

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 22/9/10

RELATOR: CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ

PROCESSO Nº 837532 – CONSULTA

PROCURADOR PRESENTE À SESSÃO: GLAYDSON MASSARIA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:

PROCESSO Nº 837.532

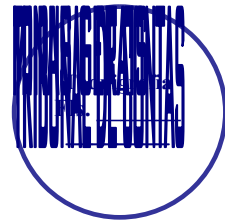
NATUREZA: CONSULTA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE UBERABA

I- RELATÓRIO

Versam os autos sobre consulta formulada pelo Senhor Anderson Aduauto Pereira, Prefeito Municipal de Uberaba, por meio da qual traz à deliberação desta Corte indagação acerca da possibilidade de a administração pública municipal, no âmbito de contratos públicos celebrados sem ônus para o Erário, autorizar a transferência dos direitos do contratado para terceiros, à luz do disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de que trata o art. 175 da CR/88, estando vazada nos seguintes termos:

“A administração pública municipal pode, no âmbito de contratos públicos sem ônus para o Erário, autorizar a transferência dos direitos do contratado para terceiros, como prevê a lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a fim de garantir a segurança jurídica e garantia na continuidade do contrato, ainda que haja previsão editalícia em contrário? Ou seja, pode-se admitir em eventual confronto entre a discricionariedade administrativa e o princípio da vinculação ao edital, a supremacia da discricionariedade no que tange à gestão do contrato, ou seja, o procedimento licitatório já teria sido superado, mormente considerando que não haveria qualquer prejuízo aos cofres públicos ou favorecimento de



qualquer espécie a funcionários públicos?

A teor do disposto no inciso I do art. 213 da Resolução nº 12/2008, foram os autos encaminhados à Diretoria Geral de Controle Externo para manifestação, tendo a matéria sido remetida à Assessoria de Estudos e Normatização.

Em seu pronunciamento de fls. 05/09, posicionou-se aquela Assessoria pela “impossibilidade da transferência em relação à situação apresentada no questionamento, visto que contraria previsão estabelecida no edital, além da inobservância do disposto no art. 175 da CF/88”. E mais, que “existe a possibilidade de transferência dos direitos do contratado para terceiros, desde que haja nova licitação, pois o art. 26, § 1º exige a concorrência para subconcessão parcial e com muito mais razão deverá ser exigida a licitação para a transferência total da concessão”.

A Senhora Diretora Geral de Controle Externo manifestou-se de acordo com o posicionamento da Assessoria de Estudos e Normatização, fazendo-se os autos conclusos.

Em síntese, é o relatório.

II- FUNDAMENTAÇÃO

A consulta sob exame preenche os requisitos de admissibilidade insertos no art. 212 do Regimento Interno, motivo pelo qual voto, preliminarmente, pelo seu conhecimento.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

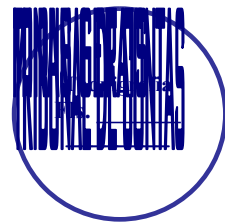
Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.



CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

EM PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:

No mérito, para que se possa responder à questão posta pelo consulente, faz-se necessário, inicialmente, o exame das normas contidas nos arts. 26 e 27 da Lei nº 8.987/95, *in verbis*:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º **A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.** (gn)

(...)

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária **sem prévia anuência do poder concedente** implicará a caducidade da concessão. (gn)

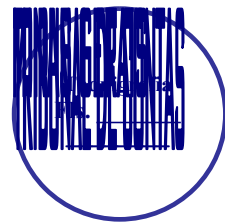
§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessária à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

(...)

Como se vê, pela simples leitura dos dispositivos transcritos, há evidente falta de coerência nos comandos que estatuem. No art. 26, fica patente a obrigatoriedade de realização de concorrência para que se possa subconceder, isto é, para os casos de **delegação de parte** do objeto da



concessão, haja vista o teor do seu § 1º. Lado outro, o art. 27, ao referir-se à transferência da concessão, ou seja, à **entrega integral** do objeto da concessão, exige tão somente a anuência prévia do poder concedente, atendidos os requisitos que especifica, nada dispondo sobre a necessidade de licitação. Ora, de nenhum sentido afigura-se a leitura combinada dos dois dispositivos legais, uma vez que consagram norma mais severa para a transferência parcial da concessão, qual seja, a realização de prévia concorrência, exigindo a simples anuência do poder concedente para os casos de transferência total.

Essa incongruência foi motivo de crítica por parte de administrativistas de escol, haja vista, notadamente, flagrante desrespeito a norma estabelecida na Constituição da República, em seu art. 175, cuja regulamentação buscou a Lei em apreço. Isso porque, nos termos do indicado preceptivo constitucional,

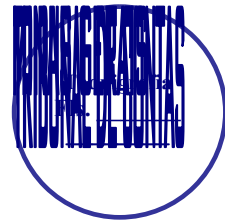
Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. (gn)

Para BANDEIRA DE MELLO,

Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, *com ou sem* a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a *transferência da concessão* seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei 8.987, no art. 27, *inconstitucionalmente* a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração. (*In Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 676/677)



No mesmo sentido é o magistério de DIÓGENES GASPARINI,

(...) para essa operação, regulada pelo art. 27 não é exigida concorrência, basta que o interessado atenda às 'exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço' e se comprometa a 'cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor'.

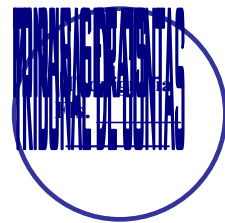
Essa transação em termos tão simples é, no mínimo, contraditória, na medida em que é exigida a concorrência para a subconcessão, que é o menos em relação à transferência (...). (*In Direito Administrativo Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 619)

DI PIETRO, na esteira do pensamento dominante na doutrina, também expressa seu inconformismo em relação ao teor do mencionado art. 27:

A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, (...). Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição. (*In Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 279)

A inconstitucionalidade do art. 27 em comento foi questionada por meio da ADI 2946-1, proposta pelo Procurador Geral da República, com esboço no art. 175 da CR/88, o qual prevê, expressamente, a obrigatoriedade de certame licitatório para concessão ou permissão de serviço público. Referida ADI encontra-se aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ainda que exista na Lei nº 8.987/95 possibilidade de transferência da concessão a terceiro, essa norma tem que ser interpretada no bojo do complexo normativo que rege a matéria, especialmente, à luz de preceitos constitucionais que exigem a realização de prévio procedimento licitatório e respeito a princípios fundamentais, como o princípio da isonomia, bem assim daqueles que regem a conduta administrativa. De outro modo, não há como pretender sua aplicação, porquanto padeceria de inconstitucionalidade



Soma-se a isso o fato de existir **previsão editalícia em contrário**, como aventado na situação hipotética levantada pelo consulente. Tal previsão, por si só, já seria o bastante para coibir o procedimento visado. Isso porque o princípio da vinculação ao edital é algo insuperável, visto que é o edital o fundamento de validade de todos os atos praticados no procedimento licitatório, o que inclui o próprio contrato, que dele deriva. Esse princípio, que se acha expresso no art. 41 da Lei nº 8.666/93, encontra-se presente, de igual forma, em normas da Lei nº 8.987/95, merecendo destaque os seguintes dispositivos:

Lei nº 8.666/93

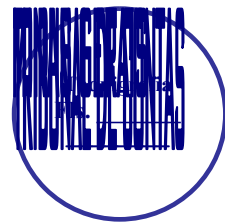
Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, **ao qual se acha estritamente vinculada.** (gn)

Lei nº 8.987/95

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do **edital de licitação.** (gn)

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da **vinculação ao instrumento convocatório.** (gn)

De nenhuma dúvida, portanto, o fato de que não há falar em discricionariedade em face de proibição constante no edital, mas, sim, de vinculação do administrador aos termos nele consignados. Em outras palavras, como consta na hipótese apresentada pelo consulente previsão editalícia em contrário, ou seja, que veda a transferência dos direitos do contratado para terceiros, o administrador se acha vinculado a essa proibição expressa no edital, que, como exposto, serve de fundamento de validade para todos os atos do certame e para o decorrente contrato. É que, conforme lição de BANDEIRA DE MELLO,



Discrecionariade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (2005, p. 896)

Não há na situação hipotética consultada, pois, espaço à discrecionariade administrativa, ainda que não houvesse a pecha de inconstitucionalidade da norma constante no art. 27 da Lei 8.987/95.

Nos casos em que fatos supervenientes possam colocar em risco a segurança jurídica ou a garantia de continuidade do contrato, o administrador deve buscar a solução adequada dentre aquelas estabelecidas nas leis que regem a matéria, podendo-se citar, v. g., a intervenção ou mesmo a extinção do contrato.

III - CONCLUSÃO

Com esses fundamentos, Senhor Presidente, tenho por respondidas as dúvidas do consulente.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O CONSELHEIRO RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

Também voto de acordo com o Conselheiro Relator.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

