

PARECER Nº 159/2007

Exmo. Sr. Conselheiro:

O processo em estudo consubstancia a consulta formulada pelo Sr. Júlio César Davoli Ladeia, Prefeito Municipal de Tangará da Serra, por meio do qual solicita a este Tribunal de Contas, orientação quanto a possibilidade de realizar sub-rogação de contrato de obras, originário de licitação na modalidade concorrência, entre duas ou mais empresas, afirmando que há previsão para tal tanto no edital, como no contrato.

Verifica-se que não foram anexados documentos aos autos.

É o breve relatório.

De início, observa-se que os requisitos de admissibilidade da presente consulta foram preenchidos em sua totalidade, pois o consulente é autoridade legítima para formular questionamento a esta Corte de Contas, e a indagação posta foi apresentada em tese, nos termos do artigo 48, *caput* da Lei Complementar nº 269/2007.

Segue o estudo pleiteado.

O legislador constituinte prescreveu no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o seguinte:

Art. 37. A **Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos **Municípios obedecerá aos princípios de**

**legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

(...)

*(grifos nossos)*

Na esfera infraconstitucional, o legislador ordinário prescreveu no art. 2º da Lei nº 8.666, de 1993, o seguinte:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, **serão necessariamente precedidas de licitação**, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

*(grifos nossos)*

Devidamente autorizado, portanto, o legislador infraconstitucional regulamentou a exigência constitucional e legal de licitar, prescrevendo na Lei de Licitação cinco modalidades de certame (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão - art. 22, §§ 1º a 5º), que posteriormente foram acrescidas pela espécie denominada “pregão”, instituída pela Lei nº 10.520, de 2002 e suas regulamentações,

sendo que nas primeiras, o critério diferenciador conjuga “objeto mais valor”, e a última, apenas objeto (bens e serviços comuns), independentemente do valor.

Assim, a regra da licitação é imperiosa para a Administração Pública e suas exceções estão previstas na lei. Em relação a execução de obras e serviços de engenharia, o legislador infraconstitucional autoriza por meio da Lei de Licitação, art. 10, o seguinte:

Art. 10. As obras e serviços poderão ser **executadas** nas seguintes formas:

**I - execução direta;**

**II - execução indireta;**

- a) empreitada por preço global;
  - b) empreitada por preço unitário;
  - c) (VETADO);
  - d) tarefa;
  - e) empreitada integral.
- Parágrafo único. (VETADO)

*(grifos nossos)*

Esclarece-se que nessa lei, a expressão “empreitada” admite como sinônimo um outro vocábulo, qual seja, o da “contratação”. Da mesma forma, nesse contexto (formas de execução indireta das obras e serviços de engenharia), é possível falar em “subempreitada” como “subcontratação”, conforme a seguir exposto.

Nos artigos 72 e 78 da Lei de Licitação foram prescritas normas quanto à subcontratação, nos contratos administrativos precedidos de licitação ou dela dispensado/inexigível, senão vejamos:

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 a rescisão do contrato:

(...)

**VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a**

**associação do contrato com outrem, a cessão ou**

**transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou**

**incorporação, não admitidas no edital e no contrato;**

(...)

*(grifos nossos)*

Com base nessas normas, discute-se no ordenamento brasileiro se é legal que a Administração Pública aceite a subcontratação, sub-rogação, cessão ou transferência, todas total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, do contratado, desde ou ainda que admitidas no edital e contrato.

Considerando a indagação do consulente e as principais similitudes dos referidos institutos, este trabalho limita-se a estudar, sem qualquer pretensão de esgotar os temas, a sub-rogação e a subcontratação.

Após conhecer esses institutos, conclui-se este estudo com base no princípio da legalidade, que para a Administração Pública significa “fazer apenas o que está autorizado por lei”, sob pena de infração ao regime democrático de direito. Pois bem.

O termo sub-rogação advém do latim *subrogatio*, que significa substituição de um a coisa por outra com os mesmos ônus e atributos (sub-rogação real) ou substituição de uma pessoa por outra, que terá os mesmos direitos e ações daquela (sub-rogação pessoal).

Para a presente consulta interessa conhecer a sub-rogação

pessoal, pois não se questiona a possibilidade de substituição de qualquer coisa. Para a Teoria Geral das Obrigações, como ensina a doutrinadora Maria Helena Diniz, na obra Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º volume, 20ª edição, p. 264, o conceito de sub-rogação pessoal é:

a sub-rogação pessoal vem a ser a substituição, nos direitos creditórios, daquele que solveu obrigação alheia ou emprestou a quantia necessária para o pagamento que satisfaz o credor. Efetivado o pagamento por terceiro, o credor ficará satisfeito e não mais terá o poder de reclamar do devedor o adimplemento da obrigação; porém, como o devedor não solveu o débito, continuará a ter o dever de prestá-lo ante o terceiro solvente, alheio à relação negocial primitiva, até que o pagamento de sua parte extinga o liame obrigacional.

Mais adiante, às ps. 270 e 272, a referida autora sintetiza que há duas modalidades de sub-rogação pessoal: a legal, ou seja, imposta por lei; e a convencional, que é aquela resultante de acordo de vontade entre o credor e terceiro (art. 347, I do CC/02) e/ou entre o devedor e terceiro (art. 347,II do CC/02), conceituando a natureza jurídica do pagamento com sub-rogação e expondo seus efeitos da seguinte forma:

Trata-se de um instituto autônomo, mediante o qual o crédito, com o pagamento feito por terceiro, se extingue ante o credor satisfeito, mas não em relação ao devedor, tendo-se apenas uma substituição legal ou convencional do sujeito ativo. A sub-rogação é, pois, uma forma de pagamento que mantém a obrigação, apesar de haver a satisfação do primitivo credor.

(...)

Tanto a legal como a convencional, passam ao novo credor

todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores (art. 349, CC; RT, 432:170, 475:165, 488:235), embora na convencional as partes possam restringir alguns direitos do sub-rogado. Percebe-se que a sub-rogação, legal ou convencional, produz dois efeitos: **a) o liberatório, por exonerar o devedor ante o credor originário, e b) o translativo, por transmitir ao terceiro, que satisfaz o credor originário, os direitos de crédito que este desfrutava, com todos os seus acessórios e inconvenientes, pois o sub-rogado passará a suportar todas as exceções que o sub-rogante teria de enfrentar.**

*(grifos nossos)*

Quanto à subcontratação, o doutrinador Marçal Justen Filho, na obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 11ª edição, p. 567, ressalta as condições em que essa se dará:

(...)

### **3) Exigências para a Subcontratação**

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não se estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível subcontratado. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados.

### **4) A Responsabilidade Solidária**

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 subcontratante.

Embora não haja vínculo direto entre a Administração e subcontratado, esse último responde solidariamente com o subcontratante pela perfeição da prestação executada. Essa solução nada apresenta de esdrúxula, pois não deriva do contrato com a Administração Pública, mas decorre da responsabilidade que recai sobre o fabricante ou prestador de serviço pela perfeição da prestação realizada.

(...)

*(grifos nossos)*

Disso, em síntese, conceitua-se e relaciona-se os efeitos da sub-rogação pessoal e da subcontratação, para a Administração Pública, nos quadros a seguir expostos, para fins de estudo comparativo:

#### **CONCEITOS:**

<b>SUB-ROGAÇÃO PESSOAL</b>	É uma espécie de substituição em que são transferidos direitos e obrigações.
<b>SUBCONTRATAÇÃO</b>	É uma espécie de parceria firmada pelo contratado, cujos direitos e obrigações do subcontratado são oponíveis apenas perante o subcontratante.

#### **EFEITOS:**

<b>SUB-ROGAÇÃO PESSOAL</b>	a) Liberatório (exonerar o devedor ante o credor originário); b) Translativo (por transmitir ao terceiro os direitos de crédito que este desfrutava).
----------------------------	--

- SUBCONTRATAÇÃO** a) Não-liberatório (não exonera o devedor ante o credor originário);  
b) Não-translativo (por não transmitir ao terceiro os direitos de crédito que este desfrutava).

Verifica-se que na subcontratação, o contratado pela Administração Pública contrata outrem para executar parte daquilo a que se obrigou. Todavia, pelo integral cumprimento do contrato, quem responde perante a Administração não é o subcontratado, e sim aquele diretamente por ela contratado. Frisa-se que não há qualquer relação entre a Administração (contratante) e o subcontratado.

Ultrapassadas as questões teóricas, a jurisprudência do TCU, citada pelo orientador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na obra Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 3ª edição, 2006, p. 947 e seguintes, em comentário ao artigo 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93, apresenta-se nesse sentido:

**Subcontratação – associação de servidores**

**Nota:** o TCU entendeu que é ilegal a subcontratação sem previsão no edital mesmo para associação de servidores.

Fonte: TCU. Processo nº 018.257/95-0. Decisão nº 305/1996 – Plenário.

**Subcontratação – ilegalidade**

**Nota:** o TCU determinou que quando da realização de licitação com recursos federais, fosse observada a vedação de subcontratar inculpada no inciso VI do art. 78 da lei nº 8.666/93.

Fonte: TCU. Processo nº TC-016.726/2003-0. Acórdão nº 1.368/2004 – Plenário.

### **Subcontratação – sem previsão editalícia**

**TCU orientou:** “... observar, quando da realização de obras e/ou serviços, as disposições contidas no art. 72 da Lei nº 8.666/93 com relação à subcontratação, promovendo a rescisão do contrato, quando for o caso, nos termos do art. 78, inc. VI da supra citada lei, sob pena de aplicação da penalidade prevista no art. 82 da mesma Lei.”

Relator observou: “Restou comprovada nos autos a ocorrência de subcontratação ilegal, em face da inexistência de previsão expressa no edital e respectivo contrato da possibilidade de terceirização. Esse fato constitui violação ao art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93. Diante dessa constatação, o Tribunal aplicou ao responsável a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92.

Entendo ser tal contratação violadora do princípio da segregação de funções, além de imoral sob todos os aspectos.”

**Nota:** TCU aplicou multa de R\$ 5.000,00 (nov/2004).

Fonte: TCU. Processo nº TC-003.736/2001-1. Acórdão nº 1.663/2004 – Plenário.

### **Subcontratação total – irregularidade**

**TCU decidiu:** “... a obra foi subempreitada pela sua totalidade, consubstanciando-se em fuga ao procedimento licitatório.”

Fonte: TCU. Processo nº 007.763/94-8. Decisão nº 145/1997 - Plenário.

### **Sub-rogação - ilegalidade**

**Nota:** o TCU entendeu que é ilegal a sub-rogação contratual.

Fonte: TCU. Processo nº 010.230/94-7. Decisão nº 110/96 – Plenário.

### **Sub-rogação – fuga à licitação**

**TCU entendeu:** “... à sub-rogação total do aludido contrato (que no DNER assumiu a identificação PG – 181/2000-0) para a Construtora (...), considero que o procedimento caracterizou fuga ao dever de licitar, em afronta ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, e art. 2º, da Lei nº 8.666/93, além de contrariar determinação específica desta Corte ao DNER, expressa no item 8.3 da Decisão nº 284/1999 – Plenário –

TCU...”

**Nota:** aplicou multa de R\$ 10.000,00 (nov/2003)

Fonte: TCU. Processo nº 005.383/2003-7. Acórdão nº 1.655/2003 – Plenário.

### **Transferência – rescisão do contrato**

**TCU decidiu:** “... 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 única e plena responsável perante a administração** quanto às relações jurídicas emergentes do contrato.”

**Fonte:** TCU. Processo nº TC 004.440/2001-4. Decisão nº 420/2002 – Plenário. No mesmo sentido: Processo nº 005.751/2001-9. Acórdão nº 100/2004 – Plenário.

*(grifos nossos)*

É sabido também que o Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 284/1999 (Processo nº 003.839/98-2 – Plenário), admitia a possibilidade de o contratado pela Administração sub-rogar o instrumento contratual, desde que houvesse real necessidade e previsão expressa no edital e no contrato, portanto, admitia-a com limitações.

Posteriormente, a Decisão nº 420, de 24.04.2002 (ps.4-22 TC) dá novo rumo à jurisprudência do TCU. Em nova oportunidade, a Decisão nº 712/2003, relatada pelo Ministro Marcos Vilaça, reitera o posicionamento pela ilegalidade da sub-rogação, em contratos firmados com a Administração Pública.

Assim, com base nas regras de direito e jurisprudência nesta narradas, entende-se que o previsto no art. 78, inciso VI da Lei de Licitação deve ser interpretado com cautela, pois não se mostra harmônico com o arcabouço jurídico constitucional e legal orientador das relações com a Administração Pública, especialmente quando “sugere” a admissão da sub-rogação (pessoal) ou da subcontratação total, desde que previstas no edital

e no contrato, especialmente em razão da transferência das obrigações da pessoa do contratado para o sub-rogado e da ausência de autorização expressa, o que afronta o princípio constitucional da licitação e da legalidade.

De todo o exposto, tendo como base as características dos institutos legais da sub-rogação e da subcontratação, neste parecer estudadas, como resposta à indagação específica do consulente, entende-se que a Administração Pública tem amparo legal para admitir a subcontratação parcial (art. 72 da Lei nº 8.666/93), mas não o tem para aceitar a figura jurídica civilista da “sub-rogação” pessoal ao contrato original, ainda que previstas no edital e no contrato: **a uma** porque isso afronta o princípio constitucional da licitação (quem não participou do certame receberia recursos públicos, o que é contrário às normas constitucionais e legais previstas no art. 37, caput, da CF/88 c/c art. 2º da Lei nº 8.666/93) e **a duas** porque não há previsão legal expressa admitindo a sub-rogação, sendo que a Administração Pública somente pode fazer o que for autorizado por lei, conforme orienta o princípio da legalidade e o disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93.

É o parecer que, *S.M.J.*, se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 10 de janeiro de 2008.

Beísa Corbelino Biancardini Mühl

Técnico Instrutivo e de Controle

Laura Helena Preza Figueiró

Consultora de Estudos, Normas e Avaliação em substituição

Osiel Mendes de Oliveira

Secretário-Chefe em substituição