



## VOTO VISTA

Pedi vistas dos autos para melhor examinar o mérito desta Consulta dada a relevância do tema.

Após detida análise da resposta proposta pela Consultoria Técnica e pelo Ministério Público, acolhida na integralidade pelo voto do Relator, entendo pertinente abrir divergência quanto à:

(I) natureza da despesa a ser realizada com o pagamento dos alugueis da locação sob encomenda com reversão do bem ao final e os respectivos condicionamentos fiscais;

(II) incompatibilidade dos direitos civis do superficiário com os princípios que regem a prévia licitação necessária para a concessão do direito de superfície antecedente à locação sob demanda;

### **1. LOCAÇÃO SOB DEMANDA E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL: DA NATUREZA JURÍDICA DA DESPESA COM O PAGAMENTO DA LOCAÇÃO SOB DEMANDA.**

De acordo com o voto do Relator é juridicamente possível a utilização da locação sob encomenda pela Administração Pública desde que:

a) Demonstrada a viabilidade técnica e econômica desse tipo de contratação;

b) Observadas as regras dispostas nos artigos 55, 58, 59 e 61 da Lei nº. 8666/93.

Anuo com este entendimento, mas a ele agrego outros quesitos condicionantes.



Penso haver uma **terceira condição** a ser observada pela Administração Pública na contratação da locação sob demanda **quando se tratar de locação sob demanda de imóvel com cláusula de reversão final do bem à Administração.**

Trata-se da imprescindível observância ao artigo 29 da LRF e da Resolução do Senado 43/2001 quando a locação sob demanda ocorrer em imóveis públicos, com cláusula de reversão final do imóvel ao Estado.

Mister transcrever o que disciplina a Resolução do Senado Federal nº 43/2001, como dívida pública:

Art. 2º Considera-se, para os fins desta Resolução, as seguintes definições:

(...)

III - **dívida pública consolidada**: montante total, apurado sem duplicidade, das **obrigações financeiras**, inclusive as decorrentes de emissão de títulos, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, **assumidas em virtude de leis, contratos**, convênios ou tratados e da realização **de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses**, dos precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 (doze) meses, tenham constado como receitas no orçamento;

Art. 3º Constitui **operação de crédito**, para os efeitos desta Resolução, os **compromissos assumidos** com credores situados no País ou no exterior, **em razão de mútuo**, abertura de crédito, emissão e aceite de título, **aquisição financiada de bens**, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil **e outras operações assemelhadas**, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

Transcrevo ainda dispositivo da Lei Complementar nº 101/200 (LRF), que também define dívidas públicas, *verbis*:

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

I - **dívida pública consolidada ou fundada**: montante total, apurado sem duplicidade, das **obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos**,



convênios ou tratados e da realização de **operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses;**  
(...)

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

Esses aspectos contábeis, orçamentários e financeiros da locação sob demanda de imóvel **com cláusula de reversão final do bem à Administração**, são ínsitos ao instituto sob exame e não podem ser olvidados.

Por meio da locação sob demanda, o **Locador investidor** à seu critério exclusivo, poderá executar as obras com recursos próprios ou obtidos junto ao sistema financeiro.

De qualquer sorte, fato é que a obrigação de pagamento assumida pelo **Estado locatário**, à título de prestação mensal, **no caso de haver previsão de reversão final do bem ao Estado à qualquer título**, não é um mero aluguel, mas sim de **amortização de todo investimento privado de forma parcelada mensalmente, possuindo natureza de dívida de longo prazo, uma verdadeira operação de crédito na modalidade de “aquisição financiada de bens”**, visto que o pagamento mensal visa a amortização pelos investimentos privados realizados, com recursos próprios ou financiados, bem como a sua rentabilidade mercadológica e posterior transferência do domínio do terreno edificado ou do imóvel reformado ao domínio estatal de volta.

*Mutatis mutandis*, nos casos das chamadas **“locação de bens com doação ao final”**, em que também haverá a aquisição final do bem, este Tribunal de Contas e o Tribunal de Contas de Minas Gerais já se manifestaram acerca da essência e verdadeiro fim do objeto contratual que é a “aquisição financiada de bens”, razão pela qual fixaram o entendimento da incidência das normativas acima transcritas. Confira-se:

EMENTA: CONSULTA — MUNICÍPIO — LICITAÇÃO E CONTRATOS — SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E VEÍCULOS — I. CLÁUSULA DE DOAÇÃO



AO FINAL DO CONTRATO — IMPOSSIBILIDADE —  
RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO NO CERTAME — II. LOCAÇÃO  
COM OPÇÃO DE COMPRA AO FINAL OU DURANTE  
CONTRATO — IMPOSSIBILIDADE — III. CONTRATO DE  
ARRENDAMENTO MERCANTIL OU LEASING FINANCEIRO  
— PROCEDIMENTO LICITATÓRIO — NECESSÁRIA  
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DO MINISTÉRIO DA  
FAZENDA — OBSERVÂNCIA À LEI N. 6.099/74 E À  
RESOLUÇÃO BACEN N. 2.309/96 — CLASSIFICAÇÃO —  
OPERAÇÃO DE CRÉDITO — POSSIBILIDADE

1. É irregular a cláusula de doação ao final do contrato de locação de máquinas, equipamentos e veículos, pois retira do instituto da doação o caráter de liberalidade, estabelecendo-se condição restritiva à participação em certames licitatórios.

2. Não é admissível licitação para locação de bens em que se estabeleçam condições para exercício de opção de compra ao final ou durante o contrato.

3. A Administração Pública pode realizar contrato de arrendamento mercantil ou leasing financeiro, cumpridas as seguintes condições: motivação com relação à opção pela modalidade, prévia autorização legislativa, procedimento licitatório, autorização do Ministério da Fazenda, observância dos dispositivos da Res. Bacen n. 2.309/96.

4. É possível a realização pela Administração Pública de contrato de arrendamento mercantil/leasing financeiro, estabelecendo a possibilidade de opção pela compra do equipamento arrendado antes do término da vigência contratual, ou seja, se antecipadas as parcelas, mediante a necessária observância das condições do art. 65 da Lei de Licitações, dos prazos previstos na Res. Bacen n. 2.309/96 e do princípio da economicidade.

5. A contratação de arrendamento mercantil/leasing financeiro deve ser classificada como operação de crédito (art. 3º da Res. n. 43/2001 do Senado Federal e art. 29, III, da Lei Complementar n. 101 de 2000).

Trechos do Voto proferido nas Contas Anuais de Governo do Município de Confresa:

(...)

Com relação a contratação da dívida consolidada estar superior ao limite estabelecido nas Resoluções do Senado Federal nº 40/01 e 43/01, que é de 16% da RCL, o relatório técnico de auditoria, aponta que a contratação da dívida fundada no ício de 2009 foi superior ao que está registrado no Balanço Patrimonial e Demonstração da Dívida Fundada, pois a administração não considerou a dívida a longo prazo oriunda do contrato nº 131/2009 - contrato de locação de máquinas, equipamentos e veículos pesados, com doação dos bens ao final, no valor de R\$ 3.486.220,00. Assim, o valor da dívida



contratada apurada é de R\$ 4.628.873,56, conforme demonstrado abaixo:

- outras dívidas/2009 R\$ 1.142.653,56
- contrato nº 131/2009 R\$ 3.486.220,00
- total R\$ 4.628.873,56

A defesa discorda e alega que o contrato nº 131/2009 trata-se de contrato de locação de veículos e máquinas com doação ao final mediante licitação, não se enquadrando como operações de crédito e sim serviços prestados por pessoa jurídica. Alega que o contrato contém cláusula de rescisão contratual que o descaracteriza como dívida, uma vez que a administração pode rescindir o contrato a qualquer tempo. Alega ainda, que o contrato foi empenhado na dotação 3390.39 – serviços de pessoa jurídica, não podendo ser considerado como dívida, por se tratar de despesa corrente.

A equipe de auditoria não concorda com o posicionamento da defesa, por ser equivocada suas afirmações, tendo em vista que a cláusula de rescisão é obrigatória em todos os contratos administrativos, inclusive de financiamento de bens, como é o caso em análise.

Comungo do entendimento técnico, uma vez que nada impede que o contrato de locação com características de financiamento seja rescindido, desde que quaisquer de suas condições não estejam sendo cumpridas pelas partes. Transcrevo abaixo dispositivo legal que normatiza esse procedimento:

Lei nº 8666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VIII - os casos de rescisão;

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Quando a afirmação da defesa de que o contrato foi empenhado na dotação serviços de pessoa jurídica, não podendo ser considerado como dívida, por se tratar de despesa corrente, entendo em sintonia com o entendimento da auditoria, como equivocada essa afirmativa, pois **a natureza do contrato e seu objeto não é de mera prestação de serviços, uma vez que os bens serão doados ao final do contrato, ou seja, a empresa não prestará um serviço (de locação) e ao final do contrato simplesmente se afastará, terminando o vínculo existente. Nova etapa se impõe, etapa essa que descaracteriza a prestação de serviços, transformando a transação em uma aquisição de bens. Quando é de longo prazo, superior a 12 meses e que envolve a entrega de bens permanentes, deve ser considerada como despesa de capital, cabendo ser classificada (empenhada) como tal.** Dessa forma, não cabe classificá-la como aluguel de equipamento, nos termos do inciso IV do artigo 57 da lei 8666/93, como o alegado pela



defesa, no qual a duração do contrato poderá estender-se pelo prazo de 48 meses após o início da vigência do contrato. Além disso, **trata-se de obrigação financeira decorrente de uma lei e contrato, superior a 12 meses, enquadrando-se como dívida pública.**

(TCEMT. Processo 65978/2010. Conselheiro Domingos Neto).

Ainda, trago à baila semelhante instituto adotado para os grande empreendimentos e investimentos públicos de saneamento e esgotamento básico. Trata-se da **locação de ativos**, acerca da qual os Tribunais adotam o entendimento de que a transferência final, à Administração contratante, do bem edificado/construído pelo particular, caracteriza-se como dívida pública.

Nessa senda, destaco o Acórdão 635/2013, prolatado nos autos do “Estudo de Casos Especiais”, TC-5617/2012, que aprovou o Prejulgado 02/2014, proferido pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, sob os seguintes termos:

ESTUDO DE CASOS ESPECIAIS - APROVAR PREJULGADO Nº 02/2014, DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: PRONUNCIAR-SE FAVORAVELMENTE À **POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ATIVOS, PRECEDIDA DE CONCESSÃO DO DIREITO REAL DE USO DE ÁREA PÚBLICA**, RECONHECENDO-O COMO MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO ATÍPICA, OBSERVADAS AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 8.666/93, QUANTO AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RELATIVAMENTE AO ENQUADRAMENTO DA DESPESA, **O EMPREENDIMENTO É CONSIDERADO UM ATIVO FINANCIADO E, ENQUANTO DÍVIDA DE LONGO PRAZO, IMPÕE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA O CUMPRIMENTO DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000**, RELATIVOS AO ENDIVIDAMENTO E À REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO.

Na fundamentação do voto desse acórdão, o TCE-ES invocou o Parecer GPG Cons. nº 060/2008 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, da lavra da Procuradora de Estado Dra. Maria Christina Tibiriçá



Bahbouth, que ao analisar a natureza jurídica do contrato de locação de ativos, assim pontuou:

(...)

“É inarredável que a obrigação de pagamento assumida pela SABESP perante a SPE, a título de prestação mensal, possui inquestionavelmente a natureza de dívida de longo prazo e deve ser tratada como tal nas demonstrações financeiras da empresa. Ou seja: a prestação mensal não configura uma despesa corrente off balance.

Nesse sentido, a obrigação de pagamentos das prestações mensais deve ser considerada como operação de crédito (isto é, compromisso financeiro assumido em razão da aquisição financiada de bens), conforme previsto no artigo 29, inciso II da Lei Complementar federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)”

(...)

De fato, de acordo com as Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, especificamente na norma que trata do Patrimônio e Sistemas Contábeis – NBC T 16.2, o **ATIVO compreende** os direitos e **os bens**, tangíveis ou intangíveis **adquiridos**, formados, produzidos, **recebidos, mantidos ou utilizados pelo setor público**, que represente um fluxo de benefícios, presente ou futuro.

**Semelhantemente, portanto, a Locação sob demanda de imóveis privados com cláusula de reversão final do bem à Administração à qualquer título, não é um mero aluguel de imóvel, mas sim uma aquisição financiada de bens, pois, ainda, mesmo que a propriedade do bem só se concretize no final do contrato de locação, este já estará à disposição da Administração Pública desde sua entrega para operação e manutenção, caracterizando-se como um ativo da Administração Pública.**

**Assim, a locação sob encomenda operacionalizada sobre terreno privado com cláusula de reversão final do bem à Administração à qualquer título deverá ser demonstrada no Anexo IV do Relatório de Gestão Fiscal – Demonstrativo de Operações de Crédito, bem como observar as regras e limites prescritos no artigo 29 da LRF e na Resolução 43/2001 do Senado Federal.**



## 2. DA INCOMPATIBILIDADE DOS DIREITOS CIVIS DO SUPERFICIÁRIO LOCADOR COM OS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

Como bem ponderou o voto Relator, a concessão do direito de superfície de imóvel público (edificado ou não pelo Poder Público) demanda prévia realização de licitação. Assim, competiria ao Estado, no interesse de promover locação sob encomenda com base em terreno ou edifício de sua propriedade, realizar licitação para conceder à um particular investidor o direito de superfície sobre o terreno público nu ou sobre a edificação pública já realizada no terreno.

Por meio do direito de superfície, o **superfeciário passa a ter o domínio resolúvel (propriedade) sobre a construção**, ao passo que o fundeiro, também denominado concedente, continuaria como dono do terreno.

Conforme assinala Ricardo Pereira Lira, na hipótese ocorrerá a **suspensão dos efeitos da acessão**, quando se estabelecer a superfície temporânea, ou a interrupção dos efeitos da acessão, quando se consubstanciará caso de superfície perpétua<sup>1</sup>.

Dessa feita, não incidirá, no direito de superfície, o aludido princípio *superficies solo cedit*, pois **a propriedade da construção ou plantação será de quem a realizou**, continuando o **terreno no domínio do dono do solo**.

O direito de superfície, pois, na forma como disciplinado pela legislação civil, não é o instituto jurídico mais adequado, mais consentâneo,

---

<sup>1</sup>Para Maria Helena Diniz, o direito de superfície: é um direito real de fruição sobre coisa alheia visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no artigo 1253 do Código Civil, pelo qual tudo que se acrescentar ao solo deverá pertencer ao seu proprietário (*superficies solo cedit*). Assim sendo, a propriedade superficiária é a exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, pois a lei concede ao superficiário um direito real sobre construção ou plantação feita em terreno alheio, utilizando sua superfície. (DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 410).



com a Lei de licitações e com os princípios do não direcionamento licitatório e da impenhorabilidade de bens públicos, em especial para o caso de posterior locação sob demanda, apesar de haver expressa previsão civilista admitindo seu uso pelas pessoas jurídicas de direito público interno (artigo 1377 do CC).

### **Explico.**

Embora o domínio (propriedade) do superficiário, sobre o solo, ou sobre a edificação já existente que reformará substancialmente ou que vier a realizar, seja resolúvel, por força do que dispõem os artigos 1374 e 1375 do CC, **enquanto o superficiário estiver no exercício desse domínio, ele pode gravar e hipotecar a construção (artigo 1373 do CC), pode, independentemente da vontade do fundeiro (Estado concedente) transferir o direito de superfície a terceiros (artigo 1372 CC) e pode, também independentemente da vontade do fundeiro (Estado concedente), alienar o direito de superfície (artigo 1373 CC)**, assegurando-se ao Estado concedente, neste caso, tão somente o direito de preferência.

Paralelamente, caso o Estado concedente (fundeiro) deseje alienar o imóvel deverá assegurar o direito de preferência ao superficiário, no caso o Locador investidor.

Nessas faculdades inerentes ao direito de superfície residem os entraves que passo a expor.

O **primeiro entrave** é em relação ao **direito de superfície por cisão**, ou seja, nas hipóteses em que o direito de construir ou reformar é concedido sobre edificação já construída e não sobre a terra nua.

No que pertine à discussão acerca da locação sob encomenda “em terreno ou imóvel parcialmente edificado pertencente a Administração Pública”, destaco que a **Administração teria que conceder ao Locador investidor** não o direito de superfície sobre o solo, mas sim **o direito de superfície sobre a construção, ou seja, o direito de superfície por cisão**.

Ocorre que, como se disse, por força de lei, o superficiário (Locador investidor) de **edificação pública (no caso direito de superfície por cisão)**, por ter o **domínio (propriedade resolúvel) sobre as edificações**



poderá colocar o imóvel, que é um bem finalisticamente público, como objeto de alienação fiduciária, entre outros gravames.

Sobre a alienação fiduciária e o direito de superfície, assim leciona Melhim Namem Chalhub<sup>2</sup>:

“Assim, **podem ser objeto de alienação fiduciária quaisquer bens imóveis**, sejam terrenos, com ou sem acessões, o domínio útil de imóveis ou **a propriedade superficiária**, bem como o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, desde que suscetível de alienação, ressalvado que a propriedade fiduciária sobre o direito real de uso e sobre a propriedade superficiária tem duração limitada ao prazo da respectiva concessão (Art. 22 da Lei nº 9.514/97, § 1º, incisos I a IV, e § 2º, com a redação dada pela Lei nº 11.481/2007).

Nesse sentido, também o Enunciado 249 do CJF (Art. 1.369):

A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.

Todavia, como se sabe, é incabível a constrição judicial de bem público. Trata-se de uma característica decorrente da inalienabilidade dos bens públicos (arts. 100 e 101 do Código Civil) que, na forma do art. 649, I, do CPC, são impenhoráveis, mesmo que sejam dominicais.

<sup>2</sup>É fato que poderá o superficiário, na qualidade de proprietário do bem que edificou ou plantou, instituir direitos reais de fruição e garantia sobre a coisa. Id est, poderá o superficiário constituir direito real de usufruto, tal como promover hipoteca, como instrumento apto a assegurar a obtenção de financiamento hábil à efetivação da edificação. Neste sentido, clara é a redação do inciso I do artigo 1.473 do Código Civil, ao dispor dos objetos que podem ser hipotecados, “os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles”. Há que se reconhecer a hipotecabilidade do bem superficiário como um fomento ao tráfego negocial, potencializando o financiamento habitacional. (RANGEL, Tauã Lima Verdán. O Direito Real de Superfície: Singelas Ponderações. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38981&seo=1>>. Acesso em: 25. jun. 2016).



Analogicamente, colaciono os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE DEVEDOR - BEM OBJETO DE DOAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE - BENFEITORIAS - CLÁUSULA DE REVERSÃO - PRAZO NÃO ULTIMADO - IMPENHORABILIDADE.

O imóvel objeto de doação pelo ente público, assim como as benfeitorias nele edificadas, **antes de ultimado o prazo para reversão ao patrimônio do doador, não podem ser objeto de penhora, sendo irrelevante sua oferta em garantia em contrato de confissão de dívida firmado pela donatária.**

(TJMG - Apelação Cível 1.0045.05.011105-8/001, relator: desembargador (a) Afrânio Vilela, 11ª Câmara Cível, julgamento em 20/02/2008, publicação da sumula em 08/03/2008)

Apelação cível - embargos de terceiro - penhora - imóvel doado pelo Município a particular - concessão de direito real de uso - encargo - descumprimento - reversão - cláusula resolutive expressa - impenhorabilidade - apelação à qual se nega provimento.

1. A doação de imóvel público para instalação de atividade industrial revela-se como concessão de direito real de uso enquanto não implementado o encargo estabelecido no ato.

2. Havendo cláusula resolutive expressa, não há necessidade de interpelação, motivo pelo qual decorrido o prazo para cumprimento do encargo, não operam efeitos os atos pretendidos no contrato.

3. **O imóvel doado pelo Município não pode ser objeto de penhora enquanto não implementado o encargo que transfere a propriedade ao donatário.**

(TJ-MG - AC: 10569100003528001 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 07/04/2015, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/04/2015)

Ademais, mesmos no direito de superfície sobre imóvel nu, seja por meio de gravames, seja por meio de transferência ou de alienação do direito de superfície, quando o superficiário, no caso Locador investidor, exercer quaisquer dessas prerrogativas que lhe são civilmente conferidas, **haverá a subrogação de terceiro no contrato de locação sob demanda**, qual seja, o novo superficiário, em contrato administrativo oriundo de licitação cujo vencedor foi o superficiário originário.



A hipótese configuraria flagrante abertura de espaço para práticas de burlas ao processo licitatório da locação sob demanda com prévia concessão de direito de superfície. Assim, se tornaria possível que empresa ou particular não apto a participar do certame se tornasse o Locador investidor supervenientemente, por meio da transferência a ele realizada pelo Locador investidor e superficiário, então licitante vencedor, no exercício de quaisquer das prerrogativas civis acima mencionadas.

Nem se invoque o disposto no inciso IV do artigo 7º do Decreto Lei 271/67<sup>3</sup> para analogicamente se defender que assim como a concessão de uso pode ser transferida por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, o direito de superfície, como direito real, também seria passível de transferência, alienação ou gravame em favor de terceiro, pois trata-se de Decreto Lei não recepcionado pelo Constituição de 1988, na parte em que permite a transferência da concessão direito real de uso de bem público que foi precedida de licitação.

Necessário refletir, ainda, acerca do conflito que se instauraria, num dado caso concreto, entre a prerrogativa civilmente conferida ao superficiário (licitante vencedor/locador investidor) e administrativamente também resguardada na parte final do inciso inciso I do artigo 584 cc §3º do artigo 62<sup>4</sup>, ambos da Lei 8666/93, de transferir, alienar e de gravar seu direito

---

3Art. 7o É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

4Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

5 § 3o Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:



de superfície e a natureza *intuitu persone* dos contratos administrativos em geral, que fundamenta a expressa vedação legal à cessão ou transferência, total ou parcial, do objeto licitado e contratado (artigo 78, inciso VI, da Lei 8666/93).

*Mutatis mutandis*, anote-se que nas concessões e permissões de serviços públicos “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”.

Acerca da cessão incidente sob contratos administrativos, confira-se a jurisprudência do TCU:

**Irregularidades contratuais:**

**2 - A cessão de direitos, com a conseqüente sub-rogação da contratada, contraria a Lei n.º 8.666/93**

Ainda com relação ao Contrato n.º 031-88/DT, celebrado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à modernização de trens elétricos, foi identificado que, por meio do 6º Termo Aditivo, a contratante, atendendo ao pedido da Cobrasma S.A., formalizou a cessão dos direitos e obrigações desta empresa para a Trans Sistemas de Transportes S.A. (T'Trans). Para o relator, a cessão de direitos ocorrida no âmbito do Contrato n.º 031-88/DT, com a conseqüente sub-rogação da Cobrasma pela T'Trans, contraria a Lei n.º 8.666/93, nos termos da jurisprudência do TCU. A Consultoria Jurídica da CBTU foi favorável ao pleito da Cobrasma S.A., sob o fundamento, em síntese, de que o art. 68, VI, do Decreto-Lei n.º 2.300/86, a seguir transcrito, possibilitava a citada transferência contratual: “Art. 68. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, exceto se admitida no edital e no contrato ou obtida prévia autorização escrita da Administração;”. **Segundo o relator, o aludido dispositivo não dá ensejo a que determinada empresa contratada – pela via da licitação – seja substituída por outra que não logrou vencer o certame, uma vez que “tal manobra implica, em resumo, burla ao dever de licitar, inculcado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”.** Não por outro motivo, ressaltou o relator, **o TCU já se posicionou no sentido de que, mesmo na vigência do Decreto-Lei n.º**

---

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;



**2.300/86, a cessão total do contrato administrativo era indevida e ilegal.** No caso concreto, o relator deixou de propor medidas adicionais no sentido de apurar a responsabilidade pela irregularidade, tendo em vista que o fato ocorreu em época pretérita (ano de 2000) àquela em que o TCU firmou entendimento pela “impossibilidade da transferência contratual via cessão contratual” (ano de 2002). O Plenário acolheu a manifestação do relator. **Precedentes citados: Decisões n.os 420/2002 e 119/2000, ambas do Plenário; Decisão n.º 129/2002-1ª Câmara. Acórdão n.º 2406/2010-Plenário, TC-013.725/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.09.2010.**

No mesmo sentido, se orienta a jurisprudência do TCE-SC:

**LICITAÇÃO. CESSÃO E TRANSFERÊNCIA. CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE.**

**Cessão total ou parcial do contrato.**

Instituto que se opera pela transferência ou substituição da posição da contratada por outra com extinção das responsabilidades da contratada perante a Administração pelo cumprimento do contrato.

**Ofensa ao princípio da legalidade.**

Não há previsão legal expressa autorizando a cessão do contrato administrativo, sendo que a Administração Pública somente pode fazer o que for autorizado por lei.

**Burla ao procedimento licitatório.**

A cessão de parte do objeto do contrato afronta a imposição do dever constitucional e legal de licitar (art. 37, XXI, CF/88 e art. 2º, da Lei n.º 8.666/1993) e os princípios da moralidade e eficiência pública (art. 37, *caput*, CF/88).

**Subcontratação. Art. 72 e 78, inciso VI, da Lei n.º 8.666/1993.**

Sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá o contratado transferir a execução de parte do contrato (obra, serviço ou fornecimento), desde que prevista no edital e no contrato, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

(TCE-SC. PROCESSO: CON 10/00766109. Relator: Cleber Muniz Gavi, Auditor Substituto de Conselheiro).

Importante não se olvidar também do teor das Resoluções de Consulta 09/2010 e 08/2009 deste Tribunal:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA N° 09/2010



Ementa: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE RONDONÓPOLIS. CONSULTA. RESPONDER AO CONSULENTE QUE EMBORA O ARTIGO 72 DA LEI Nº 8.666/1993, POSSIBILITE A SUBCONTRATAÇÃO PARCIAL DO OBJETO PACTUADO, **O ORDENAMENTO JURÍDICO OBSTA A SUBCONTRATAÇÃO DE PARCELA DE SERVIÇO PELA EMPRESA ESTATAL, CONTRATADA DIRETAMENTE POR FORÇA DO ARTIGO 24, INCISO VIII, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. ISSO PORQUE A DISPENSA DE LICITAÇÃO DECORRE DA NATUREZA E DAS CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS DA ENTIDADE BENEFICIADA, A QUAL COMPETIRÁ EXECUTAR DIRETAMENTE AS OBRIGAÇÕES PERSONALÍSSIMAS CONTRATADAS.**

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 4/2008

Ementa:. PREFEITURA MUNICIPAL DE TANGARÁ DA SERRA.

CONSULTA. RESPONDER AO CONSULENTE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM AMPARO LEGAL PARA ADMITIR A SUBCONTRATAÇÃO PARCIAL MAS **NÃO O TEM PARA ACEITAR A FIGURA JURÍDICA CIVILISTA DA SUBROGAÇÃO PESSOAL AO CONTRATO ORIGINAL, AINDA QUE PREVISTA NO EDITAL E NO CONTRATO.** ENCAMINHAR FOTOCÓPIA DOS AUTOS AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

Ainda que se admitisse a ausência de personalíssimo do contrato de locação sob demanda acompanhado da concessão de direito de superfície, imprescindível, nessas hipóteses, não apenas a prévia anuência do Estado concedente, mediante previsão no edital e no contrato, como, ainda, a verificação administrativa objetiva de que *“o superficiário cessionário esteja forrado das condições técnicas, financeiras, jurídicas e econômicas<sup>5</sup>”*.

Por fim, destaco que **o direito de preferência civilmente outorgado ao superficiário, no caso de alienação da propriedade do solo pelo Poder Público fundeiro/concedente, não é exequível no âmbito do**

---

<sup>5</sup>Acrescenta Floriano Azevedo, mesmo que possível a cessão, por não estar configurada a obrigação personalíssima, a Administração só há de concordar se tiver certeza de que a cessionária está forrada das condições técnicas, financeiras, jurídicas e econômicas (cf. consulta cit.). A autorização dependerá sempre das circunstâncias e de cada caso, em particular.



**direito administrativo brasileiro, sob pena de ofensa à Lei 8666/93, em especial aos princípios da impessoalidade, da ampla concorrência e da vantajosidade para a Administração Pública.**

**Diante destas razões, entendo que o instituto jurídico mais adequado para anteceder a locação sob demanda de imóveis públicos, edificados ou não, é o concessão real de uso do imóvel público.**

Conforme prescrevem o caput e o inciso I do artigo 17 da Lei 8666/93 “a alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e (...)”, “quando imóveis, dependerá de autorização legislativa (...), dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência”.

Os quesitos “avaliação prévia” e “autorização legislativa” também se encontram previstos nos artigos 25 e 327, ambos da Constituição do Estado de Mato Grosso:

Art. 25 - Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado no art. 26, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente:

X - matéria financeira, podendo:

b) autorizar a alienação, cessão e arrendamento de bens imóveis do Estado e o recebimento de doações com encargos gravosos, inclusive a simples destinação específica do bem;

Art. 327 - A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas à pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação da Assembleia Legislativa, salvo se as alienações ou as concessões forem para fins de reforma agrária.

Ademais, nos termos do inciso X do artigo 112 da mesma Constituição, tal concessão demandaria, ainda, parecer da PGE, pois a ela, nestes termos compete: “opinar em todos os processos que impliquem alienação de bens do Estado”.

Por fim, destaco os termos da Resolução de Consulta nº 28/2009, deste Tribunal:



Ementa: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MATO GROSSO. CONSULTA. RESPONDER AO CONSULENTE QUE:

- 1) A DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO PÚBLICO PODERÁ SER EFETUADA PARA OUTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO E/OU ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA INTERESSE PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO E AVALIAÇÃO PRÉVIA DO BEM;
- 2) A CESSÃO DE USO DE BENS MÓVEIS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO PÚBLICO PODERÁ SER EFETIVADA DESDE QUE HAJA INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADO;
- 3) EM AMBAS AS SITUAÇÕES, OS PROCEDIMENTOS RELATIVOS À DOAÇÃO E/OU CESSÃO DEVEM SER FORMALIZADOS MEDIANTE INSTRUMENTOS DE AJUSTE COMO TERMO DE DOAÇÃO OU DE CESSÃO DE USO E DOCUMENTADOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO CORRESPONDENTE PARA FINS DE CONTROLE INTERNO, EXTERNO E SOCIAL; E,
- 4) DEVE HAVER A OBSERVÂNCIA DE LEIS ESPECÍFICAS AUTORIZANDO A DOAÇÃO OU A CESSÃO DE USO DE BENS MÓVEIS.

NO ÂMBITO ESTADUAL DEVERÁ SER OBSERVADO O DISPOSTO NA LEI 8.039/2003.

**Assim, concluo que a** Administração Pública poderá efetuar locação sob demanda (*built to suit*), ainda que a construção ou reforma ocorram em imóvel ou edificação de propriedade pública, desde que o faça por meio de prévia concessão real de uso do imóvel ao Locador investidor, após a avaliação do bem, a emissão de parecer da PGE, a edição de autorização legislativa e a realização de licitação na modalidade concorrência.

Por fim, pertinente destacar a impossibilidade e desarrazoabilidade fática e jurídica de se condicionar genericamente “o preço da locação deve ser compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”. À toda vista, a locação sob demanda jamais poderá ser comparada com uma locação comum, quer porque seus objetos são distintos, quer porque na locação sob demanda poderá haver cláusula de reversão final dos bens à Administração locadora.

Como se sabe, na locação sob de demanda o particular, locador investidor, será remunerado não apenas pelo serviço de locação, mas pela construção personalizada do bem, por todo o investimento nele realizado.



Ademais, é desnecessário consignar que o valor da locação e dos serviços de obra e de engenharia executados deverão ser compatíveis ao preço de mercado dos bens e serviços empregados na construção realizada, acrescido do serviço de locação à luz do imóvel em específico locado, na medida em que a vedação de sobrepreço trata-se de princípio geral de direito da vedação do locupletamento ilícito e da economicidade administrativa.

## RAZÕES DE VOTO

Diante do exposto, **divirjo parcialmente do voto Relator e do Parecer Ministerial nº 1.508/2016**, emitido pelo Procurador de Contas Alisson Carvalho de Alencar, em substituição ao Procurador Getúlio Velasco Moreira Filho, e do Parecer nº 22/2016, da Consultoria Técnica deste Tribunal, e **VOTO**:

a) pelo conhecimento da consulta, eis que preenchidos os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade;

b) pela aprovação da ementa de Resolução de Consulta, sugerindo que seja atualizada Consolidação de Entendimentos deste Tribunal, dela fazendo constar o seguinte verbete:

Resolução de Consulta nº \_\_\_/2016. Licitação e Contratos. Locação sob demanda (Built to Suit). Requisitos.

**1)** É possível à Administração Pública efetuar locação sob demanda (*built to suit*), prevista no art. 54-A da Lei nº 8.245/1991, desde que, cumulativamente seja:

a) demonstrada a viabilidade técnica e econômica desse tipo de contratação,

b) observadas as regras dispostas nos arts. 55, 58, 59, 60 e 61 da Lei nº 8.666/1993, e,

**2)** Em se tratando de locação sob demanda **com cláusula de reversão final do bem** à Administração locatária, devem ser observadas, **ainda**, as regras e limites prescritos no artigo 29 da LRF e na Resolução 43/2001 do Senado Federal.

**3)** A Administração Pública poderá contratar por dispensa de licitação locação sob demanda (*built to suit*), com



fundamento no art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993, desde que a obra não ocorra em imóvel público, observando-se, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) as necessidades de instalação e de localização devem condicionar a escolha do imóvel para o qual a Administração pretende buscar a locação;

b) os autos do procedimento de dispensa devem estar motivados com as razões de fato e de direito, mediante colação de estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios, nos termos do art. 64, da Lei estadual nº 7.692/2002, que regula o processo administrativo no âmbito do Estado de Mato Grosso;

c) a junção do serviço de locação (parte principal) com o de execução indireta de obra (parte acessória) deve apresentar economia de escala, de modo que a locação sob demanda (built to suit) não ofenda o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993;

**4) A Administração Pública poderá efetuar locação sob demanda (built to suit), ainda que a construção ou reforma ocorram em imóvel ou edificação de propriedade pública, desde que o faça por meio de prévia concessão real de uso do imóvel ou edificação pública ao Locador investidor, após a emissão de parecer da PGE, a avaliação do bem, a edição de autorização legislativa e a realização de licitação na modalidade concorrência.**

É como voto.

Cuiabá, 29 de junho de 2016.

(assinatura digital)<sup>6</sup>

**Moises Maciel**

Conselheiro Relator

(Portaria 160/2015, DOC 769, de 15/12/2015)

<sup>6</sup>Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006.