

---

## MRE - CONTRATOS DE “LEASING TRILATERAL”

### Consulta

---

Ministro-Relator Guilherme Palmeira  
Ministro-Revisor Marcos Vinicius Rodrigues Vilaça

Grupo II - Classe III - Plenário

TC-002.552/99-0

Natureza: Consulta

Órgão: Ministério das Relações Exteriores

Interessado: Luiz Felipe Lampreia, Ministro das Relações Exteriores

*Ementa: Consulta formulada pelo Ministro das Relações Exteriores sobre a possibilidade de as unidades administrativas da União no exterior celebrarem contratos de “leasing trilateral” para a execução de obras e serviços. Conhecimento. Resposta de que as aludidas repartições não estão autorizadas a realizar operações de leasing financeiro para a execução de obras ou para a prestação de serviços, em virtude do que estabelecem o inciso III do art. 2º e o § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93. Encaminhamento de cópia da Decisão, Relatório e Voto ao interessado. Arquivamento.*

### RELATÓRIO

Examina-se consulta formulada pelo Ministro das Relações Exteriores, Luiz Felipe Lampreia, acompanhada de Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, sobre a possibilidade de as unidades administrativas da União no exterior celebrarem contratos de “leasing trilateral” para a execução de obras e serviços.

As indagações são, pontualmente, as seguintes:

- a) possibilidade de efetivação dos contratos de *leasing* para a execução de obras e serviços, uma vez que o § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 veda a inclusão, no objeto da licitação, da obtenção de recursos financeiros para sua execução;
- b) aplicabilidade de tal dispositivo às unidades sediadas fora do País, tendo em vista que o art. 123 da Lei de Licitações estabelece que as repartições situadas no exterior, em suas licitações e contratos, observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos daquele diploma legal;
- c) se considerada possível a efetivação do contrato de *leasing*, aplicabilidade do *caput* do art. 2º da citada Lei às unidades sediadas no exterior, quanto à necessidade de realização de certame licitatório para selecionar as propostas, tanto do financiador da operação, quanto do executor do objeto;

d) ainda se considerado possível o emprego do ajuste de *leasing*, aplicabilidade do disposto no art. 52, inciso V, da Constituição Federal, que estabelece como uma das competências privativas do Senado Federal a autorização de operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

### **Instrução do Assessor da 3ª Secretaria de Controle Externo:**

“4. O Parecer Jurídico detalha um pouco mais a respeito da operação sobre a qual versa a consulta. Trata-se de *leasing* para a execução de obra, onde o interessado, não dispondo de recursos suficientes para efetuar a construção, ‘*convenciona com o concedente a construção por meio de terceiro. O intermediário contrata, assim, o empreiteiro, pagando-o pela obra, e, posteriormente, cede em locação o prédio edificado, cuja propriedade, em regra, passará ao locatário ao final do ajuste*’ (fl. 07, item 5).

5. Entende o Consultor Jurídico que o já mencionado art. 7º, §3º, da Lei nº 8.666/93 em princípio vedaria a realização desse tipo de operação, mas que, em se tratando de unidades situadas no exterior, tal dispositivo não deve ser aplicado, uma vez que, por força do art. 123 da mesma Lei, essas unidades só deveriam obediência aos princípios básicos da Lei de Licitações (fl. 07, item 4). Menciona, ainda, as possíveis dificuldades técnicas para a realização de licitação, já que esta envolveria a escolha do financiador e do executor da obra (fl. 08, item 7).

6. Inicialmente, cabe tecer alguns comentários sobre o *leasing*, ou arrendamento mercantil, denominação do instituto na língua portuguesa.

6.1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 6.099/74, com redação dada pela Lei nº 7.132/83, estabelece que o arrendamento mercantil ‘*é o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta*’.

6.2. De uma forma mais prática, no seu livro ‘*Leasing*’, o Prof. Carlos Alberto Di Agustini define o instrumento como: ‘*contrato através do qual a empresa de leasing confere à empresa arrendatária o direito de usar um ativo por determinado período de tempo, mediante o pagamento de prestações, sendo regido por cláusulas e tratamento legal específico*’. ‘*Ao término do contrato, a empresa arrendatária poderá optar por uma das seguintes alternativas:*

- a) adquirir o bem por um valor residual previamente contratado;*
- b) devolver o bem à empresa de leasing;*
- c) renovar o contrato por um novo prazo*’ (págs. 15 e 19).

6.3. Arnaldo Rizzardo apresenta algumas espécies de arrendamento mercantil, das quais destacamos o *leasing* operacional, o *leasing* financeiro e o *lease-back* (‘*Leasing – Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*’, págs. 23-28).

6.3.1. O primeiro tipo é aquele em que ocorre uma locação de instrumento ou material, com cláusula de prestação de serviços, prevendo a opção de compra e a possibilidade de rescisão a qualquer tempo. O arrendador é o próprio fabricante ou importador do instrumento. Não há interveniência de empresa ou instituição financeira.

6.3.2. O *leasing* financeiro ou *leasing* bancário tem como característica principal que o fabricante ou importador não figuram como locadores. Uma empresa faz esse papel. A aquisição do equipamento é feita pela empresa de *leasing* que contrata o arrendamento com o interessado. Possui um acentuado sentido de financiamento.

6.3.3. A terceira forma refere-se às operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas. O proprietário original aliena o bem e depois torna-se arrendatário desse mesmo bem.

7. Observa-se que o tipo de *leasing* referido na consulta é o financeiro. Ainda de acordo com Arnaldo Rizzardo, na mesma obra já citada no item 6.3 (pág. 42), aquele tipo de arrendamento mercantil possui *'um caráter predominantemente financeiro. Tanto que é comum a sua definição como a operação financeira peculiar em que a sociedade de leasing atua com recursos financeiros próprios, não para colocar o dinheiro ou crédito nas mãos do cliente, nos moldes da financeira tradicional, mas propicia a fruição direta de bens duráveis, equipamentos de produção ou de imóvel, ...'*

8. O art. 7º da Lei nº 8.666/93 estabelece, em seu § 3º, que *'é vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica'*. Não resta dúvidas que a operação em questão enquadra-se no dispositivo supracitado.

9. O citado dispositivo da Lei nº 8.666/93 não fazia parte do antigo Estatuto, o Decreto-Lei nº 2.300/86. É interessante consultarmos o que diz a doutrina a respeito das razões que motivaram a inclusão dessa vedação.

9.1. Uma primeira motivação é a de reforçar as condições estabelecidas no § 2º do mesmo artigo, que subordina a realização do objeto à previsão orçamentária. Tal é o posicionamento de Jessé Torres Pereira Júnior, em sua obra *'Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública (2ª Ed, pág. 65): 'Admitir que a este pudesse caber a obtenção dos recursos remuneratórios da execução equivaleria a fraudar, ou a tornar inócuo, o requisito que vincula e restringe a abertura da licitação, qual seja o arrimo orçamentário dos meios indispensáveis ao custeio'*. Assim também entende Marçal Justen Filho, no livro *'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' (4ª Ed, pág. 60): 'A previsão de recursos orçamentários para execução da obra é pressuposto da instauração da licitação. Isso tornaria desnecessária a regra do § 3º. No entanto e para eliminar práticas reprováveis, a Lei expressamente reprime a intermediação para a obtenção de recursos'*.

9.2. Uma segunda razão da inclusão do dispositivo é evitar que particulares recebam comissões sobre os valores a serem pagos e ainda que sejam beneficiadas empresas que possuam maior capacidade de obter financiamentos em prejuízo de outros aspectos. Assim entende Wolgran Junqueira Ferreira (*'Comentários à Lei nº 8.666/93'*, pág. 55): *'A Administração só pode licitar se tiver recursos financeiros. Vê-se que os empreiteiros já adicionam no valor de suas propostas os juros e correção monetária referentes ao artigo no recebimento do pagamento...'*. No mesmo sentido pronuncia-se Antônio Roque Citadini (*'Comentário à Lei de Licitações Pú-*

blicas', pág. 72): '*Antiga prática da Administração brasileira em todas as esferas (Federal, Estadual, Distrital Federal e Municipal), era realizar licitações vinculando-as à garantias de financiamentos, pelos participantes, para a execução contratual, gerando isto graves distorções nos procedimentos licitatórios, especialmente nas grandes obras ou compras*'... '*Ocorria, então, a formação de poucos grupos de empresas, com maior agilidade para conseguir financiamentos – privados ou públicos – e, embora nem sempre se tivesse a garantia do respeito ao princípio da moralidade, mesmo assim venciam inúmeras licitações*'.

10. Uma análise mais imediata do art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 levaria à conclusão de que a operação em questão estaria terminantemente vedada. Entendemos, entretanto, que a questão merece ser analisada com um pouco mais de atenção, de uma forma sistêmica. O *leasing* financeiro, dependendo das condições em que se dê o financiamento (valor das parcelas mensais, taxa de juros, etc.), pode ser economicamente vantajoso para a Administração, se comparado ao instrumento da locação, em virtude da possibilidade de aquisição do bem ao final do contrato.

10.1. A primeira razão que motivou o legislador a incluir o dispositivo supramencionado na Lei de Licitações, conforme relatado no item 9.1 acima, é a questão da previsão orçamentária, necessária para a realização de qualquer projeto ou programa, conforme estabelece o art. 167, inciso I da Constituição Federal. Portanto, se aprovada a inclusão, na Lei Orçamentária Anual, de créditos para esse tipo de despesa, entendemos estar superada essa primeira questão.

10.2. Quanto ao segundo ponto, descrito no item 9.2 desta instrução, a Constituição Federal, em seu art. 52, inciso V, estabelece que é competência privativa do Senado Federal: '*autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios*'. O inciso VII do mesmo artigo da Carta Magna também estabelece a competência do Senado para dispor sobre os limites e condições para as operações de crédito. Tal matéria foi disciplinada por aquela Câmara Alta por meio da Resolução nº 96/89, reestabelecida pela Resolução nº 17/92. Observe-se que aquele normativo fez constar, de forma explícita, que a ele estão submetidas as operações de *leasing*: '*Art. 1º - Subordinam-se às normas fixadas nesta Resolução as operações de crédito interno e externo, inclusive as de arrendamento mercantil, realizadas pela União, por suas autarquias e pelas demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, bem assim a concessão da garantia da União*'. Portanto, nos casos de obtenção de recursos externos, o financiamento está condicionado à aprovação de suas condições pelo Senado Federal (taxa de juros, valor das parcelas, impacto sobre a dívida externa, etc.). Essa análise prévia resguarda o interesse público, evitando que os financiamentos possam ocorrer de forma lesiva aos cofres públicos.

11. Consideramos, portanto, que se houver previsão orçamentária e aprovação prévia por parte do Senado Federal, não mais subsistiriam as questões que levaram o legislador a inserir na Lei de Licitações a vedação do art. 7, §3º. Desta forma, obedecidas tais condições, não vislumbramos outros óbices para que possa ser utilizado o instrumento do *leasing* financeiro.

12. Quanto ao argumento da possível não aplicabilidade do dispositivo acima citado às unidades administrativas situadas no exterior, em razão do que dispõe o art. 123 da Lei nº 8.666/93, entendemos não ser ele pertinente. Este último artigo dispõe que *'em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, ...'*. O objetivo desse dispositivo é de permitir a compatibilização dos princípios de nossa legislação àqueles dos locais onde estão sediadas as unidades no exterior. Como a consulta é genérica, não nos parece possível, de antemão, estabelecer que determinados dispositivos não sejam aplicáveis a todas as unidades situadas no exterior de forma geral. Também não nos parece que o objetivo desse artigo seja estabelecer que as unidades situadas no exterior devam obediência somente aos princípios básicos da Lei, como fez entender o Consultor Jurídico, em seu parecer (fl. 07, item 4), e sim possibilitar a não aplicação de dispositivos da Lei nº 8.666/93 que conflitem com a legislação do local onde está situada a unidade.

13. Quanto à necessidade da realização de licitação, se adotado o instrumento do *leasing* financeiro, não há qualquer dispositivo legal que autorize as unidades de absterem-se da realização de licitação nesse caso. O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal estabelece que a regra geral é licitar, a não ser nas hipóteses previstas na legislação. Dessa forma, é imperativa a realização de certame licitatório.

14. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo seja informado ao Sr. Ministro das Relações Exteriores que:

a) poderão ser realizadas operações de *leasing* financeiro por parte das unidades administrativas daquele Ministério situadas no exterior, desde que o financiamento seja autorizado pelo Senado Federal, conforme determina o art. 52, inciso V da Constituição Federal e que haja, também, a respectiva previsão orçamentária, de acordo com o art. 167, inciso I, da Carta Magna; e

b) se cumpridas as condições acima mencionadas, deverá ser realizado o devido processo licitatório para celebração do contrato de *leasing* financeiro, conforme estabelecido no art. 2º da Lei nº 8.666/93.”

#### PARECER DO SECRETÁRIO DA 3ª SECEX

“Vale ressaltar que aos princípios insertos na Constituição Federal coadunam-se todos os demais, que, por efeito da lei, refiram-se ao modo de atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública, sendo decorrente entendimento de que a obediência ao estatuído no art. 3º, caput, c/c art. 123, da Lei nº 8.666/93, não prescinde da necessária observância às regras constitucionais reservadas às Finanças Públicas, mormente aquelas inerentes aos instrumentos macroeconômicos de Planejamento relacionados ao Orçamento Público, atinentes à gestão orçamentária, com destaque para a vedação prevista no art. 167, inciso I, da Constituição Federal, em relação ao início de programas ou projetos não incluídos no orçamento, documento que deve estar em consonância com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Por oportuno, registre-se, ainda, que o controle sobre as operações externas e internas, de natureza financeira, o crédito público e o endividamento ampliou-se com a Carta Política de 1988, passando a abranger as autarquias de todas as esferas governamentais bem como outras entidades controladas pela União. Com efeito, ao Senado Federal, incumbe privativamente deliberar sobre a generalidade das operações financeiras realizadas pela União, nos termos do previsto no art. 52, incisos V a IX, da Constituição Federal.

Assim, considerando adequadas as proposições elencadas às fls. 13/14, item 14, letras **a** e **b**, com as quais perfilhamos entendimento, com as observações expendidas submetemos os presentes autos à elevada consideração do Exmº Senhor Ministro Homero Santos, Relator da matéria.”

## PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

“Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Ministro das Relações Exteriores acerca da possibilidade das unidades administrativas da União sediadas no exterior celebrarem contratos de *‘leasing trilateral’* para execução de obras e serviços (fls. 03/05).

2. Verifica-se, inicialmente, que estão presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 216 do Regimento Interno.

II

3. O primeiro questionamento formulado no expediente de fls. 03/05 se refere à aplicabilidade do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 às unidades administrativas da União localizadas no exterior, no caso de celebração de contratos de *leasing* para a execução de obras ou de serviços.

4. O supracitado dispositivo estabelece que *‘as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.’*

5. Nesse mesmo sentido, o art. 123 da Lei nº 8.666/93 prevê, especificamente, que as repartições sediadas no exterior, em suas licitações e contratações administrativas, *‘observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica.’*

6. A título de esclarecimento, cumpre consignar que até o momento não foi baixado qualquer ato regulamentando o citado art. 123.

7. Partindo-se do pressuposto de que aquelas repartições no exterior poderiam vir a firmar contratos de *leasing* — com o qual, diga-se de passagem, não concordamos, pelos motivos expostos no item III, abaixo —, fica evidente, à luz dos arts. 2º e 123 da Lei nº 8.666/93, bem como do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, conforme ressalta a Unidade Técnica (fl. 13), a necessidade de se promover o respectivo certame licitatório. Com efeito, o arrendamento mercantil não configuraria, em

princípio, nenhuma das hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação indicadas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

### III

8. Outra questão diz respeito à aplicabilidade do art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 às unidades administrativas sediadas no exterior, tendo em vista que estas *‘se submetem apenas aos princípios básicos do Estatuto Licitatório’*, nos termos do art. 123 do aludido diploma legal.

9. De início, vale destacar o teor do § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, **in verbis**:

*‘§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.’* (grifamos).

10. Sobre o assunto, assinala o Sr. Consultor Jurídico que a natureza financeira do contrato de **leasing** impediria sua utilização pelo Poder Público para a realização de obras e de serviços, em decorrência da vedação contida no mencionado § 3º. Entretanto, considera que tal dispositivo não seria aplicável às repartições localizadas no exterior, por entender que não se trata de um princípio básico da licitação.

11. Com vistas ao desate dessa relevante questão, é de fundamental importância examinar se o referido dispositivo possui caráter de norma geral de licitação. A propósito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto define normas gerais como *‘declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos (...)’* Acrescenta, ademais, ser entendimento pacífico da boa doutrina que as normas gerais têm natureza de princípios (**in** trabalho intitulado *Competência concorrente limitada – O problema da conceituação das normas gerais*, Revista de Informática Legislativa nº 100:127).

12. Sobre o assunto, Jessé Torres Pereira Júnior (**in** *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*, RJ, Renovar, 1994, pp. 15 a 17), esclarece que *‘a Lei nº 8.666/93 contém normas gerais (de observância obrigatória para toda a Administração Pública brasileira) e normas não-gerais (de aplicação somente exigível dos órgãos e entidades da Administração Federal)’*. Adicionalmente, explicita entendimento de que *‘é norma geral de licitação e contratação toda disposição da Lei nº 8.666/93 que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados em seu art. 3º. Definindo-se princípio como a proposição geral e abstrata que permeia e orienta todo o sistema de normas ou de conhecimentos a que se refere, não se compreenderá desrespeito a qualquer deles, sob pena de fraudar-se a diretriz magna de submeter à competição pública todos aqueles que pretendam contratar com a Administração.’* (grifamos).

13. Adentrando mais especificamente no tema ora analisado, destacamos o seguinte excerto da supracitada obra desse renomado administrativista (p. 62):

*‘O teor normativo do art. 7º, com seus parágrafos e incisos, é de caráter geral. Dispõe sobre a preparação de certame cujo objeto será obra ou serviço. Neste mister, aos órgãos administrativos é imposto o uso de instrumentos técnicos que, ordenados segundo determinada cronologia, terão a função de assegurar padrão mínimo de nitidez e certeza na definição e na especificação do objeto. Padrão este essencial à observância dos princípios regentes da licitação, sobretudo os da igualdade, da moralidade e do julgamento objetivo.’* (grifamos).

14. Finalmente, ao tratar diretamente do texto do § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, assim se pronunciou Jessé Torres Pereira Júnior (*ob. cit.*, p. 65):

*‘A regra é corolário das condições estabelecidas no § 2º, notadamente a que subordina a realização do objeto à previsão orçamentária. Constituindo aquelas condições normas de caráter geral, a regra do § 3º também o terá.’* (grifamos).

15. Bastante ilustrativa, também, para o exame da matéria, é a opinião de Marçal Justen Filho, emitida ao comentar os §§ 3º, 4º e 5º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 (*in* *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, RJ, Aide, 1996, p. 60):

*‘Os §§ 3º, 4º e 5º contêm regras acerca do conteúdo do ato convocatório ou do contrato. Trata-se de proibição de certas cláusulas ou limitação do conteúdo da contratação, no interesse da moralidade e conveniência da Administração. Esses dispositivos deverão ser conjugados com outros, tais como os que consagram os princípios da isonomia, da moralidade etc.’* (grifamos).

16. Vale, ainda, por oportuno, transcrever o seguinte trecho do Parecer deste MP/TCU exarado nos autos do processo TC nº 003.974/96-0 (Decisão Sigilosa nº 806/96 - Plenário - Ata 50/96, *in* D.O.U. de 16/01/97):

*‘27. Especificamente com relação ao disposto no já mencionado parágrafo 3º, do artigo 7º, impõe-se verificar que o legislador, ao vedar a exigência de inclusão no objeto da licitação da obtenção de financiamento para a sua execução, visou garantir a igualdade entre os participantes do certame.’*

17. Com efeito, pode-se concluir, usando os termos do supracitado Parecer, que o referido § 3º pode ser considerado *‘um dispositivo garantidor do princípio da isonomia’*.

18. Depreende-se, portanto, à luz dos ensinamentos acima transcritos, que o art. 123 da Lei nº 8.666/93, ao invés de afastar a aplicação da regra prevista no art. 7º, § 3º, do mesmo diploma legal, como foi aventado no parecer da Consultoria Jurídica, produz efeito justamente no sentido contrário, na medida em que este último dispositivo é uma norma de caráter geral, sendo, por conseguinte, indispensável para implementar os princípios básicos da referida Lei, aos quais estão sujeitas *‘as repartições sediadas no exterior’*, nos termos do mencionado art. 123.

#### IV

19. Questiona-se, finalmente, na hipótese de prevalecer a tese de que as repartições da União localizadas no exterior podem firmar contratos de *leasing* para a realização de obras e serviços, se haveria necessidade de prévia autorização do Senado Federal para celebração daqueles contratos.

20. O inciso V do art. 52 da Constituição Federal prevê que compete privativamente àquela Casa do Congresso Nacional ‘*autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios*’.

21. Desse modo, admitida a realização de operações de *leasing*, na forma indicada na consulta ora examinada — hipótese da qual divergimos, consoante item III, acima —, não resta dúvida de que, pela própria natureza financeira do contrato de arrendamento mercantil, essa obtenção de recursos externos dependeria de prévia e expressa autorização do Senado Federal.

#### V

22. Diante de todo o exposto, este Representante do Ministério Público opina no sentido de ser informado ao Sr. Ministro das Relações Exteriores que as repartições públicas sediadas no exterior não estão autorizadas a realizar operações de *leasing* financeiro para a execução de obras ou de serviços, por falta de amparo legal, em virtude da vedação contida no § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.”

É o Relatório.

#### VOTO

A presente consulta, formulada com fulcro no inciso XVII do art. 1º da Lei nº 8.443/92, atende aos requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 216 do Regimento Interno do TCU, devendo, em consequência, ser conhecida por este Tribunal.

Quanto ao mérito, a principal indagação da consulta, da qual decorrem as demais, é se as repartições da União no exterior podem celebrar contratos de “*leasing trilateral*” para a execução de obras e serviços de seu interesse.

Enfatize-se, primeiramente, que o *leasing* tradicional é uma operação mercantil de arrendamento (locação) de bens móveis ou imóveis, com promessa unilateral de venda, pelo arrendador ao locatário, dos respectivos bens.

Por “*leasing trilateral*”, na forma indagada, entenda-se a operação realizada entre três partes, em que a empresa arrendadora entra como provedora/financiadora dos recursos necessários à transação, cabendo a outra firma executar as obras e serviços de interesse da terceira parte, o locatário, o qual se obriga a pagar as parcelas financeiras contratadas, tendo a opção de aquisição dos produtos dessa execução.

Para responder à indagação apresentada, é necessário examinar a questão à luz do que dispõe a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93). Esse Estatuto prevê, no seu primeiro capítulo, o “Das Disposições Gerais”, art. 7º:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

.....  
§ 2º As obras e os serviços **somente** poderão ser licitados **quando**:  
.....

**III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;**  
.....

§ 3º **É vedado** incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, **qualquer que seja a sua origem**, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.  
.....

§ 6º *A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.*” (Grifei).

Verifica-se que os dispositivos transcritos estabelecem duas regras fundamentais para a Administração Pública. A primeira, a de que a Administração não está autorizada a licitar obras e serviços se não houver previsão orçamentária que a respalde. A segunda, em consonância com a primeira, a de que não se admite intermediação financeira na execução de obras e serviços objeto de licitação.

O objetivo do preceito do inciso III, acima transcrito, é o de que os órgãos e entidades limitem os seus gastos ao programado, estando impedidos de realizar despesas além do orçamento autorizado. A finalidade do § 3º é a de que os gastos não sejam onerados com o custo da intermediação (a qual embute, nas suas parcelas, além do lucro, juros, taxas, comissões e outros encargos), além de procurar evitar que seja desrespeitado o princípio da isonomia, relativamente aos potenciais executores, impedindo ainda que seja ofendido o princípio da moralidade.

Acrescente-se que a vedação do § 3º do art. 7º foi introduzida pela Lei nº 8.666/93 ao ordenamento jurídico para, justamente, corrigir desvirtuamentos anteriormente ocorridos em obras e serviços vinculados a financiamentos estranhos às disponibilidades orçamentárias da Administração, o que vem reforçar e complementar a condição básica fixada no mencionado inciso III do § 2º do mesmo artigo.

Os dois dispositivos citados (inciso III do § 2º e § 3º do aludido art. 7º) se somam, então, para que a Administração Pública não gaste mais do que o permitido e para que não se restrinja o universo de licitantes.

As prescrições do art. 7º, as quais se constituem em preceitos fundamentais para a Administração Pública, têm, dessa forma, a natureza e o alcance de normas gerais, não só por constarem das “Disposições Gerais” do Estatuto, como mencionado, mas, conforme assinalado pela Procuradoria, por se mostrarem indispensáveis para garantir a observância de princípios constitucionais e da própria Lei nº 8.666/93, especialmente, no caso em exame, os princípios da legalidade (é necessária autorização legal para a realização de despesa pública), da isonomia, da impessoalidade e da moralidade (a Administração deve assegurar igualdade de condições aos potenciais concorrentes).

No que diz respeito à possibilidade de ocorrência de desobediência àqueles ditames, fez questão o legislador de explicitar, no próprio art. 7º, mediante seu § 6º, que a infringência das disposições desse artigo importa a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilização de quem lhes tenha dado causa. Mencione-se, ademais, que constituirá ato de improbidade administrativa “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei”, conforme determina a Lei nº 8.429/92, no seu art. 10, inciso IX.

Por último, com relação ao art. 123 da Lei nº 8.666/93, o qual estipula que “Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica”, vê-se que, na linha do entendimento aqui defendido, esse dispositivo só vem corroborar a obrigatoriedade de obediência, pelas unidades no exterior, das regras da previsão orçamentária e da proibição de intermediação, como pressupostos indispensáveis para se proceder a licitação para a execução de obras e para a prestação de serviços de interesse da Administração.

Com essas considerações, e acolhendo, com pequenos ajustes, o parecer do Ministério Público, VOTO no sentido de que este Colegiado adote a decisão que ora submeto à sua apreciação.

## VOTO REVISOR

**Ministro-Revisor Marcos Vinícios Vilaça**

Com as devidas vênias, permito-me dissentir do encaminhamento proposto pelo Relator, diante dos motivos que exponho a seguir:

2. É princípio basilar da Administração Pública e, diria mais, a sua própria razão de existir, a busca incessante do atendimento ao interesse público, sendo corolários desse “princípio-fim” a indisponibilidade do interesse público e a sua supremacia sobre o particular.

3. A indisponibilidade do interesse público faz-nos conceber o administrador estatal como gestor de negócios da coletividade, não como titular de seus direitos, sendo defeso a ele abrir mão daqueles interesses ou negociá-los, sob qualquer pretexto.

4. A supremacia do interesse público sobre o particular encontra sua gênese na própria origem do Estado, quando, segundo Rousseau, em sua teoria do “contrato social”, cada indivíduo teria cedido parcela de sua liberdade, soberania, renda e patrimônio em troca da segurança e da estabilidade a serem proporcionadas por um ente abstrato, do qual se tornara súdito. Perpassa em princípio um sentimento de justiça coletiva segundo o qual é preferível sacrificar o interesse de poucos a prejudicar toda uma coletividade.

5. À indesejável ausência do Estado contrapõe-se a não menos nociva exacerbção de sua presença na vida dos indivíduos, que leva ao totalitarismo de um Estado onipotente e onipresente, em que toda a liberdade pessoal é sacrificada em nome da

igualdade e do “bem comum”, situação tão bem retratada por George Orwell na figura do **Big Brother**, no livro “1984”.

6. A evolução do Direito e da Política tem sido a história da busca do equilíbrio entre o Estado onipotente – o Leviatã – e o Estado liberal, uma contenda entre posicionamentos que ora privilegiam a igualdade e a segurança, ora a liberdade e o risco.

7. A lei surge como importante instrumento na busca desse balanceamento, funcionando como um escudo de defesa do indivíduo contra o arbítrio do Estado e de seus prepostos. A legalidade, ou seja, a submissão do Estado e de seus mandatários à lei, é uma grande conquista da cidadania e visa a garantir as liberdades individuais. Essa conquista tem marco inicial na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215, seu aprofundamento na Revolução Francesa e sua consolidação na independência dos E.U.A., primeira república da era moderna.

8. É a lei, pois, instrumento balizador e limitador da atuação estatal, sem se confundir com a finalidade dessa atuação. Esta, sabemos, é a busca da satisfação do interesse público que passa, de regra, pela incolumidade do ordenamento jurídico, mas nela não se encerra.

9. Assim, qualquer aparente conflito entre o interesse público e a lei deve ser analisado sob essa hierarquia de valores. Esta deve ser interpretada e aplicada à luz daquele, podendo haver situações extremas em que deva até ser sacrificada em seu benefício.

10. A situação exposta na presente consulta reflete esse aparente conflito. Por um lado, tem-se o **leasing** como alternativa economicamente vantajosa para que as unidades da Administração Pública sediadas no exterior possam construir imóveis adequados ao seu funcionamento. Por outro, o § 3º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, que veda a inclusão, no objeto da licitação, de cláusula exigindo a obtenção de recursos para a sua execução.

11. A vantagem dessa forma de contratação é defendida pela Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores (fl. 8, item 6), que a compara com a alternativa mais comumente adotada: o aluguel simples.

12. Mais do que a argumentação da Consultoria Jurídica do MRE, minha experiência em auditorias realizadas em postos do Itamaraty no exterior e os freqüentes contatos que mantenho com seus titulares fazem-me ver no **leasing** uma alternativa claramente vantajosa para a solução dos graves problemas enfrentados na instalação daquelas repartições e das residências diplomáticas, como os relatados quando da auditoria por mim coordenada na Embaixada do Brasil em Kiev (TC-929.660/1998-6).

13. Essa potencial vantagem variará, obviamente, com as condições econômicas de cada país em que se localiza a sede do posto, bem assim com a legislação e as taxas de juros cobradas. Deve também ser sopesada com as alternativas de aquisição de imóvel pronto e de contratação pura e simples da sua construção, hipóteses que dependerão da existência de recursos orçamentários a serem desembolsados de maneira comparativamente mais concentrada.

14. Afastadas conjunturalmente essas duas últimas alternativas, em virtude da escassez de recursos orçamentários ora vigente, ganha relevância a comparação do **leasing** com o aluguel, tornando-se clara a vantagem econômica daquele em relação a este, tendo em vista que as prestações pagas no sistema de arrendamento mercantil, que podem equivaler ao valor do aluguel, são dedutíveis do preço do imóvel que, ao final, poderá ser adquirido, com o exercício da opção de compra, pelo pagamento de baixo valor residual.

15. Deduz-se haver, sob certas circunstâncias, vantagem econômica para a Administração Pública nessa forma de contratação. É de interesse público, portanto, que ela seja viabilizada.

16. Ora, o interesse público não pode ser sacrificado em prol do atendimento a uma formalidade, ainda que decorrente de lei. Não se pode perder a boa idéia para satisfazer a forma. Caso exista conflito entre uma e outra, é necessário que se busque um meio de afastá-lo, sem se abrir mão do interesse público ao primeiro obstáculo. É papel do TCU auxiliar a Administração e orientá-la nessa busca.

17. Vejo no presente caso um conflito meramente aparente, que poderá ser dirimido mediante uma interpretação adequada do texto legal.

18. Em primeiro lugar, manifesto minha concordância com os pareceres uniformes e com a doutrina citada, no que concerne à natureza da norma constante do § 3º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93 que, por ser de caráter geral, é aplicável às unidades administrativas sediadas no exterior, **ex vi** do que dispõe o artigo 123 da Lei nº 8.666/93, ainda não regulamentado.

19. Também estou de acordo com os posicionamentos relativos à obrigatoriedade da licitação para o tipo de contratação em comento, uma vez que se trata de mandamentos de foro constitucional e que não há hipótese legal de dispensa.

20. Resta analisar o conteúdo do § 3º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, para dele extrair a finalidade. Reza o referido dispositivo:

*“§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para a sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.”*

21. O representante do Ministério Público, em seu parecer de fls. 16/8, afirma, com propriedade, ser a referida norma *“um dispositivo garantidor do princípio da isonomia”*.

22. De fato, essa vedação tem por finalidade conferir igualdade de condições a todos os participantes da licitação, evitando privilegiar empresas ou grupos que, independentemente de sua capacidade para a adequada execução da obra, ou das condições, vantajosas ou não, que possam ofertar à Administração, sejam mais ágeis na obtenção de financiamentos públicos ou privados, afastando, assim, os demais competidores que não tenham a mesma agilidade. Esse tipo de favorecimento era prática comum antes do advento da Lei nº 8.666/93 e ensejava distorções como o direcionamento dos certames e o pagamento ilegal de comissões por intermediação, entre outras. Tem a norma, portanto, caráter claramente moralizante.

23. O Assessor da 3ª SECEX, em seu parecer de fls. 10/4, identificou dois outros motivos que levaram o legislador à criação da norma em comento: um deles foi a obrigatoriedade de previsão orçamentária para a execução de qualquer projeto ou programa, conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 167, inciso I; e o outro, a competência exclusiva do Senado Federal para “*autorizar operações externas de natureza financeira*” (C.F., art. 52, inciso V, regulamentado pelas Resoluções nº 96/89 e 17/92, ambas do Senado Federal).

24. Em resumo, estas são as finalidades do dispositivo: assegurar a observância da moralidade e da isonomia, ambos princípios constitucionais regedores da administração e das licitações públicas (C.F., artigo 37, **caput** e inciso XXI); garantir a observância da obrigatoriedade de previsão orçamentária para as licitações; e resguardar a competência exclusiva do Senado Federal para autorizar operações financeiras de âmbito internacional.

25. Mais do que aplicar automaticamente a letra fria da lei, deve o operador do Direito interpretá-la de forma a fazer cumprir os seus objetivos, sem olvidar os princípios e fins maiores do ordenamento jurídico e do Estado, em especial, a busca da satisfação do interesse público.

26. Assim agiu o TCU ao apreciar o processo TC-003.974/96-0 – referente a inspeção realizada no extinto Ministério da Aeronáutica com o objetivo de verificar a legitimidade dos procedimentos relativos à contratação do fornecimento de equipamentos para o projeto SIVAM –, quando acolheu o posicionamento do Relator, Ministro Adhemar Ghisi, considerando regular a inclusão, no procedimento de seleção do fornecedor com base em dispensa de licitação, da exigência de obtenção de financiamento, pelos participantes, como condição de validade da proposta (Decisão nº 806/96 – Plenário, **in** Ata nº 50).

27. Entendeu o Relator, acatando parecer da 3ª SECEX, que, embora se possa cogitar a vedação dessa cláusula, mesmo em caso de dispensa de licitação - por força do que dispõe o § 9º do art. 7º da Lei nº 8.443/92, que estabelece que “*o disposto neste artigo aplica-se, também, no que couber, aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação*” – não se configurou irregular a exigência, no caso concreto, em face de haver sido constatada a existência de previsão orçamentária para o projeto, o que atenderia à finalidade da norma constante do § 3º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93.

28. Posicionamento semelhante poderia ser adotado em relação às contratações objeto da presente consulta, ainda que não configurem caso de dispensa de licitação, desde que observadas as finalidades da norma em comento, já explicitadas anteriormente. Assim, conciliar-se-ia o atendimento ao interesse público com a observância da **mens legis**.

29. A observância dos princípios constitucionais da moralidade e da igualdade entre os licitantes estaria assegurada na medida em que se realizasse procedimento licitatório entre instituições financeiras que ofereçam o **leasing** trilateral como opção de financiamento. Isso garantiria a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, sem ferir aqueles mandamentos, uma vez que estariam afastadas as hipóteses de direcionamentos, favorecimentos e intermediações escusas.

30. Obviamente essa licitação deveria ser precedida de projeto básico, orçamento detalhado etc., como dispõe a Lei nº 8.666 em seu art. 7º, § 2º, exigências imprescindíveis para assegurar que a contratação satisfaça as necessidades da Administração, bem assim para possibilitar uma adequada estimativa dos custos envolvidos.

31. Nada impede, também, que, com base na estimativa de custos, seja providenciado, com o planejamento que uma obra pública requer, a inclusão de sua previsão no Orçamento Geral da União, em rubrica própria condicionada à obtenção de financiamento por meio de **leasing** financeiro externo.

32. Adotadas essas providências e, após realizado o procedimento licitatório e selecionada a instituição financeira, poderia a operação ser submetida ao Senado Federal, com vistas à sua aprovação, conforme prevê o art. 53, inciso V, da Constituição Federal.

33. Com essas medidas, creio, restaria resguardado o interesse público e observada, em sua essência, a regra constante do § 3º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, por meio de sua interpretação teleológica e não apenas literal.

34. Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora proponho ao Plenário.

## DECISÃO NÃO ACOLHIDA

### DECISÃO Nº /99 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo TC 002.552/1999-0
2. Classe de Assunto: III – Consulta
3. Órgão: Ministério das Relações Exteriores – MRE
4. Interessado: Ministro de Estado das Relações Exteriores, Luiz Felipe

Lampreia

5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira  
Revisor: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares

Bugarin

7. Unidade Técnica: 3ª SECEX
8. Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Revisor, DECIDE:

8.1 – conhecer da presente consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 216 do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que as repartições sediadas no exterior estão autorizadas a realizar operações de **leasing** financeiro para a execução de obras, desde que atendidas as seguintes exigências:

a) demonstração da vantagem econômica do **leasing** em relação às outras alternativas de aquisição ou de aluguel do imóvel;

b) existência de previsão orçamentária para a execução da obra, com indicação de que os recursos serão provenientes de financiamento externo;

c) realização de procedimento licitatório entre as instituições financeiras que ofereçam o **leasing** trilateral para a execução da obra, precedido de projeto básico e de orçamento detalhado;

d) autorização do Senado Federal, em face do que dispõe o art. 52, inciso V, da Constituição Federal;

8.2 – encaminhar cópia desta deliberação, bem assim do Relatório e Votos que a fundamentam, para ciência:

a) ao interessado indicado no item 4 acima;

b) ao Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional;

c) aos Presidentes das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; e

d) ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; e

8.3 – arquivar o presente processo.

09. Ata nº 53/99 – Plenário

10. Data da Sessão 08/12/1999 - Extraordinária

11. Especificação de *quorum*:

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Revisor

VOTO COMPLEMENTAR

Ministro-Relator Guilherme Palmeira

Apesar das ponderações do Ministro-Revisor, mantenho, com vênia, o encaminhamento proposto relativamente à matéria, pelas razões que expendi no Voto original, aduzindo as seguintes observações.

Restou sobejamente demonstrado naquele Voto que o Estatuto das Licitações e Contratos assenta regra fundamental no sentido de que a Administração Pública não está autorizada a licitar obras e serviços se não houver previsão orçamentária que a ampare e de que **não se admite intermediação financeira na execução de obras e serviços** objeto de licitação **qualquer que seja a sua origem** (art. 7º, § 2º, inciso III, e § 3º).

E por não haver razão para tratamento diferenciado, esses mandamentos aplicam-se tanto às unidades administrativas sediadas no País quanto àquelas situadas no exterior.

Com relação à defesa do interesse público (aludida no Voto Revisor), o propósito fundamental do mencionado Estatuto, o qual regulamenta dispositivo constitui-

onal (art. 37, inciso XXI), é, justamente, o de resguardar esse interesse maior, que se sobrepõe ao do particular.

E, de fato, o princípio da supremacia do interesse público está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua **execução em concreto** pela Administração. Ele inspira o **legislador** e **vincula a autoridade administrativa** em toda a sua atuação, sendo por essa autoridade irrenunciável (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 68 a 71).

Ademais, conforme assinala Hely Lopes Meirelles, “*Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*” (em *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pág. 83). Nessa mesma linha, consigna Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “*Na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei*” (obra citada, pág. 67).

O art. 3º do Estatuto, cujo **caput** abaixo transcrevo, é o cerne norteador daquela Lei, ao qual se acham associados os demais dispositivos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifei).

No caso da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, essa deve se dar relativamente àquela que melhor atenda às suas legítimas necessidades e se realize pelo melhor preço (respeitado, evidentemente, o princípio constitucional da legalidade - art. 37, **caput**).

No caso em exame, admitindo-se, só para fins de argumentação, a hipótese de que pudesse a Administração realizar operação de *leasing* financeiro “trilateral” “*para que as unidades (...) sediadas no exterior possam construir imóveis adequados ao seu funcionamento*” como alternativa à locação ordinária, à aquisição ou construção, caso não houvesse a vedação expressa no § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, deve-se lembrar, mais uma vez, que o *leasing* incorpora aos seus custos o preço da intermediação, a qual embute em suas parcelas, além do lucro, juros, taxas, comissões e outros encargos. Fato é que, para o particular, em muitas das vezes, o *leasing* mostra-se desvantajoso, o que também ocorre relativamente à Administração, em casos de *leasing* de equipamentos (copiadoras, computadores etc.) como possível alternativa em relação a compra (a proibição da obtenção de recursos financeiros prevista na Lei de Licitações é para o caso de obras e serviços – art.7º).

A finalidade do referido § 3º do art. 7º de Lei nº 8.666/93 é, além de que os gastos não sejam onerados com o custo da intermediação, procurar evitar que seja desrespeitado o princípio da isonomia relativamente a outros potenciais executores que não dispusessem de financiamento, o que também retiraria da Administração a oportunidade de obter outras ofertas, com ofensa ainda ao princípio da moralidade. Tal regra foi introduzida ao ordenamento jurídico para, justamente, corrigir desvirtuamentos anteriormente ocorridos em obras e serviços vinculados a financiamentos

estranhos às disponibilidades orçamentárias da Administração, o que vem reforçar e complementar a condição básica fixada no inciso III do § 2º do mesmo artigo, cujo objetivo é o de que os órgãos e entidades limitem os seus gastos ao programado, estando impedidos de realizar despesas além do orçamento aprovado.

A visão histórica da legislação brasileira relativa às licitações e contratos revela um processo de expressiva evolução, reflexo da preocupação dos legisladores com o controle dos atos respectivos, servindo, também, para entender mudanças importantes decorrentes das peculiaridades e desvios verificados na prática. Nesse processo evolutivo, a norma mais recente, que é a Lei nº 8.666/93, “*terá significado talvez a adoção de um texto com legitimidade democrática, trazendo sensível avanço político-institucional*” (cf. Carlos Pinto Coelho Motta, em *Eficácia nas Licitações e Contratos*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pág. 30).

De outra parte, além de não haver lacuna quanto à intermediação financeira para obras e serviços, mas, muito pelo contrário, proibição explícita, não se deve desconsiderar que o elastecimento da interpretação do respectivo dispositivo legal e autorização da operação de *leasing* cogitada poderia trazer significativo impacto financeiro para o Tesouro Nacional, com o aumento do financiamento externo, ao se atentar para o fato de que existem cerca de 160 postos diplomáticos do MRE espalhados pelo mundo. E, se permitida às unidades da Administração no exterior, a princípio não haveria por que não o ser relativamente às situadas no País, o que poderia vir a avultar ainda mais a repercussão financeira, podendo a questão suscitar relevante preocupação com o interesse público.

Por último, quanto ao financiamento do projeto SIVAM (Decisão nº 806/96-TCU-Plenário, referida no Voto Revisor), verifica-se que aquela contratação deu-se em condições extremamente atípicas, as quais foram abordadas no Voto do Relator, o Ministro Adhemar Ghisi, cujos trechos fundamentais sobre esse aspecto permito-me aqui reproduzir:

*“4. No que tange à exigência de financiamento como condição indispensável para a aceitação das propostas, vale dizer que tal exigência não apenas se revestiu de legalidade, conforme bem assinalado nos pareceres, como constituiu elemento essencial na escolha da empresa Raytheon. Assim, o financiamento não teve apenas caráter eliminatório, mas preponderou também na classificação das propostas.*

*5. A importância do financiamento foi destacado no documento intitulado ‘Processo de Seleção da Empresa Fornecedora de Equipamentos para o SIVAM’, in verbis:*

*‘Vale ressaltar que, no processo seletivo, embora muito importantes, os méritos das propostas técnicas e comerciais sempre foram considerados menos relevantes do que aqueles relativos às condições de financiamento para o projeto. Por esse motivo o governo autorizou a apresentação das propostas de financiamento em abril de 1994, praticamente dois meses após a entrega das propostas técnicas e comerciais. Essa medida visou, única e exclusivamente, permitir que se concluíssem as negociações da dívida externa, como forma de possibilitar a obtenção de financiamento. Vê-se, portanto, que o projeto não sairia do plano das intenções caso não fosse*

viabilizado o financiamento. Por conseguinte, as propostas técnicas e comerciais só passaram a ter significado a partir do momento em que foram garantidos os respectivos financiamentos.’

6. *Importa sublinhar, ainda, a preocupação do Ministério da Aeronáutica no sentido de que a totalidade dos recursos necessários à implantação do SIVAM fossem previamente garantidos, independentemente de qualquer contrapartida nacional, como forma de assegurar a continuidade do Projeto. De fato, esta Corte tem se deparado, em inúmeras oportunidades, com projetos de indiscutível relevância que permanecem indefinidamente inconclusos por força de paralisações motivadas pela falta dos chamados ‘recursos de contrapartida nacional’. Tais paralisações findam por encarecer sobremaneira os mencionados projetos, uma vez que, ao tempo das interrupções, são desembolsados vultosos recursos a título de taxas de comissão pelos recursos externos que não foram, sequer, utilizados.*

7. *Essa a motivação principal que levou o Poder Executivo a considerar a proposta de financiamento apresentada pela Raytheon como mais vantajosa, pois apresentava liquidez para 100% dos recursos necessários, ao contrário da proposta da Thomson-CSF, que previa que aproximadamente 26% dos recursos necessários adviriam do lançamento de títulos no mercado internacional, operação considerada pouco recomendável por não disponibilizar, necessariamente, os recursos ao tempo e à hora requeridos para sua utilização”.*

Ante todo o exposto, e apesar de o *leasing* poder ser vislumbrado como uma possibilidade para contornar a insuficiência dos recursos destinados às repartições no exterior para a execução de obras ou para a prestação de serviços, dificuldade essa, aliás, com que se defronta toda a Administração Pública, restou constatado que tal operação tem, motivadamente, vedação expressa no nosso ordenamento jurídico.

Com essas observações adicionais, mantenho os termos da minha proposta de deliberação a respeito da matéria.

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Ministro Walton Alencar Rodrigues

Também eu, Sr. Presidente, gostaria de pedir vênias ao E. Ministro Guilherme Palmeira, para acompanhar o E. Ministro Marcos Vilaça, no que diz com sua bem elaborada Decisão, no sentido de conhecer da consulta, para responder ao interessado que as repartições brasileiras, sediadas no exterior, estão autorizadas a realizar operações de *leasing* financeiro para execução de obras, desde que atendidas as exigências mencionadas por S. Exa..

Para fundamentar o meu entendimento, invoco tão-somente o inciso V do art. 52 da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Senado autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União.

A operação de *leasing* constitui modalidade de operação financeira, dependente, apenas, de prévia e expressa autorização do Senado Federal, sendo, assim, admitida pela Constituição.

Evidentemente, o ato administrativo do servidor competente para a operação deve merecer fundamentação adequada, para demonstrar o inequívoco interesse da União na operação de leasing, daí a pertinência das demais alíneas da Decisão proposta pelo E. Ministro Marcos Vilaça.

Apenas no tocante à fundamentação do voto revisor, desejaria consignar minha ressalva aos itens 9 e 16, por entender que a lei, como expressão da vontade geral, elaborada pelo legislador, periodicamente eleito, sempre representa o interesse público, exceto na hipótese de ser declarada inconstitucional pelo E. STF.

Segundo entendo, incumbe apenas ao legislador estabelecer, na lei, as finalidades esclarecedoras do que seja interesse público para a generalidade dos casos. Se pudesse o administrador descumprir a lei, a pretexto de a lei não satisfazer o interesse público, segundo ele - administrador - entende, consagrar-se-ia um regime de arbítrio e de incerteza, com a substituição do critério do legislador, fixado em moldes de generalidade e abstração, na qualidade de representante eleito pelo povo, pelo critério subjetivo do administrador, no estreito delinear do que seja interesse público em face de cada caso concreto.

Com essa ressalva à fundamentação, acompanho, na íntegra, a Decisão proposta pelo Ministro Revisor.

## VOTO DE DESEMPATE

**Ministro-Presidente Iram Saraiva**

Tratam os autos de Consulta formulada pelo Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, Embaixador Luiz Felipe Lampreia, sobre a possibilidade de as unidades administrativas da União no exterior celebrarem contratos de “leasing trilateral” para a execução de obras e serviços. Acompanha o mencionado expediente o Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado das Relações Exteriores.

2. Em Sessão de 13/10/1999, o Senhor Ministro-Relator do feito, Guilherme Palmeira, ofereceu decisão de mérito a exame do Colegiado, cujo teor a seguir transcrevemos:

*“8.1 conhecer da presente consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 216 do Regimento Interno, para responder ao consulente que as repartições públicas sediadas no exterior não estão autorizadas a realizar operações de leasing financeiro para a execução de obras ou para a prestação de serviços, em virtude do que preceituam o inciso III do art. 2º e o § 3º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93;*

*8.2. encaminhar cópia desta deliberação e dos correspondentes Relatório e Voto ao interessado indicado no item 3 acima; e*

*8.3. arquivar este processo.”*

3. Na oportunidade, o Tribunal Pleno adiou a discussão e votação do presente processo, em face do pedido de vista da espécie, formulado pelo Senhor Ministro Marcos Vinícios Vilaça, que apresentou Voto Revisor, em Sessão de 24/11/1999, nestes termos:

*“8.1 – conhecer da presente consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 216 do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que as repartições sediadas no exterior estão autorizadas a realizar operações de leasing financeiro para a execução de obras, desde que atendidas as seguintes exigências:*

*a) demonstração da vantagem econômica do leasing em relação às outras alternativas de aquisição ou de aluguel do imóvel;*

*b) existência de previsão orçamentária para a execução da obra, com indicação de que os recursos serão provenientes de financiamento externo;*

*c) realização de procedimento licitatório entre as instituições financeiras que ofereçam o leasing trilateral para a execução da obra, precedido de projeto básico e de orçamento detalhado;*

*d) autorização do Senado Federal, em face do que dispõe o art. 52, inciso V, da Constituição Federal;*

*e) prévia inclusão no Plano Plurianual ou existência de lei específica que autorize o investimento, sempre que a execução das obras ultrapassar um exercício financeiro, em atendimento ao disposto no § 1 do art. 167 da Constituição Federal;*  
*e*

*8.2 – encaminhar cópia desta deliberação, bem assim do Relatório e Votos que a fundamentam, para ciência:*

*a) ao interessado indicado no item 4 acima;*

*b) ao Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional;*

*c) aos Presidentes das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; e*

*d) ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; e*

*8.3 - arquivar o presente processo.”*

4. Na oportunidade, após a apresentação do Voto Revisor, o Senhor Ministro-Relator Guilherme Palmeira ofereceu Voto Complementar. Na votação da matéria, registrou-se empate.

5. Dada essa circunstância, cumpre-me dar seguimento ao exame do processo e proferir o voto de desempate, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 58 do Regimento Interno do Tribunal.

6. Dos elementos que constam dos autos, verifica-se mais precisamente que a presente Consulta aborda as seguintes questões:

*“a) possibilidade de efetivação dos contratos de leasing para a execução de obras e serviços. uma vez que o parágrafo 3º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93 veda a inclusão, no objeto da licitação, da obtenção de recursos financeiros para sua execução;*

*b) aplicabilidade de tal dispositivo às unidades sediadas fora do País, tendo em vista que o art. 123 da Lei de Licitações estabelece que as repartições situadas no exterior, em suas licitações e contratos, observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos daquele diploma legal;*

c) se considerada possível a efetivação do contrato de leasing, aplicabilidade do caput do art. 2º da citada Lei às unidades sediadas no exterior, quanto à necessidade de realização de certame licitatório para selecionar as propostas, tanto do financiador da operação, quanto do executor do objeto;

d) ainda se considerado possível o emprego do ajuste de leasing, aplicabilidade do disposto no art. 52, inciso V, da Constituição Federal, que estabelece como uma das competências privativas do Senado Federal a autorização de operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

7. O Senhor Consultor Jurídico da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, em seu Parecer de fls. 06/09, entre outras considerações, manifesta-se no sentido que o contrato de “leasing”, conforme orientação predominante e adotada pela Administração Pública brasileira, consubstancia negócio financeiro, e por isso, a seu ver, constitui “...embaraço à sua utilização pelo Poder Público para a realização de obras e de serviços, uma vez que a Lei n.º 8.666/93, em seu art. 7º, parágrafo 3º, veda incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para o seu empreendimento. Esse dispositivo, no entanto, não me parece aplicável às unidades administrativas sediadas no exterior, as quais, nas suas contratações, devem obedecer apenas aos princípios básicos do Estatuto Licitatório, nos termos de seu artigo 123.”

8. Sobre o mérito da matéria, o Senhor Ministro-Relator, ao acompanhar o pronunciamento do Ministério Público junto ao Tribunal, defende que “...o leasing tradicional é uma operação mercantil de arrendamento (locação) de bens móveis ou imóveis, com promessa unilateral de venda, pelo arrendador ao locatário, dos respectivos bens.

Por ‘leasing trilateral’, na forma indagada, entenda-se a operação realizada entre três partes, em que a empresa arrendadora entra como provedora/financiadora dos recursos necessários à transação, cabendo a outra firma executar as obras e serviços de interesse da terceira parte, o locatário, o qual se obriga a pagar as parcelas financeiras contratadas, tendo a opção de aquisição dos produtos dessa execução.

Para responder à indagação apresentada, é necessário examinar a questão à luz do que dispõe a Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93). Esse Estatuto prevê, no seu primeiro capítulo, o ‘Das Disposições Gerais’, art. 7º:

‘art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

.....  
§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:  
.....

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;  
.....

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

.....  
§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa' (Grifei).

Verifica-se que os dispositivos transcritos estabelecem duas regras fundamentais para a Administração Pública. A primeira, a de que a Administração não está autorizada a licitar obras e serviços se não houver previsão orçamentária que a respalde. A segunda, em consonância com a primeira, a de que não se admite intermediação financeira na execução de obras e serviços objeto de licitação.

O objetivo do preceito do inciso III, acima transcrito, é o de que os órgãos e entidades limitem os seus gastos ao programado, estando impedidos de realizar despesas além do orçamento autorizado. A finalidade do § 3º é a de que os gastos não sejam onerados com o custo da intermediação (a qual embute, nas suas parcelas, além do lucro, juros, taxas, comissões e outros encargos), além de procurar evitar que seja desrespeitado o princípio da isonomia, relativamente aos potenciais executores, impedindo ainda que seja ofendido o princípio da moralidade.

Acrescente-se que a vedação do § 3º do art. 7º foi introduzida pela Lei n.º 8.666/93 ao ordenamento jurídico para, justamente, corrigir desvirtuamentos anteriormente ocorridos em obras e serviços vinculados a financiamentos estranhos às disponibilidades orçamentárias da Administração, o que vem reforçar e complementar a condição básica fixada no mencionado inciso III do § 2º do mesmo artigo.

Os dois dispositivos citados (inciso III do § 2º e § 3º do aludido art. 7º) se somam, então, para que a Administração Pública não gaste mais do que o permitido e para que não se restrinja o universo de licitantes.

As prescrições do art. 7º, as quais se constituem em preceitos fundamentais para a Administração Pública, têm, dessa forma, a natureza e o alcance de normas gerais, não só por constarem das 'Disposições Gerais' do Estatuto, como mencionado, mas, conforme assinalado pela Procuradoria, por se mostrarem indispensáveis para garantir a observância de princípios constitucionais e da própria Lei n.º 8.666/93, especialmente, no caso em exame, os princípios da legalidade (é necessária autorização legal para a realização de despesa pública), da isonomia, da impessoalidade e da moralidade (a Administração deve assegurar igualdade de condições aos potenciais concorrentes).

No que diz respeito à possibilidade de ocorrência de desobediência àqueles ditames, fez questão o legislador de explicitar, no próprio art. 7º, mediante seu § 6º, que a infringência das disposições desse artigo importa a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilização de quem lhes tenha dado causa. Mencione-se, ademais, que constituirá ato de improbidade administrativa 'ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei', conforme determina a Lei n.º 8.429/92, no seu art. 10, inciso IX.

*Por último, com relação ao art. 123 da Lei n.º 8.666/93, o qual estipula que 'Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica', vê-se que, na linha do entendimento aqui defendido, esse dispositivo só vem corroborar a obrigatoriedade de obediência, pelas unidades no exterior, das regras da previsão orçamentária e da proibição de intermediação, como pressupostos indispensáveis para se proceder a licitação para a execução de obras e para a prestação de serviços de interesse da Administração.'*

9. Vale ressaltar ainda parte do Voto Complementar apresentado pelo Senhor Ministro Guilherme Palmeira. Demonstra Sua Excelência que o contrato de *leasing* incorpora aos seus custos o preço da intermediação, a qual embute em suas parcelas, além do lucro, juros, taxas, comissões e outros encargos. Lembra o Relator, com propriedade, que a finalidade do referido parágrafo 3º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93 é garantir que os gastos não sejam onerados com o custo da intermediação, bem como evitar que seja desrespeitado o princípio da isonomia relativamente a outros potenciais executores que não dispusessem de financiamento, o que também retiraria da Administração a oportunidade de obter outras ofertas, com ofensa ao princípio da moralidade. Alerta também, em harmonia com o entendimento desta Presidência, que trata-se de proibição explícita a intermediação financeira para obras e serviços. E mais, que *"...não se deve desconsiderar que o elastecimento da interpretação do respectivo dispositivo legal e a autorização da operação de leasing cogitada poderia trazer significativo impacto financeiro para o Tesouro Nacional, com o aumento do financiamento externo, ao se atentar para o fato de que existem cerca de 160 postos diplomáticos do MRE espalhados pelo mundo. E, se permitida às unidades da Administração no exterior, a princípio não haveria por que não o ser relativamente às situadas no País, o que poderia vir a avultar ainda mais a repercussão financeira, podendo a questão suscitar relevante preocupação com o interesse público."*

10. Permito-me ainda opinar, na linha de entendimento manifestado pelo Senhor Subprocurador-Geral junto ao Tribunal, Dr. Paulo Soares Bugarin (*e à luz do precedente indicado por Sua Excelência - processo TC n.º 003.974/96-0, Decisão Sigilosa n.º 806/96 - Plenário - Ata 50/96, in D.O.U. de 16/01/97: '27. Especificamente com relação ao disposto no já mencionado parágrafo 3º, do artigo 7º, impõe-se verificar que o legislador, ao vedar a exigência de inclusão no objeto da licitação da obtenção de financiamento para a sua execução, visou garantir a igualdade entre os participantes do certame.'*), que o referido § 3º pode ser considerado óbice insuperável, um dispositivo garantidor do princípio da isonomia. Acrescente-se mais: *"...o art. 123 da Lei n.º 8.666/93, ao invés de afastar a aplicação da regra prevista no art. 7º, § 3º, do mesmo diploma legal, como foi aventado no parecer da Consultoria Jurídica, produz efeito justamente no sentido contrário, na medida em que este último dispositivo é uma norma de caráter geral, sendo, por conseguinte, indispensável para implementar os princípios básicos da referida Lei, aos quais estão sujeitas 'as repartições sediadas no exterior', nos termos do mencionado art. 123."*

Assim, demonstrada a impossibilidade jurídica da utilização do *leasing* financeiro para a execução de obras ou para a prestação de serviços, em virtude do que estabelecem o inciso III do art. 2º e o § 3º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93, objeto da

Consulta ora em exame, com a devida vênia do entendimento esposado pelo Senhor Ministro-Revisor Marcos Vinícios Vilaça, acompanho a proposta do Senhor Ministro-Relator Guilherme Palmeira, como formulada no VOTO então proferido.

### DECISÃO Nº 910/99 - TCU - PLENÁRIO<sup>1</sup>

1. Processo n ° TC 002.552/99-0
2. Classe de Assunto: - III - Consulta
3. Interessado: Ministro de Estado das Relações Exteriores, Embaixador Luiz Felipe Lampreia.
4. Órgão: Ministério das Relações Exteriores
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira  
Revisor: Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral, Dr. Paulo Soares Bugarin
7. Unidade Técnica: 3ª SECEX
8. Decisão: O Plenário, pelo Voto de Desempate de seu Presidente, DECIDE:

8.1 conhecer da presente Consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 216 do Regimento Interno, para responder ao Consulente que as repartições públicas sediadas no exterior não estão autorizadas a realizar operações de *leasing* financeiro para a execução de obras ou para a prestação de serviços, em virtude do que preceituam o inciso III do art. 2º e o § 3º do art. 7º da Lei n º 8.666/93;

8.2. encaminhar cópia desta deliberação e dos correspondentes Relatório e Voto ao interessado indicado no item 3 acima; e

8.3. arquivar este processo.

9. Ata nº 53/99 - Plenário

10. Data da Sessão: 08/12/1999 - Extraordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes na sessão de 24/11/1999: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Revisor), Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator) e o Ministro-Substituto Benjamin Zymler.

11.2. Ministros presentes nesta sessão: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues e Guilherme Palmeira (Relator).

11.3. Ministros com voto vencido: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Revisor), Adhemar Paladini Ghisi, Humberto Guimarães Souto e Walton Alencar Rodrigues.

IRAM SARAIVA  
Presidente

<sup>1</sup> Publicada no DOU de 21/12/1999.