ao valor do condomínio a ser suportado pelo Município, a Secretaria Municipal de Fazenda deve justificar nos autos a sua vantajosidade.
- Verificar a existência ou não de lançamento pretérito do IPTU do imóvel; e,
- Que a Secretaria consultante, junte aos autos manifestação do Condomínio acerca do interesse na formalização do contrato de comodato em questão, trazendo o dimensionamento do objeto e as demais condições contratuais.

Por derradeiro, no que diz respeito aos encargos a serem, eventualmente, suportados pelo Município, ora comodatário, – pagamento de energia elétrica, água, condomínio, manutenção e limpeza, vale esclarecer que a sua assunção não representa encargo fundamental para a execução do contrato, mas tão somente um dever do comodatário de conservar a coisa, não excluindo a gratuidade do contrato. Nesse sentido destaca-se a lição de Paulo Lôbo:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



“Não se considera contraprestação o dever do comodatário de restituir a coisa, findo o prazo, nem o dever de cuidar da coisa, ou a exigência contratual de pagar as despesas de condomínio, os impostos, a água e a energia consumidos, a conta de telefone, durante o uso. São deveres legais e contratuais, mas não contraprestação. (Direito Civil, Editora Saraiva, 1ª edição, p. 385)”. (g.n.)

6 – Da Minuta Contratual

Quanto à minuta do Contrato de Comodato, de fls. 09/12 algumas considerações se fazem necessárias, senão vejamos:

Logo na Cláusula Quinta – Dos Encargos e Despesas, recomendo que seja incluído o pagamento de taxas.

Da leitura dos termos do Contrato de Comodato em estudo, observa-se que não foi inserida nenhuma obrigação de o Município arcar com as despesas de IPTU, considerando que o artigo 194, IV, da Lei Municipal nº 041/2003 prevê que estão isentos de IPTU “os imóveis cedidos ao Poder Público Municipal a qualquer título, desde que o contrato estabeleça o repasse do ônus tributário, prevalecendo a isenção a partir do ano seguinte ao da ocorrência de fato, e sendo suspensa no exercício posterior ao da rescisão”, sugerimos, assim, caso o Município venha arcar com tal despesa, a inclusão de uma Cláusula, nos seguintes termos:

“CLÁUSULA – DA ISENÇÃO DE IPTU – Nos termos em que dispõe o inciso IV do art. 194 da Lei Municipal nº 041/2003 (Código Tributário do Município de São Gonçalo), ao imóvel que é objeto do presente é concedida isenção de IPTU, desde que em vigor o contrato na ocorrência de seu fato gerador.

No entanto, ressalte-se que nos termos do parágrafo único do art. 188 da Lei Municipal nº 041/2003 (Código Tributário do Município de São Gonçalo) a referida isenção deverá ser aplicada a partir do exercício de 2024, desde que em pleno vigor o contrato de comodato. Em outras palavras, o IPTU de 2023 não pode ser objeto de isenção, uma vez que o fato gerador já ocorreu.

Assim dispõe o art. 188:

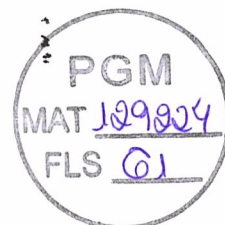
“Art. 188 - O Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel, por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Parágrafo Único – Considera-se ocorrido o fato gerador no primeiro dia do exercício a que corresponder o imposto”.

As demais cláusulas encontram-se de acordo com o exigido pelas normas que regem a matéria, não vislumbrando outras alterações.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES



III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indicação orçamentária relativa à cobertura da despesa em questão encontra-se descrita no Item 3 do Projeto Básico (fls. 04). No entanto, vale registrar que nos termos do art. 58 da Lei Federal nº 4.320/64, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o conceito de empenho é “(...) **ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.**”

O empenho há de ser prévio à despesa, conforme determina o art. 60 da Lei nº 4.320/64, *in verbis*:

“Art. 60 – É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.”

Por tal razão não existe empenho a posteriori. O conceito de empenho segundo o citado diploma legal, pressupõe anterioridade, que somente pode ser afastada em hipóteses excepcionais.

Nesse sentido, ressaltamos a necessidade de que seja efetivada a reserva orçamentária do montante estimado, necessário a amparar o pagamento de toda a despesa contratual em questão.

Ressaltamos, mais uma vez, a necessidade de que seja colacionada aos autos a documentação do Condomínio comandante relativa à habilitação e regularidade fiscal arrolada nos artigos 28 e 29 da Lei Federal nº 8.666/93, no que couber, bem como a Certidão Negativa ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas

III – CONCLUSÃO

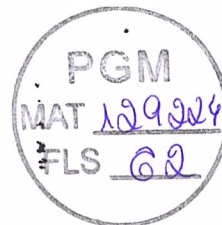
Pelo exposto, a Procuradoria Administrativa instada a se manifestar, cingindo-se ao tema sob análise, opina pela viabilidade jurídica do contrato de comodato, **desde que sanadas as deficiências apresentadas na presente manifestação e atendidas as recomendações expostas no corpo desse Opinativo.**

Por oportuno e derradeiro, considerando que os aspectos jurídicos que envolvem a contratação já foram enfrentados na presente manifestação, salvo questionamento jurídico específico, não há necessidade de retorno dos autos para avaliar o cumprimento dos requisitos elencados, cabendo ao Administrador, no bom uso de sua competência, acatar as recomendações, reputá-las já cumpridas, ou mesmo desnecessárias. Nesse sentido o Enunciado BCP 5 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU:

“Ao órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente



**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS E LICITAÇÕES**




de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.
(g.n)

S.M.J., é o parecer.

À consideração superior da Ilma. Procuradora Geral do Município de São Gonçalo.

São Gonçalo, 28 de novembro de 2023.


Sandra Lucia Ladeira
Procuradora do Município
Matr. nº 19.257



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de São Gonçalo
Procuradoria Geral do Município

PGM

Procuradoria Geral do Município

63/11822


São Gonçalo

A SEMFA

Processo nº 33.821/2023

De acordo com o Parecer nº 015/SLL/2023, as fls. 53/62, (10 laudas).

São Gonçalo, 30 de novembro de 2023.


JANUZA BRANDÃO ASSAD SANTOS
Procuradora Geral
Mat. 124.540