

## PARECER

Trata-se de recurso administrativo apresentado pela empresa T D da Costa – ME, que foi considerada inabilitada na Tomada de Preços nº. 2019.1403-001-SEMAS, devido ter apresentado alvará de funcionamento somente para elaboração de projetos de engenharia, assim não contemplando a construção de edifícios, como a sede do Conselho Tutelar, que é exatamente o objeto da licitação retro mencionada.

Em resumo, a recorrente alegou que, embora pelo alvará de funcionamento apresentado não possa realizar ela mesma o objeto da licitação, vai executar a obra através de subempreitada, expressamente autorizada pelo edital do certame, por isso não poderia ser considerada inabilitada, ainda mais quando a legislação pertinente e o edital determinam que as normas sempre serão interpretadas para ampliar a disputa dos interessados, requerendo o provimento recursal para julgá-la habilitada.

Ouvida a empresa concorrente Bloco 3 Empreendimentos, Construções e Serviços Ltda-ME, apresentou contrarrazões, alegando, preliminarmente, intempestividade do recurso, com fundamento no art. 110 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) e, no mérito, que a subempreitada é exceção, que o edital somente aceita na modalidade de serviços meios e que o alvará de funcionamento não permite à recorrente fazer ou executar qualquer construção, devendo não ser conhecido o recurso ou julgado improcedente.

Passemos ao parecer.

Em que pese a alegação preliminar, apresentada nas contrarrazões da empresa Bloco 3 Empreendimentos, Construções e Serviços Ltda-ME, opino, inicialmente, que o recurso seja considerado tempestivo.

Isso porque se trata de recurso contra decisão da Comissão de Licitações e Pregões que julgou a recorrente licitante inabilitada.

Diz o art. 109 da Lei 8.666/93:

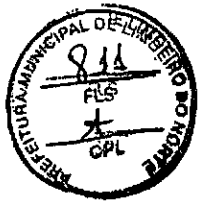
*"Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

*1 - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*

*a) habilitação ou inabilitação do licitante;"*



ESTADO DO CEARÁ  
Município de Limoeiro do Norte  
Procuradoria Geral do Município



Assim, a contagem é em dias úteis e não em corridos.

Publicada a decisão no dia 09/05/2019, uma quinta-feira, temos o prazo legal até o dia 16/05/2019, também uma quinta-feira. E apresentado o recurso no dia 15/05/2019, quarta-feira, nota-se que foi interposto **dentro do prazo**.

Quanto ao mérito recursal, entendo que o recurso deve ser provido.

Está muito claro que, na presente situação, poderá ocorrer a subempreitada, até porque a legislação, o edital e o contrato autorizam essa forma de execução do objeto deste certame.

De há muito, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União orienta-se no sentido de exigir prévia e expressa autorização da Administração, veiculada por previsão em edital e em contrato, para que o contratado possa subcontratar o objeto contratual. Tal entendimento decorre de interpretação conjunta dada aos artigos 72 e 78, VI, da Lei 8.666/93, os quais prescrevem o seguinte:

*"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."*

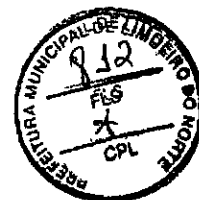
*"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:  
(...)*

*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;"*

Dos artigos transcritos, extrai-se a possibilidade de se subcontratar (art. 72) ao mesmo tempo em que se verifica, como consequência da subcontratação não prevista em edital e contrato, a rescisão contratual (art. 78, VI).

A primeira vista, a lei somente permitiria a subcontratação de algumas partes do objeto do contrato (e não a totalidade), se interpretado isoladamente o art. 72, friamente, sem o auxílio do inciso VI do citado art. 78. Não obstante, ambos os preceitos se entrelaçam, intimamente, e não podem ser analisados isoladamente.

Se a contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração (art. 72) e o inciso VI do citado art. 78 cataloga como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, não admitida no edital e no contrato, é curial que a



**subcontratação total é consentida.** Do contrário, este inciso não estaria fazendo referência à subcontratação total, visto que a lei não contém palavras inúteis, tendo estas sempre algum significado. Há que se descobrir, portanto, o porquê de sua permanência no texto.

A conclusão insofismável é de que a lei realmente não obsta a subcontratação total da execução do contrato, nem tampouco a cessão (transferência) total ou parcial, com o que está de acordo Diógenes Gasparini, ao avisar que:

*“o Estatuto Federal Licitatório vai mais além e admite a subcontratação total (toda a execução do contrato passa para um terceiro sem que o subcontratante se desvincule do contrato) do objeto e a cessão (transferência total ou parcial dos direitos decorrentes do contrato a terceiro, com o cedente desvinculando-se no todo ou em parte do contrato cujos direitos foram cedidos), se essas operações estiverem previstas e reguladas no edital. Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública (cf. Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, 1995, pp. 396/7).*

A regra é, portanto, que a subcontratação esteja autorizada no edital e no contrato, sob pena de conduzir à rescisão do contrato, na forma do art. 76, IV, da Lei nº. 8.666/93.

Contudo, atento à questão da subcontratação, o TCU já exarou decisão admitindo que, em situações excepcionais, resultantes de fatos supervenientes, nas quais a subcontratação afigure-se essencial à preservação da execução do contrato, **tal procedimento poderá ocorrer, ainda que não prevista no instrumento convocatório ou no contrato** (Acórdão nº. 3.378/2012-Plenário, rel. Min. José Jorge, j. em 05.12.2012.)

A decisão, conquanto haja enfatizado a excepcionalidade de subcontratação não prevista em edital e em contrato, é precedente relevante no sentido de reconhecer o pleno atendimento da necessidade como finalidade precípua da contratação, a ser considerado de forma preponderante tanto na tomada de decisões pela Administração quanto na apreciação destas pelos órgãos de controle.



ESTADO DO CEARÁ  
Município de Limoeiro do Norte  
Procuradoria Geral do Município



Podemos prosseguir. Antes do advento da Lei 13.429/2017, que incluiu o art. 4º.-A na Lei 6.019, de 03.01.1974, se entendia que **somente as atividades meio** poderiam ser objeto de transferência, através de **subcontratação**. Contudo, expressamente dispõe ela em seu art. 4º.-A:

*"Art. 4º.-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução."*

E a Lei 13.467/2017, que incluiu o art. 5º.-A na Lei 6.019, de 03.01.1974, também determinou:

*"Art. 5º.-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**."*

Portanto, desde então, expressamente a legislação brasileira passou a aceitar a terceirização/subcontratação das atividades/**serviços fins**.

E embora existam Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (5.685, 5.686, 5.867 e 5895) tramitando no Supremo Tribunal Federal, almejando a declaração de inconstitucionalidade dessa Lei 13.429/2017, **ainda não foi proferida nenhuma decisão** nesse sentido, estando em pleno vigor, ou seja, autorizando plenamente a subcontratação dos serviços fins.

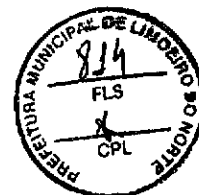
Então, a razão de ser da regra editalícia de subempreitar apenas os serviços meios ainda está atrelado ao ultrapassado mandamento legal que somente poderiam ser subcontratados as atividades meios.

Por conseguinte, a norma editalícia que **restringe** a subcontratação apenas de serviços meios **afronta expressamente mandamento legal** contido na Lei 6.019/74, porque esta, sem deixar dúvidas, estabeleceu a subcontratação de serviços fins, a atividade principal da empresa, não podendo a Administração Pública restringir aquilo que a lei não restringiu, até porque está intimamente ligado às condições de participação no procedimento licitatório, como de fato está sofrendo a recorrente.

Ora, a regra do art. 3º., § 1º., inciso I, da Lei 8.666/93, veda as "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".



ESTADO DO CEARÁ  
Município de Limoeiro do Norte  
Procuradoria Geral do Município



Então, se a Administração possui discricionariedade para estabelecer exigências em razão da sua necessidade concreta, por outro lado, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal dispõe que as exigências devem se limitar àquelas “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” e que essas exigências **não podem afrontar os mandamentos legais**.

Nessa linha de pensamento, **somente** poderia indiscutivelmente ser considerada inabilitada a empresa recorrente **se o edital proibisse a subcontratação (ou subempreitada)** porque não poderia ela, que não pode por meios próprios executar o objeto da licitação, neste caso, nem participar da licitação nem (sub)contratar.

Ante ao exposto, opino para **conhecer o recurso**, porque tempestivo, e, no mérito, **dar provimento para julgar habilitada a empresa T D da Costa – ME**, nos autos da Tomada de Preços nº. 2019.1403-001-SEMAS, que tem como objeto a construção do edifício sede do Conselho Tutelar local.

SMJ, é o Parecer.

Limoeiro do Norte-Ceará, 27 de maio de 2019.

  
Ana Regia Conrado de Souza,

Procuradora do Município

Ato PGM n.º 001/2019