



Seção: Artigos Científicos

Novas modalidades de contratação pela Administração Pública: da locação de ativos

New administrative contracts: "locação de ativos"

João Paulo Imparato Spörl

Luiza Souto Nogueira

Resumo: O presente artigo visa analisar o contrato de locação de ativos, como se dá a sua celebração pela Administração Pública e quais as vantagens para ela advindas dessa espécie negocial, o que será feito por meio do estudo de suas peculiaridades e enquadramento legal. A partir da análise do contrato de leasing, celebrado no âmbito do direito privado, é possível perceber que o contrato de locação de ativos, apesar da nomenclatura, se caracteriza como uma avença atípica celebrada pelo Poder Público que em muito se aproxima da operação de arrendamento mercantil firmada entre particulares.

Palavras-chave: contratos; contratos administrativos; infraestrutura; locação de ativos.

Abstract: This article analyses the main aspects of "locação de ativos", the conditions required by the law to be entered by the Administration and the benefits arising from its use. This study starts with an outline about the leasing agreement entered under the provisions of private law; this information will be useful to demonstrate that, besides the fact that "locação de ativos" belongs to the gender of government contracts, it has been deeply influenced by the leasing agreement.

Keywords: contracts; government contracts; infrastructure; "locação de ativos".

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p186-203>

Artigo submetido em: novembro de 2014 **Aprovado em:** dezembro de 2014

AS NOVAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DA LOCAÇÃO DE ATIVOS

João Paulo Imparato SPÖRL*

Luiza Souto NOGUEIRA**

Sumário: 1 Introdução; 2 Contratos de leasing: aspectos gerais; 3 A possibilidade de celebração de contratos administrativos atípicos; 4 Contratos de locação de ativos celebrados pela Administração Pública; 4.1 Noções introdutórias sobre os contratos de locação de ativos; 4.2 Enquadramento legal da locação de ativo; 4.3 Locação de ativos: principais características; Locação de ativos: locação comum ou leasing?; 4.5 As experiências na realização de contratos de locação de ativos; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Nos últimos vinte anos, observa-se no Brasil um movimento de diversificação e pluralidade dos contratos administrativos, em que se passou a admitir novas formas de negócios jurídicos a serem celebrados pelo Poder Público. Esse movimento é estimulado, em grande medida, pela necessidade de o Estado buscar alternativas para o atendimento das demandas sociais, em especial para o investimento em infraestrutura.

Diante do desafio de modernizar e expandir a infraestrutura pública do país, tem-se recorrido a novas modalidades contratuais que possibilitem a concretização desses objetivos. Uma destas novas formas é denominada de contrato de locação de ativos, utilizada principalmente em projetos ligados ao desenvolvimento de infraestrutura de saneamento básico.

Nestes contratos, delega-se ao particular a construção e a posterior locação de determinado ativo à Administração Pública a ser utilizado na prestação de serviços públicos. Como contrapartida, há o pagamento de “aluguel”, que inclui não apenas a utilização do bem, mas também visa assegurar a amortização dos investimentos realizados pelo privado na edificação da infraestrutura. Ao final do contrato, o ativo retorna ao patrimônio público.

Posto isto, o presente artigo tem o objetivo de analisar as principais características dos contratos de locação de ativos celebrados pelo Poder Público. Como se verá ao longo deste estudo, esta modalidade derivou, em grande medida, do contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil, muito utilizado nos ajustes celebrados entre particulares.

* *Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogado*

** *Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.*

2 Contratos de *leasing*: aspectos gerais

O contrato de *leasing* passou a ser regulamentado no Brasil como figura típica com a edição da Lei nº 6.099/74, que o denominou de arrendamento mercantil e estabeleceu regras sobre o tratamento tributário conferido a essa modalidade negocial.

O surgimento desse contrato na prática negocial brasileira, entretanto, foi anterior à sua previsão legal. Conforme explica Sylvio CAPANEMA (2010, p. 220), em razão das constantes transformações econômicas, os modelos tradicionais de contratos – o de compra e venda e o de locação – deixaram de ser suficientes para atender aos interesses da sociedade, dando margem ao surgimento de novas espécies contratuais.

Assim, antes mesmo da regulamentação do *leasing*, já eram feitas diversas operações nos moldes desse contrato, vez que por ele é possível a utilização de um bem por prazo certo sem a necessidade de despendar o valor para a sua aquisição, mas tão somente a quantia suficiente para o seu aluguel, o que se dá por intermédio de uma instituição financeira, havendo a possibilidade de compra do mesmo ao final da avença. Justamente por isso, esse contrato recebeu a denominação de *leasing*, palavra inglesa que tem como significado alugar ou ceder onerosamente (GONÇALVES, 2010, p. 684).

Conceitua-se o *leasing*, nas palavras de Arnaldo Wald como:

[...] um contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato.

Trata-se, portanto, de negócio jurídico no qual uma pessoa – física ou jurídica – com vistas à utilização de um bem – móvel ou imóvel – aluga-o por tempo determinado de uma instituição financeira que o adquire para esse fim. Findo o prazo do arrendamento, surgem para o arrendatário as seguintes possibilidades: (i) devolver o bem; (ii) renovar o arrendamento; ou (iii) adquirir o bem arrendado mediante o pagamento de um valor residual (VGR) previamente fixado no contrato.

Fácil perceber que estamos diante de um contrato complexo, que abrange as figuras da compra e venda, da locação e do financiamento. Isso, porque a instituição financeira adquire o bem (compra e venda) para proceder ao seu arrendamento (locação) a quem deseje utilizá-lo por certo tempo, por meio de uma operação financeira (financiamento).

São partes desse contrato o arrendador e o arrendatário. O primeiro deve necessariamente ser uma pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade anônima e fiscalizada pelo Banco Central, uma vez que tem como atividade a prática

de operação financeira. O arrendatário, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado (GONÇALVES, 2010, p. 685).

Além de complexo, o contrato de arrendamento mercantil se classifica como: consensual, solene, bilateral, oneroso, comutativo, de trato sucessivo e de adesão.

É consensual, pois se aperfeiçoa no momento em que as partes manifestam sua vontade no sentido de contratar, não se exigindo, para tanto, a entrega do bem a ser arrendado. A tradição, nesse caso, faz parte do momento de execução do negócio.

É solene, pois exige a forma escrita e a presença de elementos específicos, em que pese poderem as partes optar por celebrá-lo mediante instrumento público ou privado. Os elementos que necessariamente devem constar do contrato de *leasing* encontram-se previstos pelo artigo 5º da Lei 6.099/74¹ e pelo o artigo 7º da Resolução 2.039 de 1996², expedida pelo Banco Central do Brasil. São eles: a descrição do bem, o prazo de duração, o valor e o modo de pagamento das prestações, as condições para o exercício do direito de opção, a opção de compra e o valor residual garantido,

¹ Lei nº 6.099/74. “Art. 5º Os contratos de arrendamento mercantil conterão as seguintes disposições: a) prazo do contrato; b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre; c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário; d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula. Parágrafo único - Poderá o Conselho Monetário Nacional, nas operações que venha a definir, estabelecer que as contraprestações sejam estipuladas por períodos superiores aos previstos na alínea b deste artigo”.

² Resolução 2.039/96. “Art. 7º Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, contendo, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas: I - a descrição dos bens que constituem o objeto do contrato, com todas as características que permitam sua perfeita identificação; II - o prazo de arrendamento; III - o valor das contraprestações ou a fórmula de cálculo das contraprestações, bem como o critério para seu reajuste; IV - a forma de pagamento das contraprestações por períodos determinados, não superiores a um semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado por períodos não superiores a um ano; V - as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados; VI - a concessão à arrendatária de opções de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável na sua fixação; VII - as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados, admitindo-se, ainda, para o arrendamento mercantil financeiro: a) a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra; b) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido; VIII - as condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual; IX - as demais responsabilidades que vierem a ser convencionadas, em decorrência de: a) uso indevido ou impróprio dos bens arrendados; b) seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados; c) danos causados a terceiros pelo uso dos bens; d) ônus advindos de vícios dos bens arrendados; X - a faculdade de a arrendadora vistoriar os bens objeto de arrendamento e de exigir da arrendatária a adoção de providências indispensáveis à preservação da integridade dos referidos bens; XI - as obrigações da arrendatária, nas hipóteses de: a) inadimplemento, limitada a multa de mora a 2% (dois por cento) do valor em atraso; b) destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados; XII - a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no País, desde que haja anuência expressa da entidade arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem corresponsabilidade solidária”.

despesas e encargos adicionais, substituição do bem arrendado, cláusulas adicionais, vistoria dos bens pelo arrendante, inadimplemento, transferência do bem a terceiros, opção de compra antes do fim do prazo contratual e obrigações do arrendante e do arrendatário.

É, também, bilateral, porque do contrato de arrendamento mercantil surgem obrigações recíprocas para ambas as partes contratantes. Ou seja, com a celebração do negócio advém para elas determinadas obrigações que devem ser cumpridas até o final da avença.

Cabem ao arrendador as seguintes obrigações: (i) adquirir o bem para colocá-lo à disposição do arrendatário; (ii) vendê-lo a este ao final do negócio se for essa sua vontade, pelo valor residual garantido e previamente fixado; (iii) ou receber o bem de volta, se não houver a compra ou a renovação do contrato. Ao arrendatário, por outro lado, cabe: (i) o pagamento das prestações convencionadas, respondendo pelo seu inadimplemento; (ii) o zelo pela conservação do bem; e (iii) a sua devolução, se não houver a opção pela sua compra ou a renovação do contrato (MARTINS, 2001, p. 460).

O contrato de *leasing* também é oneroso, pois ambas as partes da relação obtêm proveito em troca de uma prestação. O arrendatário paga um aluguel que equivale não somente ao preço pelo uso do bem, pois objetiva garantir a amortização do seu preço. Por sua vez, o arrendador paga o preço de aquisição desse bem com o objetivo de ceder onerosamente seu uso ao arrendatário.

É, ainda, um contrato marcado pela comutatividade, porque as prestações devidas pelas partes são certas e conhecidas, havendo correspondência de direitos e deveres entre elas. E sua execução se caracteriza por ser de trato sucessivo, pois se prolonga no tempo até atingir o prazo estabelecido pelas partes para o encerramento do contrato. Sendo assim, o arrendatário paga o preço de forma periódica pelo tempo previsto inicialmente no negócio e nesse período o arrendador deixa o bem à sua disposição.

Finalmente, o *leasing* apresenta também como característica o fato de ser um contrato de adesão, pois o arrendatário somente tem a opção de aderir ao contrato tal como lhe é apresentado pelo arrendante, não havendo espaço para a negociação de suas cláusulas. Conforme leciona Arnaldo Rizzardo (2000, p. 67), essa característica se faz presente “devido às cláusulas estanques e uniformizadas, previamente formuladas pela arrendante, e impostas unilateralmente”.

Consiste, portanto, o arrendamento mercantil em um contrato integrado pelos seguintes elementos: (i) operação de financiamento; (ii) locação de bens móveis ou imóveis; (iii) intervenção de instituição financeira entre o produtor do bem e o arrendatário; (iv) aquisição do bem pelo arrendador e locação do mesmo para o arrendatário; (v) retenção do direito de propriedade pelo arrendador; (vi)

mensalidades periódicas a serem adimplidas pelo arrendatário; (vii) possibilidade de aquisição do bem ao final do contrato.

Essa modalidade contratual ganhou relevância no cenário nacional principalmente em razão das vantagens que confere a ambas as partes da relação. Para o arrendatário, o *leasing* aparece como maneira de adquirir um bem necessário ao desenvolvimento de uma atividade empresarial (pessoa jurídica) ou de interesses pessoais (pessoa física) sem a necessidade de imobilização do capital necessário para a compra do mesmo.

Nesse sentido, leciona Maria Helena Diniz (2012, p. 758):

[...] pelo arrendamento mercantil, o cliente receberá financiamento integral para adquirir equipamentos, sem fazer qualquer investimento próprio, pagando o valor das máquinas com o produto do trabalho delas. Proporciona-se ao empresário o acesso aos bens necessários ao funcionamento da empresa sem que ele tenha de comprá-los. A empresa se equipará sem investir.

Em consequência, o bem visado pela pessoa física ou jurídica será por ela utilizado sem a necessidade de imobilização de capital, sendo adquirido pelo arrendador conforme as especificações do arrendatário. Além disso, terá um custo menor que será financiado e, no caso de interesse na compra ao final do contrato, serão descontadas as prestações pagas a título de locação. Ou seja, havendo interesse na aquisição do bem arrendado, o valor pago para tanto terá sido diluído nas mensalidades já adimplidas, sendo devido tão somente o valor residual estabelecido no contrato.

Para o arrendador, também são perceptíveis as vantagens advindas do *leasing*. O contrato de arrendamento mercantil colabora para agilizar as vendas da empresa, proporcionando uma alternativa de financiamento do valor total do produto. E, com o recebimento à vista do preço, elimina-se o risco de venda a crédito, bem como se permite a alocação dos recursos de financiamento das vendas para outras atividades (RIZZARDO, 2000, p. 170).

Ocorre, entretanto, que, em que pesem os benefícios proporcionados às partes pelo arrendamento mercantil, é possível que seja interessante para os contratantes celebrar um negócio com características baseadas no *leasing*, mas com modificações específicas voltadas a atender interesses peculiares das partes, situação que é plenamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, principalmente no âmbito privado, mas também no público, como se verá a seguir.

3 A possibilidade de celebração de contratos administrativos atípicos

Diante do cenário em que a sociedade torna-se cada vez mais complexa, o Estado viu-se incumbido em intensificar sua atuação para atender as múltiplas demandas que

emanam da coletividade. Contudo, o crescimento das atribuições do Poder Público não foi acompanhado pela sua capacidade de atender e concretizar todas essas exigências. Logo, é inegável a dificuldade que a Administração Pública tem de assegurar à sua população ao menos as suas necessidades básicas. Especialmente no caso das infraestruturas, a carência destes equipamentos reverte-se na prestação de serviços públicos de baixa qualidade e que atendem apenas a uma parcela de toda a população.

Dentre estes instrumentos de atuação da Administração Pública, os contratos administrativos são, sem sobra de dúvidas, um dos principais mecanismos pelo qual o Poder Público se utiliza para a consecução de seus objetivos. Tendo em vista a incapacidade do Estado em atender uma gama cada vez mais ampla e diversificada de necessidades coletivas, tem-se intensificado a utilização de novas modalidades de contratos administrativos para atender a essas demandas.

Diante disso, nota-se um fenômeno denominado na doutrina como contratualidade ou contratualismo, marcado pela significativa ampliação na utilização de contratos administrativos, que passam a assumir novas formas e modalidades (MARQUES NETO; CUNHA, 2013, p. 115). Neste fenômeno, muito além de ampliar a utilização de formas contratuais já tradicionalmente tipificadas na legislação, passou-se a incorporar modalidades outras, que derivam de institutos do direito privado. Trata-se dos chamados contratos atípicos.

Nas palavras de Marques Neto e Cunha (2013, p. 115):

A adoção pela Administração Pública de modelos contratuais atípicos, forjados muitas vezes no direito privado e que se mostram, diante das circunstâncias específicas e concretamente verificadas pelo administrador público, a melhor alternativa ao atendimento dos interesses públicos tutelados.

A utilização de contratos administrativos atípicos pode encontrar resistência. Esta linha de raciocínio, que propugna pela impossibilidade de celebração de modelos contratuais não tipificados, entende que a aplicação do princípio da legalidade, que orienta a atuação da Administração Pública, deve ocorrer de maneira estrita. Assim, a Administração só poderia realizar os atos que se encontrassem expressos e literalmente previstos em lei. Dessa forma, em razão da inexistência de previsão legal expressa de determinada modalidade contratual, os contratos atípicos não poderiam ser celebrados.

Por outro lado, a corrente que defende a possibilidade de celebração dos contratos atípicos pela Administração Pública entende que a incidência do princípio da legalidade ocorre de maneira menos restritiva, não demandando a existência de uma regra precisa e determinada para realização de determinado ato. Isso, porque o

princípio da legalidade “exige uma compreensão de todo o Ordenamento Jurídico e a inserção da conduta cogitada, de forma harmônica, nesse universo normativo e de seu contexto socioeconômico” (MOREIRA, 2012, p. 58)³.

Dessa forma, a partir de uma compreensão mais ampla do princípio da legalidade, entende-se ser possível a celebração de contratos atípicos. A Administração Pública não está adstrita apenas aos contratos nominados, pois, caso contrário, sua atuação e capacidade de contratação estaria indevidamente limitada, impossibilitando-a de atender o interesse coletivo e de demandas complexas oriundas da sociedade (JUSTEN FILHO, 2009, p. 677)⁴.

Além disso, deve-se ressaltar que a lei, em especial a Lei nº 8.666/93, que regulamenta os contratos administrativos, estabelece parâmetros para estas contratações, mas não o faz de maneira exaustiva, como se verá nos tópicos que se seguem (JUSTEN FILHO, 2009, p. 678).

Dessa forma, a Administração Pública, valendo-se dos imperativos de discricionariedade e eficiência, e sempre norteadas pela busca do interesse público, está autorizada a celebrar contratos administrativos atípicos, desde que respeitadas as diretrizes e normas constantes da legislação.

4 Contratos de locação de ativos celebrados pela Administração Pública

4.1 Noções introdutórias sobre os contratos de locação de ativos

O arranjo contratual denominado locação de ativos pode ser compreendido como o ajuste celebrado entre o Poder Público e o particular em que este último assume o ônus de construir determinada infraestrutura a ser locada pelo primeiro. Em troca, o privado é remunerado em montante suficiente a assegurar a amortização dos investimentos realizados e o lucro projetado para o negócio. Ao final do contrato, o bem é restituído ao patrimônio público.

³ Complementa o autor afirmando: “Logo, o princípio da legalidade já abandonou positivamente a antiga compreensão fechada e simplista, pois a vida é muito mais rica do que as palavras lançadas nos textos de lei. Nos dias de hoje, a legalidade não retrata a singela concepção de um universo de normas fechadas, que se encerram em sua própria leitura, limitando a atuação prática da Administração” (MOREIRA, 2012, p. 57).

⁴ Complementa Marçal Justen Filho: “A Administração não está jungida a pactuar apenas contratos típicos (nominados). Entendimento contrário conduziria a inviabilizar a atividade contratual da Administração Pública. Ainda reconhecendo que o princípio da legalidade apresenta configurações distintas no âmbito da Administração, disso não se segue que os modelos de contratação pública tenham de ser previamente definidos em lei. A lei concede autorização para o Estado contratar, mas não fornece parâmetros exaustivos dos modelos de contratação.

Ou seja, a satisfação do interesse coletivo por meio da via contratual não pode ser reconduzida à via da mais estrita vinculação. O interesse coletivo pode apresentar-se com complexidade similar àquela que se passa no campo privado. Tanto quanto os particulares, o Estado pode encontrar-se na situação da insuficiência dos modelos contratuais preexistentes” (JUSTEN FILHO, 2009, p.677).

Portanto, nesta modalidade contratual, de um lado temos a figura do particular que assume o ônus de executar a edificação de um conjunto de ativos. Concluídos os trabalhos, estes bens são disponibilizados à Administração Pública, mediante locação. Nota-se que a responsabilidade do parceiro privado se restringe apenas às obras, devendo inclusive contratar, por sua conta, os financiamentos necessários, caso não disponha de recursos suficientes para conclusão dos serviços. Contudo, não caberá ao particular o dever de operar ou realizar a manutenção destes ativos que venha a construir, tarefa essa a ser desempenhada pela Administração contratante.

Ao Estado, a utilização desta modalidade de contratação mostra-se vantajosa em contextos em que se observam dificuldades na obtenção de financiamento ou da disponibilidade imediata de recursos para investimento em infraestrutura. Desta forma, torna-se possível ao ente público dispor de novos ativos, sem que haja a mobilização de grandes somas de valores durante a execução da obra, realizando-se o pagamento pelos “serviços” de maneira diferida no tempo (MILESKI, 2014, p. 129).

4.2 Enquadramento legal da locação de ativos

Inicialmente, considerando a locação de ativos como uma espécie de contrato atípico, todas as premissas já apresentadas com relação à legalidade e à possibilidade de celebração dos contratos não tipificados, se aplicam a esta modalidade.

Conforme já se apontou, a Lei nº 8.666/93 não apresentou, de maneira exaustiva, os tipos contratuais a serem celebrados pela Administração, fixando apenas gêneros como “obras”, “serviços”, “compras” e “alienações”⁵. Portanto, não há qualquer limitação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos quanto à celebração de locação de ativos.

Em verdade, por se tratar de um contrato administrativo, a locação de ativos está submetida, no que couber, aos ditames da referida lei. Um reflexo disso, como se verá à diante, é que a escolha do particular é determinada mediante procedimento licitatório.

Com relação à Lei nº 8.666/93, merece destaque o conteúdo do §3º do artigo 7º⁶, que proíbe a inclusão no objeto da licitação da obtenção de recursos financeiros para a

⁵ Lei nº 8.666/93. “Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

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

⁶ Lei nº 8.666/93. “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 sequência: (...)§ 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”.

execução da obra, o que poderia significar um óbice à celebração da modalidade contratual ora estudada. Contudo, não parece ser o caso. O Estado não está delegando a obtenção de recursos financeiros, mas sim a execução de um serviço. Ao particular, faculta-se a obtenção de financiamento, sendo esta escolha limitada ao exercício de sua autonomia privada.

Ainda sobre a legalidade dos contratos de locação de ativos, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo procedeu no ano de 2013 a um estudo de caso buscando justamente avaliar a licitude deste tipo de contratação. Neste processo, foi realizada consulta pública em que se buscaram contribuições de especialistas que tivessem interesse em se manifestar sobre o tema.

Como resultado deste trabalho, foi emitido o Acórdão TC-635/2013, em que o TCE/ES entendeu pela licitude deste instrumento contratual. Segundo a Corte de Contas:

A locação de ativos, portanto, em que pese não esteja inserida nas hipóteses dos contratos típicos (nominados), não fere o princípio da legalidade, como fartamente fundamentado neste estudo.

Destarte, é uma alternativa possível que encontra fundamento de legalidade na liberdade contratual e nas necessidades do interesse público, constituindo-se modalidade atípica de contratação, que se subsume às normas gerais da Lei 8.666/93, no que couber.

Saliente-se que a contratação da locação de ativos segue as regras do art. 37, XXI, da Constituição da República, devendo ser precedida de licitação, em todo o seu típico regramento, inclusive quanto à necessidade de projeto básico com nível de precisão adequado, para caracterizar o empreendimento, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

Em situação semelhante, o Tribunal de Contas do Paraná, ao responder consulta formulada pela Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR, proferiu o acórdão nº 3.210/13, apresentando entendimento sobre a possibilidade jurídica de celebração de contratos de locação de ativos pela Administração Pública⁷. Dentre outros aspectos analisados, o TCE/PR determinou que

a contratação na forma de 'locação de ativos' deverá respeitar as normas legais conferidas pela Lei nº 8.666/93, tendo em vista que se enquadra no conceito de arrendamento mercantil, o que afasta a vedação legal insculpida no art. 7º, §3º da Lei nº 8.666/93.

⁷“CONSULTA. CONTRATAÇÃO NA FORMA DE “LOCAÇÃO DE ATIVOS”. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93 – ARRENDAMENTO MERCANTIL. AFASTAMENTO DA VEDAÇÃO LEGAL CONSTANTE DO § 3º, DO ART. 7º DA LEI 8.666/93. APLICABILIDADE DO ACÓRDÃO Nº 1.127/2009 – TCU. IMPOSSIBILIDADE DE JUSTIFICAR CONTRATAÇÃO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE NOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA” (TCE/PR. Acórdão nº 3.210/2013 – Tribunal Pleno. Rel. Cons. Nestor Baptista. Julgado em 15.08.2013).

Não bastasse isso, apesar de considerado atípico, esta modalidade já encontra previsão em alguns conjuntos normativos, especialmente regulamentos que orientam programas de investimentos para saneamento básico.

Por meio da Resolução nº 411/2002, o Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aprovou as estruturas de financiamento a Sociedades de Propósito Específico para investimentos em obras de saneamento⁸. Esta é considerada a primeira norma a indicar, ainda que de maneira incipiente, a possibilidade de celebração de contratos de locação de ativos, haja vista que, o item 1.1, alínea “a”, dispõe que a finalidade da SPE é “*construir e locar ao concessionário dos serviços de saneamento básico, empreendimentos de saneamento a serem produzidos com recursos do FGTS*”.

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 43/2012, do Ministério das Cidades regulamentou os procedimentos e as disposições relativos às operações de crédito no âmbito do programa “Saneamento para Todos”. A referida norma prevê a possibilidade de celebração de locação de ativos para o desenvolvimento de infraestrutura de saneamento básico:

1.3.2. Mutuários Sociedades de Propósito Específico - SPE

As Sociedades de Propósito Específico - SPE são entidades criadas para viabilizar investimentos em saneamento, nas condições previstas pela Resolução nº 411, de 26 de novembro de 2002, do Conselho Curador do FGTS - CCFGTS, por meio de operações estruturadas com as seguintes finalidades:

i) construir e locar empreendimentos de saneamento a prestador de serviços de saneamento básico do Município ou do Distrito Federal ou à entidade pública ou privada regularmente contratada por qualquer destes Entes da Federação para a prestação dos serviços, os quais atuam como Patrocinadores;

Portanto, diante do que aqui se expôs neste tópico, não há dúvidas acerca da legalidade deste tipo de contrato.

⁸“CONSELHO CURADOR DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (CCFGTS), na forma do art. 5º, Inciso I, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e do art. 64, Inciso I, do Regulamento Consolidado do FGTS, aprovado pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990, considerando a necessidade de reduzir o déficit nos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitário; considerando o contingenciamento de crédito ao setor público, ora em vigor; considerando a necessidade de excepcionalização das diretrizes de aplicação, ora vigentes, RESOLVE:

1. Aprovar estruturas de financiamento às Sociedades de Propósito Específico (SPE), de caráter privado, para investimentos em obras de saneamento básico destinadas ao aumento de cobertura e/ou melhoria no atendimento dos serviços ou para a viabilização de investimentos pelos prestadores públicos desses serviços.

1.1 A SPE será constituída para viabilizar esses investimentos, por meio de projetos estruturados, com a finalidade de:

a) *Construir e locar ao concessionário dos serviços de saneamento básico, empreendimentos de saneamento a serem produzidos com recursos do FGTS*” (g.n.).

4.3 Locação de ativos: principais características

O primeiro aspecto a ser considerado nos contratos de locação de ativos é o objeto. Por se tratar de um arranjo contratual complexo, a sua utilização deve ser plenamente justificada pelo objetivo (e pelo objeto) de sua contratação, de maneira que outra modalidade contratual não possa ser utilizada. Em outras palavras, para a celebração de contrato de locação de ativos deve-se ter em vista alguns requisitos.

Em primeiro lugar, o desenvolvimento de uma infraestrutura de significativa complexidade, que não possa ser edificada a partir de um simples contrato de obra, haja vista que, para sua realização, são necessárias a utilização de técnica e expertise mais apuradas.

Em segundo lugar, importante a existência de um contexto com limitação de recursos disponíveis à Administração, sejam eles recursos diretos (orçamento) ou indiretos (financiamento público). A carência de recursos para investimento imediato nas obras, somada à urgência na implementação de infraestrutura, justifica a adoção dessa modalidade de contrato pelo Poder Público.

Como último requisito básico de definição do objeto, deve haver ausência de interesse ou possibilidade de delegação da prestação dos serviços públicos relacionados à infraestrutura locada. Como já se salientou, o particular deverá apenas edificar a infraestrutura, não havendo delegação da operação e manutenção do bem. Estas atividades permanecem sendo de responsabilidade do poder concedente, ou de quem lhe faça as vezes. Assim, a locação de ativos não se confunde com a concessão de um serviço público, regida pela Lei nº 8.987/95. Também não se confunde com uma Parceria Público-Privada, haja vista que o artigo 2º, § 4º, inciso III da Lei 11.079/2011 veda a celebração deste tipo de contrato quando tiver como objeto único a execução de obra pública.

Uma vez definido o objeto, há a necessidade de realização de procedimento licitatório para escolha do particular a ser contratado. A razão dessa regra nos parece óbvia: ainda que se esteja diante de uma modalidade atípica de contrato administrativo, os princípios gerais que regem os ajustes celebrados pela Administração devem se manter. Assim, com vistas a assegurar princípios da legalidade, isonomia e igualdade, deve-se realizar processo seletivo público para definir o interessado mais apto a celebrar determinado contrato de locação de ativos.

Ainda no que tange à licitação, entende-se que a modalidade mais apropriada a este modelo contratual é a concorrência, tendo critério de julgamento o de menor valor mensal de locação (VML) pelo bem a ser construído. Assim, vencerá o certame o interessado que apresentar modelagem financeira que exigir melhor valor a ser pago pelo Poder Público a título de locação. Para o cálculo deste valor, o proponente deverá mensurar, além dos custos decorrentes das obras, os encargos de correntes de

financiamento (caso venha a contratar), impostos, despesas administrativas ao longo do período da locação e a margem de lucro que pretende obter⁹.

Ainda no contexto da licitação, nos contratos de locação de ativos já é possível identificar controvérsia a respeito da necessidade de realização de projeto básico. Aqueles que são favoráveis a esta ideia entendem ser aplicável o inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993, que regulamenta a figura do projeto básico¹⁰. Para eles cabe à Administração delimitar o escopo do empreendimento por meio do projeto básico, que “*deverá representar uma projeção detalhada da futura contratação, abordando questões técnicas, as financeiras, os prazos, os reflexos ambientais*”.¹¹

Por outro lado, há quem entenda que o regime da locação de ativos prescinde da realização de projeto básico (MARQUES NETO, CUNHA, 2013, p. 125). Para estes autores, a existência de um projeto básico significa que o poder concedente já definiu previamente todos os parâmetros e soluções contratuais incidentes, cabendo ao particular apenas executá-las. Para essa lógica seria, portanto, mais adequado um contrato de empreitada do que a locação de ativos. Isso porque, no segundo caso, a Administração busca

utilizar também a capacidade do particular contratado de encontrar soluções técnicas aptas a contribuir para a melhoria dos serviços públicos atrelados à infraestrutura construída. Daí o sentido de não necessariamente descrever minuciosamente a obra a ser construída, mas sim apenas apresentar elementos com capacidade de caracterizar os ativos e a qualidade dos ativos a serem construídos, possibilitando, pois, a formulação de propostas dos licitantes (MARQUES NETO, CUNHA, 2013, p. 126).

O vencedor do certame deve constituir uma sociedade de propósito específico – SPE, que celebrará o contrato de locação com o Poder Público. A SPE é uma figura prevista inicialmente na Lei de Parcerias Público-Privadas¹² e que assume a forma de uma sociedade anônima. Como o próprio nove já indica, a sociedade terá como finalidade única a consecução do objeto de seu contrato (no caso, a execução da obra relativa ao empreendimento que será locado ao Poder Público). Para tanto, terá um patrimônio próprio e individualizado que será empregado ao objetivo único da sociedade.

⁹ TCE/ES. Acórdão TC – 635/2013.

¹⁰ Lei nº 8.666/1993. “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 (...)”.

¹¹ TCE/ES. Acórdão TC – 635/2013.

¹² Lei nº 11.079/2004. “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

Uma vez celebrado o contrato, tendo em vista que os serviços serão realizados em um terreno público e, portanto, um bem público, devem ser precedidos da concessão do direito real de uso. Por meio desta concessão são transferidos ao particular os direitos reais sobre uma determinada espécie de bens públicos, direitos estes próprios do domínio (o que não se confunde com o direito de propriedade do bem). Contudo, o exercício deste direito encontra-se condicionado ao cumprimento das finalidades justificadoras da concessão, no caso a edificação da infraestrutura locada (MARQUES NETO, 2013, p. 407).

Edificado o bem, este passa a ser locado pela Administração contratante. Ao contrário de uma obra pública tradicional, não há a figura da medição de serviços executados, já que a remuneração da SPE se dá por meio do pagamento do aluguel. Aqui, o papel da Administração é o de fiscalizar as atividades de campo e aferir a qualidade dos serviços.

Ao final do prazo estipulado para o contrato de locação, toda estrutura construída passará a integrar o patrimônio público.

4.4 Locação de ativos: locação comum ou *leasing*?

Ainda que o modelo aqui discutido carregue em seu nome o termo “locação”, entende-se que não há muitas semelhanças com o instituto homônimo do direito privado. Os contratos de locação, disciplinados pelos artigos 565 e seguintes do Código Civil, consistem na cessão onerosa e por tempo determinado do uso e do gozo de coisa não fungível.

Assim, na locação “comum”, o locador disponibiliza determinado bem ao locatário que, pela sua fruição, paga determinada quantia na forma de alugueres. Ao final do contrato, o bem deve ser restituído nas condições em que as recebeu, salvo as deteriorações naturais. Diante disso, conclui-se com facilidade que a locação tradicional não se assemelha à locação de ativos. Sem que se estenda nas comparações, dois são os elementos principais que diferenciam os institutos.

O primeiro deles relaciona-se à natureza da contraprestação: se na locação regida pelo Código Civil o aluguel representa o valor pago em razão fruição do bem locado, a contraprestação paga em razão do contrato de locação de ativos busca remunerar não apenas pela “utilização” de determinado ativo, mas também pelos investimentos realizados para a construção do referido bem. Já o segundo relaciona-se com as consequências do bem locado ao final do contrato: enquanto, na locação, o bem deve ser restituído ao locador nas condições em que foi entregue, na locação de ativos, o bem é entregue definitivamente ao locatário.

Diante do que aqui foi exposto, entende-se que este modelo contratual analisado assemelha-se mais à figura do *leasing*, exposto nos tópicos iniciais do presente artigo.

É natural que ambos os institutos guardem suas diferenças, principalmente porque a locação de ativos, na qualidade de um contrato administrativo, está submetida ao regime jurídico de direito público, ao passo que o arrendamento mercantil é regido pelas normas de direito privado.

Feita esta ressalva, a comparação entre os instrumentos é possível, pois sua lógica é semelhante. Em ambos os casos, há um arranjo contratual que visa assegurar ao contratante a locação de um bem por um prazo determinado e em que, ao final, existe a possibilidade de transferência deste ativo à propriedade do contratante.

Dessa forma, como características semelhantes destes contratos tem-se: (i) a locação de um determinado bem, que passa a ser usado e fruído por seu locatário; (ii) como contrapartida o locatário/arrendatário paga um aluguel que equivale não somente ao preço pelo uso do bem, pois objetiva garantir a amortização do seu preço; (iii) ao final, o bem não é restituído ao locador, sendo possível a sua entrega ao locatário/arrendatário.

Contudo, há certas regras aplicáveis ao contrato de *leasing* que não são transportadas na sua integralidade ao contrato de locação de ativos. Em primeiro lugar, no caso do *leasing*, o arrendador é normalmente uma instituição financeira que realiza a aquisição do bem objeto do contrato e posteriormente o arrenda ao particular. Ao final do contrato há três opções: a devolução do bem; prorrogação do contrato ou aquisição do bem, mediante pagamento, pelo arrendatário, do valor residual.

Já no caso da locação de ativos, o locatário (Administração Pública) não se relaciona com uma instituição financeira, mas sim com um particular incumbido em construir determinado ativo. Este particular (locador) não detém a propriedade sobre o bem, apenas o seu direito real de uso. Ao final do contrato, não há a opção pela restituição do bem ao locador, sendo certo que este reintegrará o patrimônio do locatário.

De todo modo, apesar das peculiaridades aqui apresentadas, não há dúvidas quanto à proximidade e similitude entre o contrato de *leasing* e o contrato de locação de ativos. O primeiro influenciou e muito a idealização e implementação do segundo.

4.5 As experiências na realização de contratos de locação de ativos

A literatura já destaca alguns exemplos exitosos na celebração de contratos de locação de ativos. Até hoje, quase que em sua totalidade, estiveram relacionados à implantação de sistema de saneamento básico.

Importante destacar o contrato celebrado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). Em 2009, tal empresa celebrou o contrato com a SPE Araucária Saneamento S.S, contrato de locação de ativos precedido de concessão do direito real de uso das áreas para a execução de obras de implantação de

infraestrutura ligada à coleta de esgoto no município de Campos do Jordão. Já em 2010, a SABESP também celebrou contrato semelhante com a SPE Sapucaí Mirim S/A, desta vez para realização de obras relacionadas ao sistema de captação de água no Município de Franca/sistema produtor Sapucaí Mirim (MARQUES NETO; CUNHA, 2013, p. 120).

Contudo, exemplos de contratos de locação de ativos não se restringem ao Estado de São Paulo. Um caso relevante é o contrato de locação de ativos, precedido da concessão do direito real de uso, celebrado pela Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR – junto à Saneamento Litoral Paraná S/A para execução de obras de infraestrutura de saneamento nos Municípios de Matinhos e Pontal do Paraná.

5 Conclusão

As constantes transformações econômicas e sociais exigem que o Estado esteja apto a atender uma diversificada gama de necessidades que surgem diariamente. Ocorre que essas novas exigências dificilmente surgem ao lado de novas soluções. Pelo contrário, em grande parte das situações a Administração Pública não dispõe de meios para assegurar o atendimento a todas as demandas da sociedade.

Esse descompasso aparece, dentre outras situações, no âmbito do investimento em infraestruturas. Como os instrumentos tradicionalmente à disposição do Poder Público não possuem o condão de atender a essas necessidades de maneira adequada, em muitos casos a consequência é a prestação de serviços públicos com baixo nível de qualidade e com impossibilidade de atender à coletividade, mas tão somente a uma parcela populacional.

Os modelos tradicionais adotados pela Administração, nesse caso, deixaram de ser suficientes para atender aos interesses sociais, o que exigiu a busca de novos meios aptos a permitir o cumprimento das finalidades públicas.

E, aceitando-se a existência desse problema, passou-se a admitir, também, a possibilidade de adoção de modelos contratuais atípicos no âmbito do direito público, com vistas a alcançar de maneira mais eficiente os resultados almejados pela coletividade.

Nesse contexto, surge o contrato de locação de ativos, figura negocial atípica que toma por base o contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil celebrado entre particulares. Trata-se de adaptação de um negócio típico no âmbito privado para ser utilizado no público, o que tem sido admitido, tendo em vista que não há afronta à legalidade e se dá com respeito aos parâmetros comuns a todos os contratos administrativos.

Por meio dessa avença, permite-se o investimento em infraestrutura sem a necessidade de mobilizar vultosa quantia monetária para a execução da obra, vez que

esta fica a cargo do particular, cujo investimento é amortizado de modo diferido no tempo mediante o pagamento de aluguel pelo Poder Público, que utiliza o bem como locatário até o final do contrato, quando ele é revertido para o patrimônio público.

Justamente por isso, apesar de negócio atípico, a locação de ativos já encontra previsão em legislação esparsa e tem sido cada vez mais utilizada pela Administração Pública como meio para o atendimento às suas finalidades no âmbito de investimento em infraestrutura.

6 Referências bibliográficas

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milano: Dott. Giuffré Editore, 1987.

CAPANEMA, Sylvio. A locação do imóvel urbano e seus novos modelos. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 220-227, 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/54236>>. Acesso em 09/09/2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. Volume 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Volume 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009.

LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos, in LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-22.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Locação de ativos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 99-129, mar./ago, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

MILESKI, Helio Saul. Locação de ativos: uma nova alternativa para o Poder Público realizar investimentos em infraestrutura. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 119-132, nov./dez. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o Direto. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.