CONTRATO ADMINISTRATIVO — LEASING-BACK — *DISPENSA DE LICITAÇÃO*

— Em tese, é legítima a operação de arrendamento mercantil sob forma de leasing-back, *a ser realizada pelo DER com interveniência do BD/RIO.*

— A dispensa de licitação é possível nos casos especificados em lei.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 101 655|82

1. O Sr. Secretário de Estado de Transportes alegando a necessidade de aparelhar urgentemente a frota de equipamentos rodoviários do DER-RJ, para proceder a reparação

"das rodovias estaduais seriamente danificadas pelas chuvas que assolaram o estado nos meses de dezembro e janeiro próximo passados".

Diz o Secretário Ady Veloso, em sua exposição feita ao Exmo. Sr. Governador do estado, que é "imperiosa e imediata a reparação dessas rodovias, por isso que qualquer delonga na sua execução comprometerá, seriamente, não só a segurança de seus usuários, como também das próprias estradas atingidas pela intempérie".

2. O problema se situa no fato de o DER não possuir recursos orçamentários que permitam o pagamento, à vista, desses equipamentos, em face do vulto da operação, estimada em Cr$ 340 000 000,00 (trezentos e quarenta milhões de cruzeiros), não tendo os fornecedores desses equipamentos condições próprias de financiarem a operação.

Igualmente, a obtenção pelo DER de financiamento direto junto aos órgãos financeiros estaduais é bastante demorada, por depender de autorização do Banco Central do Brasil e da Superintendência de Controle das Empresas Estatais (Seest), do Ministério do Planejamento.

3. A solução alvitrada, então, foi a de uma chamada operação *leasing-back*, que em termos simples corresponde a um arrendamento mercantil, em que "uma empresa vende um equipamento de sua propriedade para outra empresa, firma de *leasing*, instituição financeira, etc., que passa a arrendá-la à primeira empresa" (Assis Ribeiro, *Reflexões sobre o contrato de leasing*, citado pelo parecer de fls. 18 do MPE).

A pretensão do DER assim se formalizou:

"... pretende o DER adquirir, mediante dispensa de licitação, com fundamento na letra *h*, § 3º, do art. 21 do Decreto nº 3 149, de 28 de abril de 1980, os referidos equipamentos, através de contratos de subarrendamento, com opção de compra que seriam celebrados com as empresas fornecedoras, tudo de acordo com o que consta dos anexos processos n.os E-10/202 594/82, 202 595, de 1982, 202 593/82 e 202 596/82. Cabe o esclarecimento que após os estudos levados a termo pelo DER-RJ e a Secplan, concluíram os técnicos desses órgãos que esse subarrendamento se operaria com a compra dos equipamentos pelo Banco de Desenvolvimento do estado do Rio de Janeiro S.A., que, no mesmo ato, os arrendaria, com opção de compra aos vendedores (operação conhecida por *leasing-back*) facultados a esses a possibilidade de subarrendarem a terceiros, nas mesmas condições.

Assim, celebraria o DER com os arrendatários, e com a interveniência do Banco de Desenvolvimento do estado do Rio de Janeiro S.A. (proprietário dos equipamentos) contrato de subarrendamento, com opção de compra, pelo prazo de quatro anos, findos os quais ficaria assegurado, ao DER, o direito de opção, para compra dos bens

subarrendados, mediante o pagamento de importância correspondente a 1% do valor básico da operação. O aluguel sujeito a correção monetária com base na variação ORTN, seria pago em oito semestralidades, estando nele já embutidos os custos financeiros decorrentes do *leasing-back*.

4. No entanto, como a operação apresenta peculiaridades especiais e foge à rotina dos contratos até então realizados pelo DER, o Secretário de Estado de Transportes se quis valer do disposto no inciso XII, do art. 6º da Lei Complementar nº 21, de 4 de novembro de 1981, para, através do Sr. Governador, formular a seguinte consulta (*fls. 4, in fine*):

"Tendo em vista, entretanto, a peculiaridades da contratação, vimos lembrar a V. Exª da possibilidade de ser consultado a respeito do assunto o egrégio Tribunal de Contas do estado, a cujo presidente já nos reportamos verbalmente, a fim de que se obtenha daquela Casa pronunciamento acerca da legitimidade da operação que as partes pretendem levar a cabo, conhecendo, inclusive, o colendo Tribunal, acerca das ponderações trazidas aos processos suso referidos, pertinentes às dispensas de licitação apontadas, tudo com respaldo no inciso XII do art. 6º da Lei Complementar nº 21, de 4 de novembro de 1981."

5. O Corpo Instrutivo se manifestou às fls. 9-11, com bem elaborada análise da questão, feita pelo Inspetor-Geral da 3ª IGE, Dr. José Carlos Soares Bulcão, abordando dois pontos essenciais:

"a) o art. 3º do Decreto nº 3 149/81 veda a contratação de serviços 'sem a existência ou previsão de recursos orçamentários'. No presente caso os contratos teriam a duração de 48 meses;

b) a opção para compra dos equipamentos, despesa de capital, findo o prazo acima referido, dar-se-ia em data que ultrapassaria ao prazo do orçamento plurianual de investimentos."

Invoca, no entanto, o alto objeto dos contratos, em que deve prevalecer a segurança pública e o interesse maior do Estado, pelo que sugere:

"I — quanto ao *item a* citado, os contratos teriam seus términos em 31 de dezembro de 1982, com opção de serem renovados, anualmente, quando então novas dispensas de licitações seriam autorizadas tendo em vista o que determina o art. 48 do Decreto nº 3 149/81;

II — quanto ao *item b*, a opção para compra após 42 meses creio, s.m.j., muito embora ultrapasse o prazo do orçamento plurianual de investimentos, não haver irregularidade, já que a palavra 'opção' condiciona a compra, obviamente à alocação de recursos próprios no orçamento do exercício em que se der a referida opção."

Ainda, acrescenta:

"III — em substituição à sugestão do item I, e dando força à argumentação do item II, creio, s.m.j., que os contratos poderiam ser firmados pelo prazo de 48 meses desde que se fizessem inserir nos mesmos, com vistas ao cumprimento do art. 3º do Decreto nº 3 149/81, cláusulas mencionadas que os termos teriam automaticamente rescindidos sem que coubesse às contratadas qualquer ressarcimento ou indenização, no caso de não constarem recursos próprios nos orçamentos dos exercícios subseqüentes, sendo, nesse caso, devolvidos os equipamentos respectivos."

Às fls. 12, o Sr. Secretário-Geral do Controle Externo após o seu "de acordo", dizendo:

"Entendo que a consulta pode ser respondida afirmativamente, adotando, por se tratar de despesas empenhadas à conta do elemento 3130 'Serviços de Terceiros e Encargos' — 'Despesas de Custeio' — a sugestão apresentada no item III da informação de fls. 9-11 do Sr. Inspetor-Geral da 3ª IGE."

6. Submetida a matéria à apreciação do Ministério Público Especial, mereceu do Procurador, Dr. Horácio Machado Medeiros, o excelente parecer de fls. 13-22, que examina a questão exaustivamente.

Após historiar os fatos, tece oportunas considerações gerais sobre o *leasing*, com abordagem da parte doutrinária, para em seguida estudar o *leasing* no Brasil e o *leasing* na administração pública, além da concei-

tuação atual do *lease-back*, partindo daí para 'a hipótese em exame", para concluir:

"O *leasing* ou arrendamento mercantil, em que pesem às suas novidades e peculiaridades, é um contrato *como outro qualquer*, e sua celebração, embora sujeita a normas e legislação específica, não se subtrai ao princípio da licitação para as contratações em geral, quando utilizado pela administração pública federal, estadual ou municipal.

Assim sendo, podemos afirmar que, em princípio, o arrendamento mercantil proposto nos parece lícito, desde que o DER-RJ se obrigue contratualmente quanto às dotações orçamentárias para 1983, 1984 e 1986, e com a interveniência do Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro S.A., tendo em vista a modalidade da operação (contratada com o próprio vendedor do equipamento) entre nós conhecida por *lease-back* ou *leasing-back*. Da mesma forma é lícito o subarrendamento com opção de compra contratada entre os fornecedores arrendatários com o DER-RJ, com autorização do BD-Rio.

Finalmente, cumpre lembrar que o Tribunal de Contas do estado do Rio de Janeiro só poderá pronunciar-se *em definitivo* sobre a legalidade e legitimidade das pretendidas contratações quando, por força da legislação, lhe forem encaminhados os respectivos instrumentos contratuais."

Esse parecer foi confirmado pelo ilustre Procurador-Chefe, Dr. Álvaro Americano, nos seguintes termos:

"Estou inteiramente de acordo com o bem elaborado parecer do Procurador Horácio Machado Medeiros, entendendo, como S. Exª, que é lícita a modalidade da operação pretendida (*leasing-back*) cujos instrumentos contratuais o egrégio Tribunal apreciará oportunamente."

7. Assim instruído a mim veio o processo, por despacho do Sr. Presidente distribuído, dado o inegável caráter de urgência que ajuizou, com fulcro no art. 46, § 6º da Deliberação nº 36, de 28 de abril de 1981, deste egrégio Tribunal, circunstância que menciono para atender à recomendação da referida norma.

É o relatório, e isto posto:

A consulta ora formulada comporta o desdobramento de seu conteúdo, uma vez que abrange duas matérias distintas: a legitimidade e legalidade dos contratos de *leasing-back*, e o pedido de dispensa de licitação, conforme se verifica às fls. 4, *in fine*.

No que se refere à dispensa de licitação há que se considerar que a Lei nº 287, de 4 de dezembro de 1979, com seu art. 217, regulamentado pelo Decreto nº 3 149, de 28 de abril de 1980, especifica os casos de sua possibilidade, determinando a competência para fazê-lo, cabendo à autoridade superior ratificá-la ou não pelo que foge ao âmbito da consulta, *in casu*.

Quanto à matéria principal, a legitimidade da operação resultou na *consulta* de caso concreto, isto é, da legalidade de operações de *leasing-back*, a ser realizada pelo DER, com interveniência do BD-Rio, com as firmas: Imtec (Processo E 10-202 596/82); Sotreq S.A. (Processo E 10/202 595/82); S. Rangel Comércio e Representações Ltda. (Proc. E 10/202 594); e SAMRR (Processo E 10/202 593).

No entanto, há que se considerar na consulta não apenas o caso concreto, mas decidir como *preliminar* a tese.

O que importa saber, antes do mais, é da possibilidade e legalidade de operações de *leasing-back*, na administração pública.

Esse tipo de contrato tendo absoluto êxito no âmbito mercantil, como ajuste de vontades para o exercício do comércio ou da indústria, e de tal maneira se desenvolveu que o poder público se viu na contingência de discipliná-lo mediante o direito positivo, pelo que veio a Lei nº 6 099, de 13 de setembro de 1974, cabendo posteriormente ao Banco Central, por força do seu poder normativo, discipliná-lo pela Resolução nº 351, de 17 de novembro de 1975.

Ainda sobre o *arrendamento mercantil*, versão nacional do *leasing*, foram editados: Decreto-lei nº 1 811, de 27 de outubro de 1980; Resolução BC-442/77, 469/78, 662/80 e 666/80, além das Portarias do Ministério da Fazenda n.ºs 564 e 565, de 1978.

Evidentemente que o instituto do *leasing* ingressou na administração pública, e no estado do Rio de Janeiro surgiram inicial-

mente os Decretos n.os 423 e 424, vigentes até 1976.

Atualmente está em vigor o Decreto nº 3 938, alterado pelo Decreto nº 4 526, de 10 de setembro de 1981, que deu abrangência a exercícios financeiros futuros e não somente a um exercício anual.

A exigência para a viabilidade de *leasing* importa a existência de um banco de investimento, desenvolvimento ou caixa econômica, segundo o art. 12 da Resolução do Banco Central nº 351, de 17 de dezembro de 1975.

Creio que não é impedimento o problema de prazo, conforme assinala o corpo instrutivo, e nesse sentido me valho da sólida argumentação do parecer de fls. 18, do Dr. Horácio Medeiros.*

Nestas condições com relação à tese, respondo à *consulta,* no sentido de que o *leasing* ou arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades, é legal. No caso em apreço, o DER-RJ deverá obrigar-se contratualmente quanto às dotações orçamentárias para 1983, 1984, 1985 e 1986, uma vez interveniente o Banco de Desenvolvimento do estado do Rio de Janeiro, podendo realizar a operação, sendo lícito o subarrendamento com opção de compra contratada com os fornecedores arrendatários autorizado pelo BD-Rio.

Quanto porém à legalidade das pretendidas contratações, caso concreto somente poderá pronunciar-se este Tribunal, na época oportuna quando lhe forem encaminhados os respectivos instrumentos contratuais, como opina o MPE, às fls. 23.

Sala das Sessões, 16 de março de 1982. — *Erasmo Martins Pedro,* Conselheiro.

* N. da R.: Ver parecer citado, neste volume, p. 256.