

▣

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Consulta formulada pelo Diretor Presidente da CODATA – Companhia de Processamento de Dados da Paraíba. Conhecimento e resposta segundo as manifestações dos órgãos técnicos da Corte.

PARECER PN TC 05/06

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC Nº **00940/06**, que trata de Consulta formulada pelo Sr. Marcos Antonio Gonçalves Brasileiro, Diretor Presidente da CODATA – Companhia de Processamento de Dados da Paraíba, DECIDEM os integrantes do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, por unanimidade, em sessão plenária realizada hoje, em CONHECER da Consulta e, no mérito respondê-la nos termos da manifestação da Auditoria e do parecer da Procuradoria, cujas cópias deverão ser encaminhadas ao consulente.

Presente ao julgamento a Procuradora Geral.
TCE – Plenário Min. João Agripino.
João Pessoa, em 15 de março de 2006.

Cons. Arnóbio Alves Viana
Vice-Presidente em exercício

Cons. Flávio Sátiro Fernandes
Relator

Cons. Marcos Ubiratan Guedes Pereira

Cons. Antônio Nominando Diniz Filho

Cons. Fernando Rodrigues Catão

Cons. Subst. Umberto Silveira Porto

Ana Teresa Nóbrega
Procuradora Geral



DOCUMENTO TC Nº 19277/05.

ORIGEM: CODATA – Companhia de Processamento de Dados da Paraíba.

CONSULENTE: Marcos Antonio Gonçalves Brasileiro – Diretor Presidente.

ASSUNTO: Subcontratação de empresas, mesmo quando contratadas, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XIII da Lei 8.666/93.

Trata-se de Consulta formulada pelo Diretor Presidente da CODATA, Sr. Marcos Antonio Gonçalves Brasileiro, o petição tem o seguinte histórico:

“ A Lei 8.666/93 dispõe, em seu art. 24, inciso XIII, que é dispensável a licitação para contratação de instituição brasileira, incumbida regimentalmente ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Por outro lado, esse mesmo estatuto legal, em seu art. 72, prescreve que “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”. Outro quesito necessário para que seja permitido a subcontratação, disposto indiretamente no art. 78, inc. VI, é que esta possibilidade deve estar prevista no edital e no contrato. É neste ponto que se impõe a nossa consulta:

- 1) É permitida a subcontratação de empresas, mesmo quando contratadas, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93?
- 2) No caso de resposta afirmativa, questionamos se a possibilidade de subcontratação deve estar consignada apenas no contrato, já que não existe edital ou instrumento convocatório, ou deverá constar no Projeto Básico?

Submetido o feito ao juízo de admissibilidade do Sr. Presidente da Corte de Contas (art. 77 Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba), e com o crivo do Assistente Especial da Presidência, determinou sua Excelência o pronunciamento da Auditoria, que conheceu da matéria.

A questão jurídica sobre a subcontratação e cessão de contrato público encontra-se disposta em dois artigos da Lei 8.666/93, quais sejam:

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.

E o outro:

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;

Na interpretação dos dois comandos normativos dividiu-se a doutrina uma corrente pela possibilidade de cessão de contrato público com repasse da responsabilidade contratual, e a corrente contrária a subcontratação e cessão sem transferrência de responsabilidade.

No sentido da possibilidade de cessão com o trespasse da respnsabilidade com fundamento no art. 78, IV da Lei 8.666/93, posiciona-se Leon Frejda, nos seguintes termos:

“Subcontratação e cessão de contratos administrativos

1. Subcontratação, na linguagem da Lei de Licitações e Contratos - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, é o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto do contrato.

2. A subcontratação não se confunde com a associação da contratada com outrem, nem com a cessão, transferência, fusão, cisão ou incorporação.

3. A subcontratação está submetida à regência da Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores, bem como às disposições do direito privado, subsidiariamente.

4. A subcontratação de um contrato de obra, serviço ou fornecimento perfeitamente lícito.

5. A subcontratação é permitida, desde que esteja prevista expressamente no edital e no contrato, até o limite ali consignado e a responsabilidade originária da contratada permanece inalterada.

6. A cessão do contrato administrativo é lícita e conforma-se com a melhor doutrina e com o direito vigente. A interpretação do inciso VI do artigo 78 da Lei 8666/93 conduz, insofismavelmente, a essa conclusão.

7. A cessão poder ocorrer, desde que prevista no edital e no contrato, de conformidade com o quantitativo ali consignado, cessando a responsabilidade da contratada.

8. A sub-rogação pode ocorrer, nas mesmas condições da cessão.

9. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem-se pautado, no sentido de proibir a subcontratação total e, ipso facto, aquiescer na subcontratação de partes (não a

globalidade) do objeto do contrato, exigindo a sua previsão no edital e no contrato, até o limite consignado.

10. Alguns tribunais estaduais têm manifestado, iterativa e torrencialmente, sua plena aquiescência à subcontratação, à sub-rogação e à cessão do contrato.

11. O contrato entre a contratada e a subcontratada faz-se diretamente entre estas, conquanto fiquem mantidos os vínculos entre a contratante e a contratada e total responsabilidade desta. ⁴¹ Grifei.

A doutrina de Hely Lopes enfrentou a matéria:

“**Execução pessoal:** todo contrato administrativo é firmado *intuitu personae*, isto é, tendo em vista a pessoa física ou jurídica que, através do procedimento da licitação ou de outros meios, nos casos de dispensa, demonstrou possuir idoneidade para executar o plenamente seu objeto, sob o triplice aspecto *jurídico, técnico e financeiro* (v., adiante, item VI, *Habilitação dos licitantes*). Assim sendo, compete-lhe *executar pessoalmente* o objeto do contrato, ou seja, sem transferência de responsabilidade ou subcontratações não autorizadas pela Administração.

Todavia, se a execução é pessoal, nem sempre é personalíssima, podendo exigir a participação de diferentes técnicos e especialistas. Quando essa participação é mínima e usual, fica subentendido no contrato a possibilidade de o contratante deferir a realização desses serviços técnicos e especializados a terceiros, sob sua inteira responsabilidade.”²

Nessa mesma linha da lição de Hely Lopes cota do MP especial junto ao Tribunal de Contas do Estado da lavra da Dr^a Sheyla Barreto Braga de Queiroz, no qual com fundamento no Acórdão 1368/2004 – Plenário do TCU³, questionou as cessões realizadas com transferências de responsabilidades.

Também o STJ enfrentou o tema:

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

18/03/2003

Data da Publicação/Fonte

DJ 12.05.2003 p. 221

Ementa

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSOS DE FINANCIAMENTO. INTERMEDIÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRATADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE

¹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Subcontratação e cessão de contratos administrativos*. In: *Âmbito Jurídico*, set/1998 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0010.html>

² Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*. 18^o Ed. p 211/212.

³ Proc. TC n 04253/04.

OFENSA

AO ART. 7º, §§ 2º, I, II E 3º, DA LEI 8.666/93. **CESSÃO** PARCIAL DO **CONTRATO**. LEGALIDADE. ART. 72, DA LEI DE LICITAÇÕES.

ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA. LOCUPLETAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1 – A Lei de licitações, em seu artigo 7º, §§ 2º, I, II e 3º, veda que a própria contratada, vencedora de procedimento licitatório, seja responsabilizada pelo aporte dos recursos para realização do objeto adjudicado. Não caso concreto, tal não ocorreu, não se verificando qualquer ofensa ao dispositivo em referência.

2 – A parcial **cessão** do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei 8.666/93, não constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza intuitu personae dos **contratos**.

3 - Na espécie, embora o Município busque a anulação de **contrato** de **cessão** praticado entre a original vencedora da licitação e a empresa recorrida, bem como de todos os atos dali decorrentes, não há qualquer ofensa à legislação federal, razão suficiente para a denegação do pedido.

4 – Demonstrada a efetiva realização do objeto contratado – no caso, obras de infraestrutura no Município -, não pode a Administração, ao argumento de eventual irregularidade no estabelecimento do ajuste, furtar-se, na espécie, ao adimplemento de sua obrigação pecuniária com o particular.

5 - As mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos **públicos**, inclusive as contratações, devem, também, vedar o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública.

6 – Recurso especial conhecido e desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Resumo Estruturado

POSSIBILIDADE, LICITANTE VENCEDOR, SUBCONTRATAÇÃO, TERCEIRO, **CESSÃO**, PARTE, OBJETO, LICITAÇÃO, REFERENCIA, **CONTRATO** ADMINISTRATIVO, EXECUÇÃO, OBRA PUBLICA, SERVIÇO, DECORRENCIA, AUTORIZAÇÃO EXPRESSA, **CONTRATO**, LEI DE LICITAÇÕES, NÃO CARACTERIZAÇÃO, OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA.

INEXISTENCIA, NULIDADE, SUBCONTRATAÇÃO, HIPOTESE, **CONTRATO** ADMINISTRATIVO, PREVISÃO ORÇAMENTARIA, INTEGRALIDADE, RECURSOS

FINANCEIROS, NÃO CARACTERIZAÇÃO, VIOLAÇÃO, DISPOSITIVO LEGAL, LEI DE

LICITAÇÕES, REFERENCIA, PROIBIÇÃO, IMPUTAÇÃO, CONTRATADO, RESPONSABILIDADE, OBTENÇÃO, RECURSOS FINANCEIROS, EXECUÇÃO, OBJETO,

LICITAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, ADMINISTRAÇÃO

PUBLICA, SUSPENSÃO, PAGAMENTO, SUBCONTRATADO, POSTERIORIDADE, REALIZAÇÃO, OBRA.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:008666 ANO:1993

***** LC-93 LEI DE LICITAÇÕES
ART:00007 PAR:00002 INC:00001 INC:00002 PAR:00003
ART:00072
LEG:FED DEL:002300 ANO:1986
ART:00040 ART:00062

Doutrina

OBRA : COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E **CONTRATOS**
ADMINISTRATIVOS, DIALÉTICA, 5ª ED., 1998, P. 103, 499-500.
AUTOR : MARÇAL JUSTEN FILHO.
OBRA : DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, MALHEIROS, 26ª ED.,
2001.
AUTOR : HELY LOPES MEIRELLES.

Sucessivos

RESP 468191 SP 2002/0100004-2 DECISÃO:18/03/2003
DJ DATA:12/05/2003 PG:00221

Pelo exposto a Auditoria do Tribunal de Contas posiciona-se pela possibilidade de subcontratação – cessão – sem repasse da responsabilidade do contrato tendo-se em vista a característica *initui personae* do contrato de direito público.

CONCLUSÃO

Pelo o exposto, a auditoria manifesta-se pela resposta aos quesitos formulados nos seguintes termos:

- 1) É permitida a subcontratação de empresas, mesmo quando contratadas, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93?

A Lei 8.666/93, quando tratou em seus art. 72 e 78, IV da subcontratação ou cessão não fez qualquer restrição quanto a origem do contrato se licitado ou advindo de dispensa licitatória. Vale ressaltar, que todavia, se a execução é pessoal, nem sempre é personalíssima, podendo exigir a participação de diferentes técnicos e especialistas. o contratante deferir a realização desses serviços técnicos e especializados a terceiros, mesmo nestes casos a responsabilidade do contratado original permanece integral com a Administração.

- 2) No caso de resposta afirmativa, questionamos se a possibilidade de subcontratação deve estar consignada apenas no contrato, já que não existe edital ou instrumento convocatório, ou deverá constar no Projeto Básico?

Como em processos de dispensa de licitação não há edital, a previsão deve constar do contrato.

É o relatório.

João Pessoa, 19 de dezembro de 2005.

Enio Martins Norat

ACP.

Jonas Alberto da Silva
AJ.

De ordem, à _____, para providências:

Em, ___/___/___

Enio Martins Norat
Chefe da DILIC