ARRENDAMENTO MERCANTIL — LEASING-BACK — *CONTRATO ADMINISTRATIVO*

— *Em princípio, o arrendamento mercantil, sob a forma de* leasing-back, *pode ser adotado pelo DER/RJ.*

I

Breve histórico

O Exmo. Sr. Governador, com o Ofício GRJ-120/82, de 10.3.82, encaminhou ao Tribunal de Contas estadual consulta formulada pela Secretaria de Estado de Transportes referente a operações contratuais de interesse do DER-RJ e contida no Processo nº E-10/000 473/82 que veio com os apensos de n.os 10/202 596, 202 595, 202 594 e 202 593 — todos de 1982.

A exposição feita pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes no Ofício SET nº 085/82, de 9.3.82, que se encontra à fls. 2-4 do Processo nº E-10/000 473/82, versa sobre a aquisição de frota de equipamentos rodoviários no valor de Cr$ 340.000.000,00 (trezentos e quarenta milhões de cruzeiros) pelo DER-RJ através contratos de subarrendamento, com opção de compra, que seriam celebrados com as empresas fornecedoras. 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 como *leasing-back,* facultada aos arrendatários, que são os próprios fornecedores dos equipamentos, a possibilidade de subarrendarem a terceiros, no caso o DER-RJ, nas mesmas condições.

Assim, celebraria a DER-RJ com os arrendatários, e com a interveniência do Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro S. A. (proprietários dos equipamentos), contrato de subarrendamento, com opção de compra, pelo prazo de quatro anos, findos os quais ficaria assegurado ao DER-RJ o direito de opção para a 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 da ORTN, seria pago em oito semestralidades, estando nelas já embutidos os custos financeiros decorrentes do *leasing-back.*

S. Exª termina referido ofício endereçado ao Exmo. Sr. Governador sugerindo consulta ao Tribunal de Contas do estado, *verbis:*

"Tendo em vista, entretanto, a peculiaridade 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 pelo Sr. Diretor-Geral do DER-RJ, pertinentes à dispensa de licitações apontadas* (grifos nossos), tudo com respaldo no inciso XII do art. 6º da Lei Complementar nº 21, de 4 de novembro de 1981."

II

Considerações gerais sobre o leasing *ou arrendamento mercantil*

O fenômeno geral de publicação do direito corresponde a uma utilização cada dia mais importante e intensa das técnicas privativas pelo direito público. Efetivamente, do mesmo mood que o Estado aproveitou a estrutura das sociedades anônimas para criar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, utilizou ele o *leasing* como técnica adequada a suas contratações.

O *leasing* apresenta-se como negócio jurídico complexo. É um contrato que combina a locação, o financiamento e a promessa de venda e abrange modalidades múltiplas que se revestem, cada uma, de peculiaridades, ensejando vantagens e desvantagens.

O eminente Prof. Arnoldo Wald o define como "uma operação de financiamento, geralmente a médio ou a longo prazo, realizada por uma sociedade financeira e que tem por suporte jurídico um contrato de locação de bens com opção de compra para o locatário' (Noções básicas de *leasing, Revista Forense, 250*:33).

O aspecto novo que oferece o *leasing* em relação à locação-venda praticada no passado é que este contrato apresenta-se como operação financeira: é um financiamento sob a forma de locação em que o financiador adquire, para o locatário e mediante encomenda que este lhe faz, um objeto determinado, deixando assim de ser uma operação entre comprador e vendedor.

III

O leasing *no Brasil*

No Brasil já se utilizava o *leasing*, com sucesso, como contrato inominado, com base nos usos mercantis.

A autonomia da vontade e a atipicidade dos contratos que dominam o direito comercial justificaram sua introdução no nosso país sem necessidade de nenhuma legislação específica sobre a matéria.

Em conseqüência, antes de se legislar sobre o assunto, fundaram-se numerosas sociedades para a exploração de tão fértil campo de atividades.

Havia, entretanto, necessidade de sua instituição pela via legislativa, porquanto a atuação das empresas *leasing* e o próprio instituto ficavam à margem de qualquer fiscalização.

Veio, então, a 13 de setembro de 1974, a Lei nº 6 099 que instituiu entre nós o *leasing* com o nome de *arrendamento mercantil.*

Posteriormente, o Banco Central do Brasil baixou a Resolução nº 351, de 17 de novembro de 1975, que regulamentou a Lei nº 6 099/74.

Após a lei e seu regulamento, já citados, foram editados sobre o arrendamento mercantil o Decreto-lei nº 1 811, de 27 de outubro de 1980, as Resoluções do Banco Central do Brasil n.os 442, de 24 de agosto de 1977; 469, de 7 de abril de 1978; 662, de 17 de dezembro de 1980 e 666, também de 17 de dezembro de 1980 e, finalmente, as Portarias do Ministério da Fazenda de n.os 564 e 565, ambas de 3 de março de 1978.

IV

O leasing *na administração pública*

Fazia-se necessário, entretanto, regulamentar a prática do arrendamento mercantil por parte dos órgãos ou entidades da administração estadual direta e indireta, inclusive fundações.

Essa regulamentação, no estado do Rio de Janeiro, veio inicialmente com os Decretos n.os 423 e 424, ambos de 24 de dezembro

de 1975 que, no entanto, tiveram sua vigência limitada ao exercício de 1976.

A partir desta data, para cada exercício financeiro anual baixava-se novo decreto, repetindo o anterior, até que, em 26 de fevereiro de 1981, o Decreto nº 3 938, atualmente em vigor, acrescido em um artigo pelo Decreto nº 4 526, de 10 de setembro de 1981, instituiu a vigência indeterminada, abrangendo automaticamente os exercícios futuros e não somente um exercício financeiro anual como faziam os decretos anteriores.

O mesmo aconteceu na área federal onde se baixaram decretos sobre arrendamento mercantil de vigência anual até 1979, quando, em 7 de dezembro, o Decreto nº 84 268, com a redação dada pelo Decreto nº 85 632, de 7 de outubro de 1981, regulamentou o assunto por prazo indeterminado.

O estado do Rio de Janeiro, portanto, seguiu a sistemática adotada na legislação federal neste ponto e ainda na própria disciplina do arrendamento mercantil porque o regulamentou de maneira idêntica, praticamente, ao modelo federal.

Embora a legislação citada verse sobre o arrendamento, a locação ou a aquisição no mercado interno de bens de origem externa, entendemos ser também aplicável, por analogia, ao arrendamento mercantil de bens de produção nacional. Não seria razoável concluir-se que a administração pública pode-se utilizar do *leasing* para aquisição de equipamento estrangeiro e que lhe é vedada tal oportunidade para a utilização dos produtos nacionais.

V

O lease-back *ou* leasing-back

A hipótese em exame abrange uma das modalidades do *leasing* — conhecida por *lease-back* e entre nós já abordada pela doutrina como veremos adiante:

"A ousadia jurídica americana neste desejo de mobilização do ativo das empresas vai ainda mais longe, através de uma operação algo diversa do *leasing*, que tomou o nome de *lease-back* ... A empresa vende os seus bens de capitais imobilizados (prédios, máquinas, instalações) a uma instituição financeira, para recebê-los de volta a título de locação" Fabio Konder Comparato, Contrato de *leasing*, *RT*, *389*:13, mar. 1968).

"O seu mecanismo exige que o arrendatário possua um imóvel no qual pode encontrar-se um estabelecimento industrial, em geral de pouca rentabilidade, como uma fábrica de reduzida economia de escala (baixa produtividade). Em lugar de o seu proprietário vender a fábrica antiga e adquirir uma nova, imobilizando capital, ele vende o imóvel com o estabelecimento à empresa *leasing*, celebra um contrato de arrendamento mercantil com esta, e recebe novo estabelecimento fabril rentável. Os norte-americanos chamam o instituto de *sale and lease-back*, sendo necessário para a sua caracterização a preexistência da propriedade em nome do arrendatário mercantil (...) Os dois negócios jurídicos — venda do imóvel e/ou estabelecimento à empresa *leasing* e o seu arrendamento desta, de volta à arrendatária — representam um todo, isto é, um contrato complexo, no sentido de que o arrendatário não venderia o bem ou bens, se não fosse para arrendá-los em seguida, para usufruí-los" (J. A. Penalva Santos, *Leasing*, *Revista Forense*, *250*:51-2).

"O *leasing-back* ou *lease-back* consiste no seguinte: 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" (C. J. de Assis Ribeiro, Reflexões sobre o contrato de *Leasing*, *Revista Forense*, *250*:67).

VI

A hipótese em exame

O arrendamento mercantil em exame enquadra-se na modalidade de *lease-back*, uma vez que os fornecedores, que são os proprietários dos equipamentos, vão vendê-los ao Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro S. A., que os alugará de volta, com opção de compra, àqueles fornecedores para que estes, então, com autorização do

BD-RIO, façam um subarrendamento desses equipamentos, nas mesmas condições.

VII

Limitações para a contratação de leasing-back

O *lease-back* tornou-se privativo dos bancos de investimento, dos bancos de desenvolvimento e das caixas econômicas, instituições financeiras sob a fiscalização direta do Banco Central, por determinação expressa contida no art. 12 da Resolução do Banco Central do Brasil nº 351, de 17 de dezembro de 1975, abaixo transcrito:

Art. 12. Serão privativas de bancos de investimento, de bancos de desenvolvimento e de caixas econômicas *as operações de arrendamento contratadas com o próprio vendedor* dos bens ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas" (grifo nosso).

É, portanto, imprescindível, a participação do Banco de Desenvolvimento do Estado neste arrendamento mercantil.

VIII

O prazo do contrato e a legislação financeira estadual

Resta examinar as implicações do prazo contratual previsto, ou seja quatro anos, na legislação de administração financeira e contabilidade pública estadual.

Todo contrato de arrendamento mercantil deverá ter o prazo mínimo de vigência de *dois* ou *três anos,* conforme preceitua o art. 9º da Resolução BCB nº 351/75, a seguir transcrito:

"Art. 9º Os contratos de arrendamento mercantil deverão ter o prazo mínimo de vigência de três anos, exceto no caso de arrendamento de veículos, hipótese em que o prazo mínimo poderá ser de dois anos."

Por outro lado, os arts. 3º e 48 do Decreto nº 3 149, de 28 de abril de 1980, que dispôs sobre as licitações e os contratos administrativos, exigem, respectivamente, previsão de recursos orçamentários e observação das formalidades previstas para a celebração dos contratos para sua prorrogação.

Tais dispositivos foram interpretados pelo Corpo Instrutivo do Tribunal de Contas (fls. 9-12) no sentido de que o citado art. 3º veda a contratação em exame por um prazo de quatro anos e sugere que o subarrendamento seja contratado pelos fornecedores dos equipamentos (e arrendatários) com o DER-RJ por um prazo inicial inferior a um ano, com término a 31 de dezembro de 1982, com opção para renovação pelos outros três anos, sempre com novas dispensas de licitação por exigência do mencionado art. 48.

Nosso entendimento, no entanto, é diverso.

Em primeiro lugar, a solução trazida pelo Corpo Instrutivo conflita com o art. 9º da Resolução BCB nº 351/75 que exige prazo mínimo de vigência de dois ou três anos para o arrendamento mercantil.

Além disso, entendemos que o art. 3º do Decreto nº 3 149/80 proíbe apenas contratação sem previsão de recursos orçamentários. Vejamos a íntegra do dispositivo:

"Art. 3º Nenhuma obra ou serviço será licitado ou contratado, quando dispensável a licitação, sem existência ou *previsão* de recursos orçamentários e aprovação prévia de projeto básico pela autoridade competente, sob pena de nulidade dos atos e de responsabilidade de quem os ordenou ou permitiu, ressalvados, quanto à exigência de projeto básico, os casos previstos no art. 8º."

Isto significa para nós que *não há necessidade,* na hipótese em exame, que é de uma contratação por quatro anos, *da existência atual de recursos orçamentários para atendimento de todos os contratos.* Há necessidade de existência de recursos orçamentários apenas para atender aos pagamentos da contratação até o final do exercício financeiro de 1982 e de *uma previsão futura* para os exercícios financeiros subseqüentes, até o término dos contratos.

Por outro lado, entendemos não tratar-se de prorrogação contratual e conseqüente dispensa de licitação porque consideramos lícito ao DER-RJ contratar por quatro anos com

os fornecedores de equipamentos, obrigando-se, entretanto, por cláusula contratual expressa, a providenciar a previsão de recursos próprios nos orçamentos dos exercícios subseqüentes ao da contratação para o pagamento da locação e, no último, previsão também para o exercício do direito de opção de compra dos equipamentos, se for o caso.

A prevalecer a interpretação do Corpo Instrutivo, é proibido à administração pública estadual direta e autárquica qualquer contratação superior a um exercício financeiro, ou seja, um ano, o que não nos parece acertado porque não vemos no art. 3º do Decreto nº 3 149/80 esta limitação que, pelo contrário, no seu art. 48, permite qualquer contratação que não seja por tempo indeterminado, e, no caso, a de quatro anos pretendida pelo DER-RJ.

IX

Outras considerações

Finalmente, foi sugerido que o Tribunal de Contas conheça "acerca das ponderações trazidas aos processos suso referidos pelo Sr. Diretor-Geral do DER-RJ, pertinentes às dispensas de licitação apontadas..." (fls. 4 do Processo nº E-10/000 473/82).

Data venia, entendemos não caber ao Tribunal de Contas manifestar-se sobre qualquer das dispensas de licitação, vez que se trata de atribuição privativa do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes, conforme disposições expressas do § 4º do art. 21 e inciso I do art. 24 do Decreto nº 3 149/80, por tratar-se o DER-RJ de autarquia vinculada àquela Secretaria.

X

Conclusões

O *leasing* ou arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades, em que pesem a sua novidade e peculiaridades, *é um contrato como outro qualquer,* e sua celebração, embora sujeita a normas e legislação específicas, 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, 1985 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 contratado 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.

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 15 de março de 1982. — *Horácio Machado Medeiros,* Procurador do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas Estadual.