

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

PROCURADORIA JURÍDICA

Retornam os autos para análise do pedido da empresa vencedora dos itens 21 ao 24, do pregão presencial nº 119/2018.

Pugna o requerente, através do pedido nº 2018/10/7069, autorização para sublocar os itens, conforme item 2.4 do edital.

Primeiramente destaca-se o teor do item 2.4:

2.4 - A empresa não poderá transferir a outrem, total ou parcialmente, as responsabilidades a que está obrigada em decorrência dessa licitação, nem subcontratar, sem prévio assentimento da Contratante.

É cediço que ao administrador público só cabe agir dentro dos estritos limites definidos pelo ordenamento jurídico, em homenagem à legalidade ampla, devendo observar, ainda, os demais princípios administrativos para dar legitimidade às suas ações.

O renomado administrativista *Hely Lopes Meirelles*, em sua obra magistral **LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**, acerca do contrato administrativo, o define como:

“Contrato Administrativo é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Pressupõe como pacto consensual, liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei. Ou seja, complementa o Autor, é o ajuste que a Administração, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.” (Malheiros, 2010).

Analisando detidamente o disposto na Lei nº 8.666/93, extraem-se quatro importantes aspectos da subcontratação:

1. A decisão acerca de sua admissão, ou não, constitui mérito administrativo;
2. A Administração deve estabelecer os limites máximos para subcontratação, quando admiti-la, sendo vedada a subcontratação total do objeto;
3. Deve ser prevista expressamente no edital e no contrato;
4. O contratado permanece responsável pelas obrigações contratuais e legais, não se confundindo com a sub-rogação prevista nos artigos 346 a 351, do Código Civil.

Assim, verifica-se, primeiramente, que a admissão de subcontratação, ou não, constitui decisão administrativa de cunho técnico e/ou administrativo. Com efeito, a Administração contratante define todos os contornos da avença, inclusive o de admitir a subcontratação, conforme suas necessidades, as características do mercado e a disponibilidade deste em relação ao objeto do certame.

Nesse diapasão, no Acórdão TCU nº 2002/2005 – Plenário, o Ministro Relator consignou em seu voto que **a subcontratação deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato e desde que não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório, e nem ofenda outros princípios relacionados às licitações, notadamente o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei nº 8.666/93).** (Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU 4. ed. Brasília: TCU, 2010)

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

Além disso o TCU já decidiu que, aceita a subcontratação, deve a Administração exigir do subcontratado a apresentação dos documentos de habilitação requisitados na licitação, especialmente quanto à regularidade jurídica, idoneidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e o cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal. (Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU 4. ed. Brasília: TCU, 2010)

Ainda a Administração não deve efetuar o pagamento devido diretamente aos subcontratados pelos serviços prestados e/ou materiais fornecidos, pois, conforme aduzido, a relação jurídica decorrente da subcontratação não envolve a Administração contratante diretamente. Por isso, qualquer pagamento devido à subcontratada deve ser feito pelo particular contratado (subcontratante). No mesmo sentido, não se vislumbra a possibilidade de emissão de nota fiscal pelo subcontratado.

Nesse sentido já se manifestou o egrégio Tribunal de Contas da União, vejamos:

“9.2. determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que: 9.2.1. quando da elaboração e fiscalização de contratos, observe a vedação feita pela Lei n. 8.666/1993, nos arts. 72 e 78, inciso VI, no tocante à subcontratação total dos objetos pactuados;

9.2.2. abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado(...).

TCU. Acórdão nº 502/2008 – Segunda Câmara (GRIFO NOSSO)

Isto posto, considerando a previsão no edital, item 2.4, e respeitando as orientações contidas neste parecer, e não ultrapassando 60% do total do objeto contratado, exigindo da empresa subcontratada documentos de habilitação requisitados na licitação, e que os pagamentos sejam realizados diretamente à empresa contratada, o requerimento pode ser deferido.

MUNICÍPIO DE ASSIS CHATEAUBRIAND - PARANÁ

Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

É o parecer e a orientação que submeto à consideração superior¹.

Assis Chateaubriand/PR, 11 de outubro de 2018.



Eduardo H. F. Martins
Procurador
OAB/PR 57.569

