JURISPRUDÊNCIA

TC nº 8.260/99*64

Consulta - Prefeito - SPTransporte coletivo - veículo leve sobre pneus - FURA FILA - caso concreto - consulta conhecida em tese admitido o caso concreto como elucidativo - projeto executivo e execução de obras civis - subcontratação de obras e serviços - previsão no edital ou no contrato - desnecessidade - inexistência de exigência legal - responsabilidade contratual - necessidade de autorização, caso a caso, pela administração, devidamente justificada e observados os seguintes requisitos: inexistência de óbice legal quanto à natureza do contrato, que a obrigação não tenha caráter personalíssimo; que a subcontratada tenha as mesmas condições de habilitação; haja comprovado interesse público; razões supervenientes e álea devidamente comprovadas - consulta conhecida e respondida em tese - Lei 9167/80, art. 29 - RITCM art. 64 § único - CF art. 37, XXI - Lei 8666/93, art. 72, art. 78, VI.

Exmo. Sr. Cons.º Relator

O Senhor Prefeito do Município encaminhou consulta a este Tribunal, objeto do presente, referente à contratação do detalhamento do projeto executivo e execução das obras civis para implantação da infra-estrutura necessária à operação da linha Parque Dom Pedro/Largo Sacomã, grupo de linhas 1, do Subsistema de Transporte Coletivo de Passageiros de Média Capacidade do Município de São Paulo, instrumentalizada pelo Veículo Leve Sobre Pneus, popularmente conhecido como "Fura-Fila".

O contrato respectivo foi celebrado, após regular licitação, pela SP-Trans com o Consórcio Queiróz Galvão TTRANS (Contrato 98/004). Posteriormente, seguiram-se dois termos aditivos, o primeiro de prorrogação do prazo inicial do ajuste (9 meses) por mais 18 meses, e o segundo de atualização de preços, prevista no edital, bem como de reajuste contratual, este decorrente da prorrogação que ocasionou a ultrapassagem do prazo legal de 12 meses.

O que deseja saber o Senhor Prefeito, valendo-se do instituto da Consulta, é se

> "Ainda que não previstas no edital, nem no contrato, pode a São Paulo Transporte S/A - SPTrans, contratante do Consórcio Queiróz Galvão - T'TRANS, concordar com subcontratações de parcelas das obras e serviços, relativos ao contrato firmado para implantação da primeira linha do VLP, nos termos do artigo 72 da lei federal 8.666/93 e suas alterações posteriores?"

Na parte preambular da Consulta, Sua Excelência tece um longo relato sobre as dificuldades que envolveram o não cumprimento dos prazos estabelecidos, tais como a complexidade das interferências técnicas encontradas, o ineditismo da concepção, a difícil localização geográfica urbana, e, sobretudo, a insuficiência de recursos orçamentários, todos demonstrando, numa clara e até louvável admissão, a total responsabilidade da Administração, via SPTrans.

Esclareceu, ainda, que superados os consideráveis entraves, pretendeu a Administração acelerar as obras, abrindo novas frentes de trabalho, no não declarado mas óbvio intuito de recuperar o tempo perdido.

Até porque, - e este sim, até dramaticamente declarado - a situação do transporte coletivo em São Paulo é caótica, avizinhando-se rapidamente do colapso, no próprio entender do Senhor Prefeito.

Paralelamente, ficaram realçadas as virtudes do VLP, que, se não constituem uma solução em si mesmo, representam considerável benefício, materializando um acréscimo de cerca de 5 vezes a capacidade de transporte atual, em termos de passageiros/hora/sentido, ainda segundo o ilustre alcaide.

Este preâmbulo, que aqui vale como relatório, é importante como sinalizador do que adiante se exporá em termos de legitimidade.

Da admissibilidade da Consulta

Vem ela apresentada pela autoridade competente, em forma de quesito, acompanhada de parecer jurídico e versando sobre matéria financeira e orçamentária.

Formalmente regular, portanto.

Dir-se-ia, contrariamente, que objetiva casuísmo concreto, não consubstanciando tese.

Tenho para mim, no entanto, presente o caráter finalístico que caracteriza o Direito Administrativo, que a questão se resumiria, em essência, a aspectos redacionais.

Porquanto, suprimidas as referências à identidade das partes e do objeto aqui definido, o quesito restaria perfeitamente em tese.

Preferiu o Senhor Prefeito, no entanto, aberta e claramente, dizer do que se tratava, até para demonstrar a este Tribunal a real importância e efetiva dimensão do pretendido.

Entendo, "permissa venia", que andou bem Sua Excelência.

Este Tribunal, ademais, não tem recusado pedidos semelhantes feitos no passado, entendendo adequadamente as dificuldades do Executivo (ou do Legislativo) e responsavelmente sensível às suas próprias prerrogativas.

Por isso, não tenho dúvida em propor a admissibilidade da Consulta.

Da Legitimidade da Subcontratação objetivada.

O parecer encaminhado pela Gerência de Licitações e Contratos de SPTrans (DI/GLC) sustenta a legitimidade da subcontratação pretendida, passando pela natureza do contrato administrativo (intuitu personae), seu caráter eminentemente finalístico, sua expressa legalidade, sua ressonância doutrinária, concluindo afirmativamente com a sua conveniência.

No mesmo sentido ocorreu o pronunciamento da Assessoria Técnica Jurídica deste Tribunal, de autoria da ilustre Assessora Subchefe Roseli de Morais Chaves, alargando os conceitos contidos no parecer de SPTrans e dando ênfase aos aspectos doutrinários envolvidos, no que foi acompanhada pelo Senhor Assessor Chefe.

Em sentido contrário, no entanto, manifestou-se a Procuradoria da Fazenda, afirmando a impossibilidade da subcontratação, seja por vislumbrar-lhe contrariedade legal (artigo 78, inciso VI da lei federal 8.666/93), seja por entendimento doutrinário.

Devo, agora, expressar o meu entendimento.

A Administração, ao contratar com o particular a produção de bem ou a prestação de serviço, o faz, como regra, após seleção formalmente regida, que é a licitação.

Aí ficam contidos todos os requisitos almejados ou exigidos para o fim pretendido, que melhor atendam a integralidade do interesse público, tais como aspectos técnicos, condições mais vantajosas, inclusive prazo e preço, garantias mais eficientes etc.

Daí também, e centradamente, a perfeita identificação e qualificação do produtor ou prestador, até para os devidos efeitos de responsabilização.

É o que mais salientemente caracteriza o "intuitu personae" dos contratos administrativos.

Disso não resulta, no entanto, a impossibilidade absoluta da ocorrência de subcontratação.

Se admitirmos o contrário, haveremos de concluir que a subcontratação é incogitável, sendo inútil mesmo prevê-la no edital ou no contrato. O que, sabidamente, não acontece.

Surge, portanto, a primeira afirmação:

"A despeito do caráter "intuitu personae" dos contratos administrativos, a subcontratação é legítima".

A questão posta, porém, vai mais longe:

- será ela igualmente legítima desde que não expressamente prevista no edital ou no contrato?

Preliminarmente à legitimidade, examine-se a legalidade.

O artigo 72 da Lei Federal nº 8.666/93 está assim redigido:

"Artigo 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". (grifos nossos).

A clareza do texto não admite qualquer dúvida.

Inexiste qualquer referência, aí, à consignação preliminar da possibilidade no edital ou no contrato. Simplesmente porque desnecessária.

Como se vê, a faculdade está limpidamente estabelecida, e a Administração a examinará a cada caso.

Estabelecerá a sua justeza, necessidade, condições e, sobretudo, os seus limites. A responsabilidade contratual e legal permanecerá, no entanto, com o contratado, conforme expressamente referencia o texto, arredando esse problema, portanto, da Administração.

Argumentam alguns, em contrariedade, que a conjugação desse dispositivo com o inciso VI do artigo 78 da mesma lei inviabiliza a utilização da faculdade, desde que não admitida no edital e no contrato, posto que a insere como uma das causas rescisórias.

Assim não entendo.

Os motivos arrolados referem-se à rescisão unilateral do contrato, pela Administração, e constituem, de conseguinte, garantia sua e não do contratado.

Se a Administração vai valer-se desse motivo para rescindir, considerando-o falta grave, é porque, por óbvio, não o autorizou.

Assim mesmo, somente poderá valer-se do motivo se não admitido no edital e no contrato.

Esse o sentido do dispositivo, que nunca terá o condão de invalidar a regra clara do artigo 72.

Demonstrada como ficou, segundo – data vênia – me parece, a legalidade da providência, voltemo-nos para a sua conveniência.

O que sempre prevalecerá, em qualquer hipótese, é o interesse público.

E este, quem afirma a existência é o próprio Senhor Prefeito, como preliminarmente salientei nesta manifestação.

Interessa ganhar o tempo perdido, interessa abrir novas frentes de trabalho, interessa melhorar o mais rapidamente o transporte coletivo, interessa atender a população no seu elementar direito de deslocar-se, interessa evitar o caos.

Aí está a total conveniência.

Pode-se alinhar a última afirmação:

"A subcontratação é legítima, ainda que não consignada no edital ou no contrato, desde que autorizada, aferida e quantificada, a cada caso, pela Administração".

Responde-se, assim, afirmativamente, à questão objeto da Consulta do Senhor Prefeito, acompanhando a linha de pensamento do parecer de SPTrans e das manifestações da Assessoria Técnica Jurídica.

É o entendimento que submeto a Vossa Excelência.

São Paulo, 10 de dezembro de 1.999

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

Acompanha: 01 caderno - Concorrência 021/97

Egrégio Plenário

Pelo ofício de nº 43, datado de 16 de novembro de 1999, o Digníssimo Prefeito do Município de São Paulo encaminha consulta a esta Corte, com fundamento em dispositivos da Lei nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980 e do Regimento Interno do Tribunal, relacionada com a possibilidade de ser autorizada a subcontratação em ajuste firmado com o Consórcio Queiroz Galvão/ T' TRANS para implantação da primeira linha do VLP ("fura-fila").

Após dissertar sobre os problemas que atingem o Sistema de Transporte Coletivo, o Sr. Alcaide se expressou consoante segue.

> *"Apesar da prioridade que a implantação do VLP sempre mereceu, a natureza inédita das obras, a ocorrência de inúmeros imprevistos e interferências ditadas pela sua localização geográfica urbana e, até mesmo, por limitações de ordem orçamentária, impediram que as obras fossem conduzidas em ritmo acelerado.*
> *Uma vez superados os problemas que retardaram o cronograma do VLP e, no interesse da coletividade, impõe-se a necessidade de se acelerarem suas obras. Desnecessário enumerar os inquantificáveis benefícios à população que advirão da sua operação. Por se tratar de intervenção em um dos principais corredores viários da cidade, surge, também a necessidade de se minimizar o inevitável período de transtornos ao já conturbado tráfego de veículos da região, ocasionados pelas obras.*
> *A abreviação do tempo de implantação das obras do "Fura-Fila" merece, sem dúvida , a nossa atenção, privilegiando-se o interesse da comunidade.*
> *Em que pese, contudo, nossa disposição em acelerarmos as obras, manifestou-se o Consórcio Queiroz Galvão – T'TRANS (empreiteiras responsáveis pela construção), explanando sua impossibilidade de implementar novas frentes, haja vista a atual conjuntura econômica que limitou sua capacidade momentânea de investimentos. A implementação de novas frentes, a ponto de se obter reflexos significativamente vantajosos no cronograma de obras, exigiria mobilização de ativos que iriam além da sua atual possibilidade."*

Finaliza o citado ofício, indagando deste Tribunal:

> *"Ainda que não previstas no edital, nem no contrato, pode a São Paulo Transportes S/A- SPTRANS, contratante do Consórcio Queiroz Galvão – T'TRANS, concordar com subcontratações de parcelas das obras e serviços, relativos ao Contrato firmado para implantação da primeira linha do VLP, nos termos do artigo 72 da Lei Federal 8.666/93 e suas alterações posteriores?"*

No que tange a admissibilidade da consulta opinaram favoravelmente os órgãos técnicos desta Corte e a P.F.M., não obstante se reportar a caso concreto.

A esse propósito, assim se expressou o Douto Sr. Secretário-Diretor Geral :

> *"Dir-se-ia, contrariamente, que objetiva casuísmo concreto, não consubstanciando tese.*
> *Tenho para mim, no entanto, presente o caráter finalístico que caracteriza o Direito Administrativo, que a questão se resumia, em essência, a aspectos redacionais.*
> *Porquanto, suprimidas as referências à identidade das partes e do objeto aqui definido, o quesito restaria perfeitamente em tese."*

No mérito, a P.F.M. manifestou-se pela negativa, lastreando-se nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho para aceitar a subcontratação tão só quando admitida no edital e no contrato.

Isto porque, em sua opinião, agindo consoante intentado na consulta, a Administração estará infringindo, de maneira oblíqua, as disposições do artigo 37, item XXI da Constituição Federal, na medida em que "possibilitaria a assunção do objeto do contrato por pessoa que não participou do certame ou que, se o fez, não logrou sair-se vencedora*"*.

Em sentido contrário pronunciaram-se pela possibilidade da subcontratação alvitrada, a AT/Jurídica e S.D.G.

A Sra. Assessora Subchefe, Dra. Roseli de Morais Chaves entende que as disposições do artigo 72 da Lei 8.666/93 devem ser interpretadas separadamente das do artigo 78, VI, daí resultando que a Administração pode aceitar a subcontratação, nos limites por ela anuídos, em face de fatos supervenientes e do interesse público a ser atendido.

Expressou-se o Sr. Assessor chefe da A.T., Dr. Murilo Magalhães Castro nos seguintes termos:

> *"...concluo também pela possibilidade de ser autorizada a subcontratação das obras objeto desta consulta, impondo-se para tanto a concordância da Administração, a observância das condições contratuais e a exigência quanto a apresentação pela subcontratada das mesmas qualificações, garantias e condições de habilitação exigidas em relação ao contratado original."*

E, mais adiante:

> *"No meu parecer, data maxima venia, o fato do artigo 78, inciso VI, da mesma lei federal antes referida, definir como, uma das causas da rescisão contratual o fato da ocorrência da subcontratação, sem que prevista no edital ou no contrato, não descaracteriza ou invalida a permissão expressada no citado artigo 72, do mesmo diploma, o qual*

autoriza a transferência, condicionando-a apenas ao interesse e à autorização da Administração contratante."

Finalmente, acompanhando a linha de pensamento da A.T./Jurídica, S.D.G se manifesta no sentido de ser possível a subcontratação, desde que autorizada pela Administração com fundamento no artigo 72 da Lei Federal de licitações.

É o relatório.

São Paulo, 15 dezembro de 1999.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

V O T O

Preliminarmente, quero deixar assente que proferirei meu voto em tese sobre a questão enfocada e considerarei o caso concreto como ilustrativo da consulta formulada.

Por essa razão, conheço da consulta como regimental, eis que a par da concretude em que foi formulada pode-se entendê-la em conformidade com os ditames do artigo 29 e seus parágrafo único da Lei 9.167, de 3/12/80 e artigo 64 e seu § único do Regimento Interno deste Tribunal.

No mérito, adoto, por suas razões de direito, o contido na manifestação do Dr. João Alberto Guedes, Douto Secretário-Diretor Geral desta Casa.

Disse S.Sa.:

"A Administração, ao contratar com o particular a produção de bem ou a prestação de serviço, o faz, como regra, após a seleção formalmente regida, que é a licitação.
Aí ficam contidos todos os requisitos almejados ou exigidos para o fim pretendido, que melhor atendam a integralidade do interesse público, tais como aspectos técnicos , condições mais vantajosas, inclusive prazo e preço, garantias mais eficientes etc.
Daí também, e centradamente, a perfeita identificação e qualificação do produtor ou prestador, até para os devidos efeitos de responsabilização.
É o que mais salientemente caracteriza o "intuitu personae" dos contratos administrativos.
Disso não resulta, no entanto, a impossibilidade absoluta da ocorrência de subcontratação.
Se admitirmos o contrário, haveremos de concluir que a subcontratação é incogitável, sendo inútil mesmo prevê-la no edital ou no contrato. O que, sabidamente, não acontece.
Surge, portanto, a primeira afirmação:
"A despeito do caráter "intuitu personae" dos contratos administrativos, a subcontratação é legítima".

A questão posta, porém, vai mais longe:
- será ela igualmente legítima desde que não expressamente prevista no edital ou no contrato?
Preliminarmente à legitimidade, examine-se a legalidade.
O artigo 72 da Lei Federal nº 8.666/93 está assim redigido:
"Artigo 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" (grifos nossos).
A clareza do texto não admite qualquer dúvida.
Inexiste qualquer referência, aí, a consignação preliminar da possibilidade no edital ou no contrato. Simplesmente porque desnecessária.
Como se vê, a faculdade está limpidamente estabelecida, e a Administração a examinará a cada caso.
Estabelecerá a sua justeza, necessidade, condições e, sobretudo, os seus limites. A responsabilidade contratual e legal permanecerá, no entanto, com o contratado, conforme expressamente referencia o texto, arredando esse problema, portanto, da Administração.
Argumentam alguns, em contrariedade, que a conjugação desse dispositivo com o inciso VI do artigo 78 da mesma lei inviabiliza a utilização da faculdade, desde que não admitida no edital e no contrato, posto que a insere como uma das causas rescisórias.
Assim não entendo.
Os motivos arrolados referem-se à rescisão unilateral do contrato, pela Administração, e constituem, de conseguinte, garantia sua e não do contratado.
Se a Administração vai valer-se desse motivo para rescindir, considerando-o falta grave, é porque, por óbvio, não o autorizou.
Assim mesmo, somente poderá valer-se do motivo se não admitido no edital e no contrato.
Esse o sentido do dispositivo, que nunca terá o condão de invalidar a regra clara do artigo 72.
Demonstrada como ficou, segundo – data vênia – me parece, a legalidade da providência, voltemo-nos para a sua conveniência.
O que sempre prevalecerá, em qualquer hipótese, é o interesse público.
Pode-se alinhar a última afirmação:
"A subcontratação é legítima, ainda que não consignada no edital ou no contrato, desde que autorizada, aferida e quantificada, a cada caso, pela Administração." "

Tenho a acrescentar à fala do Sr. Secretário-Diretor Geral que o mencionado artigo 72 da Lei 8.666/93 não confere ao Administrador uma carta em branco para dele usar como lhe aprouver, sendo certo que haverá de justificar e fundamentar técnica e juridicamente o caso a ele submetido, embasando-o no necessário interesse público, o qual, de resto, deve pautar todo ato administrativo.

Isto para que não se venha a imputar favorecimento da contratada, que demonstre não ter condições de executar as tarefas que lhe foram impostas, posto que, neste caso, se imporá uma rescisão punitiva do contrato.

Ademais, as razões para autorizar a subcontratação deverão se mostrar supervenientes e se revestirem de álea extraordinária, a qual haverá de ser cabalmente demonstrada.

Isto posto, VOTO no sentido da consulta ser respondida, em tese, conforme segue:

> "Ainda que não prevista no edital e no contrato pode a Administração concordar com a subcontratação de parcelas das obras e serviços, desde que:
>
> a) inexista óbice legal no tocante à natureza do contrato;
> b) a obrigação não tenha caráter personalíssimo;
> c) a subcontratada tenha as mesmas condições de habilitação;
> d) haja comprovado interesse público;
> e) seja motivada por razões supervenientes e por álea extraordinária devidamente comprovadas.
>
> É o meu voto.
>
> São Paulo, 12 de janeiro de 2000.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.008.260.99.64, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 1.897ªS.O.

DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do relator, conhecer da consulta, posto que atendidos integralmente os requisitos previstos no artigo 29 e seu parágrafo único da Lei Municipal nº 9.167/80 e artigo 64 e seu parágrafo único do Regimento Interno deste Tribunal e, no mérito, responder em tese que, embora não prevista no edital e no contrato, pode a Administração concordar com a subcontratação de parcelas das obras e serviços, desde que:

a) inexista óbice legal no tocante à natureza do contrato;
b) a obrigação não tenha caráter personalíssimo;
c) a subcontratada tenha as mesmas condições de habilitação;
d) haja comprovado interesse público;

e) seja motivada por razões supervenientes e por álea extraordinária devidamente comprovadas.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, EDSON SIMÕES e a Conselheira Substituta LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de janeiro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator