
**SEINFRA/AL - CONTRATAÇÃO DE DUAS OBRAS MEDIANTE
UM SÓ PROCESSO LICITATÓRIO**
Relatório de Levantamento de Auditoria

Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti

Grupo I - Classe V - Plenário

TC-004.440/2001-4 (apensos: TC 004.324/2001-5 e TC 005.689/2001-0)

Natureza: Relatório de Levantamento de Auditoria

Entidade: Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas

Interessado: Congresso Nacional

Responsáveis: Olavo Calheiros Filho, ex-Secretário, e José Jailson Rocha, Secretário

Ementa: Fiscobras 2001. Irregularidades na licitação e na contratação (Contrato nº 05/98). Objeto licitado de forma não parcelada. Contratação de duas obras mediante um só processo licitatório. Sub-rogação de parte do contrato a outra empresa, com transferência de responsabilidades, direitos e obrigações atinentes à execução do contrato no que toca à parcela sub-rogada. Audiência dos responsáveis. Determinações. Imputação da multa prevista no art. 58, inciso II da Lei 8.443/92 ao ex-Secretário. Aditamento contratual para incluir nova obra no Contrato nº 05/98 (TC 005.689/2001-0). Indícios de fuga à licitação. Desapensamento do processo citado. Determinação de audiência dos responsáveis. Fixação de prazo para a empresa contratada manifestar-se. Remessa de cópia da Decisão à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, ao Ministro da Integração Nacional, ao Governador do Estado de Alagoas e à Construtora GAUTAMA. Sub-rogação – considerações sobre a matéria.

RELATÓRIO

Em exame três Levantamentos de Auditoria realizados em cumprimento à Decisão Plenária nº 122/2001. Determinei o apensamento dos TC 004.324/2001-5 e 005.689/2001-0 a estes autos em razão de as obras neles tratadas constituírem, juntamente com a relatada nesta peça (TC 004.440/2001-4), um mesmo contrato.

2. O contrato originariamente firmado entre a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas - SEINFRA e a Construtora GAUTAMA Ltda, empresa vencedora da Concorrência Pública nº 01/98 (Contrato nº 05/98), abrangeu a execução de duas obras, a saber: Adutora Alto Sertão, PT 14.544.0515.1851.0063 (TC 004.440/2001-4), e Adutora do Agreste Alagoano, PT 18.544.0515.1851.0131 (TC 004.324/2001-5).

Posteriormente, foi celebrado termo aditivo a esse contrato, para incluir a Adutora de Usos Múltiplos (Multiuso), PT 18.544.0515.1851.1308 (TC 005.689/2001-0), nessa contratação.

3. No edital da Concorrência Pública nº 01/98, que resultou no contrato em apreço, constava, como objeto, “a execução das obras e serviços de complementação e melhoria dos Recursos Hídricos da região do Agreste e Sertão Alagoano”.

4. Em análise preliminar, a Secex-AL suscitou a inobservância do art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, que impõe o parcelamento do objeto em quantas parcelas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade. Segundo a Unidade Técnica, “*não só a magnitude da obra, como também a sua distribuição geográfica recomendavam o parcelamento*”. Acrescentou que “*a formulação do objeto de forma vaga deu margem a que, sob um único instrumento, fosse contratada a realização de dois empreendimentos distintos*” (TC 004.440/2001-4 e TC 004.324/2001-5).

5. Identificou, no que tange à obra da Adutora do Agreste Alagoano, a ocorrência de sub-rogação contratual, no percentual de 50%, à empresa CIPESA Engenharia S/A (TC 004.324/2001-5).

6. Apontou, ainda, desobediência aos arts. 1º, 2º e 65, § 1º, da Lei 8.666/93, caracterizando fuga ao processo licitatório, no que se refere ao aditamento contratual que incluiu a obra da Adutora de Usos Múltiplos no Sertão Alagoano no contrato originalmente firmado (TC 005.689/2001-0).

7. Verificados esses indícios de irregularidade, a Unidade Técnica propôs a audiência dos responsáveis.

8. Após a juntada de documentos que evidenciassem as impropriedades apontadas pela Secex-AL e a identificação dos responsáveis que haviam concorrido para o cometimento dessas falhas, foram autorizadas, por despacho, as audiências propostas nos TCs 004.440/2001-4 e 004.324/2001-5 (fls. 12 e fls. 11, respectivamente). Quanto ao TC 005.689/2001-0, em que se questionava fuga à licitação, diante de fortes indícios de que a impropriedade apontada pela Unidade Técnica estaria amparada pelo Termo de Convênio mediante o qual os recursos orçamentários foram transferidos para a Adutora de Usos Múltiplos no Sertão Alagoano e, ainda, do questionamento do não-parcelamento do objeto do pacto originalmente firmado (Contrato nº 05/98), determinei o apensamento do processo a estes autos.

9. Foram ouvidos, então, o ex-Secretário da SEINFRA, Sr. Olavo Calheiros Filho, pela realização da licitação e contratação de forma irregular, incluindo o contrato de sub-rogação, e o atual Secretário, Sr. José Jailson Rocha, pela continuidade da execução de ambos os contratos viciados.

10. Em sua defesa, quanto ao não-parcelamento do objeto, o Sr. José Jailson Rocha afirma que “as possíveis irregularidades indicadas no procedimento licitatório da Concorrência Pública nº 01/98” ocorreram na “administração anterior a nossa, mas, não obstante, achamos que as explicações levadas a efeito pela administração

que nos antecedeu, deverão sanar as dúvidas que por ventura existam sobre tal processo”.

11. O Sr. Olavo Calheiros Filho, por sua vez, alega que o dispositivo legal que impõe o parcelamento “*não pode ser tomado como norma absoluta*” uma vez que a mesma Lei, “*em outro ponto fixa a exigência de que a execução de obras seja programada pelo todo*”. A seguir, afirma: “*É claro que as duas ordens são perfeitamente compatíveis. O fato de programarem-se as obras pela sua totalidade (art. 8º) não impede que as mesmas sejam licitadas em parcelas (§ 1º do art. 23). Mas o que se pretende tomar aqui não é a indicação de que a regra de parcelamento conflite com a unificação. O que a SEINFRA adotou, frente as duas ordens legais, foram os critérios do art. 8º como instrutores da aplicação do art. 23, tendo presentes, também, circunstâncias anteriores à licitação, características físicas da obra a construir e outros elementos, todos os quais induziram a ser preferível licitar a obra pelo seu conjunto*”.

12. Em relação ao tema, o Analista Nestor Luiz Arosteguy de Carvalho analisou as defesas, cujos termos transcrevo em parte:

“1.1.3 Diante dessas palavras, fica mais claro que houve o descumprimento da Lei de Licitações, exatamente como apontado pelo Relatório de Levantamento de Auditoria. Ora se não há conflito entre os dois artigos da Lei citados pelo responsável, se nada impede que a obra, tendo sido programada pela sua totalidade, seja licitada em parcelas, e se o próprio responsável afirma que não pretende tomar aqui indicação de que a regra de parcelamento conflite com a unificação, quais então as justificativas de não se ter cumprido o art. 23 ?

1.1.4 Não há no processo Licitatório, bem como não foram trazidos a estes autos, quaisquer documentos ou evidências, nem mesmo sequer argumentos, no sentido de demonstrar as ditas ***circunstâncias anteriores à licitação, características físicas da obra a construir e outros elementos***, citados acima como critérios adicionais para inobservar o art. 23. A razão principal, segundo o responsável, foi ter adotado os critérios do art. 8º como instrutores da aplicação do art. 23.

1.1.5 Ora, a Lei 8.666/93, embora tenha seus pontos fracos em termos de clareza, não traz nenhuma *dubiedade* que possa levar a recorrer a esse expediente. Ela diz com todas as letras no art. 8º (que se encontra no Capítulo I – Das Disposições Gerais, Seção III – Das Obras e Serviços):

‘A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final, e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta lei.’

Já o art. 23 encontra-se no Capítulo II – Da Licitação, Seção I – Das Modalidades, Limites e Dispensa, e trata especificamente (com o art. 22) das

modalidades de licitação. Não há qualquer nexo em 'adotar os critérios do art. 8º como instrutores da aplicação do art. 23', especialmente neste caso em que, na verdade, o que ocorreu foi a não aplicação do art. 23, ignorando sua determinação.

1.1.6 Fosse cabível a tese apresentada, teria que ser admitida, da mesma forma, a possibilidade de, inversamente, **adotar os critérios do art. 23 como instrutores da aplicação do art. 8º**, e parcelar a programação da obra, o que resultaria em fazer letra morta dos dois artigos, um anulando o outro.

1.1.7 Ademais o art. 8º não estabelece qualquer tipo de critério, seja para o parcelamento ou para unificação. Ele determina que a programação da execução seja feita considerando a totalidade da obra, independentemente de critérios.

1.1.8 Da mesma forma o § 1º do art. 23 é imperativo:

'As obras, serviços e compras efetuadas pela administração **serão divididas** em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.'

1.1.9 Note-se que o legislador determina: 'serão divididas', ao contrário de quando admite deixar ao arbítrio do administrador. Nesse caso a expressão adequada seria 'poderão ser divididas', como faz no § 4º do mesmo artigo:

'Nos casos em que couber convite, a administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.');

(...)

1.1.10 A razão dessa imposição é garantir a observância dos princípios definidos logo no Capítulo I, Seção I – Dos Princípios, especialmente o da competitividade. Diz o **art. 3º**:

'A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restringam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (grifado pelo Analista)

1.1.11 Em favor desse entendimento, se pode citar o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in 'Contratação Direta sem Licitação' – Ed. Brasília Jurídica, 1995:

'De posse do valor global da obra, compra ou serviço, deve o Administrador considerar a possibilidade ou não do parcelamento da mesma. O Dec.–Lei nº2.300/

86 tratava do assunto nos arts. 7º, §§ 1º a 3º, e 24, dispondo que era vedado o parcelamento, como regra.

A Lei nº 8.666/93 inovou o tema na medida em que pretendeu permitir o acesso de empresas médias e pequenas, mas com a Lei nº 8.883/94 o assunto teve ainda outros desdobramentos.

Com a Lei nº 8.666/93, o parcelamento dos serviços e obras estava bem regulado no § 1º do art. 8º, e das compras no art. 15, inciso IV. O primeiro desses dispositivos foi alterado, mas o assunto ficou bem regulado no art. 23, § 1º, que dispôs que 'As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.'

De forma imperativa, o parcelamento é, agora, a regra. (grifo do Analista)

A questão do parcelamento deve, portanto ser equacionada nos seguintes termos:

a - continua a determinação para que a programação e a autorização de despesas sejam feitas pela totalidade da obra e serviço conforme dispõe o art. 8º caput;

b - serão as obras, serviços e compras divididas em tantas parcelas quantas forem tecnicamente viáveis;

c - divide-se em tantas parcelas quantas forem economicamente viáveis, sem perder as vantagens da economia de escala;

d - no parcelamento também deve ser visado o melhor aproveitamento dos recursos do mercado;

e - o parcelamento deve ser buscado como forma de ampliar a competitividade.

...omissis...

Nesse sentido é a didática decisão do Tribunal de Contas da União de 'firmar o entendimento, em caráter normativo, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispoem de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade.' (Decisão 393/94)

Esse entendimento é o único que se adequa às prescrições da nova Lei de licitações e deita por terra a doutrina pátria constituída sob o império do Dec.-Lei nº 2.300/86 que tinha estabelecido o princípio da indivisibilidade das compras.'

(...)

1.1.13 A exagerada abrangência dos termos em que foi definido o objeto da Concorrência Pública nº 01/98, englobando duas obras distintas numa mesma licitação e num único contrato de maior vulto, sob uma designação por demais genérica, frustra o caráter competitivo que o certame deve ter, por inibir a participação de maior número de candidatos além de, pela perda de especificidade, dar margem a interpretações diversas, dúvidas e controvérsias de toda ordem, o que vem de encontro ao princípio geral de transparência que deve orientar os atos administrativos. Exemplo de situação decorrente dessa imprecisão se encontra na razão de justificativa relativa ao outro item apontado no Relatório de Auditoria.”

13. Quanto à sub-rogação do contrato, o Sr. Olavo Calheiros Filho afirma que, na verdade, o percentual subcontratado não foi de 50%, como afirmou o analista, mas de “22,7% do valor final estimado ao universo dos serviços objetivados no ajuste primitivo”, dentro, pois, do limite de 30% imposto pelo edital e pelo contrato. No mesmo sentido é a defesa do Sr. José Jailson Rocha.

14. A questão foi examinada pelo Analista, cujo parecer transcrevo, a seguir, em parte.

“1.2.4 Claro está que não se trata de equívoco do Analista, mas de se calcular o valor da sub-rogação em relação ao valor total da obra, ou em relação ao valor global do Contrato, que engloba duas obras distintas. Infelizmente para a pretensão justificatória do argumento, a discussão do percentual, não tem qualquer importância, uma vez que o que é substancial nesse caso é a admissibilidade ou não da sub-rogação, cessão ou transferência, total ou parcial, qualquer que seja o percentual.

1.2.5 A própria controvérsia sobre esse percentual só existe em decorrência da desobediência ao artigo 23 da Lei de Licitações, tratada anteriormente. Tivesse sido obedecido o comando legal e realizadas licitações distintas para distintas obras (quais sejam a Adutora do Alto Sertão e a Adutora do Agreste), como manda o senso comum e a Lei, e não haveria qualquer dúvida quanto a qual seja o valor da obra e o valor do Contrato.”

(...)

“2.2 Análise minuciosa dessa questão foi realizada por Assessor da 1ª SECEX, nos autos do TC 003.839/1998-2, nos termos a seguir transcritos, em parte:

‘... Dessa forma, para discutirmos acerca da legalidade da **sub-rogação** em comento, essencial se torna verificar se a Lei nº 8.666/93 contém dispositivos que a fundamentem.

A Lei nº 8.666/93 manteve, no seu art. 72, a hipótese de subcontratação parcial com redação idêntica àquela dada pelo revogado art. 62 do Decreto-lei nº 2.300/86, ao passo que a hipótese de rescisão contratual consignada no VI do art. 68 do referido decreto-lei, sofreu alteração com a nova redação do inciso VI do art. 78, verbis:

‘Art. 72 O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá sub-contratar partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

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.'

Cumprе esclarecer que na subcontratação, a contratada continua a responder pelo avençado perante à Administração, e transfere a terceiro apenas a execução do objeto subcontratado, ao passo que na hipótese de cessão ou transferência a que se refere a norma retrotranscrita, a contratada, na condição de sub-rogante, cede sua posição a terceiro que assume todos os seus direitos e deveres consignados no termo contratual.

Esclarecemos, ainda, que o que se examina no momento, no âmbito dos contratos administrativos, é a sub-rogação decorrente da cessão ou transferência da posição da contratada, não a sub-rogação decorrente da cessão ou transferência da posição da contratante, que, sabemos, ocorre com alguma frequência na Administração Pública.

Isso posto, voltemos ao exame da legalidade da sub-rogação em tela, para registrar, inicialmente, que quando a contratada cede ou transfere sua posição a terceiro, significa que a Administração está firmando um novo contrato, efetuando uma nova contratação, em razão do caráter intuitu personae dos contratos.

Trata-se, portanto, de contratação direta, sem que a hipótese esteja contemplada dentre aquelas previstas para a espécie nos dispositivos do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, em especial nos seus arts. 24 e 25, o que vem caracterizar fuga ao devido processo licitatório.

Em outras palavras, admitir a hipótese de cessão ou transferência da posição da contratada dentro de um contrato administrativo, significa ignorar o princípio constitucional que rege as contratações da Administração Pública, consignado no inciso XXI do art. 37 de nossa Carta Magna, bem como fere o disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93, verbis:

'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 em lei. Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada'.

(...)

Prosseguindo, passemos a considerar o argumento no sentido de que a redação dada ao inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, acima transcrito, permite interpretação de que a cessão da posição da contratada é permitida, desde que prevista no edital e no contrato.

De fato, diante da confusa redação dada ao citado dispositivo, não é de se estranhar que se lhe dê tal interpretação, contudo, causaria estranheza se esse

entendimento prosperasse, diante dos evidentes conflitos que ela gera, como vimos, quer com dispositivo constitucional, quer com dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Se item editalício e contratual prevêem a hipótese, conflitantes estão com a lei que rege o processo licitatório e o contrato dele decorrente, e a solução é imediata, a saber, o cumprimento dos princípios que regem as contratações da Administração Pública, dispostos na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93.’

(...)

2.6 Analisemos detalhadamente o que diz o Art.78, inciso IV [correto: VI]:

‘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.**’

2.7 A expressão “não admitidas no edital e no contrato” pode ser interpretada como expressando dois significados muito diferentes. Primeiro, querendo dizer que constituem motivo para rescisão a subcontratação, cessão, fusão, etc. **caso não estejam** previstas no edital e no contrato. Nesse caso, fica implícito que, desde que previstas no edital e no contrato essas hipóteses não constituem motivo para rescisão. Segundo, querendo dizer que constituem motivo para rescisão a subcontratação, cessão, etc. **que não são admitidas** no edital e no contrato, isto é, não podem constar no edital e no contrato. Ambos nos levam a contradições, cujo deslinde deve ocorrer mediante um exercício de interpretação da norma, que nos possibilite definir qual deve prevalecer.

2.8 Mas antes de nos aventurarmos nesse vasto território, convém relembrar o que ensina o maior de nossos publicistas sobre a Interpretação do Direito Administrativo (Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro):

‘O estudo da interpretação das normas, atos e contratos administrativos não tem correspondido, entre nós, ao progresso verificado nesse ramo do Direito. Adiantados como estamos em muitos aspectos da Ciência Jurídica, não cuidamos ainda, com a profundidade devida, de fixar regras básicas de aplicação desse novel ramo do Direito Público Interno, o que nos leva a utilizar, quase que exclusivamente, da hermenêutica civilista em matéria administrativa.

.....
Afora essas regras privativas do Direito Público, admite-se a utilização dos métodos interpretativos do Direito Civil (lei de Introdução ao Código Civil, arts. 1º a 6º), que é a lei de todos, quando estabelece princípios gerais para aplicação do Direito. Os princípios do Direito Civil são trasladados para o Direito Administrativo por via analógica, ou seja, por força de compreensão, e não por extensão. A distinção que fazemos é fundamental, e não pode ser confundida, sem graves danos à interpretação. A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito; a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito

Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova.' (grifo nosso)

Com essa advertência em mente, podemos melhor analisar a questão.

2.9 Na primeira interpretação, ante a enumeração da subcontratação total ou parcial, a associação, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação – se estende a todas essas hipóteses a autorização legal, dada pelo Art. 72 à subcontratação parcial, desde que prevista no edital e no contrato e com limites expressamente definidos. Em síntese, o raciocínio é o seguinte: 'Se a subcontratação parcial é admitida, então as outras hipóteses enumeradas também o são, nas mesmas condições (previsão editalícia e contratual)';

2.10 Ora, se suprimida fosse a expressão 'ou parcial' após 'subcontratação total', forçosamente estaríamos restritos à interpretação proibitiva de todas as hipóteses enumeradas, uma vez que não há previsão legal para nenhuma delas, exceto a subcontratação parcial, porque prevista expressamente no Art. 72. Na verdade, todas essas hipóteses configuram a introdução de terceiros na relação contratual, à revelia do processo licitatório, expressamente vedadas, portanto, pelo Art. 2º, e especialmente, neste caso, por seu parágrafo único. Senão vejamos:

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.

Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a **formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.** (grifo nosso)

Dessa forma, a interpretação extensiva transforma o inciso IV [correto: VI] do Art. 78 em abrigo de hipóteses não admitidas pela Lei, pela simples presença, entre os enumerados, da única hipótese por ela permitida.

2.11 Por outro lado, em perfeita harmonia com o espírito da Lei e com o princípio geral expresso no art. 2º, a segunda interpretação, leva no sentido oposto, ou seja, de que o inciso IV [correto: VI] enumera hipóteses que a Lei não admite que constem no Edital e no Contrato e cuja ocorrência, portanto, constitui motivo para a rescisão.

2.12 Nesse mesmo sentido foi a posição do Analista na instrução acima transcrita que, sobre esse ponto diz:

'Mesmo se nos limitarmos a uma simples interpretação gramatical do inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, podemos contestar tal interpretação, pois nos parece que o legislador pretendeu classificar como passível de rescisão contratual as hipóteses não admitidas no edital e no contrato, entendendo pela restritiva, como sendo hipóteses passíveis de serem contempladas em cláusulas editalícias ou contratuais no contexto da legislação vigente.

Ouçamos os ensinamentos de Jessé Pereira Torres Júnior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública – Renovar –RJ: 3ª Ed., pp78/79) ao comentar o inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, verbis:

‘ o fato de o texto referir-se a subcontratação e cessão totais mereceu, na vigência do Decreto - Lei nº 2.300/86, que as fazia igualmente, severa reprovação doutrinária, que inquinava de inconstitucional a disposição partindo da premissa de que a lei não poderia admiti-las, fosse quanto à execução ou ao contrato, sem malferir o princípio da igualdade e próprio dever geral de licitar, já que a transferência total carrega, implícita, a idéia de que o contratado poderia repassar para terceiro, que sequer participara do certame, a execução do contrato ou este mesmo, em sua integralidade. Jamais nos pareceu que fosse esta a intenção do texto revogado, como não será a da lei nova. Ao referir-se ‘a subcontratação da execução do contrato e à cessão deste em caráter integral, o decreto-lei, antes, e a lei, agora, almejavam e querem, tão só, prevenir-lhes a ocorrência, para dizer que se, conquanto desautorizadas, acontecerem, constituirão motivo para rescisão do contrato (e, pois, ineficácia do subcontrato ou da cessão). As normas não pretendiam, com a alusão, admitir que o edital ou o contrato pudesse prever a subcontratação e a cessão totais. Apenas acautelaram-se para que tal hipótese não ficasse alheia à consequência prevista para a subcontratação e a cessão parciais, que é a mesma coisa: rescisão do contrato’.

Observe que o renomado Administrativista condenou, da mesma forma, a subcontratação total, tese compartilhada pelo não menos renomado Toshio Mukai, ao comentar sobre a subcontratação a que se refere o art. 72 da Lei nº 8.666/93 (in Contratos Públicos-RJ:Forense Universitária, 1995-p. 60), verbis:

‘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 no edital e no contrato. Mesmo em relação às partes subcontratada, o contratado permanece com suas responsabilidades perante à Administração (art. 72)’.

Ora, se vedada está a hipótese de subcontratação total, caso que dispõe de considerável atenuante, pois a contratada continuaria a responder perante à Administração pela execução do objeto subcontratado, o que dizer da cessão ou transferência em que a contratada passa a se eximir de toda e qualquer responsabilidade pela execução do objeto sub-rogado, restando à Administração exigi-la da sub-rogada, que pode, inclusive, não ter tido nenhum vínculo com o certame licitatório precedente.

Portanto, só nos resta concluir que a Lei nº 8.666/93, com suas posteriores alterações, veda a cessão ou transferência da posição da contratada no âmbito dos contratos administrativos. Observe que essa vedação decorre da ausência de fundamentação legal para o uso de tal instituto, independente do objeto a ser sub-rogado, ou seja, ela atinge a cessão ou transferência, quer da totalidade, quer de parte do objeto contratado.’

2.13 Essa última afirmativa está, inegavelmente, em conformidade com um dos princípios básicos da Administração Pública, o da legalidade, a respeito do qual disse HELY (op. cit.):

‘Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim.’

2.14 Deve, também, ser considerado outro possível argumento em prol da admissibilidade, que foi abordado com igual competência, na mesma instrução:

‘O que se poderia argumentar a favor dessa sub-rogação no âmbito dos contratos administrativos é a agilidade que o uso de tal instituto propiciaria à Administração Pública, considerando-se os custos de uma nova licitação, o prazo razoável requerido para o seu término e as conseqüências, muitas vezes danosas, da interrupção na prestação dos serviços ou execução das obras.

Há que se considerar esse argumento com cautela, pois a Lei nº 8.666/93 prevê hipóteses de impedimento da contratada e estabelece medidas alternativas viáveis para a contratante da Administração Pública, inclusive, como vimos anteriormente, no caso de rescisão contratual, com a possibilidade de se contratar diretamente o remanescente dos serviços ou obra, nos termos do inciso XI do art. 24 da citada lei.

Obviamente, se esgotadas todas as hipóteses alternativas e o órgão ou entidade contratante se vê obrigado a abrir novo procedimento licitatório, danos e custos adicionais poderão advir, contudo, somente em casos extremos serão de proporções consideráveis, dignos de atenção especial.

Ao que tudo indica, caso extremo foi tido pela lei, aquele que envolve contrato de concessão ou permissão de serviço público. É o que se depreende da leitura do art. 27 da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e prestação de serviços públicos, verbis:

‘Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo o pretendente deverá:

I- atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II- comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.’

Como se vê, o dispositivo transcrito é claro em admitir a hipótese de cessão da posição da concessionária no contrato de concessão, desde que obtida a anuência da Administração. Entendemos que o motivo dessa exceção decorre, provavelmente, das características peculiares dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, notadamente:

a) da alta probabilidade de ocorrência de impedimento da concessionária ou permissionária, em decorrência do longo período de vigência do contrato, normalmente, de 25 a 30 anos, prorrogáveis por igual período;

b) dos custos administrativos da abertura de um novo processo licitatório dessa natureza, dada a sua complexidade, que requer um longo tempo para a sua

conclusão, muitas vezes dilatado pelas pejejas judiciais envolvendo o certame licitatório; e

c) da interrupção na prestação dos serviços, necessária à conclusão do novo processo licitatório, acarretando danos à população, em particular, aos usuários dos referidos serviços.

Interessante notar o caráter excepcional dado pela norma a essa sub-rogação e a preocupação do legislador em minimizar os riscos para a Administração, de se contratar com alguém que, inclusive, pode não ter participado da licitação precedente, quando impõe condições à pretensa sub-rogada para obtenção da anuência, similares àquelas exigidas em um certame licitatório, dentro da fase de habilitação das concorrentes.

O conflito existente entre o que dispõe a Lei nº 8.666/93 e o dispositivo da Lei nº 8.987/95 acima transcrito, sabemos, é resolvido **em favor da especificidade da norma**, ou seja, no âmbito dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, aplica-se o dispositivo da Lei nº 8.987/95.

O que podemos concluir a essa altura do exame é que, embora se possa defender a cessão ou transferência da posição da contratada, desde que devidamente motivada, por propiciar uma maior agilidade à Administração, a verdade é que a única interpretação possível da lei é de que a regra geral a veda, por conflitar frontalmente com os princípios de contratação da Administração Pública, consignados no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna e no art. 2º da Lei nº 8.666/93.

Parece preferir, a legislação vigente, eleger os casos nos quais entende ser de interesse da Administração, que seja aberta a possibilidade de se autorizar esse tipo de sub-rogação do contrato, por meio de norma específica, como bem exemplifica a citada Lei nº 8.987/95.

Em outras palavras, nos termos da Lei nº 8.666/93, vedada está a hipótese de cessão ou transferência da posição da contratada no âmbito dos contratos administrativos, salvo se tratar de contrato ao qual se aplica norma específica que a preveja e que tenha poder para fundamentar o termo de cessão concernente.'

2.15 E conclui a seguir:

'Devido ao caráter personalíssimo dos contratos, defendemos que admitir a hipótese de cessão da posição da contratada significa contratar diretamente, sem que esteja tal hipótese contemplada na Lei nº 8.666/93, particularmente nos seus arts. 24 e 25. Em outras palavras, constitui fuga ao devido processo licitatório, inclusive com perda das garantias dele decorrentes, contrariando os princípios de contratação da Administração Pública, consignados na Constituição Federal e no Estatuto de Licitações e Contratos.'

2.16 Para finalizar, outro aspecto que se deve aqui ressaltar é que o próprio instrumento pelo qual foi efetuada a sub-rogação, denominado de "INSTRUMENTO DE SUBCONTRATAÇÃO MEDIANTE CESSÃO PARCIAL" na verdade utiliza essa denominação apenas como uma tentativa de se enquadrar na disposição legal do artigo 72, que é específico ao tratar da subcontratação. Na subcontratação, como mencionado anteriormente, a contratada continua a

responder pelo avençado perante a Administração, e transfere a terceiro apenas a execução do objeto subcontratado. Na sua essência, entretanto, o documento configura a sub-rogação, assim entendida como a cessão ou transferência, em que a contratada, na condição de sub-rogante, cede sua posição a terceiro que assume todos os seus direitos e deveres consignados no termo contratual original.

2.17 Já na Cláusula Primeira se lê:

‘A SUBCONTRATANTE, por força do ora ajustado, faz cedidos à SUBCONTRATADA os serviços descritos...’.

2.18 Na Cláusula Quinta admite, enfim, com todas as letras, extrapolar a permissão legal expressa, do art. 72, descaracterizando a subcontratação:

‘Subroga-se a SUBCONTRATADA, perante a INTERVENIENTE-ANUENTE (SEINFRA/AL), em todos os direitos e obrigações de que titular (sic) a SUBCONTRATANTE, em face da avença originalmente celebrada, no que concerne, especificamente, aos serviços ora subcontratados.’

2.19 Ora, não há porque utilizar terminologia diversa, e até de significado manifestamente diferente, na celebração de um contrato, se não há a intenção de mascarar a verdadeira natureza do que está sendo pactuado. E essa intenção nada mais é que o reconhecimento tácito, de que sua legalidade é questionável, e certamente virá dar margem a contestações.

2.20 Diante do exposto fica, a nosso ver, demonstrada a ilegalidade do Instrumento de Sub-rogação do citado contrato, nos termos em que foi firmado, conforme apontado no Relatório de Levantamento de Auditoria que propôs a audiência em comento.

2.21 Inobstante, considerando que as cláusulas contratuais que contrariam o estatuto das licitações e contratos devem ser consideradas nulas de pleno direito, recai-se de fato, na figura admitida da subcontratação, termos em que poderia ser aceito o citado instrumento.”

15. Analisadas, pois, as razões de justificativa, o Analista tece as seguintes considerações:

“... há que se admitir a existência de atenuantes no caso em exame, dignos de serem considerados em nossa proposta de encaminhamento. De fato, a má redação dada ao inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93 possibilita uma interpretação gramatical no sentido de que a questionada sub-rogação pessoal de contratos administrativos seja possível, desde que tal hipótese esteja prevista no edital e no contrato concernentes, o que torna a questão, de certa forma, controversa. Somente a partir de uma interpretação contextual do citado dispositivo, como argumentamos, é que se torna claro o desacerto de tal interpretação, vez que nos conduz a conflitos com os princípios de contratação da Administração Pública.

3.4 Além disso, é mister ressaltar, como atenuante, o fato de que o ato questionado não acarretou danos diretos ao Erário, posto que a empresa sub-rogada – Cipesa Engenharia S.A. se comprometeu e vem executando fielmente os serviços remanescentes, nas mesmas condições assumidas pela sub-rogante, Construtora Gautama Ltda.

3.5 *Em se tratando de serviços que estão em andamento e que são de alta relevância quanto ao interesse público, outra questão que deve ser considerada é o fato de que uma eventual determinação de decretação da nulidade do Instrumento De Subcontratação pode acarretar a interrupção na execução dos serviços, acarretando enorme prejuízo à população beneficiada pela obra.*

3.6 *Outra circunstância muito relevante a ser também levada em conta, é que, devido ao adiantado estágio em que se encontra a obra – que por ocasião do Levantamento de Auditoria (vistoria realizada em 18.04.2001) já montava a 68 % e que, estando em pleno andamento, estaria ainda mais próxima da conclusão até que fosse levada a efeito qualquer determinação – acabaria sendo inócua, ou contra-producente a adoção de qualquer medida nesse sentido.*

3.7 *Diante dessas considerações, especialmente, quanto ao fato de que, nos levantamentos realizados não se configuraram indícios de prejuízos ao Erário cumpre, em caráter preventivo, propor determinação, com fulcro no art. 43 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 194 do Regimento Interno/TCU, no sentido de que o órgão responsável se abstenha de incluir nos próximos editais, cláusula que preveja a hipótese de cessão ou transferência da posição da contratada no termo a ser firmado, vez que conflita com os princípios de contratação da Administração Pública, insculpidos no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 8.666/93, sob pena de incorrer nas sanções previstas no art. 58 da Lei nº 8.443/92, c/c art. 220 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, assim como as do art. 45 da mesma Lei, c/c art. 195 do Regimento Interno.*

3.8 *Da mesma forma, propor determinação no sentido de que o órgão responsável, nos certames licitatórios que venha a realizar observe rigorosamente, quanto ao objeto, o que dispõe o art. 23 em seus parágrafos 1º e 2º, em consonância com o art. 3º, § 1º, inciso I, abstendo-se de inserir nos editais de licitações definições imprecisas ou abrangentes que englobem mais de uma obra, o que contraria os dispositivos legais retro-citados, bem como a Decisão nº 393/94 deste Tribunal, sob pena de incorrer nas penalidades previstas no art. 58 da Lei nº 8.443/92, bem como no art. 220 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.”*

16. Com a anuência do Sr. Secretário, propõe que seja determinado à Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas – SINFRA, com fulcro no art. 43 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 194 do Regimento Interno/TCU:

“a) nos certames licitatórios que venha a realizar, observe rigorosamente, quanto ao objeto, o que dispõe o art. 23 em seus parágrafos 1º e 2º, em consonância com o art. 3º, § 1º, inciso I, abstendo-se de inserir nos editais de licitações definições imprecisas ou abrangentes que englobem mais de uma obra, o que contraria os dispositivos legais retro-citados, bem como a Decisão nº 393/94 deste Tribunal, sob pena de incorrer nas penalidades previstas no art. 58 da Lei nº 8.443/92, bem como no art. 220 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União;

b) *que se abstenha de incluir nos próximos editais, cláusula que preveja a hipótese de sub-rogação, cessão ou transferência da posição contratada no termo a ser firmado, vez que conflita com os princípios de contratação da Administração*

Pública, insculpidos no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 8.666/93, sob pena de incorrer nas sanções previstas no art. 58 da Lei 8.443/92, c/c art. 220 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, assim como as do art. 45 da mesma Lei, c/c art. 195 do Regimento Interno.

c) dar ciência da Decisão ao Sr. Governador do Estado de Alagoas, mediante o encaminhamento de cópia da Decisão acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentaram.”

17. Observando que ausência de parcelamento do objeto contratado poderia ensejar a aplicação de multa aos responsáveis, solicitei a oitiva do Ministério Público nos autos do TC 004.440/2001-4, com o TC 005.689/2001-0, referente ao aditamento contratual, já apensado. Deixei de consultar o douto *Parquet* sobre a sub-rogação tratada no TC 004.324/2001-5, uma vez que, recentemente, em outro processo, TC 007.045/2001-2, em que se questionava sub-rogação de mesmas características, o ilustre Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado já lavrara elucidativo e didático parecer, cujos ensinamentos aproveitei nesta oportunidade. Aliás, destaco que, naquela sub-rogação, figuraram como interessadas as mesmas empresas, só que em posições opostas: a CIPESA Engenharia, na condição de sub-rogante, e a GAUTAMA, como sub-rogada.

18. Reproduzo, abaixo, trechos dos pronunciamentos do MP/TCU.

“Em nossa opinião, somente o fato de não ter sido procedido ao parcelamento preconizado nos §§ 1º e 2º do art. 23 da Lei 8.666/93 (c/ a redação dada pela Lei 8.883/94) já justificaria a imputação de multa aos responsáveis, uma vez que estes não trouxeram aos autos argumentos que justificassem a não-aplicação do mencionado dispositivo, como por exemplo a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento.

Ademais, além de não terem sido trazidas aos autos informações fáticas sobre o caso específico das obras em comento, observa-se que a justificativa apresentada pelo Deputado Olavo Calheiros Filho (fls. 16/17) é extremamente parecida com a justificativa apresentada no TC 004.750/2001 (Relatório de Auditoria realizada pela SECEX/PI nas obras de construção da barragem Poço de Marruá e adutoras, no Município de Patos/PI, sob a execução da Companhia de Desenvolvimento do Piauí – COMDEPI), a qual se centrou, basicamente, na questão da interpretação legal da matéria, a saber (...).

Outrossim, entendemos que apesar de não ter havido dano direto ao Erário, houve um potencial prejuízo consistente na inobservância à finalidade da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, já que se tratavam de duas obras distintas, realizadas em regiões diferentes do Estado de Alagoas e que, portanto, poderiam ter sido licitadas, separadamente, de modo a viabilizar a competição, nos termos da legislação (grifei).

Nota-se que a jurisprudência do TCU é rija em relação ao parcelamento: Decisão 830/1998 – Plenário; Decisão 1092/2001 – Plenário; Acórdão 90/1995 – Plenário; Acórdão 99/1995 – Plenário.

Quanto ao aditamento ao Contrato nº 05/98, de que trata o TC 005.689/2001-0, entendemos que esta avença é, realmente, decorrência direta da indevida amplitude

dos objetos da Concorrência 01/98 e do Contrato 05/98, mas que, no entanto, este fato não afasta o seu caráter irregular, tendo em vista que deveriam ter sido observados, por ocasião do aditamento, os princípios norteadores da Administração Pública, mormente os da licitação. Analisando-se conjuntamente a contratação das obras das duas adutoras de que trata este processo, bem como a da adutora de que trata o TC 005.689/2001-0, concluímos que neste último caso, além da ofensa aos arts. 2º, 3º e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, houve também infringência ao art. 37, caput e inciso XXI, da CF/88, o que justifica ainda mais a imputação de multa (grifei).

Todavia, observamos que em relação ao aditamento não houve expressamente audiência dos responsáveis, motivo pelo qual entendemos que - caso haja concordância com a opinião acima esposada e a gradação da multa guarde relação com o aditamento -, preliminarmente, dever-se-á proceder à referida oitiva, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.”

19. Quanto à sub-rogação, transcrevo, do parecer do douto *Parquet* que tomo emprestado do TC 007.045/2001-2, recentemente julgado, passagem que, por tratar da questão em tese, pode ser perfeitamente aplicada a estes autos.

“Analisando-se de uma forma ampla os institutos da subcontratação e da sub-rogação, no âmbito dos contratos administrativos, deve-se, antes de mais nada, esclarecer que o termo sub-rogação é termo emprestado do Código Civil (cf. artigos 985/990) ao Direito Administrativo, em nenhum momento dele se utilizando a Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações).

Sendo assim, prestar-se-ia a definir genericamente situação contratual em que se verifique a substituição do objeto ou da pessoa do contrato, como no caso da cessão ou da transferência das obras, serviços e fornecimentos a outrem. Cumpre observar que a principal característica de uma sub-rogação diz respeito à completa eliminação das responsabilidades contratuais e legais do contratado perante à Administração Pública.

A maior importância do estudo ora procedido consiste portanto em identificar e avaliar os principais critérios subjacentes aos atos de transmissão de direitos, obrigações e responsabilidades da pessoa do contratado à pessoa do subcontratado, de forma a poder dizer da conformidade do caso concreto à legislação pertinente.

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. Por isso mesmo, o legislador condicionou a prática da subcontratação a três critérios básicos, de acordo com o que pode-se depreender da interpretação sistemática das normas contidas nos referidos artigos 72 e 78, inciso VI, daquela Lei, critérios esses admitidos pela maioria dos doutrinadores do Direito Administrativo.

Estabelecem aqueles artigos que:

‘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.**’ (grifo nosso)

‘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;**” (grifo nosso)

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:

não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais;

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

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.”

É o relatório.

PROPOSTA DE DECISÃO

As duas obras que compõem o Contrato originalmente firmado entre a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas e a Construtora GAUTAMA apresentam irregularidades não justificadas pelos responsáveis, conforme análise procedida pela Unidade Técnica. A terceira obra, que passou a integrar o Contrato nº 05/98 por força de termo aditivo, aparenta estar desconforme as previsões constitucionais e legais que regem o processo licitatório.

I – Não Parcelamento do Objeto

2. A análise dos termos do edital revela que não foi realizado o parcelamento do objeto imposto para a espécie pela legislação que regulamenta as licitações (art. 23, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93). Como resultado, celebrou-se um único contrato, de vultoso valor (inicialmente R\$ 131.038.429,43), abrangendo a execução de duas grandes obras situadas em localizações distintas, inseridas em planos de trabalho diferentes e amparadas por convênios ministeriais firmados isoladamente em exercícios não coincidentes.

3. Os elementos de análise que esse quadro propicia merece atenção. O primeiro deles é o fato de as obras terem diferentes localizações físicas. Mesmo desprezados os dados financeiros (o expressivo montante da contratação) e os demais relativos aos planos de trabalho e aos convênios, a situação de as obras terem sido concebidas individualmente e se situarem em locações diversas não justifica, sob qualquer argumento, a sua consideração como unidade para fins licitatórios. Os planos de trabalho individualizados só vêm corroborar a tese da distinção não só admissível, mas necessária, entre tais obras, pois, caso se tratasse de uma unidade não divisível, teriam sido as obras fundidas num só plano de trabalho. Por fim, o valor da obra, de clara expressão, deixa livre de contestação que, ao Poder Público, seria muito mais interessante, quer do ponto de vista financeiro, quer técnico, quer administrativo, cindir tais obras – até em respeito a sua evidente divisibilidade – com o fim de aumentar as chances teóricas de o Poder Público obter as melhores propostas a partir do incremento da competitividade.

4. Enfim, todos os dados disponíveis nos autos apontam não só para a viabilidade técnica e econômica do parcelamento, mas também para a evidente necessidade de realização de licitações distintas para a contratação de cada uma das obras. O não-parcelamento, nessas condições, por restringir, indevidamente, o caráter competitivo da concorrência, frustrando, assim, a possibilidade de melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, em desrespeito ao art. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, é prática condenada não só por esta Corte, em reiteradas decisões, inclusive de caráter normativo (Decisão nº 393/94-Plenário), mas também por vasta e dominante doutrina.

5. Jessé Torres Pereira Junior ensina que:

“...parcelar a execução, nessas circunstâncias [melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e ampliação da competitividade], é dever a que não se furtará a Administração sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade. Daí a redação trazida pela Lei nº 8.883/94 haver suprimido do texto anterior a ressalva ‘a critério e por conveniência da Administração’, fortemente indicando que não pode haver discricção (parcelar ou não) quando o interesse público decorrer superiormente atendido do parcelamento. Este é de rigor, com evidente apoio no princípio da legalidade.” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 4ª edição, 2ª tiragem, Renovar, p. 161).

6. Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ensina que:

“O art. 23, § 1º, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.” (8ª edição, Dialética, fls. 212)

7. Ressalto que a inobservância do art. 23, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93 maculou não apenas a contratação, mas, antes, o procedimento licitatório que a antecedeu. Como bem ressaltou o Analista, “*a exagerada abrangência dos termos em que foi definido o objeto da Concorrência Pública nº 01/98 (...) frustra o caráter competitivo que o certame deve ter, por inibir a participação de maior número de candidatos além de, pela perda de especificidade, dar margem a interpretações diversas, dúvidas e controvérsias de toda ordem, o que vem de encontro ao princípio geral de transparência que deve orientar os atos administrativos*”. Como exemplo dessa situação, cito o aditamento do contrato para incluir obra nova como acréscimo aos empreendimentos em execução, fundamentado no art. 65, § 1º da Lei 8.666/93.

8. A permitir-se tal prática, bastaria um único processo licitatório, de valor bastante expressivo, com objeto genérico e amplo para contratar todas as obras do Estado de Alagoas, tornando inócuas as imposições legais que regem a matéria e a finalidade precípua e imediata da licitação, que se constitui na seleção da proposta mais vantajosa para Administração a partir da concorrência de mercado.

9. Reforça a tese de que o parcelamento era procedimento necessário e essencial para aproveitar melhor os recursos disponíveis no mercado a informação de que apenas duas empresas participaram do certame licitatório: Construtora GAUTAMA, vencedora, e CIPESA Engenharia (fls. 1 do Volume 1 do TC 004.324/2001-5). Como agravante, a empresa vencedora precisou transferir a execução de parte da obra à CIPESA Engenharia, mediante instrumento de sub-rogação, travestido de subcontratação, em 19.5.98, menos de dois meses após a assinatura do contrato (fls.

181 e 293 do TC 004.324/2001-5). Dita sub-rogação é matéria a ser tratada no próximo item.

10. Para o MP/TCU, opinião com a qual comungo, “somente o fato de não ter sido procedido ao parcelamento (...) já justificaria a imputação de multa.”

11. Entendo, contudo, que apenas o ex-Secretário da SEINFRA, Sr. Olavo Calheiros Filho deve ser responsabilizado pela irregularidade, uma vez que a licitação que hospedou os termos genéricos do objeto, permitindo a contratação de duas obras, e a própria assinatura do Contrato nº 05/98 ocorreram em sua gestão.

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

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 defluiu 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 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:

(...)

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 lícitado, o professor Marçal Justen filho explica que:

“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.” (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 sub-rogar-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:

“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).”

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, **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 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.

44. Veja-se o que dispõe o Contrato nº 05/98, celebrado entre a SEINFRA e a Construtora GAUTAMA:

“CLÁUSULA 6ª - MEDIÇÕES E PAGAMENTOS

6.1 – Os pagamentos serão feitos em parcelas mensais, de acordo com o andamento real dos serviços e do previsto no Cronograma Físico Financeiro apresentado pela CONTRATADA e aprovado pela SEINFRA...

CLÁUSULA 11ª - OBRIGAÇÕES DA SEINFRA

11.1 – Para execução dos serviços objeto do presente contrato, a SEINFRA obriga-se a:

(...)

11.1.2 – Efetuar os pagamentos devidos de acordo com o estabelecido neste contrato.

CLÁUSULA 10ª - OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA

*10.1 – Em cumprimento as suas obrigações, **cabe a CONTRATADA:***

*10.1.1 – **Responsabilizar-se integralmente pelos serviços contratados nos termos da legislação vigente.***

(...)

*10.1.10 – **Efetuar pontualmente os pagamentos devidos à (s) subcontratada (s) no caso dos serviços terem sido parcialmente subcontratados.***

CLÁUSULA 12ª - RESPONSABILIDADE CIVIL

*12.1 – **A CONTRATADA reconhece por esse instrumento que é a única e exclusiva responsável por danos ou prejuízos que vier a causar a SEINFRA (...).***

CLÁUSULA 16ª - TRANSFERÊNCIA

16.1 – A CONTRATADA não poderá transferir o presente contrato no todo ou em parte, nem subcontratar os serviços sem prévia e expressa autorização da SEINFRA.

16.1.1 – A CONTRATADA poderá solicitar por escrito autorização da SEINFRA para subcontratar parte dos serviços deste contrato, sendo que a autorização será dada pela SEINFRA, também por escrito, após o estudo da sua conveniência.

16.1.2 – O valor admitido para a subcontratação não poderá exceder de 30% do valor do contrato.

16.1.3 – A subcontratação, mesmo quando assinada pela SEINFRA, não eximirá a CONTRATADA das obrigações da cláusula 10ª, permanecendo a mesma como única responsável perante a SEINFRA.” (grifos meus)

45. Perfeitamente compatíveis com a Lei estão as disposições contratuais. A responsabilidade integral pelo cumprimento das obrigações estabelecidas e serviços contratados é atribuída única e exclusivamente à construtora GAUTAMA (contratada), inclusive na hipótese de haver subcontratação de parte dos serviços, conforme estabelecem as cláusulas 12.1 e 16.1.3. À Seinfra cumpre efetuar o pagamento à GAUTAMA, a qual, por força da cláusula 10.1.10, efetuará pagamentos à subcontratada, sem qualquer interferência da Seinfra. O limite da subcontratação foi fixado, em 30% (cláusula 16.1.2), e a necessidade de autorização restou prevista (cláusula 16.1).

46. Contrariando o Contrato nº 05/98 e a Lei, preconiza o instrumento de subcontratação celebrado entre as empresas GAUTAMA e CIPESA, nas cláusulas segunda, quarta e quinta (fls. 291/292 do TC 004.324/2001-5):

“CLÁUSULA SEGUNDA – AS CONDIÇÕES – As obras objeto desta subcontratação serão executadas, pela SUBCONTRATADA, com plena e irrestrita

observância a todas as condições estabelecidas no contrato de origem, bem assim fiel guarda aos projetos, especificações, detalhes, orçamento e demais peças complementares que o integram, pelo que a ela, a subcontratada, cumprirá diretamente responder pela regularidade, pontualidade, durabilidade e adequação técnica aos serviços realizados.

CLÁUSULA QUARTA – O PAGAMENTO – O pagamento dos serviços subcontratados e afinal executados processar-se-á na conformidade do que prevê a CLÁUSULA 6ª do pacto primitivo, mediante faturas emitidas e apresentadas pela subcontratada e apresentadas a SEINFRA, à vista das medições periódicas procedidas.

CLÁUSULA QUINTA – A SUBROGAÇÃO – subroga-se a subcontratada, perante a interveniente-anuente, em todos os direitos e obrigações de que titular a subcontratante, em face da avença originalmente celebrada, no que concerne, especificamente, aos serviços ora subcontratados.” (grifos meus)

47. Embora presente o consentimento da Administração dentro do limite de 30%, ante o que dispõem as cláusulas supracitadas, restaram violados os termos contratuais, que fazem lei entre as partes e refletem a lisura e licitude do processo licitatório, e descaracterizada e prejudicada a responsabilidade da Construtora GAUTAMA, contratada pela SEINFRA.

48. A cláusula segunda prevê a responsabilidade direta da CIPESA (subcontratada), supostamente frente à SEINFRA, já que não está expressamente definido a quem ela deve reportar-se para os fins especificados. Pela cláusula quarta, a CIPESA (subcontratada) apresenta as faturas diretamente à SEINFRA a quem cabe efetuar o pagamento, também de forma direta. Ao final, a expressão sub-rogação, contida na cláusula quinta, nas circunstâncias em que utilizada, leva ao efeito da transferência plena das responsabilidades da construtora GAUTAMA (contratada), juntamente com seus direitos e obrigações, à CIPESA (subcontratada), passando esta a responder e a demandar perante o Poder Público, configurando, perfeita e juridicamente, a sub-rogação contratual, em flagrante desrespeito às normas legais que regem a subcontratação, ao disposto no contrato original e ao entendimento doutrinário sobre o tema.

49. Tem-se, então, de um lado um contrato, cujo termos, no ponto, se amoldam fielmente às prescrições legais; de outro, uma subcontratação incompatível juridicamente com o contrato que a antecede e violadora das disposições legais atinentes à espécie.

50. À Administração compete, por conseguinte, adotar providências com vistas a dar estrito cumprimento às normas contratuais, extinguindo os vínculos e relações jurídicas até então mantidos com a subcontratada, fazendo com que a empresa GAUTAMA retome a condição de responsável único e pleno pelas relações que emergem do contrato, por seu inteiro objeto.

51. Ressalto que, conforme já exposto no relatório precedente, as empresas executoras da Adutora do Agreste Alagoano, GAUTAMA e CIPESA, esta última na posição de sub-rogada, figuraram em outro processo, por mim relatado, referente

também a obra em Alagoas, no Município de Arapiraca, em que se questionava justamente a legalidade da subcontratação, efetuada nos mesmos moldes da que ora se examina. Naqueles autos, inversamente, a firma CIPESA apareceu como sub-rogante e a GAUTAMA, como sub-rogada.

52. Acrescento que, nos dois processos, ambas as empresas participaram do certame, sendo que, no procedimento licitatório que culminou com contratação em debate nestes autos, referidas empresas são as únicas que ofereceram proposta perante a Comissão de Licitação (fls. 1 do Volume 1 do TC 004.324/2001-5).

53. Exige atenção por parte deste Tribunal o quadro que se molda a partir da análise dos processos citados. Duas empresas tomam parte de um certame. A licitante vencida por ofertar preços superiores é, então, subcontratada para executar parcela do objeto da licitação, aceitando fazê-lo por preço menor do que cotara, cuja lucratividade estará mais reduzida ainda em razão do considerável acréscimo dos encargos fiscais decorrentes da subcontratação e demais despesas. Em outro certame, as posições são invertidas: a que fora subcontratada, agora na condição de licitante vencedora, assume o papel de subcontratante.

54. Por conta disso, entendo pertinente determinar à Secex-AL que, nas auditorias programadas para este exercício, verifique a compatibilidade entre os preços praticados por essas empresas e os de mercado.

III – Termo Aditivo

55. Passo, por fim, a analisar o aditamento contratual referente à inclusão da Adutora de Usos Múltiplos do Alto Sertão Alagoano no Contrato nº 05/98 firmado com a empresa GAUTAMA (TC 005.689/2001-0).

56. Conforme já mencionado quando tratei do não-parcelamento, a amplitude do objeto definido no edital da Concorrência 01/98 – execução das obras e serviços de complementação e melhoria dos Recursos Hídricos da Região do Agreste e Sertão Alagoano – deu margem à contratação de dois empreendimentos distintos.

57. Entendendo que, além do caráter genérico do objeto licitado e contratado, o Plano de Trabalho contido no Termo de Convênio mediante o qual foram transferidos recursos federais para a Adutora de Usos Múltiplos estaria a amparar o aditivo contratual, exarei despacho no sentido de apensar aquele processo a estes autos, tendo em vista a relação de dependência existente entre eles (fls. 17).

58. Contudo, pude observar, após acurada análise, diversas inconsistências no processo condutor do referido aditamento, a saber:

a) o convênio ministerial que concede recursos orçamentários à mencionada obra foi firmado com Ministério distinto daquele que amparou as duas obras anteriormente contratadas;

b) pelas datas que constam dos autos, percebo que, à época da fiscalização desta Corte (10.5.2001), a execução da obra estava em andamento não só desprovida do devido processo licitatório como também de cobertura contratual eficaz. Enquanto o aditivo, embora datado de 2.4.2001, passou a produzir efeitos em 30.5.2001, data de

sua publicação no Diário Oficial de Alagoas, as obras da Adutora Usos Múltiplos tiveram início em 3.5.2001;

c) nem o valor estimado para a obra (R\$ 23.773.683,26), nem o especificado no Termo de Convênio (R\$ 2.640.000,00), correspondem à quantia mencionada no termo aditivo como acréscimo ao contrato original (R\$ 923.732,05). Aliás, este valor equivale apenas aos serviços preliminares da obra, conforme consta da síntese dos custos de investimento do projeto. Ou seja, apenas uma etapa da obra foi aditivada;

d) segundo recentes informações da Secex-AL, novo aditivo foi firmado com vistas a acobertar a despesa efetuada com o total de recursos federais repassados no exercício de 2001, que montou a R\$ 6.260.233,00;

59. Assim, a moldura fático-jurídica proporcionada hoje pelo exame aprofundado do TC 005.689/2001-0, pela inteireza dos processos e a análise detida do quanto consta dos três processados, além das informações fornecidas pela Unidade Técnica, superam a compreensão anteriormente esposada nesse feito, conduzindo-me a concordar com o pronunciamento do Ministério Público no sentido de que o aditivo é, realmente, *“decorrência direta da indevida amplitude dos objetos da Concorrência 01/98 e do Contrato 05/98, mas que, no entanto, este fato não afasta o seu caráter irregular, tendo em vista que deveriam ter sido observados, por ocasião do aditamento, os princípios norteadores da Administração Pública, mormente os da licitação. Analisando-se conjuntamente a contratação das obras das duas adutoras de que trata este processo, bem como a da adutora de que trata o TC 005.689/2001-0, concluímos que neste último caso, além da ofensa aos arts. 2º, 3º e 23, §§1º e 2º, da Lei 8.666/93, houve também infringência ao art. 37, caput e inciso XXI, da CF/88, o que justifica ainda mais a imputação de multa.”*

IV – Resultado da Análise

60. Restaram, pois, comprovadas as irregularidades concernentes ao não-parcelamento do objeto e à sub-rogação das obrigações, direitos e responsabilidades contratuais à empresa subcontratada. A despeito disso, a Unidade Técnica registra que não há evidências de danos diretos ao erário e que, em abril/2001, 68% da obra da Adutora do Agreste Alagoano e 78% da obra da Adutora do Alto Sertão Alagoano já estavam concluídos. Pondera que a interrupção na execução dos serviços acarretaria enorme prejuízo à população beneficiada pela obra. Propõe, então, determinações tendentes a sanar as irregularidades encontradas.

61. O não-parcelamento do objeto licitado e contratado na gestão do Sr. Olavo Calheiros Filho violou os arts. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93, as lições doutrinárias sobre o assunto e o entendimento já firmado por esta Corte em caráter normativo. Por conta disso, a despeito de acatar as sugestões oferecidas pela Unidade Técnica, as quais, considerando o estágio avançado de execução da obra, de certo, são suficientes para o saneamento dos autos, entendo, em consonância com a manifestação exarada pelo douto Ministério Público, aplicável ao responsável a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

62. Embora não menos grave a irregularidade relativa à sub-rogação parcial do Contrato nº 05/98 (Adutora do Agreste Alagoano - TC 004.324/2001-5), é de se ponderar que o texto gramatical do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, analisado de forma isolada, dá margens a interpretações no sentido de ser possível a sub-rogação contratual. Somente uma análise sistemática da Lei de Licitações e Contratos confrontada com os princípios constitucionais da Administração Pública e do dever de licitar, como a que ora apresentei, permite concluir pela total impossibilidade de se utilizar tal instituto. Além disso, ainda não houve, até o presente momento, pronunciamento definitivo, esclarecedor e normativo por parte desta Corte de Contas nesse sentido. Por essas razões, no presente caso, deixo de considerar a sub-rogação contratual para efeito de aplicação de multa.

63. Quanto ao TC 005.689/2001-0, em que se discute o termo aditivo, entendo que a irregularidade nele evidenciada, por ser de maior gravidade e por não ter sido objeto de audiência dos responsáveis, impossibilita, neste momento, a apreciação do mérito do processo. Observe-se que o contrato das obras das Adutoras do Agreste Alagoano e do Alto Sertão Alagoano, embora tenha resultado de objeto não parcelado, foi precedido de licitação. Já a contratação da Adutora de Usos Múltiplos, além das inconsistências detectadas e apontadas no item 58 *supra*, não passou pelo devido certame licitatório, configurando, assim, infringência direta ao dever geral de licitar, prescrito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

64. Ademais, a obra dessa adutora ainda se encontra em fase inicial de execução, em torno de 30% concluídos, o que acena com a possibilidade de anulação do Termo Aditivo inquinado.

65. Dessa forma, também acolhendo a manifestação do Ministério Público junto ao TCU, proponho, nesta oportunidade, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se promova a oitiva do Sr. José Jailson Rocha, Secretário da SEINFRA, e do Sr. Ronaldo Lessa, Governador do Estado de Alagoas, desamparando o TC 005.689/2001-0 destes autos.

66. Por conseguinte, em homenagem às garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, e, em atenção ao pronunciamento da Suprema Corte nos autos do Mandado de Segurança 23.550-1/DF, deverá ser aberto prazo para a Construtora GAUTAMA, na qualidade de interessada, manifestar-se sobre a inclusão da obra Adutora de Usos Múltiplos no Contrato nº 05/98 por meio de termo aditivo quando a Constituição Federal impõe a realização de licitação, informando-lhe que o referido aditivo contratual está sendo objeto de exame por esta Corte, podendo resultar na declaração de sua nulidade.

Em face do exposto, proponho que o Tribunal adote a decisão e o acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

ACÓRDÃO Nº 153/2002 - TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo: TC 004.440/2001-4 (apensos: TC 004.324/2001-5 e TC 005.689/2001-0)
 2. Classe: III – Levantamento de Auditoria
 3. Responsável: Olavo Calheiros Filho, ex-Secretário, e José Jailson Rocha, Secretário
 4. Entidade: Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas – SEINFRA
 5. Relator: Auditor Augusto Sherman Cavalcanti
 6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado
- Unidade Instrutiva: Secex-AL

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de levantamento de auditoria realizado nas obras de construção e recuperação, integrantes do Contrato nº 05/98, firmado entre a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas e a Construtora GAUTAMA Ltda.

Considerando que foram apuradas irregularidades pela Secex-AL, dentre as quais se destaca o não-parcelamento do objeto licitado;

Considerando que, devidamente ouvidos em audiência, os responsáveis não conseguiram descaracterizar as irregularidades apontadas nos autos;

Considerando que este Tribunal já firmara entendimento acerca da imposição legal do parcelamento do objeto;

Considerando que os atos relativos ao processo licitatório e à subsequente contratação foram praticados na gestão do Sr. Olavo Calheiros Filho;

Considerando os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

8.1 – acolher as razões de justificativas do Sr. José Jailson Rocha, Secretário de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas, para excluir sua responsabilidade quanto ao não-parcelamento do objeto da Concorrência nº 01/98;

8.2- rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Olavo Calheiros Filho, ex-Secretário de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas;

8.3- aplicar ao Sr. Olavo Calheiros Filho a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92 c/c o art. 220, inciso II, do Regimento Interno, no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo fixado, na forma da legislação em vigor;

8.4- autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da supracitada lei, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação.

8.5 determinar à Unidade Técnica competente que, após o trânsito em julgado desta deliberação e caso o Sr. Olavo Calheiros Filho não venha a comprovar, no prazo, o recolhimento do débito, encaminhe o nome do responsável à Secretaria

¹ Publicada no DOU de 10/05/2002.

Federal de Controle para a inclusão no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – Cadin.

9. Ata nº 13/2002 – Plenário

10. Data da Sessão: 24/04/2002 – Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Valmir Campelo (na Presidência), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro que alegou suspeição: Guilherme Palmeira

11.3. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Marcos Bemquerer Costa.

VALMIR CAMPELO
Na Presidência

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

DECISÃO N° 420/2002 - TCU – PLENÁRIO²

1. Processo: TC 004.440/2001-4 (apensos: TC 004.324/2001-5 e TC 005.689/2001-0)

2. Classe: III – Levantamento de Auditoria

3. Responsável: Olavo Calheiros Filho, ex-Secretário, e José Jailson Rocha, Secretário

4. Entidade: Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas – Seinfra/AL

5. Relator: Auditor Augusto Sherman Cavalcanti

6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado

Unidade Instrutiva: Secex-AL

Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1- determinar à Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas que:

8.1.1- no prazo de 15 (quinze dias) a contar da ciência desta deliberação, adote providências com vistas a dar estrito cumprimento às normas contidas no Contrato nº 05/98, no art. 37, XXI, da Constituição Federal e nos arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, extinguindo os vínculos e relações jurídicas até então mantidos com a empresa CIPESA Engenharia, subcontratada para executar parte da obra Adutora do Agreste Alagoano, fazendo com que a Construtora GAUTAMA retome a condição de responsável único e pleno pelas relações jurídico-administrativas que emergem do Contrato, por seu inteiro objeto;

² Publicada no DOU de 10/05/2002.

8.1.2- quando se tratar de contratos envolvendo recursos públicos federais:
8.1.2.1- observe, rigorosamente, os arts. 8º e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93 quanto à imposição do parcelamento do objeto;

8.1.2.2- abstenha-se de inserir nos editais definições de objeto imprecisas ou demasiadamente amplas, cuja interpretação possa levar à possibilidade de contratação de mais de uma obra, serviço ou fornecimento em decorrência de uma única licitação;

8.2- determinar à Secex-AL que verifique, na realização das auditorias programadas para o exercício de 2002, a compatibilidade entre os preços de mercado e os praticados na execução das Adutoras do Alto Sertão Alagoano e do Agreste Alagoano, objeto da Concorrência nº 01/98, Contrato nº 05/98;

8.3- dispensar destes autos o TC 005.689/2001-0 e nele promover, nos termos do art. 43, II, da Lei 8.443/92, a audiência prévia dos seguintes responsáveis:

a) Sr. José Jailson Rocha acerca da inclusão da construção da Adutora de Usos Múltiplos no Alto Sertão do Estado de Alagoas no Contrato nº 05/98, mediante termo aditivo, caracterizando fuga à licitação, em desrespeito ao art. 37, *caput* e inciso XXI, da CF/88 e arts. 2º e 3º da Lei 8.666/93;

b) Sr. Ronaldo Lessa, Governador do Estado de Alagoas, quanto à ratificação, via Decreto de 29.05.2001, do aditivo irregular ao Contrato nº 05/98;

8.4- fixar prazo de 15 (quinze) dias para que a Construtora GAUTAMA, na pessoa de seu representante legal, se desejar, pronuncie-se sobre a inclusão da obra da Adutora de Usos Múltiplos no Contrato nº 05/98 por meio de termo aditivo quando a Constituição Federal impõe a realização de procedimento licitatório, informando-lhe que referido aditivo contratual está sendo objeto de exame por esta Corte, o que pode resultar na fixação de prazo para que a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas, no exato cumprimento da lei, promova a sua anulação, conforme estabelecem o art. 71, inciso IX e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, e o art. 45 da Lei nº 8.443/92;

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. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93;

8.6- informar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que:

8.6.1- em face do avançado estágio de execução da obra **da Adutora do Alto Sertão Alagoano, PT 18.544.0515.1851.0063** (78% concluídos), este Tribunal entende que a irregularidade nela encontrada (não-parcelamento do objeto licitado), enquanto tenha resultado na aplicação de multa ao responsável, não deve impedir a continuidade de sua realização;

8.6.2- em razão também do avançado estágio de execução da obra **da Adutora do Agreste Alagoano, PT 18.544.0515.1851.0131** (68% concluídos), este Tribunal entende que as irregularidades nela encontradas (não-parcelamento da licitação e

sub-rogação contratual), embora uma delas tenha resultado na aplicação de multa ao responsável, não devem impedir a continuidade de sua realização, desde que fique comprovado o efetivo cumprimento da determinação contida no subitem 8.1.1 *supra*;

8.6.3- os indícios de irregularidade identificados na contratação das obras da **Adutora de Usos Múltiplos, PT 18.544.0515.1851.1308** (ausência de licitação), impedem a continuidade de sua execução até que este Tribunal se pronuncie, no TC 005.689/2001-0, sobre o resultado dos procedimentos indicados nos subitens 8.3 e 8.4 *retro*;

8.7- encaminhar cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e da Proposta de Decisão que a fundamentam:

8.7.1- ao Ministro da Integração Nacional;

8.7.2- ao Governador do Estado de Alagoas;

8.7.3- à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional;

8.7.4- à Construtora GAUTAMA.

9. Ata nº 13/2002 – Plenário

10. Data da Sessão: 24/04/2002 – Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Valmir Campelo (na Presidência), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro que alegou suspeição: Guilherme Palmeira

11.3. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Marcos Bemquerer Costa.

VALMIR CAMPELO
na Presidência

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator