— A subcontratação não produz relação direta entre a Administração e o subcontratado. Na cessão total ou parcial do contrato o cessionário assume a situação de contratante, investindo-se no status *contratual em substituição ao cedente.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Proc. 400.099/96

GRUPO I — Classe III — Segunda Câmara
TC — 400.099/96-9
Natureza: Relatório de Auditoria
Entidade: Prefeitura Municipal de Dourados/MS

Ementa: Relatório de Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Dourados/MS. Ausência de memorial de cálculo utilizado para a conversão de valores contratuais. Cessão parcial de contrato administrativo sem previsão editalícia ou contratual (art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93). Audiência do responsável. Esclarecimento da questão relativa ao memorial de cálculo inquinado. Considerações acercada distinção entre as figuras da subcontratação e da cessão parcial ou total de contrato. Omissão quanto à motivação que ensejou o ato impugnado. Acolhimento das justificativas concernentes à conversão de valores contratuais; rejeição das justificativas apresentadas quanto à cessão parcial de contrato administrativo; aplicação de multa; e determinação à Prefeitura.

I — RELATÓRIO

Cuidam estes autos de Relatório de Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Dourados/MS abrangendo o exame dos documentos relativos à aplicação dos recursos repassados por convênios pactuados com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, sob os nº 4924/93, 3909/94 e 5030/95.

2. Esclarece a equipe que esses convênios tinham como objeto a construção da Escola Agrotécnica de Dourados e Aquisição de

Equipamentos. Para a construção da escola foi contratada, mediante concorrência, a empresa Guará Engenharia e Indústria — LTDA.

3. Ao proceder o exame da documentação pertinente, a equipe de auditoria assinala dois pontos como pendentes de esclarecimentos, os quais foram objeto de audiência do responsável, quais sejam:

"a) o memorial de cálculo que justifique o valor convertido em real (R$ 729.673,64), nos termos da Lei nº 8.880/94, do contrato S/N, de 06.04.94, celebrado com a empresa Guará Engenharia e Indústria Ltda.; e

b) a fundamentação legal para a cessão do Contrato mencionado na letra "a" à empresa Iguma Construção Indústria e Comércio LTDA., não participante da Concorrência nº 001/94, assim como os motivos que a determinaram;"

4. Em resposta à audiência efetuada, o responsável remeteu o memorial de cálculo utilizado pela Secretaria Municipal de Obras para a conversão do valor constante da cláusula segunda, item 02.02, do contrato celebrado entre o Município e a empresa Guará Engenharia Ltda., acompanhado de considerações e esclarecimentos sobre a conversão de valores.

5. O memorial foi devidamente analisado pela Unidade Técnica que entendeu esclarecida a questão, cabendo apenas determinação à Prefeitura para que adote medidas visando inserir nos processos licitatórios, bem como nos controle de contratos, os memoriais de cálculos relativos a quaisquer alerações produzidas nos valores originais de contratos firmados com a referida Prefeitura, colocando-os à disposição dos sistemas de controle, nos termos do art. 78, § 5º, do Decreto-lei nº 200/67 e art. 30 da IN/STN nº 01, de 15.01.97.

6. No que concerne a segunda questão, a Prefeitura, com posterior endosso do gestor municipal, esclarece que a Cessão Parcial do contrato teve como fundamento o art. 72 da Lei nº 8.666/93, "que dá a prerrogativos à Administração de permitir à empresa por ela contratada, que efetue cessão parcial de objeto de contrato a terceiros (subcontratação), desde que prevista no instrumento convocatório, como fartamente anuncia a melhor doutrina sobre tais casos."

7. Cita, a propósito, doutrina acerca dos efeitos do subcontrato concluindo que a "subcontratação não produz uma relação jurídica entre a Administração e o subcontratado. Não é facultado a este demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante. E, embora não existe um vínculo direto entre a Administração e o subcontratado, esse último responde solidariamente com o subcontratante pela perfeição da prestação executada, responsabilidade esta que não deriva de contrato com a Administração, mas sim da responsabilidade que recai sobre o fabricante ou prestador de serviços pela perfeição da prestação realizada."

8. Pondera, assim, que para a realização da cessão parcial não há necessidade de se realizar novo procedimento licitatório, nem mesmo que a cessionária/subcontratada haja participado deste, não existindo impedimento legal para que se a realize. Como a Cessão está prevista no Edital de Concorrência e no Contrato, a cessão foi realizada nos termos da disposição legal que rege a matéria.

9. Ao analisar os documentos apresentados, ressalta a Unidade Técnica, inicialmente, que o responsável não apresentou os motivos que ensejaram a autorização da cessão parcial firmada entre a empresa Guará Engenharia e Indústria LTDA. (Contratada) e a empresa Iguma Construção Indústria e Comércio LTDA. (cessionária), deixando de atender na sua totalidade os termos do ofício de audiência.

10. Quanto ao mérito dos argumentos apresentados, foi observado que:

— o ex-prefeito utilizou impropriamente da doutrina e da legislação relacionadas com o instituto da subcontratação de obra, serviço e fornecimento de bens quando no caso foi realizada uma cessão parcial de contrato, com a interveniência da Prefeitura;

— essa transação foi efetivada sem que houvesse previsão no instrumento convocatório e no termo de contrato, já que a cláusula prevista no edital e no contrato autoriza apenas a subcontratação;

— a cessão e a subcontratação são institutos distintos, e o fundamento legal levantado pela defesa diz respeito à subcontratação;

— na cessão há de se realizar um novo procedimento licitatório pois do contrário seria negar a exigência de processo licitatório para os casos previstos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem assim como o art. 2º da Lei nº 8.666/93;

— ao administrador só é lícito fazer o que a lei autoriza, não podendo prosperar o argumento de que não há impedimento legal para a realização de cessão de contrato público a terceiro sem a realização de processo licitatório;

— as hipóteses de ressalvas ao procedimento licitatório estão elencadas nos arts. 17, incisos I e II, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, nelas não se acobertando a hipótese de cessão de contrato na forma defendida pelo responsável; e

— a provável permissão de cessão contida no art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93 somente pode ser aplicada se realizado em novo processo licitatório, ou que o cessionário tenha participado do processo original, obedecida a ordem de classificação prevista no art. 24, inciso XI da citada norma legal, não sendo, neste caso, uma outra licitação.

11. Isso posto e considerando: "que subcontratação e cessão são coisas distintas, conforme restou comprovado; que a cessão homologada pela Prefeitura Municipal de Dourados/MS não tem previsão legal, contratual e editalícia; que o ato fere princípios constitucionais e legais; que o responsável não apresentou os motivos determinantes para a homologação da cessão realizada; que tem sido prática reiterada da Prefeitura Municipal de Dourados/MS a autorização ilegal de cessão de seus contratos." propõe:

"a) acolher as justificativas apresentadas em relação à conversão realizada pela Prefeitura Municipal no contrato nº 8.880/94, sem prejuízo de se determinar ao atual Prefeito Municipal de Dourados-MS que adote providências no sentido de manter nos processos licitatórios, bem como nos de controle de contratos, os memoriais de cálculos relativos a quaisquer alterações produzidas nos valores originais de contratos firmados pela referida Prefeitura Municipal, colocando-os à disposição dos sistemas de controles, quando solicitados, nos termos do art. 78, § 5º, do Decreto-lei nº 200/67e art. 30 da IN/STN nº 1, de 15 de janeiro de 1997;

b) rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo responsável, Sr. Humberto Teixeira, ex-Prefeito Municipal de Dourados-MS., CPF. Nº 003.721.701-10, acerca da cessão ilegal do contrato s/nº, firmado em 06.04.94 com a empresa Guará Engenharia LTDA., decorrente da concorrência nº 001/94, para a empresa Iguma Construção Indústria e Comércio LTDA., sem prejuízo de se determinar ao atual Prefeito da referida Prefeitura Municipal para que evite a cessão parcial ou total de contrato, sem licitação, por inexistência de amparo legal para a adoção de tal medida;

c) aplicar ao responsável a multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 220, inciso III, do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 165, III, alínea *a*, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, acrescida dos encargos legais, contados a partir do dia seguinte ao término do prazo estabelecido até a data do recolhimento, caso não atendida a notificação, na forma da legislação em vigor."

12. O Sr. Secretário manifesta-se de acordo com as propostas alvitradas.

É o Relatório.

II — VOTO

De fato, assiste razão à Unidade Técnica quando ressalta a existência de diferença entre as figuras da subcontratação e da cessão, parcial ou total, de contrato.

2. Recorrendo às lições doutrinárias acerca da matéria, destaco que o administrativista Marçal Justen Filho em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 4ª Edição, Aide Editora, 1995, ao tecer considerações acerca desses institutos, observa que a "subcontratação não produz uma rela-

ção 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." (op. cit. pág. 417). Enquanto que a cessão ou transferência total ou parcial "corresponde à substituição do contratante, investindo-se no *status* contratual ocupado pelo cedente." (op. cit. pág. 433).

2. Ressalta, ainda, que a subcontratação torna-se pertinente quando, por exemplo, o objeto licitado comporta execução complexa, em que algumas partes que apresentem características mais simples possam ser efetuadas por terceiros, sem vínculo direto com a Administração, mas desde que sejam respeitados os limites predeterminados por ela. A empresa contratada continua a responder perante a Administração. Já a cessão contratual pressupõe a continuação dos serviços por outra empresa que assume o contrato e passa a responder perante a Administração.

3. No caso em exame, o contrato questionado estabeleceu em sua cláusula primeira: "A CESSIONÁRIA mediante o presente Termo de Cessão Parcial, assume com validade a partir da assinatura do presente instrumento no que lhe couber, todos os direitos e obrigações ajustadas pelo Cedente com a PREFEITURA MUNICIPAL DE DOURADOS-MS através do contrato CP-001/94 (originado da Concorrência Pública nº 001/94), e assim ficará responsável pelos serviços constantes da planilha anexa, no valor total de R$ 356.706,61 a este Termo de Cessão Parcial."

4. E, sua cláusula segunda prevê: "A cessionária, aceita os compromissos assumidos pela CEDENTE através do contrato CP-001/94, e, desta forma *passará a condição de CONTRATADA* para execução dos serviços relacionados na planilha em anexo responsabilizando-se pela execução dos mesmos e ..." (grifo nosso)

5. Pelos termos transcritos, resta claro que houve a cessão contratual, com a substituição da contratada inicial por outra empresa. Quando à legalidade de tal transação, acompanho a Unidade Técnica quando afirma que não existia amparo no edital ou no contrato, já que a previsão ali constante dizia respeito especificamente à sobcontratação, sem que fosse feita, inclusive, nenhuma menção quanto aos termos e limites dessa subcontratação no instrumento convocatório. Assim, o ato praticado carece de amparo legal.

6. Quanto à ausência de motivação para o ato administrativo, chamo atenção para o fato de que o caso em exame trata de contrato administrativo, o qual se reveste de caráter personalíssimo. A licitação que precedeu o contrato selecionou a empresa vencedora baseada na sua idoneidade e capacidade técnica. Nesse caso, a cessão do contrato para terceiros só poderia se dar com a devida motivação, não se sujeitando ao simples poder discricionário do administrador. Assim, penso que a ilegalidade cometida encontra-se agravada pela falta de justificativa pois, sem que se tenha conhecimento dos motivos que ensejaram o ato praticado, não há como se aferir se a providência adotada atendeu ao interesse público ou ao interesse de uma ou outra empresa em particular.

7. Nesse sentido, oportuno se faz trazer à colocação trecho de consideração tecida pela administrativista Lúcia Valle Figueiredo em "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 1994, pág. 336, *in verbis:*

"6. A rescisão por mútuo consentimento, ou decorrente da conveniência e oportunidade, por ser procedimento de segundo grau, isto é, a prolação de segundo ato administrativo sobre matéria já disposta, também não prescinde — de forma alguma — de motivação. *Sua ausência implicaria a nulidade do ato, pois há necessidade de motivação para que se afira ter a Administração se quedado dentro dos limites de sua competência.*" (grifo nosso)

8. No caso em exame tal juízo de valor foi prejudicado ante a omissão verificada nas justificativas encaminhadas pelo responsável, apesar desse quesito estar inscrito no ofício a ele dirigido. Assim, mesmo considerando que não há nos autos referências a possíveis prejuízos decorrentes de tal cessão, penso que o melhor destarte para a matéria é a aplicação de multa ao gestor pela prática de ato de gestão ilegal, sem motivação que o justificasse.

9. Relativamente à determinação proposta pela Unidade Técnica concernente à realização de licitação para acessão parcial ou total de contrato, observo que a Lei de Licitação aceita esses institutos desde que previstos em edital e contrato, como se pode depreender da leitura do inciso VI do seu art. 78. Isso advém do reconhecimento de que a regra é a impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações que lhe incumbem, pois, não tivesse o particular condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Uma nova licitação descaracterizaria o instituto em discussão já que implica em nova contratação, que se daria a partir da rescisão do contrato inicial.

10. Assim sendo, se a referida Prefeitura tem recorrido amiúde à realização de termos de cessão parcial ou total de contrato, supondo que devidamente motivado — caso não confirmado nestes autos — claro está que estaríamos nos deparando com possíveis problemas ocorridos, na verdade, ainda na fase de habilitação da licitação que precede os contratos inquinados, decorrente da escolha de empresas com problemas de idoneidade ou de capacitação técnica para conduzir as tarefas a que se propôs.

12. Relativamente ao memorial de cálculo utilizado pela Secretaria Municipal de Obras para a conversão do valor constante do contrato em real, acompanho os pareceres e considero elidida a questão.

Ante o exposto, acompanho em parte as propostas alvitradas e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este E. Colegiado.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza em 16 de julho de 1998.

ADHEMAR PALADINI GHISI

Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 238/98-TCU — 2ª Câmara

1. Processo TC nº 400.099/96-9

2. Classe de Assunto: III — Relatório de Auditoria

3. Responsável: Humberto Teixeira (ex-prefeito)

4. Entidade: Prefeitura Municipal de Dourados/MS

5. Relator: MINISTRO ADHEMAR PALADINI GHISI.

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: Secex/MX

8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Dourados/MS abrangendo o exame dos documentos relativos à aplicação dos recursos repassados por meio dos convênios nºs. 4924/93, 3909/94 e 5030/95 pactuados com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, objetivando a construção da Escola Agrotécnica de Dourados e aquisição de equipamentos.

Considerando que restou devidamente esclarecida a questão relativa ao memorial de cálculo utilizado pela Secretaria Municipal de Obras para a conversão do valor constante do contrato firmado com a empresa Guará Engenharia e Indústria Ltda., nos termos da Lei nº 8.880/94;

Considerando que foi constatada a cessão parcial de contrato da empresa Guará Engenharia e Indústria — Ltda. para a empresa Iguma Construção Indústria e Comércio Ltda., sem amparo em previsão editalícia ou contratual, nos termos do disposto no inciso VI do art. 78 da Lei 8.666/93;

Considerando que além da ilegalidade constatada, o responsável em suas justificativas não apresentou a devida motivação para a providência adotada;

Considerando que o contrato administrativo reveste-se de caráter personalíssimo, não podendo prescindir da devida motivação para sua cessão ou transferência a terceiros;

Considerando, ainda, que a ausência de tal motivação constitui agravante para o ato praticado pois não há como se aferir se a providência adotada atendeu ao interesse público;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, com fulcro nos arts. 1º, inciso II, 43, inciso II, Parágrafo único, da Lei nº 8.443/92 em:

a) acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Humberto Teixeira em relação à conversão de valores realizadas pela Prefei-

tura Municipal de Dourados ao contrato s/n, de 06.06.94, celebrado com a empresa Guará Engenharia e Indústria Ltda.,

b) rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo responsável, Sr. Humberto Teixeira, acerca da cessão parcial do contrato s/nº, firmado em 06.04.94, com a empresa Guará Engenharia Ltda., decorrente da concorrência nº 001/94, para a empresa Iguma Construção Indústria e Comércio Ltda., e aplicar ao responsável a multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei nº 8.443/92, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar perante o Tribunal (art. 165, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional;

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, acrescida dos encargos legais devidos, contados a partir do dia seguinte ao término do prazo estabelecido até a data do recolhimento, caso não atendida a notificação; e

d) determinar à Prefeitura Municipal de Dourados/MS que adote providência no sentido de manter nos processos licitatórios, bem como nos de controle interno de contratos, os memoriais de cálculos relativos a quaisquer alterações produzidas nos valores originais de contratos firmados pela Prefeitura com entidades federais, colocando-os à disposição dos sistemas de controles, quando solicitados, nos termos do disposto no art. 78, § 5º, do Decreto-lei nº 200/67 e art. 30 da IN/STN nº1/97.

9. Ata nº 22/98 — 2ª Câmara.

10. Data da Sessão: 16/07/1998 — Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministro Presentes: José Antonio Barreto de Macedo (na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi (Relator) e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO

na Presidência

ADHEMAR PALADINI GHISI

Ministro-Relator

Fui presente: MARINUS EDUARDO DE VRIES MARSICO

Repres. do Ministério Público