



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC-4824/02

*Administrativo. Constitucional. Administração Indireta Municipal. Secretaria da Infra-Estrutura de João Pessoa. Procedimento Licitatório na modalidade Concorrência nº 03/91, Contrato, Aditivos e Termos de Cessões. Divergência acerca da admissibilidade da cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres no âmbito da Pública Administração. Matéria de competência da 1ª Câmara remetida ao Tribunal Pleno em função da relevância, na forma do § 1º, art. 17, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba – RITCE/PB. Ilegalidade da cessão com sub-rogação em contratos administrativos. Retorno dos autos ao Órgão Fracionário de origem (1ª Câmara) para julgamento da Concorrência nº 03/91, contrato e termos de cessão dela derivados. Propor a edição de sumula acerca da matéria.*

### ACÓRDÃO APL-TC - 0674 /2011

#### RELATÓRIO:

*O presente processo trata da Licitação na modalidade Concorrência nº 03/91, realizada pela Secretaria da Infra-Estrutura de João Pessoa, objetivando a execução de obras de urbanização e infra-estrutura no Vale do Jaguaribe, nesta Capital, compreendendo construção de habitações, escolas de 1º grau, creches, postos policiais, redes elétricas, saneamento básico, postos de saúde, drenagem, terraplanagem e pavimentação, no valor inicial de R\$ Cr\$ 8.543.016.228,00, correspondendo ao montante de R\$ 16.710.139,74, atualização feita através do INPC do IBGE<sup>1</sup> em 2006.*

*Para viabilização das referidas obras, foi celebrado contrato com a empresa vencedora do certame – Consórcio Via Engenharia S/A (Via Dragados S/A) – Construtora Marquise Ltda, com vigência de 900 dias úteis, e, ao longo de vários exercícios, foram firmados aditivos, bem como Termos de Cessão, Transferência e Sub-rogação de Direitos para outras três empresas - Bracel Ltda, C.G. Construtora e Comércio Ltda e LAJE Engenharia e Planejamento Ltda, cf. quadro abaixo:*

<i>Contratos/Aditivos/Cessões</i>	<i>Data</i>	<i>Objeto</i>	<i>Valor</i>
<i><b>Contrato inicial s/n</b> Consórcio Via Engenharia S/A (Via Dragados S/A) – Construtora Marquise Ltda</i>	<i>04/03/92</i>	<i>Executar as obras de urbanização e infra-estrutura acima descritas.</i>	<i>Cr\$ 8.543.016.228,00</i>
<i><b>1º Termo Aditivo</b></i>	<i>05/03/92</i>	<i>- Manter o equilíbrio financeiro do contrato; - Alterar a data de reajuste de preços e prazo, e ainda a redação de cláusulas; - Atualizar o valor das obras a serem executados em 1992, sem alteração do valor.</i>	<i>Cr\$ 8.513.016.228,00</i>
<i><b>2º Termo Aditivo</b></i>	<i>01/09/93</i>	<i>- Aditar os quantitativos de serviços; - Alterar a data de reajuste de preços e prazo; - Atualizar o valor das obras a serem executados, sem alteração do valor.</i>	<i>Cr\$ 8.513.016.228,00</i>
<i><b>3º Termo Aditivo</b></i>	<i>20/06/94</i>	<i>Repactuar o valor contratado e acrescentar quantitativos, utilizando o INCC (9,04% do valor do contrato inicial)</i>	<i>Cr\$ 8.982.655.818,46</i>
<i><b>4º Termo Aditivo</b></i>	<i>19/10/99</i>	<i>- Acrescer serviços previstos no contrato; - Atualizar o valor para Reais, com base no contrato atualizado em junho/99 – R\$ 2.912.375,41; - Prorrogar o prazo;</i>	<i>R\$ 44.942.018,88</i>

<sup>1</sup> Cálculo efetuado pelo serviço ao cidadão do Banco Central do Brasil, disponibilizado na internet.

<b>Contratos/Aditivos/Cessões</b>	<b>Data</b>	<b>Objeto</b>	<b>Valor</b>
<b>5º Termo Aditivo</b>	21/11/00	- Acrescer e suprir serviços; - Prorrogar o prazo; - Reajustar o saldo para junho/2000	R\$ 33.857.621,42
<b>1º Termo de Cessão parcial</b> Via Engenharia S/A para <b>BRACEL LTDA</b>	08/11/99	- Ceder e transferir todos os direitos, obrigações e responsabilidade exclusivamente do 4º Aditivo.	R\$ 2.912.374,51
<b>1º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	08/05/00	- Acrescer e suprir serviços com repercussão financeira de R\$ 129.759,01 (4,46% do valor da cessão e 0,29 do valor do contrato original)	R\$ 3.042.134,45
<b>2º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	09/11/00	- Prorrogar prazo	R\$ 3.042.134,45
<b>3º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	20/12/00	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 3.042.134,45
<b>4º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	18/05/01	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 3.042.134,45
<b>5º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	12/09/01	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 3.042.134,45
<b>6º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão	14/11/01	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 3.042.134,45
<b>2º Termo de Cessão parcial</b> Via Engenharia S/A para <b>BRACEL LTDA</b>	09/03/00	- Ceder e transferir todos os direitos, obrigações e responsabilidade exclusivamente do 5º Aditivo.	R\$ 9.000.000,00
<b>1º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	19/10/01	- Compatibilizar a planilha de preços da cessão contratual ao plano de trabalho do Convênio 317/98/MIN/PMJP; - Reajustar pela variação do INCC	R\$ 9.661.574,00
<b>2º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	18/01/02	- Remanejar, acrescer e suprir serviços sem repercussão financeira.	R\$ 9.661.574,00
<b>3º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	06/05/02	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 9.661.574,00
<b>4º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	04/06/02	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 9.661.574,00
<b>5º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	23/09/02	- Remanejar, acrescer e suprir serviços sem repercussão financeira.	R\$ 9.661.574,00
<b>6º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	27/11/02	- Remanejar, acrescer e suprir serviços; - Prorrogar prazo	R\$ 9.661.574,00
<b>7º Termo Aditivo</b> do 2ª Termo de Cessão para BRACEL LTDA	12/02/03	- Remanejar, acrescer e suprir serviços sem repercussão financeira.	R\$ 9.661.574,00
<b>1º Termo de Cessão parcial</b> Via Engenharia S/A para <b>C.G. Construtora e Comércio Ltda</b>	29/12/00	- Ceder e transferir todos os direitos, obrigações e responsabilidade exclusivamente do 5º Aditivo.	R\$ 1.113.420,79
<b>1º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para C.G. Construtora e Comércio Ltda	19/10/01	- Compatibilizar a planilha de preços da cessão contratual ao plano de trabalho do Convênio 310/00/MIN/PMJP; - Prorrogar prazo	R\$ 808.097,02
<b>2º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para C.G. Construtora e Comércio Ltda	22/06/01	- Remanejar, acrescer e suprir serviços sem repercussão financeira.	R\$ 808.097,02

<i>Contratos/Aditivos/Cessões</i>	<i>Data</i>	<i>Objeto</i>	<i>Valor</i>
<b>3º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para C.G. Construtora e Comércio Ltda	15/10/01	- Acrescer e suprir serviços com repercussão financeira de R\$ 102.355,29 (16,67% do valor da cessão e 0,21% do valor do contrato original)	R\$ 910.452,31
<b>4º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para C.G. Construtora e Comércio Ltda	18/04/02	- Acrescer e suprir serviços com repercussão financeira de R\$ 37.256,29 (4,61% do valor da cessão e 0,75% do valor do contrato original)	R\$ 947.708,60
<b>1º Termo de Cessão parcial</b> Via Engenharia S/A para <b>LAJE Eng.e Planej.Ltda</b>	29/12/00	- Ceder e transferir todos os direitos, obrigações e responsabilidade exclusivamente do 5º Aditivo.	R\$ 1.809.439,15
<b>1º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para LAJE Engenharia e Planejamento Ltda	27/03/01	- Compatibilizar a planilha de preços da cessão contratual ao plano de trabalho aos Contratos de Repasse nº 010622109/00/SEDU/CAIXA/PMJP e nº 0108714-07/00/ SEDU/CAIXA/PMJP	R\$ 1.809.439,15
<b>2º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para LAJE Engenharia e Planejamento Ltda	27/11/01	- Compatibilizar a planilha de preços da cessão contratual ao plano de trabalho ao Contrato de Repasse nº 0114302-49/00/SEDU/CAIXA/PMJP e nº 0108714-07/00/ SEDU/CAIXA/PMJP	R\$ 1.809.439,15
<b>3º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para LAJE Engenharia e Planejamento Ltda	10/04/02	- Compatibilizar a planilha de preços da cessão contratual ao plano de trabalho ao Contrato de Repasse nº 0102220-03/00/SEDU/CAIXA/PMJP e nº 0108714-07/00/ SEDU/CAIXA/PMJP; - Prorrogar prazo	R\$ 1.809.439,15
<b>4º Termo Aditivo</b> do 1ª Termo de Cessão para LAJE Engenharia e Planejamento Ltda	15/10/02	- Adequar os quantitativos de serviços previstos na planilha original sem repercussão financeira; - Prorrogar prazo	R\$ 1.809.439,15

Em sessão do dia 26/05/2011, a 1ª Câmara deste Egrégio Tribunal entendendo existirem posicionamentos discrepantes dentro do próprio Órgão Fracionário, bem como, entre a 1ª e 2ª Câmaras, a respeito da possibilidade de promoção de cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres, em pactos firmados com a Administração Pública, precedidos de licitação, prolatou a seguinte decisão:

1. **Reconhecer** a existência de divergência, nesta Câmara, acerca da interpretação do direito, no que toca a admissibilidade ou não da cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres, no âmbito da Administração Pública;
2. **Encaminhar** o presente processo ao Tribunal Pleno para manifestação definitiva a respeito da divergência, na forma do § 1º, art. 17, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba – RITCE/PB;
3. **Sobrestar** o julgamento do Procedimento Licitatório na modalidade Concorrência nº 03/91 e Contratos, Aditivos e Termos de Cessões dele decorrentes, até o deslinde do conflito.

O Relator, após providenciar a distribuição aos Membros do Tribunal Pleno de cópias de Acórdãos conflitantes, agendou o presente processo para esta sessão plenária, com vistas à pacificação jurisprudencial acerca da matéria em disceptação, ressaltando que as intimações de praxe foram dispensadas.

#### **VOTO DO RELATOR:**

Ao compulsar detidamente o pergaminho processual, notam-se, inicialmente, posicionamentos colidentes, entre si, assumidos pelos Órgãos Auditor e Ministerial, porquanto o primeiro, ao final da análise de defesa considerou elididas todas as irregularidades, enquanto o segundo mostrou-se discordante quanto a estas conclusões. O nó górdio do processo em disceptação repousa na legalidade ou não da cessão de contratos administrativos com sub-rogação de direitos e deveres por parte do cessionário, tratado a seguir.

*Sobre cessão de contratos administrativos, a d. Auditoria assim se posiciona:*

*“(...) embora considerada falha grave, a Unidade Técnica entende que pode ser relevada, haja vista que se o texto gramatical do art. 78, incisi, VI, da Lei n° 8.666/93, for analisado de forma isolada, dá margens a interpretações no sentido de ser possível a sub-rogação contratual. E, que somente uma análise sistemática da Lei de Licitações e Contratos confrontada com princípios constitucionais da Administração Pública e do dever de licitar permite concluir pela total possibilidade de se utilizar tal instituto. Além disso, não há, pronunciamento definitivo, esclarecedor e normativo por parte desta Corte de Contas nesse sentido.”*

*A representante do Parquet, Procurado Isabella Barbosa Marinho Falcão, guardou a seguinte posição:*

*“não se olvide que as próprias cessões são institutos contestados, mormente quando se dá a transferência plena de direitos e obrigações do contratado original para um terceiro que sequer participara da licitação.”*

*(...)*

*“Vê-se, nos autos, que a cessão foi feita em termos plenos, quanto às obrigações e direitos da cedente repassados à cessionária. A relação contratual foi inteiramente transferida à cessionária, tanto que todos os Termos Aditivos relativos às obrigações eram firmados entre a cessionária e Prefeitura Municipal de João Pessoa, em clara evidência que a empresa cedente já não mais possuía qualquer responsabilidade perante a execução das referidas obras...”*

*A matéria ora revolvida é instigante e repleta de nuances que, em incontáveis ocasiões, fazem doutrina e jurisprudência caminharem em sentido nem sempre uniforme.*

*A melhor doutrina define contrato como associação de duas ou mais vontades, o acordo de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe, necessariamente, a pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei.*

*Segundo o saudoso tratadista Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo, no Direito Público, não difere substancialmente da conceituação adotada na esfera privada, a não ser pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, em favor da Administração Pública, que derogam algumas normas do direito privado.*

*No raciocínio do Sub-procurador Geral da Fazenda Leon Frejda Szklarowsky, “o contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí porque, cumprindo o preceito constitucional, através da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e idoneidade da contratada, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-no diretamente, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação e sincronia.”*

*Na visão de Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo é realizado intuitu personae, porquanto visa sempre à pessoa jurídica ou física do contratado, mas nada impede que o contratado confira partes das obras e certos serviços técnicos a artífices ou a empresas especializadas, porque, aduz, se o contrato é pessoal, nem sempre é personalíssimo.*

*Em consonância com o pensamento trilhado no parágrafo anterior, em função do caráter pessoal e, quase, nunca personalíssimo da avença, dispõe o artigo 72, da Lei n° 8.666/93, sobre o permissivo legal da subcontratação, por parte do contratado, em ajustes firmados com a Administração Pública, verbo ad verbum :*

*Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. (grifei)*

*No mesmo preceptivo, o legislador ressaltou que a permissão não transfere as responsabilidades legais e contratuais do contratado ao subcontratado, ficando aquele diretamente vinculado à Administração Pública para todos os efeitos.*

*De norte diametralmente oposto, na cessão com sub-rogação, admitida no âmbito privado, que em muito diverge do instituto da subcontratação, opera-se a total mudança na titularidade de direitos e deveres do*

*cedente para o cessionário, colocando-se este na condição de contratado, assumindo, assim, tal postura, eximindo àquele de qualquer responsabilidade perante o contratante.*

*Com efeito, mister se faz questionar se, ao derrogar regras válidas na órbita privada, o Direito Público deu guarida ao instituto da cessão de contratos administrativos com sub-rogação.*

*A doutrina é quase uníssona em relação à possibilidade da cessão contratual no campo das normas publicistas. O Sub-procurador Geral da Fazenda Leon Frejda Szklarowsky, autor da obra ‘Subcontratação e cessão de contratos administrativos’, esposado no contido no art. 78<sup>2</sup>, inciso VI, da Lei n° 8.666/93, e materializando os entendimentos proferidos por parcela significativa de estudiosos da área, assim se manifesta:*

*“..., juridicamente, não há impedimento, conforme deflui da cristalina seta indicativa do inciso VI do artigo 78 do vigente diploma legal, que erige como transgressão administrativa a cessão ou transferência total ou parcial, não admitida no edital e no contrato. A contrario sensu, nenhum óbice existe, guardado o quantitativo previsto no edital e no contrato.”*

*Na seara deste Tribunal, em tempos pretéritos, era pacífica a jurisprudência no sentido de se julgarem regulares as cessões contratuais, desde que previstas no edital e no contrato. Hodiernamente, esta Casa caminha para a sedimentação de entendimento contrário, haja vista a multiplicidade de decisões<sup>3</sup> em simetria com a novel posição.*

*Alguns Arestos<sup>4</sup> atuais, contudo, guardam semelhança àqueles que viam regularidade neste ajuste, gerando insegurança jurídica dos gestores que, assim, não têm convicção da posição albergada por esta Corte, haja vista que tais manifestações ficam a cargo do livre arbítrio de cada Relator, mesmo diante de caso de mesmíssima natureza. Malgrado entenda que a jurisprudência possa, ou melhor dizer, deva, evoluir em função das novas demandas administrativas, legais e sociais, tal transmutação precisa evitar incertezas quanto aos rumos a serem percorridos pelos gerentes da res pública. Em face do exposto, levantei na 1ª Câmara a necessidade de ser adotado posição uniforme, pelo Pleno, com vistas a dar arrimo ao basilar Princípio da Segurança Jurídica.*

*A insegurança na condução administrativa se mostra mais evidente quando em relação a uma mesma entidade da administração indireta estadual (CAGEPA) temos Acórdãos pela regularidade (Proc TC n° 6729/02), regularidade com ressalvas (Proc. TC n° 3630/04) e irregularidade (Proc. TC n° 2023/04).*

*Em relação ao Tribunal de Contas da União, prevaleceu, até o advento da Decisão n° 420/2002, cuja relatoria coube ao Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, o entendimento pela regularidade da aludida prática, em conformidade com as vetustas decisões do TCE/PB.*

*Através de Decisão n° 420/2002 – Plenário, com a qual me harmonizo, o Tribunal de Contas da União, ao reformular o seu entendimento a respeito da matéria, assim registrou sua postura perante a cessão contratual com sub-rogação, in litteris:*

*“(...) a sub-rogação plena, como operada, substitui o juízo da Administração – único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório – pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe – agora sem qualquer critério e sem empecilhos – terceiros para executar objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição de contratado. Esse sacrifício do princípio da eficiência por ato unilateral de pessoa alheia à Administração Pública – única constitucionalmente autorizada a laborar juízo nessa área – representa ato diretamente atentatório à eficácia e à própria validade do preceito constitucional. A mera anuência da Administração à sub-rogação contratual não substitui nem supre o juízo anteriormente formulado na escolha do contratado, em rigoroso procedimento licitatório.*

*A moralidade administrativa exige do agente público que conheça, respeite, aplique e preserve tudo quanto a Constituição e a legislação infraconstitucional impuseram à sua*

<sup>2</sup> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

<sup>4</sup> Acórdão AC1 TC n° 0761/2010; Acórdão AC2 TC n° 1162/02; Acórdão AC2 TC n° 0846/04.

*ação. A aceitação, pela SEINFRA, da sub-rogação plena dos termos contratuais configura lesão direta à moralidade administrativa, por se traduzir numa opção “de terceirização” do objeto licitado e fundamentalmente das responsabilidades a ele inerentes, desprezando, e até burlando, os interesses administrativos cuja observância teria levado à contratação do licitante vencedor.*

*A supremacia do interesse público impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas, físicas e jurídicas, que com eles mantenham eventual relação. A substituição do licitante vencedor por terceiro (e a Administração chegou ao licitante vencedor mediante análise de uma série de elementos, dentre eles capacidades técnica e econômica) despreza o interesse público que se concretiza no relacionamento entre a Administração e a licitante vencedora.”*

*Nesse sentido, o Procurador-Geral do TCU Lucas Rocha Furtado dissertando nos autos do processo TC 007.045/2001-2.*

*“ (...) A interpretação isolada do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, no sentido de permissão da subcontratação plena ou da transferência ou cessão, total ou parcial do objeto licitado, condenada, para o caso, pelos princípios constitucionais e ensinamentos doutrinários já mencionados, merece censura também por colidir diretamente com os termos do art. 72 da mesma Lei, que autoriza expressa e exclusivamente a subcontratação e, mesmo assim, de forma parcial.”*

*Em seu voto, diga-se de passagem, resplandecente, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, no precitado Decisum, assim lecionou:*

*“À exceção da subcontratação, os demais movimentos contratuais indicados no inciso VI do art. 78 (cessão, transferência, fusão, cisão e incorporação) não podem ser adotados, eis que isentam a contratada da sua posição de única e plena responsável perante a administração quanto às relações jurídicas emergentes do contrato.*

*31. Aliás, conforme já sustentado, mesmo a subcontratação só encontra amparo nas hipóteses estritas e necessariamente parciais custodiadas por previsões editalícia e contratual. Essa também é a posição de Toshio Mukai, citado no relatório precedente:*

*‘A Administração tem a faculdade de autorizar a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento, em parte, nunca total (a despeito do que possa parecer, pelo inciso VI do art. 78), desde que tal possibilidade esteja prevista o edital e no contrato. Mesmo em relação às partes subcontratadas, o contratado permanece com suas responsabilidades perante a Administração (art. 72).’*

*32. A conclusão, que se faz imperativa, é que, de todas as espécies mencionadas no art. 78, inciso VI, a única permitida à luz da interpretação sistemática é a subcontratação de parte do objeto contratado. Qualquer outra forma que transfira, junto com a parcela subcontratada, as responsabilidades pela execução do objeto, é repelida.*

*33. Entendimento contrário - admitir-se a transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações - cederia espaço à contratação direta. E, esse movimento representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar.*

*34. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal.*

*35. O resultado lógico-jurídico a que se chega a partir da análise desse quadro não admite, a toda evidência, que seja tolerada a substituição da figura da contratada quanto às responsabilidades que emergem do contrato ou mesmo a divisão, de forma solidária, dessas responsabilidades.”*

*Na mesma linha, através do voto vencedor do Ministro Relator Benjamin Zymler, encartado no Acórdão nº 1865/2004, deliberando acerca de convênios firmados pela União com a PM de João Pessoa, dentre eles, o referente ao Esgotamento Sanitário no Bairro do Bessa, posicionou-se pela ilegalidade das sub-rogações de contratos analisados.*

Em outro momento, Acórdão n° 1368/2004, o Ministro Benjamin Zymler ratificou:

*“Já foi firmado o entendimento por este Tribunal, por meio da Decisão n.º 420/2002 - Plenário, de que é ilegal e inconstitucional, em contratos administrativos, a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas ainda que de forma solidária, bem como, e por muito mais razão, cessão.*

*2.2.2.7. No caso da Prefeitura de Bayeux, nota-se que fica patente a burla ao princípio constitucional da licitação, quando as empresa vencedoras cedem todos os seus direitos e obrigações a uma outra, saindo da relação de responsabilidades contratuais, fruto de um procedimento licitatório. Na prática, temos uma empresa assumindo a execução do objeto da licitação, bem como recebendo pagamentos da administração pública, sem ter se submetido a qualquer processo licitatório, que deve preceder as relações contratuais públicas, na forma da lei.”*

*Diante das exposições, peço vênia a Auditoria e para discordar de seu entendimento, como também, da posição firmada por parte dos doutrinadores, posto que, entendo não caber a interpretação literal e isolada de postulado legal sem que este seja confrontado com princípios constitucionais que balizam a Administração Pública. Senão vejamos.*

*A licitação constitui um dos principais procedimentos imperativos à Administração Pública. Além de ser disciplinada pela Lei Federal n° 8.666/93, está prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Brasileira, constituindo assim obrigatoriedade para o Administrador Público quando da contratação de bens e serviços.*

*Dessa forma, a licitação é regra no nosso ordenamento jurídico e caracteriza-se por ser um instrumento de democratização da administração dos bens e serviços públicos, permitindo que todos aqueles que estejam aptos possam concorrer para contratar com a Administração, assegurando a todos igualdade de participação.*

*Além disso, exige que o Administrador atue com vistas a planejar seus atos de forma a antecipar-se prevendo as necessidades públicas, para que possa atendê-las utilizando-se do meio legal adequado.*

*Outra vantagem que a observância ao princípio da licitação proporciona à Administração Pública é a promoção da melhor contratação, vez que permite selecionar a proposta mais vantajosa, contribuindo assim para não onerar excessivamente o erário público e concretizar o princípio da economicidade (relação custo/benefício).*

*Do certame extrai-se contrato, que embora de caráter não personalíssimo, gera obrigações recíprocas entre a Administração e o licitante vencedor. Pela Lei n° 8.666/93, a subcontratação é admitida, porém, segundo leciona o ilustre Justen Marçal Filho, “não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém o subcontratante.”*

*Diferentemente, no caso em tela, a Administração, através de seus diversos agentes, aquiesceu com o instituto da sub-rogação. A sub-rogação importa em transferência plena de direitos e deveres, para com a Administração, do licitante vencedor para terceiro, alheio ao processo. Portanto, resta esclarecer que a adoção desse artifício significa, lato sensu, a contratação direta do terceiro, haja vista o mesmo, ao ser escolhido ao alvedrio do licitante vencedor, não ter se submetido a procedimento licitatório, configurando verdadeira burla a Licitação, procedimento constitucionalmente exigido no art. 37 da CF.*

*Outrossim, a anuência a este movimento contratual se avulta deveras temerária ao interesse público, na medida em que transfere ao contratado a faculdade de transmitir obrigações e direitos a outrem que, sequer, teve atestada a sua habilitação jurídica, regularidade econômico-financeira, regularidade fiscal e qualificação técnica, ou seja, não é possível inferir se o cessionário atendia aos requisitos mínimos, exigidos em regular procedimento licitatório, para contratar com a Administração Pública, restando comprometida, em face da insegurança, a execução da obra ou o fornecimento de bens e serviços necessários ao atendimento das demandas sociais. Além de moralmente condenável, tal conduta pode desaguar em graves prejuízos ao erário público.*

*Tal situação não respeita aos princípios e pressupostos legais do procedimento licitatório, conforme destaquei inicialmente, pois cerceam a competitividade e a igualdade de condições para os possíveis*

participantes, conseqüentemente a Administração não consegue escolher a melhor proposta para a Edilidade visando a economicidade.

Alterações subjetivas dessa natureza infringem o princípio da isonomia, pois, ao anuir com a sub-rogação, o Poder Público excluiu os demais participantes do certame, que, em tese, poderiam ter interesse na contratação e tiveram tolhida a oportunidade de fazê-lo, através de licitação, em detrimento de terceiro alheio a todo o processo regular.

Em tempo, mesmo apresentando julgados discrepantes, na minha ótica, este Egrégio Pleno, de maneira incidental, já manifestou sua posição sobre o fato, na medida em que editou a Resolução Normativa RN TC n° 05/2010, que versa sobre a emissão de Declaração de Inidoneidade, nos seguintes termos:

Art. 1º - Caracteriza fraude à licitação, para fins de declaração de inidoneidade, de empresa que dela participe, a ocorrência de situações em que se atente contra os princípios que a regem, explicitados no art. 3º da Lei 8666, de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores, a exemplo de:

- I. participação de empresas que possuam entre si vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista;
- II. participação de empresas que tenham em comum dirigentes ou representantes;
- III. apresentação de propostas com preços inexequíveis e/ou superfaturados;
- IV. quebra do sigilo de proposta apresentada;
- V. cessão do objeto licitado a terceiros;
- VI. obstrução ao regular processamento da licitação; (grifei)

A sedimentação definitiva da questão, a meu ver, ganhou ares mais robustos quando a precitada Resolução foi revogada e o conteúdo do seu art. 1º foi, integralmente, incorporado ao Regimento Interno desta Corte (art. 205).

Ora, se para fins de Declaração de Inidoneidade, sansão por demais gravosa para o particular, pessoa física ou jurídica, constitui fraude à licitação a cessão do objeto adjudicado/homologado/contratado a terceiro, claro está o entendimento desta Corte acerca do assunto.

Inobstante a flagrante irregularidade, não vislumbro razoável cominar a coima aos gestores que assim procederam no caso vertente, porquanto estes passaram por caminhos pantanosos, em que o chão nem sempre oferece solidez para deambular e, estribaram suas ações em Pareceres Jurídicos dos órgãos de assessoramento, cujas conclusões apontaram para a legalidade da conduta.

Outrossim, a matéria, até o presente, nesta Corte, não goza de entendimento uniforme, variando as decisões ao sabor da relatoria, fato que, repito, causa insegurança a quem foi conferido o dever de administrar. Desta feita, estou convicto acerca da necessidade de se estabelecer unicidade sobre o assunto em tela, devendo-se aplicar pena de multa tão somente às cessões com sub-rogação formalizadas a partir desta uniformização.

Ante o exposto, voto no sentido de:

1. Considerar ilegal a cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres, no âmbito do Poder Público do Estado da Paraíba, em suas esferas estadual e municipal, mesmo que admitida em Edital Licitatório e Contrato, tendo em vista constituir-se de prática atentatória aos Princípios Constitucionais arrolados no caput do art. 37, da CFRB, como também, aquele esculpido no inciso XXI;
2. Determinar o retorno do feito a 1ª Câmara para, uma vez pacificado o entendimento acerca de matéria de direito (cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres), proceder ao julgamento da Concorrência n° 03/91, contrato e termos aditivos dela derivados;
3. Propor a edição de súmula acerca da matéria, com fulcro no art. 188, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.



**DECISÃO DO TRIBUNLA PLENO DO TCE-PB:**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC N° 04824/02, os Membros do Pleno do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, ACORDAM, à unanimidade, na sessão realizada nesta data, em:

1. **Considerar ilegal a cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres**, no âmbito do Poder Público do Estado da Paraíba, em suas esferas estadual e municipal, mesmo que admitida em Edital Licitatório e Contrato, tendo em vista constituir-se de prática atentatória aos Princípios Constitucionais arrolados no caput do art. 37, da CFRB, como também, aquele esculpido no inciso XXI;
2. **Determinar o retorno do feito a 1ª Câmara** para, uma vez pacificado o entendimento acerca de matéria de direito (cessão contratual com sub-rogação de direitos e deveres), proceder ao julgamento da Concorrência n° 03/91, contrato e termos aditivos dela derivados;
3. **Propor a edição de súmula** acerca da matéria, com fulcro no art. 188, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

*Publique-se, registre-se e cumpra-se.*  
*TCE-Plenário Ministro João Agripino*

*João Pessoa, 31 de agosto de 2011.*

*Conselheiro Fernando Rodrigues Catão*  
*Presidente*

*Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira*  
*Relator*

*Fui presente,*

*Marcílio Toscano Franca Filho*  
*Procurador Geral do Ministério Público junto ao TCE-Pb*