



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

Origem: Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba

Natureza: Consulta

Interessado: Ricardo Luiz Barbosa de Lima

Relator: Conselheiro André Carlo Torres Pontes

CONSULTA. Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. Licitação. Aplicabilidade do art. 24, inciso X, da lei 8.666/93 na hipótese de “locação sob medida”. Questão formulada em tese. Conhecimento da consulta. Resposta nos termos do parecer do Ministério Público e da Consultoria Jurídica. Comunicações com envio de documento. Arquivamento.

PARECER NORMATIVO PN – TC 00006/15

RELATÓRIO

Trata, o presente processo, de consulta formulada pelo Deputado Ricardo Luiz Barbosa de Lima, a respeito da aplicabilidade do art. 24, inciso X, da lei 8.666/93, na hipótese de “locação sob medida”, também conhecida como *build to suit*, definida no art. 54 - A da Lei 8.245/91. Nesta modalidade, o locador realiza uma obra de modo a aperfeiçoar o imóvel a ser locado para que este se adapte às exigências específicas do locatário.

Além da aplicabilidade do mencionado dispositivo, consulta sobre quais seriam os aspectos legais a incidir sobre a questão e as exigências técnicas necessárias à realização da mencionada modalidade de locação.

Em bem elaborado parecer, o Consultor Jurídico deste Tribunal JOSÉ FRANCISCO VALÉRIO NETO (fls. 07/14), após discorrer sobre as regras que disciplinam os processos licitatórios em geral, adentrou, especificamente, sobre a matéria objeto da consulta, citando o Tribunal de Contas da União e ao final acosto-se a decisão daquela Corte de Contas.

A Auditoria por sua vez, em relatório das Auditoras de Contas Públicas ANA TEREZA MAROJA PORTO DO VALE e ATALMIDE ALVES DO NASCIMENTO SILVA concluiu nos seguintes termos:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

Para a questão 1:

Não é possível a locação sob medida, com fundamento no art. 24, X da Lei 8.666/93 c/c o art. 54-A da Lei do Inquilinato em razão de: a) A mescla de leis com vistas a criar nova hipótese legal é vedada pela jurisprudência do STF; b) Não é legítima a simbiose de regras da Locação sob medida prevista no art. 54-A, c/c art. 24, X da Lei 8.666/93 por criar situação legislativa inexistentes nos microssistemas legais; c) A Lei 8.666/93, em seu art. 24, X, não tem previsão normativa a admitir a mistura de contratos de locação e compra; d) O art. 24, X da LNLC não habilita a dispensa para construção; e e) As condicionantes do art. 24, X da Lei 8.666/93 impõem a preexistência do imóvel com características que autorizem a contratação direta.

Com relação à **questão 2**, o Órgão Técnico, em vista das conclusões relativas à questão 1, considerou prejudicada a análise.

Instado a se pronunciar o Ministério Público junto ao TCE/PB, em parecer de fls. 49/54, da lavra do Procurador LUCIANO ANDRADE DE FARIAS, opinou conforme transcrição a seguir:

Concorda-se com o posicionamento adotado pelo TCU em processo de consulta já mencionado, no que diz respeito à possibilidade da realização do negócio através de dispensa de licitação, apenas de maneira excepcional, em casos nos quais se comprove a inexistência de outro imóvel que possa atender às finalidades precípua do ente Administrativo.

Na verdade, a motivação da escolha da Administração deverá ser bem fundamentada, não podendo apresentar menções genéricas a dispositivos legais.

A seguir, serão elencados alguns requisitos que devem necessariamente ser observados pelo gestor quando da utilização da locação sob medida com fulcro no artigo 24, X, da Lei de Licitações:

a) Demonstração de que o imóvel que atualmente abarca o órgão interessado não mais se mostra apto a atender aos interesses da Administração;

b) Inexistência de outro imóvel pertencente à administração pública que esteja em disponibilidade e que possa se adequar aos objetivos colimados, até mesmo para viabilizar um negócio menos custoso – como uma cessão, por exemplo;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

c) Demonstração de que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha do imóvel pretendido – trata-se de aspecto relevante e que poderia suscitar controvérsias. Afinal, se a Lei de Licitações exige que as necessidades de “instalação” condicionem a escolha do imóvel, como enquadrar a locação build to suit na modalidade de dispensa referida? Bem, nesse caso, ressalta-se a relevância de uma fundamentação circunstanciada, a qual deverá demonstrar que as instalações pretendidas se compatibilizam com o imóvel que se pretende locar através da dispensa. Logo, simples justificativas padrão, que apenas reproduzem dispositivos legais, são insuficientes para legitimar o enquadramento da locação sob medida com construção prévia na hipótese do artigo 24, X, da Lei nº 8.666/93;

d) Valor total da operação compatível com o valor de mercado, consoante o estabelecido por meio de avaliação prévia – estando nele embutidos o valor da locação comum, bem como o da construção amortizado nas parcelas do contrato e reajustado de acordo com os respectivos índices – como se percebe, não somente a parcela da locação deve estar compatível com a realidade de mercado, mas também os custos da reforma ou obra, os quais naturalmente incidirão sobre o valor a ser pago pela Administração. Como se percebe, trata-se de mais um ônus de fundamentação para o gestor, já que, nas hipóteses excepcionais, a cautela com a gestão dos recursos públicos deve ser redobrada.

Com relação à natureza jurídica deste tipo de contrato - um dos principais aspectos que levaram a Auditoria a posicionar-se de modo contrário à possibilidade suscitada -, há de se mencionar o seguinte ponto. O que deve ser considerado, para que haja o enquadramento do contrato como locação, é o seu objeto principal, já que a construção (hipótese da consulta) ou a reforma do imóvel a ser locado devem constituir apenas obrigação acessória.

Na verdade, a previsão contida no texto do art. 54 - A da lei 8.245/911 acaba mitigando a controvérsia suscitada, uma vez que demonstra a intenção deliberada do legislador de caracterizar a operação como uma locação. Entender de modo distinto pressuporia a desconsideração do texto legal, o que exigiria um determinado ônus do operador do Direito, como, por exemplo, a indicação de que a norma aludida seria inconstitucional. Destarte, não havendo indicação de incompatibilidade inconstitucional, não há óbice para que haja o enquadramento da hipótese discutida como locação, o que viabilizaria a dispensa nos termos do art. 24, X, da lei 8.666/93, desde que observadas as ressalvas já indicadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

Em relação à presente discussão, esta já foi objeto de deliberações no supracitado processo de consulta, cujo entendimento coincide com o entendimento deste signatário e que se encontra transcrito abaixo:

“[...] o fato de a locação sob medida envolver a realização adicional e concomitante de obra pública não proíbe, por si só, o emprego da dispensa de licitação fundada no art. 24, X, Lei nº 8.666/1993, não só porque, no caso da locação sob encomenda, a aludida obra apresenta-se como acessória ao serviço de locação, que se configura como o objeto principal, mas também porque, no caso de obra autônoma, o pagamento ocorre de modo integral, ao passo que, no de obra acessória à locação sob medida, o pagamento ocorre de modo diferido segundo a parcela de utilidade auferida em cada período de efetivo uso da atividade de locação, enquadrando-se, pois, na definição de serviço dada pelo art. 6º, II, da Lei nº 8.666/1993.”

No mais, acompanha-se o entendimento de que a locação sob medida constitui contrato da administração, nos termos do art. 62, § 3º, inciso I, devendo ser observadas, no que couberem, as disposições concernentes aos contratos da administração consignadas na Lei nº 8.666/1993.

E conclui o representante do Ministério Público:

Em síntese, reconhece-se a possibilidade de aplicação do artigo 24, X, da Lei de Licitações nos casos de locação sob medida, a qual só deve ser utilizada de modo excepcional. E, por ser medida de exceção – já que, em regra, a hipótese de dispensa referida pressupõe a prévia adequação do imóvel -, o ônus do gestor de fundamentar a escolha é reforçado, de modo que a justificativa deve ser circunstanciada, observadas todas as restrições elencadas ao longo do presente Parecer.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

VOTO DO RELATOR

Preliminarmente, o processo de consulta tem por escopo esclarecer dúvidas arguidas pelos legitimados quanto à interpretação de disposições legais e regulamentares relativas a matérias de competência da Corte de Contas, proporcionando ao consulente maior segurança legal na aplicação de tais disposições.

O instrumento de consulta está previsto na Lei Orgânica desta Corte (art. 1º, IX), no Regimento Interno (art. 2º, XV), e regulamentado especificamente pela mesma norma regimental em seus arts. 174 a 184.

O normativo, ao tratar da admissibilidade da consulta, estabelece que:

Art. 174. O Tribunal Pleno decidirá sobre consultas quanto a dúvidas de natureza interpretativa do direito em tese, suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal.

Art. 175. São autoridades competentes para formular Consultas ao Tribunal:

(...)

*II – Senadores, **Deputados Federais e Estaduais**;*

Art. 176. A consulta deverá revestir-se das seguintes formalidades:

I – referir-se à matéria de competência do Tribunal;

II – versar sobre a interpretação da lei ou questão formulada em tese;

III – ser subscrita por autoridade competente;

IV – conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;

V – ser instruída com parecer de assessoria jurídica do órgão ou entidade consulente, se existente.

A consulta foi subscrita por um Deputado Estadual e a matéria é abrangida pela competência do Tribunal, pois versa sobre a contratação pública. A questão é formulada em tese e com indicação precisa da dúvida suscitada, ao abranger qualquer locação de imóvel nos moldes suscitados. Assim a consulta deve ser conhecida.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

No mérito, adoto os fundamentos contidos no parecer do Ministério Público com as observações da Consultoria Jurídica e os argumentos explicitados na decisão contida no Acórdão 1301/2013 – TCU – Plenário, constante do Processo TC 046.489/2012-6.

Assim, é possível a aplicação do artigo 24, X, da Lei de Licitações nos casos de locação sob medida, em casos excepcionais, desde que atendidos os requisitos indicados pelo Ministério Público no seu bem embasado parecer.

Em vista do exposto, VOTO, em preliminar, no sentido que o Tribunal conheça da consulta e, no mérito, **RESPONDA**, em harmonia com das manifestações do Ministério Público e da Consultoria Jurídica, pela:

1) POSSIBILIDADE da aplicação do artigo 24, X, da Lei de Licitações nos casos de locação sob medida, em casos excepcionais, desde que:

- a) **DEMONSTRE-SE** que o imóvel atualmente utilizado não mais se mostra apto a atender aos interesses da Administração;
- b) **INEXISTA** outro imóvel pertencente à administração pública disponível para os objetivos pretendidos;
- c) **COMPROVE** que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha do imóvel pretendido; e
- d) **ATESTES**, por avaliação prévia, que o valor total da operação esteja compatível com o valor de mercado;

2) COMUNICAÇÃO ao consulente e ao atual Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, Deputado ADRIANO CÉZAR GALDINO DE ARAÚJO da presente decisão, acostando cópia da mesma, do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, do parecer da Consultoria Jurídica e das peças que compõem a decisão contida no **Acórdão 1301/2013 – TCU – Plenário**.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 12944/13

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO DO TCE-PB

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do **Processo TC 12944/13**, referentes à consulta formulada pelo Senhor RICARDO LUIZ BARBOSA DE LIMA, acerca da aplicabilidade do art. 24, inciso X, da lei 8.666/93 na hipótese de “locação sob medida”, também conhecida como build to suit, definida no art. 54 - A da Lei 8.245/91, **DECIDEM**, os membros do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB), à unanimidade, nesta data, conformidade o voto do Relator, em preliminar, **CONHECER** da presente consulta e, no mérito, **RESPONDER**, em harmonia com das manifestações do Ministério Público e da Consultoria Jurídica, pela: **1) POSSIBILIDADE** da aplicação do artigo 24, X, da Lei de Licitações nos casos de locação sob medida, em casos excepcionais, desde que: **a) DEMONSTRE-SE** que o imóvel atualmente utilizado não mais se mostra apto a atender aos interesses da Administração; **b) INEXISTA** outro imóvel pertencente à administração pública disponível para os objetivos pretendidos; **c) COMPROVE** que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha do imóvel pretendido; e **d) ATESTE**, por avaliação prévia, que o valor total da operação esteja compatível com o valor de mercado; **2) COMUNICAÇÃO** ao consulente e ao atual Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, Deputado ADRIANO CÉZAR GALDINO DE ARAÚJO, da presente decisão, acostando cópia da mesma, do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, do parecer da Consultoria Jurídica e das peças que compõem a decisão contida no **Acórdão 1301/2013 – TCU – Plenário**.

Registre-se e publique-se.

TCE - Sala das Sessões do Tribunal Pleno - Plenário Ministro João Agripino.

João Pessoa, 03 de setembro de 2015.

Conselheiro Arthur Paredes Cunha Lima
Presidente

Conselheiro Arnóbio Alves Viana

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão

Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira

Conselheiro André Carlo Torres Pontes
Relator

Conselheiro Substituto Marcos Antônio da Costa

Procuradora-Geral Elvira Samara Pereira de Oliveira
Representante do Ministério Público junto ao TCE/PB