



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

Origem: Companhia de Água e Esgotos do Estado da Paraíba - CAGEPA

Natureza: Licitação – concorrência – exame de contrato e aditivos

Responsáveis: Carlos Alberto Pinto Mangueira / Eraldo Marinho Fernandes / Deusdete Queiroga Filho

Relator: Conselheiro André Carlo Torres Pontes

**LICITAÇÃO, CONTRATO, CESSÃO E ADITIVOS.** Governo do Estado. Administração indireta. Companhia de Água e Esgotos da Paraíba - CAGEPA. Concorrência realizada no ano de 1993. Procedimento julgado regular. Contratação efetuada três anos depois. cessão integral do objeto licitado. Celebração de termos aditivos. Acréscimo de itens e quantitativos não previstos no certame. Descumprimento da legislação. Excesso de preços em planilha não confirmado. Ausência de indicação de que os serviços não foram executados. Extenso lapso temporal da instrução processual. Modificações de fontes de recursos e preços ao longo dos anos. Imprecisão quanto à imputação. Regularidade do contrato. Irregularidade da cessão e dos aditivos.

**ACÓRDÃO AC2 – TC 01181/12**

**RELATÓRIO**

Os autos deste processo foram constituídos nos idos de 1997, por ordem do ex-Conselheiro Marcus Ubiratan Guedes Pereira, enquanto Presidente dessa Corte de Contas, com o escopo de apurar, originariamente, o conteúdo do parecer lavrado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado (Parecer 097/97-PGE – fl. 02), publicado na edição do Diário Oficial do Estado de 07/11/1997, em cujo teor opinou-se, relativamente às obras da BARRAGEM CANAFSÍTULA II, pela possibilidade de celebração de termos aditivos em percentuais acima dos 25% permitidos em lei.

Documentação coletada pela Auditoria colacionada às fls. 03/295.

Após exame dos elementos colacionados, o Órgão Técnico emitiu relatório exordial (fls. 319/333), do qual se colhem, em síntese, as seguintes informações produzidas:

- Da documentação coletada constam cópias do contrato e de todos os aditivos firmados entre a CAGEPA e a empresa Construções e Topografia BASEVI Ltda., existindo, inclusive, as razões fáticas, técnicas e jurídicas que embasaram a Procuradoria Geral do Estado a emitir o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

posicionamento alhures anunciado quanto à celebração de aditivos acima do percentual legalmente permitido;

- Em pesquisa junto ao arquivo desta Corte de Contas, localizou-se o Processo TC 1550/94, em que foi examinada a concorrência 03/93, que teve por objeto a complementação de obras referentes à Barragem Canafístula II. Daqueles autos, foram extraídas cópias do aviso de edital, do relatório da CPL e da homologação;

- A vencedora da concorrência foi a empresa CONSTECA Construções S/A, sendo o valor homologado de CR\$ 57.889.555,2 (cruzeiros reais), equivalente, na época, a 1.352.875,00 UFIR;

- Segundo consta do Processo TC 1550/94, **inexistiram irregularidades** quanto ao procedimento, tendo sido os preços considerados, à época, **compatíveis** com os de mercado. Deste modo, por meio do Acórdão 365/97, proferido pela 2ª Câmara,  **julgou-se regular** a licitação;

- Os recursos para execução do objeto licitado foram provenientes dos Governos Federal e Estadual;

- Apesar do certame ter sido homologado em julho/agosto de 1993, a empresa vencedora somente foi convocada para assinar o instrumento contratual em julho de 1995. Contudo, alegando exigências descabidas, desistiu de firmá-lo;

- Seguidamente, foi convocada a segunda colocada do certame (Rodoférrea Construtora de Obras Ltda.), a qual não aceitou o convite. Chamou-se, posteriormente, a empresa STER Engenharia S/A (terceira colocada), que, em meados de julho de 1996, firmou o **contrato 600177, no valor de R\$ 2.200.000,00**, para execução das obras no prazo de 360 dias;

- No mesmo dia em que foi assinado o contrato acima referido, **a STER Engenharia Ltda. cedeu-o à empresa Construções e Topografia BASEVI S/A (não participante da licitação)**, transferindo todos os direitos e obrigações contratuais;

- Em 29/10/1996, foi firmado o **1º termo aditivo** ao Contrato 600177, tendo por objeto o acréscimo do valor de R\$ 108.578,90 (4,93% do valor contratado), referente a itens não previstos na licitação;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

- Em 25/06/1997, foi celebrado o **2º termo aditivo**, tendo por finalidade o acréscimo da quantia de R\$ 441.354,40 (20,07% do valor original), também relativo ao incremento de itens não previstos;
- Em 31/07/1997, foi firmado o **3º termo aditivo**, tendo por objetivo a prorrogação da vigência contratual por mais 210 dias;
- Em 20/08/1997, foi celebrado o **4º termo aditivo**, com o fito de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, reajustando o valor contratual no percentual de 7%. Segundo apontou a Auditoria, ao invés de ter sido aplicado sobre o valor total depois dos acréscimos feitos por aditivos, o reajuste deveria ter incidido sobre o valor original do contrato (R\$ 2.200.000,00);
- Em 10/11/97, foi firmado o **5º termo aditivo**, tendo por objeto o acréscimo da quantia de R\$ 2.347.152,37, em decorrência do aumento de quantitativos e custos não previstos inicialmente. Acerca da celebração desse instrumento foi que houve os pronunciamentos da então SCDP/PB (atualmente nominada CGE) e PGE/PB;
- Com relação à análise dos aspectos técnicos, mostra-se, com relevo, a indicação de excesso de preço no montante de R\$ 591.777,25 (equivalente a 649.733,47 UFIR), decorrente da diferença de preços previstos nas planilhas dos 2º e 5º aditivos, quando comparados com os preços da tabela da CAGEPA;

Além das informações acima sintetizadas, a Auditoria, ao final do sobredito relatório, registra as seguintes ponderações, traduzidas em máculas, para discordar dos argumentos fáticos, técnicos e financeiros envolvidos nos autos, a saber:

- Licitação de obra de ampliação da barragem em desacordo com o seu projeto;
- Aproveitamento de licitação para realização de obras, qualitativa e quantitativamente, diversas do que foi licitado, utilizando-se fontes de recursos distintas daquelas inicialmente previstas;
- Assinatura de contrato e cessão, sem que houvesse depósito prévio de garantia pelo contratado ou pelo cessionário;
- Reajustamento a maior no valor de R\$ 147.074,23, equivalentes a 161.478,07 UFIR;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

- Exorbitância de acréscimos ao valor original do contrato;
- Acréscimos de quantitativos cujos preços encontravam-se acima daqueles levantados pela CAGEPA, resultando sobrepreço de 649.733,47 UFIR;
- Variação elevada entre o valor licitado, no patamar de 1.352.875,00 UFIR, e o custo da obra, na ordem de 5.798.837,28 UFIR, verificado no momento de confecção do relatório;

Ademais, a Unidade Técnica atribuiu as responsabilidades pelos fatos listados aos seguintes gestores: CARLOS ALBERTO PINTO MANGUEIRA, ERALDO MARINHO FERNANDES e DEUSDETE QUEIROGA FILHO. No caso destes últimos, são atribuídas as máculas relativas aos excessos apurados, decorrentes da celebração dos 3º, 4º e 5º termos aditivos.

Em atenção ao contraditório e à ampla defesa, foram efetuadas as notificações dos gestores acima referidos, os quais apresentaram defesa conjunta, conforme se observa às fls. 345/351.

Depois de examinar os elementos defensórios, a Auditoria emitiu relatório (fls. 619/622), por meio do qual ratificou as conclusões emitidas no relatório exordial.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, em parecer da lavra da Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz, fazendo alusão ao 5º termo aditivo, pugnou, em suma, pela irregularidade e aplicação de multa aos ordenadores de despesa.

Não obstante as irregularidades verificadas pela Auditoria, neste pronunciamento o Órgão Ministerial elencou circunstâncias desfavoráveis à imputação de débito. Resumidamente, foram elas:

- Não consideração pela Auditoria de substancial impacto no valor original do contratado, ao longo de 03 anos, decorrente de reajustamento de preços de materiais e mão-de-obra;
- Plausível mudança de fontes de recursos e das diferenças de preços constatadas, em razão do extenso tempo decorrido;
- Atuação dos gestores da CAGEPA sob orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

- Possibilidade de geração de demanda judicial em face do Governo Estadual, bem como de comprometimento das estruturas e funcionamento do sistema, acaso paralisada a obra;
- Ausência de indicação de responsabilidade pecuniária dos gestores relacionada à contrapartida estadual, sendo temerária a imputação sem absoluta segurança técnico-jurídica do grau de responsabilidade de cada um dos ordenadores de despesas.

Retornados os autos ao então Relator, houve agendamento para a sessão do dia 26/04/2005. Em razão de pedido de vistas do Conselheiro Fernando Rodrigues Catão, o processo voltou a ser apreciado na sessão do dia 21/06/2005, decidindo-se, consoante se observa da ata daquela assentada (fls. 634/635), pelo retorno dos autos à Auditoria para efetuar as verificações suscitadas naquele momento.

Convém consignar, sinteticamente, a discussão travada naquela sessão de julgamento.

Após vistas ao processo, o Conselheiro Fernando Rodrigues Catão asseverou que os valores atribuíveis aos gestores não estavam devidamente individualizados nem havia clara composição das verbas. Outrossim, Sua Excelência entendeu, ante a gravidade das conclusões da Auditoria, caber responsabilidade solidária à empresa contratada, nas pessoas de seus representantes legais, ressaltando, contudo, a necessidade de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa.

Impende registrar que o Conselheiro Flávio Sátiro Fernandes, então relator, **havia votado pela irregularidade do termo aditivo e pela aplicação de multa aos responsáveis**. Porém, ante as considerações do Conselheiro Fernando Rodrigues Catão, **acatou** a preliminar suscitada e **reformulou** o voto a fim de que fossem esclarecidos todos os aspectos controvertidos.

Novas manifestações da Auditoria (fls. 639/641 e 5663/666) procuraram elucidar todos os pontos suscitados na sessão de julgamento, registrando as responsabilidades dos gestores, a composição dos valores, etc.

Submetida a matéria à análise do Ministério Público de Contas, lavrou-se cota por meio da qual se ratificou o pronunciamento anterior, ressaltando, para fins de imputação de débito e/ou aplicação de multa a observância do quadro de fl. 665.

Despacho do então relator determinou a notificação do representante legal da empresa Construções e Topografia BASEVI S/A. Apresentada defesa (fls. 672/676), houve exame pela



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

Auditoria, a qual informou que os elementos defensórios não alteraram o conteúdo das manifestações anteriores (fls. 679/680).

Seguidamente, cota Ministerial (fl. 681) consignou ser temerária a imputação de débito de forma solidária à pessoa jurídica que somente foi notificada recentemente para exercício do contraditório e da ampla defesa. Entendeu o *Parquet* Especial ser mais plausível responsabilizar os gestores públicos envolvidos.

Foi, então, o processo agendado para a presente sessão, sendo efetuadas as intimações de estilo.

Na sessão de julgamento, em parecer oral, a d. representante do Ministério Público de Contas, Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz, afastou a possibilidade de aplicação de multa, em razão de inexistência de norma vigente ao tempo dos fatos, e sublinhou não ser cabível imputação de débito ante aspectos de tempo e monetários já declinados em seu parecer escrito.

**VOTO DO RELATOR**

A licitação mostra-se não apenas como procedimento seletivo **prévio** em que a administração busca melhores vantagens nas aquisições de bens, obras e serviços que realiza, mas, doutra banda, revela-se como verdadeiro instrumento de concretização da democracia, daí avocar o caráter social e fomentador da cidadania. Visa facultar aos administrados, em geral, a oportunidade de participação nos negócios públicos. Instituto de reconhecida importância, a licitação foi até mesmo erigida à categoria de princípio constitucional – CF/88, art. 37, inciso XXI –, tornando-se **obrigação** ou **dever jurídico** legalmente endereçado aos gestores do erário.

Nos autos, resta noticiado um procedimento de licitação, realizado pela Companhia de Água e Esgotos da Paraíba, **ainda no exercício de 1993**, que gerou efeitos (contrato, cessão de direitos e obrigações, bem como aditivos) **até o exercício de 1997**. Somente este aspecto seria suficiente para **macular** de inconstitucional a conduta praticada pela gestão da CAGEPA, conquanto cerceadora da participação de eventuais fornecedores nos contratos de realização de obras públicas, na contramão do caráter democrático a revestir o instituto da licitação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

É que a licitação, quando exigível, deve ser sempre prévia à realização da despesa pública a custear a satisfação das necessidades coletivas. Logo, objetos desejados pela pública administração, detectados ou ajustados após um procedimento de licitação já concluído, devem ser submetidos a novo – ou novos – certames seletivos. Isso, porque, a administração não pode contratar o que não licitou – repise-se, quando o procedimento for exigível. O que a legislação admite é o incremento do objeto já licitado até um limite, jamais outro objeto.

Daí a legislação exigir, para a contratação de obras, a elaboração de projeto básico com o detalhamento dos itens em valores unitários. É o conteúdo deste projeto básico que será objeto de disputa pelos licitantes e de execução pelo futuro contratado. Assim, perante a lei, na sequência para a realização de obra pública, o projeto básico será sempre prévio à licitação, até mesmo como instrumento de transparência e controle, bem como para possibilitar a disputa isonômica entre os eventuais licitantes.

No mesmo norte, como instituto em busca do princípio da eficiência, a legislação estabelece a obrigação de o original contratado manter durante toda a execução do contrato as condições de habilitação e qualificação exigidas no edital. Forçosamente, tal regramento aplica-se às possibilidades de derivadas subcontratação e cessão do objeto contratado, pois, se o original contratado deve manter-se dentro dos padrões de habilitação e qualificação, muito mais os novos partícipes do contrato que, em algumas situações, nem mesmo participaram da licitação. É matéria, assim, a ser observada pela administração quando da autorização de tais institutos.

Doravante, para uma melhor compreensão da matéria, faz-se necessário historiar o contrato celebrado em decorrência da concorrência 03/93, passando por cessão de direitos e obrigações e celebração de termos aditivos.

### **DA LICITAÇÃO, CONTRAÇÃO E CESSÃO**

Segundo os termos do edital da concorrência 03/93, o objeto pretendido pela Administração Pública consistiu na execução de obras de ampliação da Barragem de Acumulação Canafístula II. Decorrido todo o trâmite licitatório, consoante se observa do ato homologatório datado de 27/08/1993 (fl. 49), consagrou-se vencedora a empresa Constecca Construções S/A.

Ultrapassados dois anos da homologação, a empresa vencedora foi convocada para assinar o instrumento contratual. Contudo, sob o pretexto de que a antiga Secretaria de Controle da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

Despesa Pública estaria fazendo exigências desarrazoadas, declinou da convocação, recusando-se, desta forma, à assinatura contratual. Nesse mesmo sentido, a segunda colocada (empresa Rodoférrea Construtora de Obras Ltda.) também não manifestou interesse em assumir o objeto licitado.

Diante da renúncia das duas primeiras colocadas no certame, já no ano de 1996, convocou-se a terceira classificada (empresa STER Engenharia S/A), a qual concordou em assumir a contratação (v. fl. 55). Firmou-se, então, o contrato 600177 (fls. 64/72), com valor inicial de R\$ 2.200.000,00 e prazo para execução das obras de 360 dias, contado da data da ordem de serviço.

Ao mesmo tempo em que firmava o contrato aludido, a empresa STER Engenharia S/A cedeu-o à empresa Construções e Topografia Basevi S/A (fls. 76/78), transferindo todos os direitos e obrigações relacionados à obra em questão, com anuência da CAGEPA, sob a responsabilidade dos Senhores CARLOS ALBERTO PINTO MANGUEIRA e ERALDO MARINHO FERNANDES, respectivamente, então Diretor Presidente e Diretor Administrativo e Financeiro.

**DOS TERMOS ADITIVOS**

▪ O **PRIMEIRO** (fls. 83/84), celebrado sob a responsabilidade dos Srs. CARLOS ALBERTO PINTO MANGUEIRA e ERALDO MARINHO FERNANDES, respectivamente, então Diretor Presidente e Diretor Administrativo e Financeiro, em 29/10/1996, teve por objeto o acréscimo de valor, no montante de R\$ 108.578,90, em razão de adição de serviços não previstos na planilha original;

▪ O **SEGUNDO** (fls. 87/89)), celebrado sob a responsabilidade Srs. ERALDO MARINHO FERNANDES e DEUSDETE QUEIROGA FILHO, respectivamente, então Diretor Presidente e Diretor Administrativo e Financeiro, em 19/06/1997, teve por finalidade o acréscimo da quantia de R\$ 441.354,40, também em adição de serviços não previstos na planilha original;

▪ O **TERCEIRO** (fls. 90/91), celebrado sob a responsabilidade Srs. ERALDO MARINHO FERNANDES e DEUSDETE QUEIROGA FILHO, respectivamente, então Diretor Presidente e Diretor Administrativo e Financeiro, em 31/07/1997, teve por objeto a prorrogação da vigência contratual por mais 120 dias;

▪ O **QUARTO** (fls. 92/93), celebrado sob a responsabilidade dos Srs. ERALDO MARINHO FERNANDES e DEUSDETE QUEIROGA FILHO, respectivamente, então Diretor



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

Presidente e Diretor Administrativo e Financeiro, em 20/08/1997, teve por finalidade o reajustamento de valores, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;

▪ **O QUINTO** (fls. 103/104), celebrado sob a responsabilidade dos Srs. ERALDO MARINHO FERNANDES e DEUSDETE QUEIROGA FILHO, respectivamente, então Diretor Presidente e Diretor Administrativo e Financeiro, em 10/11/1997, teve por escopo o acréscimo de valor em percentuais acima de 25%, no montante de R\$ 2.347,152,37.

Como se verifica da desenvoltura do processo licitatório, até a homologação do certame não havia quaisquer irregularidades. Tanto é verdade, que este colendo Tribunal já apreciou o procedimento, considerando-o regular nos termos do Acórdão TC 365/97, lavrado no âmbito do Processo TC 1550/94 (fl. 113).

Contudo, imediatamente à contratação da empresa convocada, foi autorizada cessão do objeto licitado, transferindo de forma ilegal, obrigações pactuadas para um terceiro alheio à relação contratual primitiva. Sobre a ilegalidade de cessões da espécie, já se pronunciou o colendo Tribunal de Contas da União:

**Decisão 420/2002 - Plenário**

***“Ementa***

*Levantamento de Auditoria. Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas. Obras e serviços de complementação e melhoria dos recursos hídricos da região do agreste e sertão alagoano. Irregularidades na licitação e na contratação. Objeto licitado de forma não parcelada. Contratação de duas obras mediante um só processo licitatório. Sub-rogação de parte do contrato. Indícios de fuga à licitação. Determinação. Audiência prévia dos responsáveis. Prazo para pronunciamento da construtora. Informação ao Congresso Nacional. Remessa de cópia aos interessados. - Sub-rogação de contrato. Considerações.*

***Proposta de Decisão***

***II - Subcontratação com Transferência de Responsabilidades, Direitos e Obrigações (Sub-rogação)***



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

*12. A Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas - SEINFRA contratou a Construtora GAUTAMA e, pelo exame dos autos, vê-se que esta transferiu à CIPESA Engenharia as responsabilidades contratuais, os direitos e obrigações estabelecidos no contrato original (Contrato nº 05/98). Essa transferência foi chamada pela licitante vencedora subcontratação, mas de subcontratação não se trata. As características desse evento, segundo deflui dos autos, revelam tratar-se de sub-rogação contratual.*

*13. Essa sub-rogação, nos termos em que lavrada, é inconstitucional e ilegal.*

*14. A inconstitucionalidade decorre da ofensa aos princípios constitucionais expressos da eficiência e da moralidade pública (art. 37, caput), ao princípio constitucional implícito da prevalência do interesse público, e ao princípio da licitação (art. 37, XXI).*

*15. O princípio da eficiência resta lesado pelo resultado da sub-rogação em tela. É fundamento da licitação que o processo que a regulamenta tem a finalidade de obter o melhor contrato, nas melhores condições, pela melhor prestadora do ponto de vista exclusivo da Administração Pública. A eficiência que direciona a ação administrativa deve, pois, obrigatoriamente conduzir ao melhor resultado possível, com o menor custo, após a análise dos requisitos de habilitação (elementos técnicos, financeiros, jurídicos, fiscais). Assim, pela via licitatória, quando a Administração Pública define as condições gerais de participação no processo, define o seu objeto, habilita os participantes e examina as propostas - e aqui aplica-se o princípio da impessoalidade da ação administrativa - está buscando identificar, no universo dos licitantes, aquele cujos termos realizem eficientemente o objeto licitado. Neste ponto, a ação administrativa individualiza o licitante vencedor simples e diretamente porque reconheceu nele e na proposta por ele apresentada a alternativa mais eficiente e vantajosa. A personalização do vencedor revela, por conseguinte, uma opção inafastável para a contratação do objeto licitado.*

*16. Ora, a sub-rogação plena, como operada, simplesmente 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 - terceiro para executar o 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 juízos nessa área - representa ato diretamente atentatório à*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

*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.*

*17. A moralidade administrativa exige do agente público que conheça, respeite, aplique e preserve tudo o quanto a Constituição e a legislação infraconstitucional impuserem à sua 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, ou até burlando, os interesses administrativos cuja observância teria levado à contratação do licitante vencedor.*

*18. A supremacia do interesse público impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas, físicas ou 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.*

*19. O princípio da licitação resta diretamente lesado, além do que já consta dos argumentos acima expendidos, pela substituição das empresa e proposta vencedoras por qualquer outra cujas qualificações técnica, jurídica, financeira e fiscal e os termos de sua proposta não tenham sido submetidos ao crivo do interesse público ou até mesmo apreciados, mas descartados, por insatisfatórios, pelo Poder Público.*

*20. Também a legislação que rege a licitação restou violada. A Lei 8.666/93 e alterações posteriores, em seus artigos art. 72 c/c o art. 78, inciso VI, prescrevem:*

*“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.*

*Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*

*(...)*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 12814/97

*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.”*

*21. O Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, falando nos autos do TC 007.045/2001-2, levado à apreciação deste Plenário recentemente, manifestou que:*

*‘A nosso ver, a Lei nº 8.666/93, em seus artigos 72 e 78, inciso VI, ao prever a possibilidade de subcontratação, reflete, entre outras coisas, preocupação do legislador em garantir a viabilidade de execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam o contratado de executar a totalidade de obra, serviço ou fornecimento.*

*É regra de exceção, visto que o interesse da Administração é pelo cumprimento do contrato na forma originalmente avençada. Não é útil à Administração promover licitações em quantidade que extrapole ou que fique aquém daquilo que julga ideal para manter assegurado o interesse público, mas, também, não lhe é proveitoso permitir que a ausência de licitação comprometa a igualdade entre os potenciais concorrentes, sob pena de prejuízo de seus próprios interesses. Em outras palavras, a faculdade conferida à Contratada pelo artigo 72 da Lei nº 8.666/93 para subcontratar parte do objeto evita que a Administração venha a ter de promover outras tantas licitações como forma de complementar a execução do contrato. Por outro lado, a faculdade ali conferida também não deve servir à burla dos princípios inerentes a qualquer processo licitatório.’*

*22. Merece ser acolhida a consideração ministerial. A medida de exceção da subcontratação insculpida nos arts. 72 e 78, inciso VI, deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato, desde que, é claro, não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório.*

*23. O regramento que se obtém através da interpretação sistemática desses dispositivos a partir dos princípios constitucionais já explicitados dispensa grandes movimentos hermenêuticos. De toda sorte, percebe-se, pelos termos do art. 72, que na subcontratação a contratada continua a responder por todo o avençado perante a Administração. Ou seja, permanece plenamente responsável pela execução do objeto contratado, inclusive da parcela que subcontratou.*

*24. Dissertando sobre a previsão legal de subcontratar-se parte do objeto licitado, o professor Marçal Justen filho explica que:*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 12814/97

*‘A subcontratação 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 com o contratante.’ (ob. cit., p. 572).*

25. Antônio Roque Citadini compartilha da mesma compreensão:

*‘Quando ocorrer subcontratação, previamente autorizada pela Administração no edital e contrato, não ficará o contratado dispensado de suas responsabilidades contratuais e de cumprir fielmente as obrigações que assumiu perante o Poder Público. (...) A subcontratação poderá ser admitida pelo Poder Público, mas com muito rigor quanto aos limites, sob pena de tornar-se uma porta aberta para a fraude licitatória. É, portanto, legalmente do contratado e não do subcontratado, toda a responsabilidade perante a Administração Pública.’ (Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, 3ª edição, Max Limonad, p. 451 - grifei)*

26. Jessé Torres Pereira Junior defende, ainda, que:

*‘na subcontratação, a contratada incumbe terceiro de realizar partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração, sem exonerar-se das responsabilidades decorrentes do contrato.’ (ob. cit. p. 489).*

27. A clareza dessas lições doutrinárias leva a duas conclusões: primeiro, que apenas parte do objeto pode ser subcontratado, nunca sua integralidade. Segundo, que a impossibilidade de existência de relação jurídica direta entre Administração e subcontratada desampara qualquer espécie de criação de vínculo entre essas partes, o que afasta, por conseguinte, a possibilidade de subrogar-se ou dividir-se, de forma solidária, a responsabilidade assumida originalmente pela contratada.

28. A interpretação literal e isolada do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, no sentido da 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.

29. Ainda nos autos do TC 007.045/2001-2, anotou o ilustre Procurador-Geral:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 12814/97

*‘De acordo com o que consta das citadas normas, nos é possível afirmar que qualquer forma (subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão, incorporação) pela qual se opte para transmitir direitos e obrigações a outrem:*

*1º) não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais;*

*2º) somente pode-se lançar mão de tais mecanismos se previamente autorizados pela Administração, para o quantitativo e para as partes do objeto contratado que essa especifique; e*

*3º) a previsão da transmissão de direitos e obrigações, para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no edital quanto no contrato.*

*Cumpridas todas essas premissas, entenderíamos possível tal transmissão não fosse pelo fato de que o integral cumprimento de todas elas não permite o uso e a aplicação de outro instituto que não seja o da subcontratação.*

*Ocorre que todos os demais institutos ou sub-rogam, ou seja, substituem a figura da contratada, como no caso da cessão, da transferência e, de certa forma, da cisão (na cisão a pessoa jurídica resultante do ato resta descaracterizada ou extinta), ou, senão, dividem, se não na teoria, na prática, de forma solidária e indevida, a responsabilidade pelos atos ou omissões de terceiro que adentre relação contratual já estabelecida, como nos casos da fusão e da incorporação.’*

*30. Essa posição é incensurável. 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).’*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 12814/97

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 sub-rogada, 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.

36. Apenas para argumentar, poder-se-ia chegar a uma situação hipotética na qual uma única empresa, ou um pequeno grupo delas, fosse detentora de perfil técnico-financeiro insuperável em qualquer licitação e que essa condição abrisse um atraente mercado de subcontratação, vencendo os certames licitatórios e os comercializando com outras empresas cuja idoneidade, capacidade técnica e lastro econômico não houvessem sido objeto de qualquer análise.

37. Exemplo, agora não mais hipotético, da nocividade da sub-rogação contratual no âmbito da Administração Pública é o fato ocorrido no TC 003.520/2001-2, trazido pelo eminente Ministro Guilherme Palmeira na última Sessão Plenária (de 17.4.2002). Naqueles autos, foram apontadas sub-rogações sucessivas do Contrato nº 177/86/PGE, relativo à obra da RO-399. Primeiramente, a empreiteira CONSTRAN, contratada pela Administração, sub-rogou a avença às empresas EMSA e ENCO. Esta última sub-rogou, em momento seguinte, sua parte à EMSA, que passou a ser a responsável por toda a obra. Posteriormente, a EMSA, de forma deliberada, comunicou ao Poder Público sua decisão de abandonar a obrigação contratual que lhe cabia,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 12814/97

*alegando desinteresse em dar prosseguimento ao contrato, tratando o contrato administrativo não como um compromisso com a Administração, vinculativo e sério, mas como mero interesse particular da construtora. Nova sub-rogação, por fim, transferiu o objeto à empresa GM.*

*38. O eminente Ministro Guilherme Palmeira, em boa hora, impugnou o ato e propôs determinação aos responsáveis no sentido do cumprimento estrito dos arts. 72 e 78, VI, da Lei 8.666/93, tendo este Plenário acatado suas conclusões. Aproveito o exemplo apenas para mostrar que a sub-rogação pode trazer prejuízos à Administração, como, de fato, trouxe à obra de Rondônia. A sujeição da Administração a conveniências privadas proporcionada por essas sub-rogações configurou a prevalência de interesses particulares em detrimento do interesse público resguardado pela Constituição Federal, numa inversão inaceitável da primazia desses interesses, colocando em risco a própria execução do objeto.*

*39. A sub-rogação contratual, apesar de condenada com veemência pelos princípios constitucionais já referidos, e proibida pela legislação vigente, conforme demonstrado precedentemente, vem sendo adotada e disseminada ao fundamento propiciado pela interpretação literal e isolada do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93. Indicativos da utilização desse instituto são o TC 009.627/2000-8 (Decisão 109/2002-Plenário), TC 013.559/1999-0 (Acórdão 105/2001-Plenário), TC 000.552/1999-2 (Decisão 165/2001-2ª Câmara), TC 003.839/98-2 (Decisão 284/2000-Plenário).*

*40. Recentemente, este Plenário, seguindo as linhas condutoras da decisão prolatada nos autos do TC 007.045/2001-2, considerou, mais uma vez, irregular a sub-rogação contratual e, por conta dessa conclusão, determinou à “Prefeitura Municipal de Arapiraca - AL que, doravante, quando o objeto a ser licitado for financiado total ou parcialmente por recursos públicos federais, abstenha-se de incluir, nos respectivos editais e contratos administrativos, cláusula que preveja a sub-rogação da figura da contratada, ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, uma vez que a sub-rogação em contratos administrativos é ilegal e inconstitucional, por contrariar o art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93;*

*41. Creio que esta Corte não pode furtar-se de adotar um entendimento claro e objetivo acerca dessa utilização equivocada propiciada pelo art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, uma vez que a interpretação gramatical colide frontalmente com os resultados da interpretação sistemática do estatuto citado e, igualmente, com a efetividade constitucional. O direito aplicável aos certames*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

*licitatórios está sendo contaminado com essa permissão equivocada, e o tema, parece-me, está maduro para ser enfrentado por esta Corte na via normativa.*

*42. Nessa linha de entendimento e com vistas à construção de parâmetro jurídico-administrativo-normativo, proponho que, nesta oportunidade, o Tribunal firme o entendimento de que é inconstitucional e ilegal a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar, além dos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência, da supremacia do interesse público e do dever de licitar, os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei de Licitações e Contratos.*

*43. No caso destes autos, a sub-rogação, além de desatender às normas constitucionais e legais, infringe, também, as disposições contratuais.*

***Decisão***

*8.5 - firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93;”*

Nessa linha de ideias, a cessão integral do objeto pactuado mostrou-se contrária aos princípios norteadores da administração pública, com patente infração aos preceitos constitucionais da licitação, porquanto trouxe à tona execução de serviços por empresa que sequer participou do processo licitatório.

Estando, pois, a cessão viciada, de imediato, já se pode afirmar que os termos aditivos celebrados encontram-se igualmente maculados, eis que os acessórios seguem o principal. Não obstante, vislumbra-se que, por meio das modificações processadas, foram incluídos itens não previstos no contrato original, conseqüentemente não licitados, situação esta, inclusive, que levou a administração a firmar aditivo em percentual significativamente acima do legalmente permitido. O fato de ter havido orientação jurídica, expedida pela Procuradoria Geral do Estado, no sentido de serem possíveis acréscimos em percentuais acima do autorizado, não elide a responsabilidade do gestor subscritor das alterações contratuais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

Ultrapassadas as questões relacionadas à contratação, cessão e celebração de aditivos, mostra-se relevante examinar a questão do suposto débito aferido pela Auditoria, já que em torno dele gira a possibilidade até mesmo de imputação solidária com a empresa executora das obras.

Acerca dessa temática, inicialmente convém trazer à tona que o excesso de preço ventilado pela Auditoria decorreu do comparativo entre os valores constantes das planilhas existentes nos aditivos firmados e os preços cotados pela própria CAGEPA para os itens impugnados. Inobstante o registro efetuado, é imperioso frisar que, em momento algum, a Unidade de Instrução indicou que os serviços não tinham sido executados. Essa informação se mostra indispensável, já que, em relação aos preços, existem fatores que impedem a imputação do débito ventilado.

Com efeito, um dos fatores impeditivos refere-se ao extenso lapso temporal dos atos analisados: a licitação data dos idos de 1993; a contratação e cessão dos anos de 1995 e 1996; e os aditivos dos anos de 1996 e 1997. A própria inflação, notadamente a do lustro de 1993 a 1994, período anterior ao plano real, já seria um elemento motivador para atualização dos valores originalmente licitados.

Associada a essa questão temporal, o *Parquet* de Contas suscitou outras circunstâncias que seriam desfavoráveis à imputação de valores, registrando, especificamente em relação à solidariedade, que seria temerária a imputação à pessoa jurídica que somente foi notificada recentemente para exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ante todo o exposto, VOTO no sentido que os membros dessa colenda 2ª Câmara julguem:

- 1) **REGULAR** o contrato 600177; e
- 2) **IRREGULARES** a cessão efetuada, assim como todos os aditivos decorrentes (1º ao 5º).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*PROCESSO TC 12814/97*

**DECISÃO DA 2ª CÂMARA DO TCE/PB**

Vistos, relatados e discutidos os autos do **Processo TC 12814/97**, em cujo teor foi examinado o contrato 600177, a cessão deste, assim como a celebração de termos aditivos (1º ao 5º), todos realizados pela Companhia de Água e Esgotos da Paraíba - CAGEPA, sob a responsabilidade dos Srs. CARLOS ALBERTO PINTO MANGUEIRA, ERALDO MARINHO FERNANDES e DEUSDETE QUEIROGA FILHO, **ACORDAM** os membros da 2ª CÂMARA do Tribunal de Contas do Estado (2ªCAM/TCE-PB), à unanimidade, em sessão realizada nesta data, em: **I – JULGAR REGULAR** o contrato 600177; e **II - IRREGULARES** a cessão efetuada, assim como todos os aditivos decorrentes (1º ao 5º).

Registre-se e publique-se.

TCE – Sala das Sessões da 2ª Câmara.

Mini-Plenário Conselheiro Adailton Coelho Costa.

João Pessoa, 17 de julho de 2012.

Conselheiro Arnóbio Alves Viana  
**Presidente**

Conselheiro André Carlo Torres Pontes  
**Relator**

Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz  
**Representante do Ministério Público de Contas**