JURISPRUDÊNCIA

Processo nº 72.003.438/95-93

Consulta - Prefeito - prestação de serviços de limpeza pública, coleta e varrição de resíduos sólidos – possibilidade de transferência da titularidade do contrato, desde que: prevista no edital e no contrato; inexista óbice legal no tocante à natureza do contrato; a obrigação não tenha caráter personalíssimo; o novo titular apresente as mesmas garantias e condições de habilitação do contrato original, e haja comprovado interesse público - consulta conhecida e respondida em tese, pela afirmativa - Lei 8666/93, art. 78 - Lei 10544/88, art. 98.

Egrégio Plenário

O Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Paulo, pelo ofício nº 32/95-PREF.G., encaminhou consulta a esta Corte relativa à possibilidade de transferência da titularidade de contrato de prestação de serviços de limpeza pública, coleta e varrição de resíduos sólidos, cujo inteiro teor, nesta oportunidade, dou conhecimento ao Plenário:

"Senhor Presidente,

Como é do conhecimento dessa E. Corte, após longos anos em que estes serviços estiveram submetidos a um regime de contratação emergencial, portanto excepcional e indesejada, no início do mês de Abril próximo passado a Secretaria de Serviços e Obras ultimou os procedimentos necessários à contratação de empresas para executar os serviços de limpeza pública, coleta e varrição de resíduos sólidos no âmbito deste Município, consubstanciados na Concorrência nº 014/SSO/93.

Esta matéria foi objeto de inúmeras manifestações desse Tribunal quer através dos seus órgãos técnicos quer por reiterados pronunciamentos dos nobres Senhores Conselheiros, via de regra preocupados com as reiteradas contratações emergenciais que se tornaram praxe em administrações pretéritas. Estas manifestações - mister lembrar - culminaram com a decisão do Plenário dessa E. Corte, que determinou o prosseguimento da já citada licitação com a participação das empresas habilitadas - administrativamente ou por via judicial.

Desta feita, encontram-se hoje os serviços contratados junto a diversas empresas, que já os executam.

Ocorre que sobre a licitação referida foram impetrados doze mandados de segurança por empresas interessadas em disputar tal objeto, muitos deles ainda pendentes de decisão. Nestas ações questiona-se ou o edital da concorrência ou atos

administrativos nela ocorridos. Portanto, em ocorrendo a hipótese de um destes mandados ser provido em definitivo, estar a Administração obrigada a considerar a proposta da empresa impetrante e, via de conseqüência, poder desfazer algumas das contratações firmadas.

Por esta razão é que, no resguardo dos interesses do município, dos contratos firmados com as vencedoras da licitação passou a constar cláusula prevendo a sua rescisão antecipada caso advenha decisão judicial no sentido de anular a adjudicação ou a homologação da licitação donde se originou o contrato, eximindo a Municipalidade do pagamento de qualquer indenização. Existe hoje, portanto, uma considerável incerteza quanto à continuidade destes contratos que podem, na hipótese de advir decisão judicial que lhes afete, ser rescindidos.

Por outro lado, a dimensão do cometimento envolve, necessariamente, a realização de investimentos por parte destas contratadas, em especial a compra de equipamentos e veículos necessários ao aperfeiçoamento dos serviços. E, nos próprios termos do edital, se mostra imprescindível que as contratadas disponibilizem tais equipamentos, que deverão se prestar à execução dos serviços ao longo dos 54 meses de vigência contratual.

Diante disso, deparamos-nos hoje com uma situação administrativa complexa, pois se exige das empresas o cumprimento da obrigação de investir em equipamentos, mas sobre o contrato paira uma precariedade não prevista no edital da licitação. E este regime precário constitui óbice para a compra e disponibilização dos equipamentos, pois não há a segurança de que os serviços serão efetivamente prestados durante os quatros anos e meio inicialmente oferecidos. Neste contexto, percebe-se inclusive a dificuldade das contratadas em obter financiamentos para viabilizar tais aquisições, mormente as de maior monta.

Coloca-se, deste modo, a possibilidade de se contornar a dificuldade verificada com a transferência parcial dos contratos para empresas que dispõe de equipamentos.

Tal possibilidade, por disposição contratual deve ser autorizada pela Administração. Esta solução jurídica evitaria a depreciação da qualidade dos serviços prestados como também contornaria as dificuldades criadas pelas ações judiciais ainda pendentes. Consultados, os órgãos jurÍdicos da pasta envolvida, em parecer que acompanha o presente, sustentam a viabilidade da medida.

Posto isto, com fundamento nas disposições da Lei Municipal nº 9.167, de 03 de dezembro de 1990 - artigos 29 e 30 e seus parágrafos - e do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município - artigos 64, parágrafo único e 65, parágrafos 1º a 3º, formula-se a essa Egrégia Corte consulta consubstanciada na seguinte indagação:

> "1. À luz da legislação vigente, pode a Prefeitura do Município de São Paulo autorizar a transferência da titularidade de contrato de prestação de serviços de limpeza pública, coleta e varrição de resíduos sólidos, visando contornar as dificuldades de disponibilidade de equipamentos, fruto da precariedade ditada pela existência de ações judiciais pendentes de decisão ?".

Em cumprimento ao que determina a legislação invocada e como já referido, junta-se à presente parecer jurídico apresentado pela Unidade competente da Prefeitura.

Aguardando a douta manifestação da E. Corte de Contas, aproveito a oportunidade para renovar protestos de alta estima e consideração.

Paulo Maluf "
Prefeito

A Assessoria Jurídica de S.S.O., no mencionado parecer, sustenta a possibilidade da transferência alvitrada, embasando-a nos seguintes motivos:
a) a legislação que rege o contrato não veda a transferência;
b) o ajuste cuida de prestação simples de serviço, desprovida de qualquer caráter personalíssimo;
c) o edital e o instrumento contratual não vedam a transferência.

Neste Tribunal, examinou a questão jurídica a D. Assessoria Técnica, às fls. 40/43, sustentando a possibilidade de a consulta ser conhecida, por regimental e, no mérito, pela sua admissibilidade, autorizada que está pela legislação pertinente, cabendo, no entanto, à Administração avaliar a hipótese em cada caso concreto.

Por sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal, reportando-se ao citado parecer de S.S.O. e ao disposto no art. 98 da Lei Municipal nº 10.544/88 e no art. 78 da Lei Federal nº 8.666/93, conclui pela admissibilidade, em tese, do pleiteado, desde que autorizada pela Administração.

De conseguinte, diz a I. Procuradora da Fazenda, "se ambas as legislações reguladoras da espécie, definem como ilícita apenas a transferência que não tenha amparo em disposição prevista no edital e no contrato, conclui-se que permite o trespasse que conte com estas prévias admissões."

Encerrando a instrução processual, pronunciou-se Secretaria-Diretoria Geral, às fls.48/49, na esteira do parecer da Assessoria Técnica, pelo conhecimento da consulta.

Quanto ao mérito, ponderou, o parecer a ser oferecido deverá ser pela afirmativa.

Isto porque, afirma a I. Secretaria, os pareceres que instruem o T.C. demonstraram, à unanimidade, que "à Administração não é vedada a transferência de titularidade do contrato na prestação de serviços, a menos que a legislação aplicável, ou edital de licitação, ou contrato, expressamente consignem a proibição."

"No caso dos autos", continua, "a despeito de se caracterizar como serviço público de natureza essencial, não é ele personalíssimo, interessando objetivamente a sua integral execução, com os equipamentos necessários. Tanto basta para a satisfação do interesse público".

Conclui o Sr. Secretário-Geral no sentido de não vislumbrar "impedimentos de ordem legal, formal ou de fundamentação para a adoção da atuação pretendida pela Administração."

É o relatório.

V O T O

Embora não necessário, quero, preliminarmente, deixar assente que proferirei voto em tese sobre a questão enfocada, não abarcando o exame do caso concreto trazido a título de ilustração da consulta.

Com efeito, a transferência de titularidade e a cessão de contrato são formas de dispensa de licitação que só podem ser aferidas em cada caso concreto, sendo, ademais, de aplicação especialíssima, tudo para que não se configure ofensa ao comando constitucional que determina a antecedência de licitação à lavratura do contrato.

Isto posto, tenho a dizer que o deslinde da consulta se contém na própria legislação que rege a matéria.

Assim, a transferência, total ou parcial, da titularidade do contrato só pode ser aceita quando admitida no edital e no contrato.

É a interpretação que se infere dos ditames das Leis Municipal e Federal, que, respectivamente, dispõem:

> Art. 98 da Lei 10.544/88:
> **Constituem motivo para rescisão do contrato: (...).**
> **VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, cessão ou transferência total ou parcial, exceto se admitida no edital e no contrato, bem como a fusão, cisão ou incorporação, que afetem a boa execução deste."**(grifei)

> Art. 78 da Lei nº 8.666/93:
> **"Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)**
>
> **VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, cessão ou transferência total ou parcial, bem como fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato."** (grifei)

Não obstante, os diplomas legais em apreço não conferem ao administrador uma carta em branco para usar do disposto legal como lhe aprouver, sendo certo que haver de justificar e fundamentar técnica e juridicamente a hipótese discutida.

Esta terá necessariamente que se embasar em comprovado interesse público, para que não venha a ser instrumento de favorecimento de contratada, que, por qualquer razão, não tenha condições de executar as tarefas que lhe foram impostas, as quais, de resto, eram de seu conhecimento já por ocasião do procedimento licitatório.

Adicionalmente, outros requisitos se impõem à observância do Administrador e que dizem respeito à natureza do contrato e da obrigação subjacente - quais sejam, inexistência de óbice legal ao trespasse, bem como caráter não personalíssimo da obrigação -, além daqueles relativos à pessoa do novo contratado, que dever apresentar as mesmas garantias e condições de habilitação requeridas em relação ao contratado original.

De todo o exposto, voto pelo conhecimento da consulta, por regimental, devendo a mesma ser respondida como segue:

A Administração Municipal pode autorizar a transferência, total ou parcial, da titularidade de contrato desde que: a) admitida no edital e no contrato; b) inexista óbice legal no tocante à natureza do contrato; c) a obrigação não tenha caráter personalíssimo; d) o novo titular apresente as mesmas garantias e condições de habilitação do contratado original, e e) haja comprovado interesse público no trespasse, tendo em vista a plena execução da obrigação.

São Paulo, 30 de agosto de 1.995

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.003.438/95*93, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante deste, conhecer da matéria como Consulta, por regimental, e, no mérito, responder à indagação inicial, no sentido de que a Administração Municipal pode autorizar a transferência, total ou parcial, da titularidade de contrato, desde que: a) não seja vedada a transferência no edital e no contrato; b) inexista óbice legal no tocante à natureza do contrato; c) a obrigação não tenha caráter personalíssimo; d) o novo titular apresente as mesmas garantias e suficientes condições de habilitação para executar o encargo, e e) haja comprovado interesse público no trespasse, tendo em vista a plena execução da obrigação.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, PLANET BUARQUE e WALTER ABRAHÃO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de agosto de 1995.

FRANCISCO GIMENEZ
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator