

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a Administração Pública brasileira encontra enormes dificuldades para implementar as competências constitucionais e legais que lhes são impostas. Os desafios vão desde a falta de estrutura técnica adequada, a escassez de recursos e a falta de soluções jurídicas para a superação de desafios apresentados. Nesse cenário, a busca por instrumentos jurídicos adequados pode ser elemento fundamental para que se consiga viabilizar a realização de serviços públicos de forma mais eficiente, rápida e segura.

O desafio torna-se maior para os gestores públicos principalmente quando se trata dos serviços públicos de saneamento. Tratam-se de serviços, que se exigem grande expertise técnica e causam significativo dispêndio de recursos públicos. Para estes, o uso da locação de ativos se apresenta como uma segura solução jurídica para a implementação de melhorias na prestação de serviços, como os acima citados.

Nesse contexto, a Administração Pública importou da seara privada o instituto *built to suit*, ou seja, a contratação direta sob medida. Segundo a doutrina, *built to suit* é uma expressão estrangeira cuja tradição literal poderia ser “construído para servir”. De forma que, no Brasil, a modalidade é considerada um negócio jurídico conhecido como “locação sob medida”, “locação sob encomenda” ou “locação com obrigação de fazer”. (RONNY CHARLES, 2021).

Os contratos de locação de ativos, também denominados *built to suit*, embora não restritos às obras de saneamento básico, foram amplamente utilizados pelas companhias estaduais. A ocorrência deu-se principalmente pela facilidade de renumeração do ente privado através das tarifas cobradas dos usuários. No entanto, não há óbice legal para que possa haver pactuação em outros setores públicos carentes de investimentos e recursos.

Para contextualização da problemática, o presente artigo buscará primeiramente analisar as informações orçamentárias constantes na Lei Orçamentária Anual de 2022 do Estado do Pará, verificando o volume de recursos repassados às empresas estatais estaduais independentes, com destaque aos repasses efetuados à Companhia de Saneamento do Pará – Cosanpa.

O enfoque na sociedade de economia mista justifica-se por dois motivos. Primeiro que, embora formalmente independente, dentre os seus pares, a Cosanpa é a maior destinatária de recursos públicos no orçamento analisado, bem como nas leis orçamentárias anteriores. Em segundo lugar, a partir de modelos já implantados por companhias de saneamento, a locação de ativos mostra-se como alternativa propensa a viabilizar projetos de infraestrutura de saneamento em nosso país. Além disso, para além dos serviços de saneamento, os resultados

mostram que o modelo pode ser benéfico e auxiliar a viabilização de projetos, em especial para empresas estatais com saúde financeira debilitada e com custos de capital elevados¹.

Após a análise orçamentária, e diante da revogação do artigo 47-A da Lei 12.462/2011 pela Lei 14.133/2021, serão feitas considerações sobre os quadros anteriores de aplicação da modalidade contratual e sobre a possibilidade atual de pactuação de contratos de locação de ativos no âmbito da administração pública.

2. DAS DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS ÀS EMPRESAS ESTATAIS INDEPENDENTES DO ESTADO DO PARÁ NO ANO DE 2022

A depender da relação de dependência com o ente controlador, aplicam-se às estatais regimes jurídicos diferenciados. Nesse sentido, o art. 165, §5º e incisos da Constituição Federal de 1988 preconizam que as estatais independentes integram o Orçamento de Investimento, em decorrência da geração de recursos suficientes para a sua manutenção, e, por consequência, têm maior autonomia orçamentária, financeira e patrimonial. Por outro lado, as dependentes integram os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, pois necessitam de recursos públicos para financiar a própria continuidade (BRASIL, 1988), e, por isso, observam toda a legislação aplicável às demais entidades da administração direta, além de submeterem-se aos ditames da Lei nº 4.320/1964 e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

As empresas estatais dependentes caracterizam-se por não serem autossustentáveis, sendo que sua continuidade operacional demanda recursos orçamentários de seu controlador. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), no seu art. 2º, inciso III, estabelece que empresa estatal dependente “são empresas controladas que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso” (BRASIL, 2000).

Dessa forma, as empresas estatais dependentes são aquelas que dependem de recursos do erário para continuar existindo, e, portanto, submetem-se a restrições fiscais, tais como, o teto remuneratório da administração, geração de despesas, incluindo aquelas com pessoal e seguridade social, e ao endividamento, inclusive em relação à realização de operações de crédito.

¹ Interessante e recente dissertação sobre o tema: CABRAL, Paulo Guilherme Adayr Moser. Locação de ativos como alternativa para implantação de projetos de infraestrutura de saneamento. 2021. 54 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

A título de exemplo, quanto à política de remuneração do corpo funcional, a Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso XI, c/c 9º, faz distinção entre as empresas estatais que recebem recursos do Tesouro para pagamento de pessoal ou de custeio em geral das que não recebem, dado que a remuneração dos ocupantes de cargos, funções e empregos das primeiras não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Conforme preceitua o artigo 5º do Decreto-lei nº. 200/1967, as sociedades de economia mista seja devem ser estruturadas sob a forma de sociedade anônima. Tais companhias possuem personalidade jurídica de direito privado e autonomia para administrar os recursos administrativos, orçamentários e financeiros. No entanto, como supracitado, a autonomia varia de acordo com o nível de dependência com o ente controlador.

A LRF, no inciso II do art. 2º, dispõe que empresa controlada como aquela cujo capital social com direito a voto em sua maioria seja pertencente ao ente da Federação, enquanto que, no inciso III, conceitua a empresa estatal dependente como “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária” (BRASIL, 2000).

Depreende-se do exposto acima que empresa estatal dependente é aquela que não apresenta suficiente geração de receitas para fazer face às despesas correntes, necessitando de aportes de recursos orçamentários e financeiros do Tesouro, sendo abrangida pelas regras estabelecidas pela LRF, ao contrário das empresas estatais independentes.

As empresas estatais independentes integram o Orçamento de Investimento. A principal implicação dessa mudança de paradigma consistiu na suspensão dos recebimentos de recursos financeiros do Tesouro Nacional para financiamento de despesas correntes.

O Orçamento de Investimento das Empresas Controladas abrange os investimentos nas sociedades de economia mista em que o Estado, direta ou indiretamente, detém a maioria do capital social com direito a voto e que recebem recursos destinados exclusivamente para aumento de capital refletido na participação acionária.

No contexto do Estado do Pará é possível observar que o Orçamento do Estado vem apontando uma crescente dotação aportada nas empresas estatais independentes, destinada a aumento de capital, principalmente relacionada à Companhia de Saneamento do Estado do Pará – Cosanpa.

Conforme observa-se na Lei Orçamentária Anual (LOA) do Estado do Pará de 2022, as empresas controladas não dependentes do Estado são o Banco do Estado do Pará - Banpará,

a Companhia de Saneamento do Pará - Cosanpa, a Companhia de Gás do Pará – Gas do Pará e a Companhia Administradora da Zona de Processamento de Exportações de Barcarena – Cazbar.

Além disso, de acordo com a LOA, o orçamento de investimento das empresas foi estimado em R\$661,4 milhões, sendo R\$278,4 milhões (42,1%) provenientes dos recursos do tesouro e R\$382,9 milhões (57,9%) de outras fontes. Sendo que os recursos foram aportados pelo Estado para aumento de capital das empresas que integram o orçamento de investimento, quais sejam, Cosanpa, Cazbar, Banpará e Gás Pará.

Consideradas as programações orçamentárias, verifica-se que, no ano de 2022, do montante executado, 94,39% foi destinada ao aporte de capital na Cosanpa. Igualmente, a fonte de recurso proveniente de transferências, convênios e outros, montante de R\$6,6 milhões foi aportada nessa Companhia, representando 12,25% do orçamento atualizado. De modo que a Cosanpa foi a empresa estatal independente contemplada com o maior volume de recursos.

Conforme análise do Relatório de Administração de 2022², o prejuízo acumulado registrado no balanço da Cosanpa é recorrente em razão de seus sucessivos resultados do exercício apresentarem-se negativos. De modo que, não fossem os recursos do Estado a título de créditos para aumento de capital, a empresa não estaria em condições operacionais.

Em atenção à aferição do volume de recursos provenientes de aumento de capital social, necessitamos dar a compreensão sobre qual a função do capital social de uma sociedade empresária.

Pela Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, que justificou o anteprojeto de lei que resultou na edição da Lei nº 6.404/1976, extrai-se que o capital social tem a função

"(...) de garantir os credores da companhia, conciliando a responsabilidade limitada dos acionistas (indispensável para que se possa associar, na mesma empresa, centenas ou milhares de sócios) com a proteção ao crédito, necessária ao funcionamento do sistema econômico. Procura, além disso, completar e aperfeiçoar o regime legal que visa a preservar sua realidade e integridade."

Assim, a expressão capital social, ou simplesmente "capital", designa o montante de capital financeiro de propriedade da companhia que os acionistas vinculam ao seu patrimônio, como recursos próprios destinados, de modo permanente, à realização do objeto social. Do que se pode extrair que o “capital social” tem por função acrescer o patrimônio, garantir credores, além de permitir a realização do objeto social das companhias.

² Disponível no endereço eletrônico <https://www.cosanpa.pa.gov.br/?docsdown-cat=prestacoes-de-contas-anuais-auditorias-externas>, com consulta realizada em 05/01/2024.

Embora tendo havido mudança na função do capital social, ainda assim remanesce a função vinculada à realização do objeto social da companhia. De forma que, diante desse quadro legal, pode-se definir o capital social como o valor das entradas de capital que os acionistas declaram vinculados aos negócios que constituem o objeto social. (CARVALHOSA, 2013)

Segundo seu estatuto social, a Cosanpa tem por objetivo a prestação do serviço público de abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao fornecimento, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; e a prestação do serviço público de esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no corpo receptor.

Destarte, as despesas realizadas com os recursos provenientes do aumento do capital social da companhia devem necessariamente combinar com os seus objetos sociais.

Registre-se que, a relação de dependência ou independência financeira entre o ente controlador e as estatais, em regra, se dá por meio dos aportes do tesouro ou do recebimento de dividendos. Ressalta-se que os aportes são para repor o capital e/ou alavancar as atividades da empresa, entretanto, principalmente em relação à Cosanpa, aportes sistemáticos por parte do ente controlador poderiam ensejar a reclassificação em estatal dependente, nos termos do que dispõe o art. 2º, III, da LRF, se for constatado que esses aportes estejam sendo utilizados na manutenção da empresa.

Diante desse cenário, pode-se até questionar se a Cosanpa atende os requisitos legais para manutenção das características necessárias de uma empresa estatal independente. Uma pesquisa nesse sentido seria relevante para fomentar a discussão sobre a perda de independência por empresas estatais. Seria uma discussão oportuna, sobretudo se analisada sob a perspectiva de que a persistência de uma entidade como independente, em condição deficitária, sobrecarrega o Tesouro Estadual. Contudo, essa problemática não é objeto do presente artigo.

A questão que se impõe é, diante da limitação de recursos e de uma nova legislação licitatória e contratual, o contrato de locação de ativos seria alternativa viável para que a Companhia de Saneamento do Pará cumprisse seus objetos sociais e que, de igual modo, poderiam servir de parâmetro para utilização em outras estatais no Estado do Pará.

Antes de adentrar no assunto é importantíssimo pontuar que, embora as empresas estatais estejam sob égide da Lei 13.303/2016 no tocante a regras gerais de licitações e contratos, o tema de contratos *built to suit*, ou locação nos contratos de construção ajustada, locação sob medida encontra previsão específica no âmbito da Lei nº 12.462/2011, que instituiu

o regime diferenciado de contratações públicas – RDC. Por se tratar de norma especial, as pontuações abaixo serão efetuadas baseadas na Lei nº 12.462/2011 em conjunto com as normas que a subsidiam, quais sejam, as Leis 8.666/1993 e a 14.133/2021.

Para construção do pensamento sobre a viabilidade do instituto faz-se necessário perpassar pelo histórico do arcabouço legal sobre o tema.

3. OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE ATIVOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.666/1993 E ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 12.462/2011 PELA LEI 13.190/2015.

Antes de tratar sobre o enquadramento legal desta maneira de se contratar com o Poder Público, é importante registrar que, embora guardem semelhança, a Locação de Ativos não se confunde com a Concessão e nem com a Parceria Público Privada (PPP).

Essa nova forma de ajuste não encontra amparo na Lei nº 11.079/2004, que institui as normas gerais da PPP, haja vista que na Locação de Ativos compete à Administração a prestação dos serviços e a manutenção das instalações, diferente da PPP, na qual a empresa privada é responsável pela estruturação, execução, operação e conservação do empreendimento durante todo período da parceria.

Já a diferença entre a Locação de Ativos e a Concessão reside no fato de que, nessa última, ao concessionário é atribuída a competência para a operação e manutenção do sistema, sendo remunerado por tarifa em razão da quantidade do serviço prestado.

Por outro lado, na Locação de Ativos, o particular não é responsável pela operacionalização e é remunerado por um valor mensal fixo e acordado previamente.

Considerando, assim, que a Locação de Ativos, antes da alteração da Lei 12.462/2011 pela Lei 13.190/2015, não se enquadrava nas legislações supracitadas, faz-se oportuno discorrer sobre a admissão pelo ordenamento jurídico pátrio de que entidades públicas celebrem contratações atípicas.

Sobre a presente temática, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que a revogada Lei Federal nº 8.666/1993 não previa, de forma exaustiva, as modalidades de ajustes a serem celebrados entre a Administração e o particular, posicionando-se no seguinte sentido:

No direito brasileiro, admite-se que as entidades administrativas promovam contratação atípica ou desenvolvam um conjunto de contratos formalmente autônomos, mas entre si relacionados.

Assim se passa inclusive porque não existe uma tipificação exaustiva dos contratos administrativos. Alguns contratos administrativos são típicos, tal como se passa com

a concessão de serviço público. No entanto, a maioria dos contratos administrativos está sujeita apenas a regras genéricas previstas na lei.

Nessa linha, a Lei nº 8.666/93 alude genericamente a compras, alienações, serviços e obras – mas não disciplina extensivamente as regras pertinentes. De modo geral, as regras aplicáveis serão determinadas no instrumento contratual correspondente.

Assim, caso a lei não proíba, a Administração, no exercício de sua competência discricionária, poderá optar por celebrar contrato administrativo atípico, todavia, o fim do contrato terá sempre que ser o visado pela lei, ou seja, sempre levando em conta o interesse público. (JACOBY FERNANDES, 2017)

Corroborando com o mesmo posicionamento, Marçal Justen Filho leciona que:

As novas práticas contratuais, permanentemente introduzidas no âmbito da iniciativa privada, começam a rondar a Administração Pública. Algumas delas poderão ser admitidas, outras não. A dificuldade residirá na identificação dos critérios para aceitar algumas e rejeitar outras. É problemático estabelecer premissas abstratas nesse campo, mas o fundamental consiste em verificar a natureza jurídica e as características fundamentais dos novos institutos e cotejá-las com os princípios fundamentais norteadores da atividade administrativa.

O que não é possível é rejeitar novas figuras contratuais por meio da simples inovação de que “a Lei nº 8.666/93 não previu esse instituto”. Toda a lei comporta integração a partir das novas realidades sociais e não se passa diversamente no campo do Direito Administrativo. Aliás, a supremacia do interesse público pode acarretar, inclusive, a obrigatoria incorporação ao âmbito do Direito Administrativo de conquistas realizadas no seio da iniciativa privada, quando tal se impuser como solução mais satisfatória para realização do bem comum. (JUSTEN FILHO, 2019)

Das análises dos aludidos doutrinadores acima expostas sobre este assunto, entende-se que na antiga Lei de Licitações e Contratos não havia restrições quanto à celebração de Locação de Ativos, vez que ela previa em seu parágrafo único, art.2º, que seria considerado 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 instalação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada

Importante registrar quanto ao previsto no §3º, do artigo 7º, da Lei de Licitações e Contratos, que veda a inclusão no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros, não representa nenhum óbice à celebração da Locação de Ativos, vez que nessa nova forma de contrato o objeto não é o financiamento de um empreendimento, mas sim a execução do mesmo. Sendo que a obtenção de recursos é uma faculdade atribuída, unicamente, ao particular. Desta sorte, a vedação prevista no aludido dispositivo da Lei de Licitações e Contratos não representa empecilho para a celebração da Locação de Ativos.

O próprio Tribunal de Contas da União, através do Acórdão nº 746/2003, já se manifestou a respeito das implicações do §3º, do art.7º, da Lei nº 8.666/1993 no contrato de

leasing, esclarecendo que o financiamento não é o elemento preponderante nesta espécie de ajuste, mas sim o arrendamento e a locação³.

Assim, 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 subsumia às normas gerais da Lei 8.666/1993, no que couber.

Saliente-se que a contratação da locação de ativos deveria e deve seguir 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.

De tal sorte, respondendo ao que foi indagado pelo nominado Consulente, no que concerne ao primeiro questionamento, com base nas decisões dos Tribunais de Contas do Estado do Espírito Santo e do Paraná, bem como nas lições doutrinárias, acima transcritas, não há impedimento na Lei Federal nº 8.666/93 para a celebração pela Administração da Locação de Ativos, uma vez que o objeto desse tipo de ajuste não compreende o financiamento, mas sim a edificação de uma infraestrutura como uma solução para uma necessidade pública. Desta forma, é possível licitar a Locação de Ativos mediante Concorrência Pública, respeitando as normas atinentes a essa modalidade de licitação, previstas na Lei Federal nº 8.666/93. Vale salientar, neste ponto, que à Administração compete elaborar o projeto básico, de acordo com

³ Destaca-se um trecho do julgado: “De se esclarecer, também, que a contratação de leasing não implica, de per si, uma violação ao que dispõe o § 3º do artigo 7º da Lei nº 8.666/1993. O referido dispositivo veda a inclusão, no objeto da licitação, da obtenção de recursos financeiros para sua execução. Considerando-se que a execução do leasing reclama da administração pública a realização das contraprestações pelo arrendamento do bem, bem como, eventualmente, a realização de despesa com o pagamento do valor residual previamente contratado, para o caso de opção pela compra do bem, ao fim do contrato, então nenhuma ilegalidade de ordem orçamentária maculará a operação se os recursos necessários a custear as contraprestações e o valor residual forem devidamente previstos na(s) lei(s) de meios e o projeto consignado no plano plurianual, quando for o caso, tal como previsto nos incisos III e IV do § 2º do mesmo artigo 7º da Lei de Licitações e Contratos. Vem à baila, sobre o ponto ora abordado, outra decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do leasing, em que se reafirmou o entendimento de que o instituto contém elementos preponderantes de arrendamento ou locação, em detrimento de seus aspectos de financiamento. Esse ponto de vista foi defendido em sede do recurso extraordinário nº 130.013, julgado em sessão da Segunda Turma realizada em 22.02.1994. Naquela assentada, o Ministro Carlos Velloso, Relator do voto condutor da decisão perfilhada pelo referido colégio, expôs o que se segue sobre a questão:” (TCU. Acórdão nº 742/2003 – Plenário. El. Cons. Adylson Motta. Julgado 25/06/2003)

o art. 6º, inciso IX, da Lei Federal nº 8.666/93, delimitando a projeção da futura contratação, definindo as questões técnicas financeiras, demonstrando a viabilidade e a conveniência de sua execução.

Desta maneira, admite-se a Locação de Ativos como um contrato atípico, que será submetido ao regime de direito público, obedecendo aos ditames da Lei 8.666/93, prevalecendo o Poder de Império do Poder Público sobre o particular.

4. OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE ATIVOS NA VIGÊNCIA DA LEI 8.666/1993 E APÓS A ALTERAÇÃO DA 12.462/2011 PELA LEI 13.190/2015.

A locação de ativos foi admitida de forma expressa na Lei nº 12.462/2011, resultante da introdução do artigo 47-A pela Lei nº 13.190/2015. Assim, admitiu-se uma forma de contratação relevante e que, em muitos casos, pode ser mais vantajosa para a Administração Pública.

A locação de ativos é uma modalidade de contratação que vem sendo utilizada pela Administração Pública para contratações de longo prazo. Utilizada, em especial, no setor de saneamento básico, essa forma de contratação mostra-se vantajosa para a Administração, pois retira do Poder Público os custos com financiamento e implantação do projeto, repassando-os para o particular contratado, que, por sua vez, se remunera e amortiza seus investimentos com a posterior locação do ativo implantado à Administração. Findo o contrato, a propriedade do bem pode ser revertida ao patrimônio da Administração contratante.

Essa modalidade foi inspirada no contrato de leasing, muito utilizado entre os particulares, mediante o qual uma empresa privada, necessitando de um determinado equipamento ou imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o mencionado bem e o alugue a ela, durante um prazo acordado. Terminando o prazo da locação, o locatário tem a opção de renová-la ou de devolver o bem ou ainda a de comprar pelo preço residual definido no contrato.

Originada, desta forma, do referido contrato de leasing, a Locação de Ativos caracteriza-se por ser um ajuste celebrado entre o Poder Público e o particular, onde este último assume o ônus de construir uma específica instalação que será locada à Administração. Em contrapartida, a empresa privada será remunerada em valor suficiente para assegurar a amortização dos recursos investidos e o lucro desejado para o negócio. E, ao final, o bem será restituído ao Poder Público.

Destaca-se logo que não se trata a locação de ativos de uma forma de financiamento do poder público. Nas situações em que tais contratos costumam ser celebrados, em obras de saneamento e de iluminação pública, a remuneração do contratado ou vem da tarifa do serviço ou da contribuição paga pelo cidadão pela iluminação pública. Não se tratando, portanto, de qualquer contrato de financiamento.

O contrato de locação de ativos prescindia de regulamentação específica. Tratava-se do que se denomina contrato atípico, sem detalhamento específico nas leis vigentes, a despeito de, enquanto contrato firmado pela Administração, se submeter, no que aplicável, à então Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei Federal nº 8.666/1993.

Ocorre que, em 2015, a Medida Provisória nº 678/2015, convertida na Lei nº 13.190/2015, incluiu o artigo 47-A na Lei nº 12.462/2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Com a vigência dessa normativa, os contratos de locação de ativos deixariam de ser atípicos.

Entretanto, o art. 47-A teve sua eficácia suspensa por decisão liminar concedida pelo STF, no âmbito do MS 33.889. Referido MS 33.889 foi impetrado tendo por objeto a inconstitucionalidade formal do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, resultante da Medida Provisória nº 678/2015.

A referida MP, no início de sua tramitação, havia alterado a Lei do RDC, para incluir apenas os incisos VI e VII, no art. 1º, que amplia o rol de aplicação do RDC a obras e serviços em estabelecimentos penais e de atendimento socioeducativo e para ações no âmbito da segurança pública. Todavia, quando de sua tramitação no Congresso, a MP recebeu 72 emendas dos parlamentares, com matérias estranhas ao propósito original. Isso suscitou a impetração do MS 33.889, sob a alegação de inconstitucionalidade formal do Projeto de Lei, no tocante aos acréscimos sem relação de pertinência temática com a Medida Provisória.

Em 19/11/2015, o Min. Roberto Barroso deferiu o pedido liminar e determinou a suspensão da eficácia dos dispositivos estranhos ao projeto inicial (o que incluía o citado art. 47-A). Com tal decisão, os dispositivos que não estavam incluídos originalmente na Medida Provisória deixaram de surtir efeitos no ordenamento jurídico.

Contudo, ante a superveniente aprovação parlamentar do projeto de lei, e a promulgação da Lei nº 13.190/2015, o MS 33.889 foi julgado prejudicado em 11/04/2018, sob o fundamento de perda superveniente de objeto. Desse modo, os dispositivos que se encontravam com a eficácia suspensa, dentre eles o art. 47-A, passaram a surtir efeitos na ordem jurídica.

É dizer, com a vigência do art. 47-A, os contratos de locação de ativos passaram a se submeter a regime específico, o que acarretou importantes alterações.

Nada obstante, a plena eficácia do artigo 47-A afastava o receio da Administração em firmar modalidade contratual até então sem regramento específico. Diante da previsão legal expressa acerca dessa modalidade de contratação, a locação de ativos passou a se apresentar como uma oportunidade de investimento ainda mais factível para a Administração e investidores, passando a ser contrato típico com a Administração Pública, trazendo mais segurança jurídica aos gestores e aos órgãos de controle na análise de questões que envolvam esse tipo de contratação.

Ressalte-se, por fim, que no caso do saneamento, a locação de ativos é modalidade comumente utilizada e admitida, inclusive, encontrando fontes especiais de financiamento. Esse financiamento não é pago pelo poder público, já que, contratualmente, o custo é integralmente pago pela tarifa ou por parte da tarifa, sem que o poder público tenha que fazer qualquer desembolso⁴.

Nesse modelo de contratação existe a possibilidade das empresas privadas se utilizarem da locação de ativos através de Sociedades de Propósito Específico - SPEs. As SPEs podem viabilizar investimentos em saneamento para locar empreendimentos de saneamento a prestador de serviços de saneamento básico do município ou do Distrito Federal ou, à entidade pública e privada regularmente contratada por qualquer destes Entes da Federação para a prestação dos serviços, os quais atuam como patrocinadores.

Assim, na Locação de Ativos, a Administração será responsável por prestar os serviços públicos e manter as instalações construídas e, após finalizado o prazo do contrato de locação, todo o empreendimento construído passa a integrar o patrimônio público.

Como se vê, a locação de ativos caracteriza-se por ser um contrato do tipo "ganha-ganha", com grande carga de simplicidade.

5. OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE ATIVOS NA VIGÊNCIA DA LEI 14.133/2021.

Conforme mencionado anteriormente, a Administração Pública poderia firmar contratos de locação personalizados desde a publicação da Lei nº 13.190/2015. A autorização para esse tipo de contrato pelo poder público estava prevista no artigo 47-A da Lei Federal nº

⁴ Tais modalidades de financiamento foram dispostas na Resolução nº 411/2002, do Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que aprovou estruturas de financiamento às Sociedades de Propósito Específico.

12.462/2011, conhecida como Lei do Regime Diferenciado de Contratações. No entanto, este dispositivo foi revogado, como indicado no artigo 193, II, da Lei Federal nº 14.133/2021, que estabelece o novo regime geral de licitações e contratos administrativos. Além disso, o conteúdo do artigo 47-A do RDC não foi incorporado na nova legislação.

Neste contexto, a Administração Pública estaria impedida de realizar acordos de aluguel de bens após a revogação da lei? A resposta é não e se fundamenta em uma análise abrangente do instituto.

Primeiramente, o formato de construção *built to suit* ainda é válido segundo a legislação brasileira, conforme disposto no artigo 54-A da Lei Federal nº 8.245/1991, conhecida como Lei do Inquilinato. Logo, com base no artigo 89 da Lei nº 14.133/2021, que estabelece a aplicação complementar da teoria geral dos contratos e de normas do direito privado aos contratos administrativos, o poder público está autorizado a elaborar contratos de aluguel de bens.

Em segundo plano, a viabilidade de assinatura de contratos sob demanda pelo poder público é derivada das regras estabelecidas pelo artigo 51 da Lei Federal nº 14.133/2021. De acordo com o dispositivo, a locação de imóveis deve passar por um processo de licitação e avaliação prévia do imóvel, de seu estado de conservação, dos custos de possíveis adaptações e do tempo necessário para recuperar o investimento realizado, exceto nos casos de dispensa previstos no artigo 74, inciso V.

A parte inicial do dispositivo não traz informações inovadoras. Já a segunda parte, por outro lado, oficializa, no sistema comum de concorrências e acordos, a chance de os contratos de arrendamento nos quais a administração se apresenta como locatária funcionarem como instrumentos para realização de investimentos, visto que é viável identificar nos termos do dispositivo os principais elementos característicos dos contratos *built to suit*.

De início, o dispositivo determina que o governo deve avaliar previamente os custos das adaptações que talvez sejam necessárias. Ou seja, confirma-se a chance de que o contrato de aluguel exija que o inquilino faça mudanças no imóvel. Os gastos decorrentes dessas alterações serão incluídos no valor mensal do aluguel.

A previsão final do dispositivo se destaca como o ponto mais relevante. Ao estabelecer a responsabilidade do poder público em avaliar os investimentos necessários, o artigo 51 sugere uma mudança em relação ao artigo 7º, §3º, da Lei Federal nº 8.666/1993. Além disso, abre espaço para a interpretação de que o particular-locador pode ser obrigado a realizar investimentos, como a aquisição, construção ou reforma significativa de um bem específico.

Utilizando recursos próprios ou de terceiros, o particular-locador deverá adaptar o imóvel para atender às demandas do poder público.

Os recursos inicialmente disponibilizados pelo locador privado serão gradualmente recuperados ao longo do tempo por meio dos pagamentos feitos pelo órgão público como aluguel. Isso fica evidente no trecho que determina que a administração deve considerar o tempo necessário para a recuperação do investimento.

Com a recente aprovação da lei de licitações e contratos, foi aberta a oportunidade para ajustes nos aluguéis, com a compensação apropriada dos gastos, sem mencionar a expressão "*built to suit*" ou locação customizada e sem entrar em detalhes sobre sua implementação.

É importante destacar que há um ponto específico mencionado no artigo 47-A da legislação do RDC que não pode ser desconsiderado no contexto estabelecido pela nova lei: a restrição do valor máximo dos aluguéis por mês.

No entanto, é importante destacar que a falta dessa limitação não deve ser interpretada como algo que impeça que o poder público celebre contratos *built to suit*. Não há na essência desse tipo de contrato a obrigação de limitar o valor do aluguel a 1% do valor do imóvel. Essa restrição foi uma escolha específica do legislador da Lei Federal nº 13.190/2015, que incluiu o artigo 47-A na legislação do RDC.

Adicionalmente, a falta de uma restrição genérica e vaga dá à Administração Pública uma maior liberdade para personalizar de forma específica e concreta seus contratos *built to suit*. Portanto, o montante do aluguel a ser pago deve ser determinado e estruturado com base nos critérios mencionados no artigo 51 da Lei Federal nº 14.133/2021, que incluem a avaliação do imóvel, seu estado de conservação, os custos para adaptações, os investimentos planejados/necessários e o período para sua amortização.

A maior liberdade de decisão, no entanto, precisa ser justificada com uma motivação mais detalhada e consistente, além de uma consideração ao limite orçamentário do órgão ou entidade contratante. Dessa forma, por exemplo, um prazo maior pode reduzir o valor mensal do aluguel, mas aumentar os gastos financeiros ligados ao investimento e vice-versa. A relação entre custo e benefício dessa troca deve ser devidamente analisada e comprovada pela gestão.

Essa perspectiva parece estar de acordo com a interpretação mais recente do Tribunal de Contas da União. Durante a análise da legalidade de um contrato *built to suit* assinado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o TCU concluiu que o limite máximo estipulado no artigo 47-A da lei do RDC só se aplica quando não há previsão de devolução do bem para o setor público ao final do contrato. Além disso, o tribunal entendeu que nos contratos *built to suit*, a Administração Pública deve estabelecer um valor de aluguel, calculado com base na

amortização acrescida do custo do capital investido por terceiros, compatível com a capacidade orçamentária eventualmente disponível e projetada com base nas projeções de receitas e despesas do ente contratante a médio e longo prazo. Esses valores seriam determinados com base no investimento necessário para a aquisição ou construção do bem e no custo médio ponderado do capital do projeto⁵.

Ao ser revisado de acordo com a lei do RDC, não há motivos para que essa interpretação seja alterada após a revogação de seu artigo 47-A.

Por todas essas razões, o *built to suit* continuará sendo uma alternativa legítima e potencialmente vantajosa para a Administração Pública. Além disso, é um tipo de contrato que pode ser explorado de maneira inovadora e combinado com outras ferramentas recentemente introduzidas na legislação, como o contrato de entrega de obra com prestação de serviço associado, conforme artigo 46, VII, e artigo 113 da Lei nº 14.133/2021, assim como o contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, o contrato de *facility*, de acordo com o artigo 7º da Lei nº 14.011/2020.

Chama atenção o fato de que o Estado de Rondônia promoveu recentemente um processo licitatório para a criação, aprovação e construção do projeto do edifício do Hospital de Urgências e Emergências de Porto Velho, de acordo com as demandas da Administração, incluindo sua locação e realização da manutenção durante o período contratual. Em outras palavras, o *built to suit* foi utilizado como método para implantação e manutenção física de um hospital público.

Essa prática reflete a compreensão de que esse tipo de acordo pode ser estabelecido em diferentes áreas além do saneamento. Dessa forma, apesar das mudanças legais causadas pela Lei 14.133/2021 parecerem, à primeira vista, restringir a aplicação desse instituto, na verdade, elas validam as regras anteriormente estabelecidas pela Lei 12.462/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução nas exigências econômicas e sociais ultimam um Estado apto a atender uma diversificada série de necessidades, principalmente no âmbito do investimento em infraestruturas. Por outro lado, os instrumentos tradicionalmente dispostos ao Poder Público não possuem a aptidão de atender a essas necessidades de maneira adequada, tendo por consequência uma prestação de serviços públicos, em especial os de saneamento, com baixo

⁵ Decisão 1.928/2021 - Plenário. Ministro responsável: Benjamin Zymler. O documento em questão é o RDC – 001/2021, com todos os detalhes disponíveis no link <https://rondonia.ro.gov.br/licitacao/436401/>

nível de qualidade e com impossibilidade de atender à coletividade, exigindo-se a busca de novos meios aptos a permitir o cumprimento das finalidades públicas.

Dessa forma, passou-se a admitir 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, instrumento negocial atípico baseado no contrato de leasing celebrado entre particulares. Embora sua adaptação no âmbito público tenha sido expressamente revogada pela Lei 14.133/2021, sua utilização pode ser plenamente admitida tendo em vista que não há afronta à legalidade, respeitando-se aos parâmetros comuns dos contratos administrativos estabelecidos pela nova lei de licitações.

Assim, a recente sistemática legal, instituída pela nova lei de licitações e contratos, permite que a avença, estenda-se à diversas áreas públicas de investimento em infraestrutura, além da sanitária, permanecendo a característica da desnecessidade de mobilização de vultosa quantia monetária pelo ente público para a execução da obra.

De forma que, por conta dessa característica, mostra-se alternativa plausível para as empresas estatais estaduais que dependem continuamente de recursos orçamentários do ente controlador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.011, de 10 de junho de 2020.** Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14011.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Rdc.** 3.Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993.** 18ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PARÁ. **Lei nº 9.496, de 11 de janeiro de 2022.** Estima a receita e fixa a despesa do Estado do Pará para o exercício de 2022. Belém, PA: Palácio do Governo, 2022. Disponível em: <https://seplad.pa.gov.br/loa-2022/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021.