

Ao Auditor de Controle Externo, **Lyncoln de Oliveira Reis**, para proferir Instrução Técnica.

Em 17 de outubro de 2012.

JOSÉ AUGUSTO MARTINS MEIRELLES FILHO

Chefe da 8ª Controladoria Técnica

Matrícula n. 202.642

Senhor Chefe da 8ª Controladoria Técnica,

Manifestei-me em separado através da Instrução Técnica que segue.

Em 17 de outubro de 2012.

LYNCOLN DE OLIVEIRA REIS

Auditor de Controle Externo

Matrícula n. 203.139

Instrução Técnica: n. ITE 1/2012
Processo TC: n. 5617/2012
Jurisdicionado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo
Assunto: Estudo de Caso Especial
Conselheiro Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

I RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Estudo de Caso Especial determinado pela Decisão TC n. 3121/2012, nos seguintes termos:

[...] II – **Realizar** um Estudo de Caso, em autos apartados, para aferir a possibilidade jurídica da Administração Pública realizar a licitação visando à contratação de sociedades empreiteiras para locação de ativos, precedida de concessão de direito real de uso das áreas, no prazo de 60 (sessenta) dias;

É o relatório.

II CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O art. 66, III, “d”, do Regimento Interno desta Corte de Contas prevê a competência desta Controladoria Técnica para a realização de **estudo de caso especial**.

A questão de fundo foi extraída de uma representação apresentada a este Tribunal de Contas pelo Ministério Público Estadual (Promotoria de Justiça Cível da Comarca de São Mateus) em face de procedimento licitatório realizado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Mateus (SAAE) por meio da Concorrência Pública n. 2/2011.

Trata-se de contratação de sociedades empreiteiras para a **locação de ativos**, precedida de concessão do direito real de uso das áreas.

Consta dos autos, contudo, que tal hipótese não se enquadra plenamente nos paradigmas trazidos pela Lei n. 8.666/93, pela Lei de Concessão Comum (Lei n. 8.987/95) ou pela Lei n. 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas).

Tampouco o Código Civil, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos ou a própria Lei n. 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, fazem menção à figura em tela.

O Conselheiro Relator, a respeito do modelo, destaca que “não haverá delegação de serviços públicos ao contratado, o qual tem por obrigação construir as obras previamente estipuladas nos imóveis/bens públicos municipais, cedidos temporariamente ao vencedor do certame para esse fim, permanecendo a operação do sistema com o próprio SAAE. Ao final da locação, ou seja, 30 anos depois [no caso concreto], as obras construídas são revertidas ao Poder Público contratante”.

Assim, diante da ausência de regramento legal específico e também da inexistência de jurisprudência firmada nas Cortes de Contas e nos tribunais judiciais, entendeu-se a necessidade de instauração de estudo de caso especial.

Segundo o Relator, o “estudo detalhado deverá avaliar a **viabilidade jurídica** da Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso das Áreas” [grifo nosso].

Destaca, ainda, que a equipe técnica “deverá cotejar os fatos sob óticas multidisciplinares, tendo por regra matriz os princípios constitucionais e infraconstitucionais que envolvem a matéria, sem se dissociar da motivação e finalidade do ato administrativo que se pretende praticar”.

Após essa análise e comprovada a viabilidade jurídica do modelo proposto, caberá verificar a **eficiência e a economicidade** deste modelo comparado a outras modalidades existentes no âmbito do Direito Administrativo, o que deverá ser levado a cabo por técnicos de outras Controladorias a serem definidos em momento ulterior.

Por fim, observa o eminente Relator que:

[...] o estudo ora proposto deverá ser dissociado da condição fática trazida aos autos pelo Ministério Público Estadual referente ao Município de São Mateus. O estudo abrangerá, pois, a análise da tese ‘locação de ativos’ como solução para o saneamento básico em geral, devendo se abster de inserir nesse estudo questões concretas relativas ao SAAE de São Mateus.

Por tal motivo, não será considerado o Parecer de fls. 638/691, juntado aos autos pelo Consórcio Águas de Cricaré (vencedor da Concorrência Pública n. 2/2011 do Município de São Mateus), por não se adequar ao rito do presente estudo, que deve ser realizado **em tese**. A análise de tal ato opinativo, contudo, torna-se pertinente no bojo da representação que deu origem a este feito.

Ademais, cumpre ressaltar que os autos do presente processo tiveram entrada nesta Controladoria em **28/8/2012**, devendo tal dia ser considerado como termo *a quo* para a contagem do prazo de **60 dias** definido na Decisão TC n. 3121/2012 para a conclusão do estudo.

Isto posto, passa-se à análise de mérito.

III MÉRITO

O questionamento trazido à baila diz respeito à viabilidade jurídica de a Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso das Áreas.

III.1 DA IMPROPRIEDADE DA TERMINOLOGIA UTILIZADA

De acordo com informações colhidas dos autos, essa modalidade de contrato tem como objeto a realização de obra que possibilite à entidade contratante a prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Tal estrutura lhe será disponibilizada mediante o pagamento de um Valor Mensal de Locação (VML). Ao final do prazo estipulado, o Poder Público assume a propriedade do bem.

De forma geral, incumbe à contratada, além de executar a obra, **viabilizar os recursos financeiros necessários** para tal e elaborar o projeto executivo.

Ao Poder Público, além do pagamento do VML, compete disponibilizar as áreas nas quais a infraestrutura será construída (ativos do contrato) e a respectiva concessão do direito real de uso pela contratada.

Resta claro, então, que a maior vantagem para a Administração Pública nesse tipo de ajuste refere-se à desnecessidade de desembolsar todo o custo da obra ao cabo de sua execução. Assumindo o contratado tal ônus, o ente público garante um **endividamento parcelado** em vários anos, amenizando o impacto sobre suas contas.

Vale destacar também que a natureza de tal vínculo **não é de mera locação**, como se pode pensar ante a alcunha que lhe outorgaram. Isso porque nesta a propriedade do bem não se transfere ao locador ao término do contrato.

Na hipótese em comento, o Poder Público, ao dispender o VML, está arcando também com o custo da obra, pois a titularidade desta lhe é transferida ao cabo da desoneração de suas obrigações. Trata-se na realidade de um **contrato de realização de obra com a terceirização do financiamento**.

É uma figura muito próxima do chamado contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil, regulado pela Lei n. 7.132/83, que assim dispõe:

Art. 1º [...]

Parágrafo único - Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

A diferença está no fato de que no arrendamento mercantil, a arrendadora adquire o bem e o cede para a arrendatária mediante paga, havendo opção de compra ao término do prazo contratual. Na locação de ativos, a contratada realiza uma obra e a aluga para o Poder Público que, ao término das prestações, **adquire automaticamente a propriedade** da estrutura construída.

Em ambos os casos, resta claro que a necessidade de pessoa interposta na aquisição do bem (ou realização da obra, no caso da locação de ativos) está no poder financeiro que esta tem e que o usuário do bem (ou da estrutura) não tem. O arrendatário ou o Poder Público, conforme o caso, assume um endividamento parcelado, por falta de condições de fazê-lo em um só momento de forma integral.

Nesses termos, conclui-se que a locação de ativos trata-se na verdade de um **contrato de realização de obra com terceirização do financiamento**. Doravante,

passa-se à verificação da possibilidade de enquadramento desse ajuste no ordenamento jurídico.

III.2 DA CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que a expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob **regime de direito público**, seja sob **regime de direito privado**.

Quanto ao contrato administrativo, destaca que são “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo **regime jurídico de direito público**”¹.

A referida autora argumenta que, “nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **horizontalidade**” [grifo nosso].

Já 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**”² [grifo nosso].

Nessa abordagem, constata-se que a Administração Pública pode celebrar contratos com características diversas, havendo diferenças quanto ao regramento que lhes é aplicável, bem como às prerrogativas de que dispõe.

No que tange ao regime jurídico aplicável, Marçal Justen Filho reconhece a existência de três modalidades de contrato administrativo. Assim ensina o referido autor³:

Existem, primeiramente, os **contratos administrativos propriamente ditos**. São aqueles cujo objeto reside em prestações realizadas entre particulares e a Administração Pública, sujeitos a um **regime jurídico de direito público próprio** (caracterizado pela existência de

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 240.

² *Ibidem*.

³ JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 486.

prerrogativas extraordinárias em prol do ente estatal), definido preponderantemente na Lei n. 8.666. [grifo nosso]

Em segundo lugar, há os contratos cujo objeto consiste na **delegação a particulares do exercício de competências administrativas**. O objeto da contratação consiste na atribuição de título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais, desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados. Esses são os contratos de concessão de serviço público, especialmente. Estão regidos subsidiariamente pela Lei n. 8.666. [grifo nosso]

Em terceiro lugar, os **contratos subordinados preponderantemente ao direito privado**, em que a participação de ente administrativo não acarreta alteração substancial do regime jurídico. São os contratos referidos no art. 62, § 3º, inc. I, da Lei nº 8.666. [grifo nosso]

Analisando a natureza do contrato de locação de ativos, conclui-se que melhor se adequa aos **contratos administrativos propriamente ditos**. Isso porque não é possível enquadrá-los nas demais espécies.

Na segunda hipótese (concessões de serviço público), p. ex., há a necessidade de delegação de competências administrativas para o particular. Não é o caso. Na locação de ativos, a própria Administração Pública prestará o serviço, valendo-se de infraestrutura construída por particular e por ele alugada, com a incorporação do bem ao fim do prazo ajustado.

Na terceira situação, fala-se das hipóteses do art. 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93, a saber: “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”.

Embora a locação de ativos possa aparentemente se enquadrar no referido dispositivo num primeiro momento, tal impressão logo é desfeita se for considerado que nos contratos de aluguel o locatário não adquire o bem ao final.

Ademais, o bem objeto da locação foi construído “sob encomenda” do Poder Público, a fim de atender as suas necessidades. O particular, responsável pela execução da obra, deverá levá-la a cabo de acordo com os ditames estabelecidos pela Administração, como *conditio sine qua non* para que se alcance o interesse público.

Trata-se, então, de uma modalidade híbrida em que se contrata a realização de obra, a expensas da contratada, com a subsequente locação dessa infraestrutura e incorporação dela ao final do prazo estipulado.

Diante da relevância dos bens jurídicos em questão, outra conclusão não é cabível, pois enquadrar tal modalidade de contrato no âmbito do direito privado significa privar a Administração Pública de fazer uso do seu **poder de império**, próprio dos contratos administrativos regidos pelo direito público e necessário à consecução do interesse público.

Assim, p. ex., se tal contrato for considerado preponderantemente como uma locação, resta claro que tal será regido pelas normas de direito privado e, dessa forma, o particular terá liberdade de realizar a obra conforme as soluções técnicas que considerar convenientes.

Isso significa que a Administração Pública não poderá exigir, p. ex., um projeto básico/executivo detalhado do particular, o que é temerário diante do que tal ajuste representa. Como o contratado não irá prestar o serviço, mas o Poder Público, é incoerente pensar que toda a infraestrutura a ser construída levará em conta o que for estabelecido pelo particular.

Sobre o projeto básico e o projeto executivo, assim estabelece o Estatuto das Licitações:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX - **Projeto básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) **soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;**

c) **identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento**, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) **orçamento detalhado do custo global da obra**, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - **Projeto Executivo** - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT; [grifo nosso]

A partir do descrito acima, não é difícil conceber que a impossibilidade de a Administração Pública exigir um projeto básico detalhado, bem como um projeto executivo, irá privá-la de um objeto mais adequado aos seus interesses.

Por conseguinte, posteriormente à entrega da obra, dentre outras questões, pode haver a necessidade de um número maior de ajustes identificados pela Administração Pública para a prestação eficiente do serviço público, algo que o legislador desejou evitar, conforme se observa no art. 6º, IX, b, da Lei n. 8.666/93.

Isso significa, indubitavelmente, que o contratado poderá exigir, para a realização dos ajustes, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 65, § 6º, da Lei n. 8.666/93), resultando no **aumento do VML** e, conseqüentemente, do **preço da taxa de prestação do serviço à sociedade** ou mesmo da **duração do prazo acordado**.

Nota-se, portanto, que o Poder Público poderia se tornar “refém” do particular por não ter participado ativamente do planejamento da obra que, repita-se, lhe será incorporada ao patrimônio ao cabo do prazo estabelecido.

Ora, se a Administração, para atender a seus interesses, estará contratando a construção de um bem (não apenas alugando tal estrutura, como ocorre num contrato de locação), então é possível depreender que o faz por não se tratar de um objeto usual, facilmente encontrado no mercado. Ela precisa de algo específico, determinado, algo para atender uma demanda peculiar. Pois se o contrário fosse, não seria necessário realizar uma obra, bastaria alugar o bem.

Assim sendo, se há uma demanda específica, pode-se concluir que a Administração Pública não pode abdicar de seu poder de exigir um projeto básico e executivo detalhado, sob pena de comprometer a prestação futura dos serviços, bem como de se tornar refém do particular diante de alterações “necessárias” na estrutura e do conseqüente aumento do VML que isso irá acarretar.

Outro problema constatado ante a ausência de projeto básico minucioso é a dificuldade de estimar o **custo global da obra** (art. 6º, IX, f, da Lei n. 8.666/93). Ora, como definir se o preço exigido pelo particular para a locação de ativos é justo diante da ausência desse instrumento?

Se o que será licitado será o VML e tal será constituído de vários elementos (o custo da obra e do financiamento, o lucro do particular, etc.), como mensurar o preço a ser pago pela Administração (e, conseqüentemente, pela sociedade) por um contrato dessa monta?

A locação de ativos é um contrato de obra com financiamento embutido e isso significa que o administrador pode acabar considerando, no momento da contratação, apenas o custo parcial (mensal/anual) da obra em detrimento do endividamento global que isso irá resultar. De fato, pode ser uma grande tentação concentrar-se no valor da prestação, desconsiderando o custo total do empreendimento.

Desprezar tal aspecto, portanto, é demasiado perigoso, se for considerado que há notícia de inúmeros casos de conluio entre particulares para manipular o preço do objeto a ser ofertado para o Poder Público.

Pode ocorrer, então, que os licitantes, direcionados a fraudar o certame, estabeleçam entre si o preço mínimo a ser ofertado, maior que o preço justo, e o administrador incauto (desprovido de projeto básico que o oriente) se veja condicionado a homologar o procedimento ante a inexistência de ofertas melhores.

O gestor zeloso deve se precaver de tais manobras na tutela da coisa pública, orçando de antemão e detalhadamente o valor que deseja pagar pelo objeto a ser contratado. É o mínimo que se espera dele.

Vale destacar, outrossim, que a qualidade dos materiais e serviços a serem utilizados na obra também são detalhados no projeto básico, conforme se depreende da leitura do art 6º, IX, c, da Lei n. 8.666/93.

Nesses termos, como garantir que o particular irá se valer das soluções técnicas mais adequadas se a Administração Pública não participar ativamente do planejamento? Não é tolo o ditado popular que ensina que é melhor prevenir do que remediar.

Não bastassem tais argumentos, cumpre ressaltar o principal óbice à consideração da locação de ativos como contrato administrativo regido pelo direito privado: o **afastamento da competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a obra**. Em sendo verdadeira a premissa de que o contrato em questão refere-se tão somente a uma locação de infraestrutura pelo particular ao Poder Público, então a contratada teria amplos poderes sobre o objeto, que lhe pertenceria e cujo uso seria cedido mediante paga.

Nessa hipótese, não caberia ao Tribunal de Contas fiscalizar a execução da obra, pois se trataria de objeto privado disponibilizado à Administração Pública mediante o pagamento de aluguel. Tal conclusão, entretanto, é temerária diante do vulto da contratação (trata-se de construção de infraestrutura de saneamento básico para atender um Município inteiro com fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, ou seja, algo na ordem de milhões de reais).

Ora, uma contratação desse porte, com prazo dilatado, insuscetível de controle externo é um “cheque em branco”, o que, nas mãos de administradores mal intencionados, significa resultados desastrosos. A sociedade não pode pagar por isso. Está-se diante de uma inversão de valores, em que passa a valer a **supremacia do interesse privado sobre o público**. Não se pode admitir.

Conforme demonstrado no item III.1 desta instrução, a locação de ativos não é na sua essência uma locação. Trata-se, na realidade, de contrato de execução de obra com terceirização de financiamento. Nesse caminho, é indispensável a atuação das Cortes de Contas na sua fiscalização.

Por tais motivos, entende-se que a locação de ativos deve ser enquadrada como um **contrato administrativo estrito senso**, com todas as implicações de que isso resultar. Não se amolda à estrutura dos contratos administrativos de direito privado, pois nesta modalidade a Administração Pública não pode fazer determinadas exigências essenciais à consecução do interesse público, bem como se restringe a participação dos Tribunais de Contas no exercício da sua função de controle.

III.3 DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O art. 37, XXI, da Constituição Federal (CF) assim estabelece:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Como se depreende do dispositivo acima, as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública, tendo como objetivo principal a garantia de igualdade de condições entre todos os concorrentes.

Nesse sentido, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei n. 8.666/93, que assim dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a **obras**, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e **locações** no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [grifo nosso]

Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O *caput* do dispositivo deixa claro que os contratos atinentes a obras e locações estão adstritos ao teor da referida lei.

Ora, a locação de ativos, como demonstrado acima, envolve a realização de obra, com recursos próprios da contratada, e posterior locação dessa infraestrutura ao Poder Público, ao patrimônio do qual será incorporado o bem decorrido o prazo acordado.

Isso significa que o referido ajuste possui vários elementos, todos eles abrangidos pela Lei de Licitações, configurando um **modelo híbrido de contrato administrativo**, como já demonstrado anteriormente.

Aliás, para aqueles que consideram que é descabida a inserção dos contratos de locação no art. 1º da Lei n. 8.666/93, algo não previsto originalmente no art. 37, XXI, da CF, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho⁴, cumpre destacar que a modalidade de contrato em exame não apresenta tal natureza, apesar da alcunha que lhe outorgaram.

Como destacado, a locação de ativos é **contrato de realização de obra com financiamento embutido**. As parcelas pagas mensalmente não se referem a mero aluguel da infraestrutura, mas de verdadeiro pagamento dela. Isso porque o bem será revertido ao Poder Público ao final do prazo⁵, o que não é cabível na locação.

Além disso, a Administração Pública não escolhe bem pré-existente para usá-lo mediante paga, mas contrata a construção dele para atender a seus interesses, o que também não é próprio desses contratos de direito privado.

Dessa forma, a locação de ativos, possuindo elementos típicos de um contrato administrativo estrito senso, deve obedecer aos ditames do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, cujas normas gerais serão fixadas pela União, conforme art. 22, XXVII, da CF.

Além disso, a CF delega à lei complementar a competência para disciplinar a matéria referente às finanças públicas (art. 163, I). Como a locação de ativos envolve a terceirização de financiamento, é razoável que tal observe os ditames da LC n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

Isso posto, passa-se à verificação das normas gerais traçadas na Lei n. 8.666/93 quanto à autorização desse tipo de contratação para, posteriormente, fazê-lo quanto à LRF.

⁴ “Assim, a despeito de estarem mencionadas no Estatuto, as alienações e locações consubstanciam contratos de direito privado, em que as partes estão no mesmo nível jurídico, sem qualquer preponderância da Administração sobre o particular. Do elenco traçado pelo art. 1º do Estatuto, são realmente contratos administrativos os de obras, serviços e fornecimento, tal como arrolados acima. Nesse sentido a doutrina dominante” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 170).

⁵ Não há opção de compra nesse caso, como ocorre nos contratos de arrendamento mercantil, mas aquisição efetiva.

III.4 DOS ASPECTOS ATINENTES À LEI N. 8.666/93

Considerando-se que a locação de ativos se trata de um contrato de obra com financiamento embutido, abrangido pela Lei n. 8.666/93, como cabalmente demonstrado anteriormente, verifica-se no art. 7º o seu regramento:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

[...]

§ 3º **É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.**[grifo nosso]

[...]

Nesse ponto encontra-se o deslinde da questão relativa à legalidade desse tipo de contratação. Na locação de ativos, o Poder Público delega ao particular a obtenção de recursos financeiros para a execução da obra, o que é expressamente vedado pelo art. 7º, § 3º, do referido diploma legal. Sobre o assunto, assim destaca Marçal Justen Filho⁶:

A previsão de recursos orçamentários para execução da obra ou do serviço é pressuposto da instauração da licitação. Logo, até se tornaria desnecessária a regra do § 3º. **No entanto e para eliminar práticas reprováveis, a Lei expressamente reprime a intermediação para obtenção de recursos. Essa regra visa evitar que os particulares percebam uma “comissão” sobre os valores liberados.** A proibição refere-se a recursos de quaisquer origens.[grifo nosso]

Assim, ressalvados os casos de concessão, regidos pela Lei n. 8.987/95, não é possível que o Poder Público terceirize o financiamento da obra. O motivo é óbvio: a

⁶ JUSTEN FILHO, 2005, p. 114.

Administração pagará ao contratado, além do custo da obra e do lucro correspondente, o valor do financiamento e a comissão do particular.

Tal hipótese poderá tornar contratação excessivamente onerosa para a sociedade se for considerado, ainda, que haverá a incidência na taxa de prestação de serviço dos custos operacionais da entidade pública.

Nesses termos, reconhecendo que a Administração Pública encontra-se adstrita ao princípio da legalidade, **não é possível falar-se na locação de ativos como solução para a prestação de serviços de saneamento**. Sobre tal princípio, assim destaca José dos Santos Carvalho Filho⁷:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que **só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante**. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: **só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei**.

Se por meio de tal princípio, entende-se que o administrador está proibido de praticar condutas não previstas em lei, com muito maior razão deverá se abster de praticar aquelas expressamente vedadas.

Por um ou por outro caminho, então, a locação de ativos **não deve ser autorizada**, seja porque não há previsão legal expressa sobre essa modalidade contratual seja porque há vedação clara de terceirização de financiamento pela Lei de Licitações, algo que está na base desse tipo de ajuste.

III.5 DOS ASPECTOS ATINENTES À LRF

A LRF representa um grande avanço no que diz respeito ao controle do endividamento dos entes públicos. Em seu art. 29, que cuida “Da Dívida e do Endividamento”, encontram-se algumas definições importantes:

⁷ CARVALHO FILHO, 2007, p. 17.

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I - dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses;

II - dívida pública mobiliária: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios;

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

IV - concessão de garantia: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada;

V - refinanciamento da dívida mobiliária: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária.

[...]

Dentre as definições apresentadas pela lei, destaca-se a de **dívida pública consolidada ou fundada**, que compreende o montante total, apurado sem duplicidades, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de contrato, para amortização em prazo superior a 12 meses.

O art. 30 do referido diploma legal, por sua vez, determina que o Senado Federal estabeleça limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados e dos Municípios.

Tal regramento é a Resolução n. 40/2001, com as alterações decorrentes da Resolução n. 2/2005, que estabelece em seu art. 3º o seguinte:

Art. 3º A **dívida consolidada líquida** dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta Resolução, não poderá exceder, respectivamente, a:

I - no caso dos **Estados e do Distrito Federal: 2 (duas) vezes a receita corrente líquida**, definida na forma do art. 2º; e

II - no caso dos **Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida**, definida na forma do art. 2º.

Parágrafo único. Após o prazo a que se refere o caput, a inobservância dos limites estabelecidos em seus incisos I e II sujeitará os entes da Federação às disposições do art. 31 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

A referida Resolução define **dívida consolidada líquida** como sendo a “dívida pública consolidada deduzidas as disponibilidades de caixa, as aplicações financeiras e os demais haveres financeiros” (art. 1º, § 1º, V). A **receita corrente líquida** é definida, por sua vez, no art. 2º:

Art. 2º Entende-se por receita corrente líquida, para os efeitos desta Resolução, o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

II - nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

[...]

O art. 30, § 4º, da LRF determina que a aferição de tais limites será efetuada ao final de cada quadrimestre e, caso não sejam observados, assim prevê o art. 31:

Art. 31. Se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, **deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subseqüentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro.**

§ 1º Enquanto perdurar o excesso, o ente que nele houver incorrido:

I - estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária;

II - obterá resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, limitação de empenho, na forma do art. 9º.

§ 2º Vencido o prazo para retorno da dívida ao limite, e enquanto perdurar o excesso, **o ente ficará também impedido de receber transferências voluntárias da União ou do Estado.**

§ 3º As restrições do § 1º aplicam-se imediatamente se o montante da dívida exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo.

§ 4º O Ministério da Fazenda divulgará, mensalmente, a relação dos entes que tenham ultrapassado os limites das dívidas consolidada e mobiliária.

§ 5º As normas deste artigo serão observadas nos casos de descumprimento dos limites da dívida mobiliária e das operações de crédito internas e externas.

Como se depreende da leitura de tais dispositivos, o legislador infraconstitucional estabeleceu medidas duras casos os limites de endividamento não sejam observados pelos entes públicos, demonstrando sua preocupação com o tema.

Na locação de ativos, o ente público terceiriza o financiamento, que correrá à conta do particular, o que poderia, a princípio, afastar o cumprimento de tais limites e, conseqüentemente, das restrições que lhe poderiam ser impostas, mormente se tal modalidade contratual pudesse ser regida pelo direito privado.

Contudo, se o Poder Público irá realizar uma obra financiada em vários anos [30 anos, no caso concreto que ensejou o presente estudo], resta claro que isso deve constituir a sua dívida consolidada e, por conseguinte, observar o disposto na LRF. Outra conclusão pode mascarar os níveis de endividamento do ente público com conseqüências desastrosas.

Sendo assim, conclui-se que a locação de ativos afronta os objetivos traçados pela LC n. 101/2000, pois, ao terceirizar o financiamento de uma obra e tratá-lo como uma mera locação de infraestrutura, dissimula os níveis de endividamento do Poder Público.

III.6 DA ANÁLISE EM RELAÇÃO AOS MODELOS JÁ EXISTENTES

Reconhecendo que a maior vantagem para o Poder Público na locação de ativos é a terceirização do financiamento, não se vislumbra a possibilidade legal de sua concretização, conforme visto nos itens III.4 e III.5.

Além disso, há outros modelos que melhor atendem tal demanda da Administração sem incorrer em conflitos com o ordenamento jurídico vigente.

Numa **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública** (art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95⁸), v. g., elimina-se a intermediação do particular, pois quem

⁸ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

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,

realiza a obra também será o prestador do serviço. Isso significa redução de custos e conseqüentemente a possibilidade de uma tarifa mais justa para a sociedade.

Vale destacar também que nas concessões não há endividamento para o Poder Público, pois o particular é remunerado exclusivamente pela tarifa paga pelo usuário, como destaca José dos Santos Carvalho Filho⁹:

Nessa forma de concessão, pretende o Estado livrar-se do dispêndio que obras públicas acarretam, deixando todo o investimento a cargo do concessionário. Como este investe, com toda a certeza, vultosos recursos na execução da obra, é justo que se lhe permita explorá-la para recuperar o capital investido. Por outro lado, a coletividade se beneficia da obra, e o Estado, após o prazo da concessão, assume sua exploração, podendo, ou não, transferi-la novamente, se for de sua conveniência. [grifo nosso]

Outra opção que proporciona equilíbrio entre as condições de endividamento do poder público e o valor da tarifa a ser repassado para a sociedade é a **parceria público-privada, na modalidade patrocinada.**

Como bem definido no art. 2º da Lei n. 11.079/2004¹⁰, a parceria público-privada é um contrato de concessão e, quando utilizado na modalidade patrocinada, há

delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à 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;[grifo nosso]

⁹ CARVALHO FILHO, 2007, p. 320.

¹⁰ Art. 2º Parceria público-privada é o **contrato administrativo de concessão**, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º **Concessão patrocinada** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, **adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.** [grifo nosso]

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

contraprestação do parceiro público ao privado adicionalmente à tarifa cobrada do usuário.

Isso proporciona uma maior adequação quanto à capacidade de endividamento do ente público, pois embora não podendo assumir todos os custos da execução da obra, o que o leva a delegá-la ao particular, possui recursos financeiros suficientes para arcar com parte do empreendimento.

Assim, a obra será custeada em parte pelo usuário, por meio da tarifa, e em parte pelo parceiro público, por meio de contraprestação dirigida ao parceiro privado. Em tese, tal mecanismo alivia o preço do serviço a ser repassado à sociedade, além de proporcionar maior eficiência no atendimento das necessidades da população (algo mais comum na esfera privada).

Além disso, considerando que a concessão é um contrato administrativo regido pelo **direito público**, não perde a Administração Pública o seu poder de império sobre o particular, o que melhor se adequa à consecução dos interesses públicos. É o que destaca o referido autor¹¹:

Importante frisar que, tendo a natureza jurídica de contratos administrativos, as concessões **submetem-se basicamente a regime de direito público**, cujas regras, como visto, estão enunciadas na Lei n. 8.987/95. Supletivamente, porém, é admissível a incidência de normas de direito privado, pois que neste é que se encontra detalhada a disciplina que regula os contratos em geral. A fonte primeira, no entanto, é a lei especial reguladora. [grifo nosso]

Como a parceria público-privada também é um contrato de concessão, segue o mesmo raciocínio, conforme se depreende do magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

A natureza jurídica desse tipo de ajuste é a de **contrato administrativo de concessão de serviço público**, como, aliás, emana da própria lei (art. 2º). Tendo em vista que a lei se refere à concessão *comum*, regulada pela Lei nº 8.987/95, há que se considerar a delegação em foco como **concessão especial**, para distingui-la daquela outra modalidade.

Incidem sobre tais contratos o princípio da desigualdade das partes e as cláusulas exorbitantes peculiares aos contratos administrativos previstos nas Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, entre elas a alteração e a rescisão unilateral do contrato e a aplicabilidade de sanções administrativas.

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

¹¹ CARVALHO FILHO, 2007, p. 365.

Por oportuno, vale destacar que, em levantamento feito pelo Exmo. Conselheiro Relator, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD/2010, a melhor experiência com saneamento básico no Espírito Santo é a de Cachoeiro do Itapemirim.

Nesse Município foi feita uma concessão que atingiu índices de cobertura de 94% (água) e 86% (esgoto coletado e tratado). Tais números são bem superiores aos verificados em outras experiências no Estado, como é o caso do Cesan, v. g., que atende a 52 Municípios, sendo que 64% deles são atendidos por rede geral de água e 48% por rede de coleta de esgoto.

Quanto aos SAAE's, consta dessa pesquisa que tais atendem a 24 Municípios, sendo que 66% dos domicílios são atendidos por rede geral de água e 48% por rede de coleta de esgoto (embora grande parte não seja tratado).

A frieza dos dados denota maior eficiência na prestação do serviço pela iniciativa privada, devendo tal modelo ser levado em consideração como solução para o saneamento básico no Estado, com as devidas cautelas exigidas pela lei para esse tipo de contratação.

Isso não significa, obviamente, que a gestão pública de tais serviços deve ser descartada. A privatização deve ser encarada de acordo com a realidade local e com a ponderação de benefícios e malefícios que tal sistema pode trazer. Até porque, não há garantias de que o serviço, sendo prestado pela iniciativa privada, necessariamente será de qualidade e de altos índices de satisfação. A Administração Pública está repleta de exemplos de más contratações por todo o Brasil.

Não obstante, é preciso reconhecer que se existem modelos viáveis previstos em lei, como as concessões e as PPP's, torna-se temerário apostar na locação de ativos como solução para o saneamento básico diante das restrições apresentadas.

Considerando o vulto desse tipo de contratação, os prejuízos desse tipo de “teste” podem ser irreparáveis ou de difícil reparação para a sociedade. Em contraposição, os benefícios podem ser facilmente alcançados por modalidades já reconhecidas no ordenamento jurídico.

Isto posto, até que a locação de ativos tenha tratamento por lei em nosso país, conclui-se que não deve ser admitida.

IV CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente estudo de caso especial apresenta as seguintes conclusões:

1. A locação de ativos, caso fosse possível, seria um **contrato de realização de obra com terceirização do financiamento**, submetendo-se, portanto, a **regime de direito público** e não de direito privado. Tal entendimento visa evitar, dentre outras questões:
 - A impossibilidade de incidência do poder de império da Administração Pública sobre o particular, destacando-se a prerrogativa de exigir projeto básico/executivo detalhado;
 - O afastamento da competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a execução da obra.
2. A locação de ativos **é vedada pelo art. 7º, § 3º, da Lei n. 8.666/93**, que proíbe incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem;
3. A locação de ativos **não se adequa à finalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal**, pois ao terceirizar o financiamento de obra e tratá-lo como mera locação de infraestrutura, dissimula os níveis de endividamento do ente público;
4. Os prejuízos desse tipo de contratação, à margem da lei, podem ser **irreparáveis ou de difícil reparação** para a sociedade. Em contraposição, os benefícios **podem ser facilmente alcançados por modalidades já reconhecidas no ordenamento jurídico**.

Por tais motivos, até que a locação de ativos tenha tratamento por lei em nosso país, conclui-se que **não deve ser admitida**.

Vitória, 17 de outubro de 2012.

Respeitosamente,

LYNCOLN DE OLIVEIRA REIS

Auditor de Controle Externo

Matrícula n. 203.139

À CGT, com a manifestação da 8ª Controladoria Técnica externada pela Instrução Técnica anterior.

Em 17 de outubro de 2012.

JOSÉ AUGUSTO MARTINS MEIRELLES FILHO
Chefe da 8ª Controladoria Técnica
Matrícula n. 202.642