

PARTE III

**ATOS, CONTRATOS E PARCERIAS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

POSSIBILIDADE DE FATURAMENTO DIRETO ENTRE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA SUBCONTRATADA SEM ALTERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA EMPREITEIRA PRINCIPAL

Alexandre Santos Aragão*

Sumário: 1. A Consulta; 2. Limites à Subcontratação nos Contratos Administrativos: o Faturamento Direto não Transforma a Subcontratação em Cessão Contratual e não Altera a Essência da Forma de Pagamento do Contrato; 2.1. Inexistência de Transferência de Responsabilidades Contratuais ao Subcontratado: o Vínculo entre este e a Administração Pública Contratante é Meramente Contábil; 2.2. O Termo de Subcontratação em que Figura a Administração Contratante como Interveniente Anuente é Instrumento Suficiente a Permitir a Liquidação das Despesas; 2.3. O Art. 72 da Lei nº. 8.666/93 Interpretado no Atual Contexto Legislativo e Extensão Isonômica; 3. O Faturamento Direto Como Forma *in Casu* de ee Evitar o Reequilíbrio Econômico Financeiro Oneroso à Estatal; 4. Análise da Questão à Luz dos Princípios da Eficiência, Economicidade, Moralidade Administrativa e Realidade; 5. A Natureza Jurídica da Estatal Contratante e a Necessidade de Adoção de Práticas Consentâneas com o Mercado; 6. A Ausência de Previsão Original no Contrato não Constitui Óbice ao Faturamento Direto: Procedimentos e Formalidades de Implementação do Faturamento Direto; 7. Conclusões.

1. A Consulta

Consulta-nos EMPRESA SUBCONTRATADA por CONTRATADA PRINCIPAL para a execução parcial dos serviços objeto do Contrato (“Contrato principal”), celebrado entre a última e ESTATAL CONTRATANTE, acerca da possibilidade de faturamento dos valores de remuneração fixados no contrato de subcontratação diretamente à estatal, a fim de evitar a incidência de tributos em cascata sobre a prestação desses serviços.

* Mestre (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e Doutor (Universidade de São Paulo) em Direito. Professor Adjunto da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado.

De acordo com os fatos narrados pela Consulente, a celebração do contrato de subcontratação se demonstrou necessária, no caso concreto, em virtude de atrasos no início dos serviços por fatos não imputáveis à CONTRATADA PRINCIPAL, já que, como relata a Consulente, a ESTATAL CONTRATANTE manifestou a necessidade de se manter o cronograma independentemente desses fatos.

Assim, como informado pela Consulente, a fim de não comprometer o desenvolvimento do projeto e evitar o não cumprimento do prazo inicialmente previsto para a conclusão dos serviços, a estatal contratante autorizou a subcontratação da Consulente pela CONTRATADA PRINCIPAL, através de ofício, sob algumas condições dentre as quais (i) as subcontratações adicionais teriam que ser, expressamente justificadas pela CONTRATADA PRINCIPAL para a execução parcial dos serviços objeto do Contrato, mediante prévia autorização da estatal contratante, a seu exclusivo critério; (ii) não haveria *nenhum vínculo contratual entre a ESTATAL CONTRATANTE e as empresas subcontratadas*; (iii) a ESTATAL CONTRATANTE não manteria com as subcontratadas qualquer comunicação ou entendimento formal, devendo os mesmos ser feitos por intermédio da CONTRATADA PRINCIPAL; (iv) a parcela subcontratada será considerada como se estivesse sendo executada pela CONTRATADA PRINCIPAL dentro dos preços estabelecidos no Contrato; (v) subsistiria, em qualquer caso, a responsabilidade integral da CONTRATADA PRINCIPAL pela perfeita execução da parcela subcontratada, bem como pelas obrigações legais e contratuais, sejam quais forem as condições da subcontratação.

A subcontratação, necessária para cumprir o solicitado pela estatal mesmo tendo acontecido os fatos judiciais imprevistos acima narrados, criou, contudo, ônus adicionais para a CONTRATADA PRINCIPAL, além daqueles previstos inicialmente quando da apresentação da sua proposta comercial no processo licitatório, em especial, a perda de receitas em virtude da dupla incidência de tributos sobre a prestação de serviços. Como informado pela Consulente, o ISS – Imposto sobre serviço de qualquer natureza, bem como as parcelas de PIS e COFINS não incidirão apenas sobre os valores repassados pela ESTATAL CONTRATANTE à CONTRATADA PRINCIPAL a título de remuneração pelos serviços prestados, mas também sobre os valores por ela repassados à SUBCONTRATADA, aumentando os custos envolvidos na execução do contrato pela CONTRATADA PRINCIPAL.

Em vista disso, em agosto de 2012, a CONTRATADA PRINCIPAL encaminhou correspondência à ESTATAL CONTRATANTE requerendo a sua autorização para que fosse promovido o faturamento dos valores devidos à SUBCONTRATADA diretamente à empresa estatal, evitando-se, assim, o comprometimento da receita em virtude da dupla incidência de tributação sobre os serviços.

Em 19.10.2012, contudo, a CONTRATADA PRINCIPAL foi informada sobre o não acolhimento do pleito de faturamento direto pela Procuradoria Jurídica da empresa estatal, sob o argumento de que “o pagamento requerido não está

contemplado no edital e no contrato, e que na época da autorização de subcontratação a Superintendência de Engenharia de Projeto da ESTATAL CONTRATANTE condicionou que não fosse modificada, dentre outros aspectos, a forma de pagamento original do contrato”.

Tal posição seria esteada nos seguintes óbices ao faturamento direto (além dos já apontados): (i) ausência de previsão legal e impossibilidade de fundamentação do pagamento direto na Lei complementar nº. 123/2006; (ii) impossibilidade de realização de pagamento a um terceiro que não é parte do contrato administrativo, pois a inobservância das regras de pagamento poderia implicar prejuízos para a empresa estatal, de acordo com a ideia de que “quem paga mal paga duas vezes”, já que a CONTRATADA PRINCIPAL seria a única legitimada a receber o pagamento e dar a devida quitação à empresa estatal, não sendo possível aplicar, no caso, a previsão do art. 308 do Código Civil; e (iii) posicionamento contrário do Tribunal de Contas ao pagamento direto.

A partir das informações acima mencionadas e fornecidas pela Consulente, inclusive quanto aos fundamentos da subcontratação e ao desequilíbrio gerado em virtude da bitributação, passamos a responder à consulta do ponto de vista exclusivamente do Direito Administrativo, não sendo objeto do presente parecer a análise de aspectos de outras searas do Direito, como o Direito Tributário.

Para tanto, no presente parecer serão explorados os limites à subcontratação em contratos administrativos e a possibilidade de faturamento direto como mecanismo apto ao afastamento *in casu* do equilíbrio econômico financeiro e a promover, no caso concreto, os princípios constitucionais da eficiência e economicidade, bem como sobre a sua compatibilidade com o regime jurídico das sociedades de economia mista; tudo sem jamais comprometer a responsabilidade integral da CONTRATADA PRINCIPAL.

2. Limites a Subcontratação nos Contratos Administrativos: o Faturamento Direto não Transforma a Subcontratação em Cessão Contratual e não Altera a Essência da Forma de Pagamento do Contrato.

A subcontratação consiste na transferência da execução de parte da obra ou serviço a um terceiro estranho ao contrato, mantendo-se, contudo, a responsabilidade do subcontratante perante a Administração Pública pela parcela da obra ou serviço subcontratada. A Lei Federal nº. 8.666/1993 prevê expressamente tal possibilidade em seu art. 72, a seguir colacionado:

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.

Tal permissivo geral é uma decorrência da natureza do contrato administrativo, que não é celebrado com *intuitu personae* em seu conceito tradicional civilista, mas sim a partir de um procedimento objetivo que busca a obtenção da proposta mais vantajosa e a observância ao princípio da isonomia. Como destacado por Marçal Justen Filho, ao comentar o referido artigo, “a atividade administrativa do Estado rege-se pelo princípio da impessoalidade, o que significa que as características pessoais do particular contratado não se configuram um fator relevante para a contratação. (...) Portanto, e em tese, o que interessa à Administração é o recebimento da prestação ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento”.¹

Como já afirmamos em sede doutrinária,² “a subcontratação é, em princípio, admitida, porque, ainda que se considere que os contratos administrativos são *intuitu personae*, o que seriam apenas no concernente ao liame com o licitante que se sagrou vencedor no certame público, não no sentido da teoria geral dos contratos, de um objeto que só pode ser adequadamente cumprido por uma pessoa (ex.: contratação de um projeto de arquitetura de Oscar Niemayer). Já a cessão do contrato difere da subcontratação, porque acarreta a própria transferência dos direitos e obrigações contratuais, ou seja, da própria posição contratual, com a desvinculação do cedente da relação jurídica com a Administração Pública.”

A subcontratação é usual em casos que envolvem execuções contratuais complexas, como as empreitadas, “em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo”.³

Em todo caso, uma diretriz essencial para se avaliar a conveniência da subcontratação são as práticas do mercado: “Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo”.⁴

Para o objeto do presente parecer, é essencial considerar, ainda, a exigência de manutenção das responsabilidades legais e contratuais da licitante vencedora, prevista no art. 72 da Lei nº. 8.666/93, supracitado. São essas exigências legais, as práticas de mercado e a interpretação a elas atribuída pelo Tribunal de Contas da União que deverão pautar a decisão da *ESTATAL CONTRATANTE* no caso concreto.

Instituto sobre o qual realmente há muita discussão doutrinária e jurisprudencial não é o da subcontratação, mas sim o da cessão contratual, ou seja, a sub-rogação

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 944.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Forense, 2012, XIII.5.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 944/945.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 945.

do contrato administrativo, hipótese em que, diferentemente da subcontratação, há transferência das responsabilidades e da própria titularidade contratual para um terceiro alheio à relação contratual inicial.⁵⁻⁶

De acordo com o Tribunal de Contas da União, “a principal característica que diferencia os dois institutos é o fato de que na subcontratação a contratada continua a responder, sozinha, pelo avençado com a Administração, *transferindo para o terceiro apenas a execução do objeto do contrato*, sem que com isso a empresa crie vínculo jurídico com o licitante, enquanto que na *SUB-ROGAÇÃO, cessão ou transferência, o terceiro assume da contratada todos os direitos e deveres consignados no termo contratual original*” (Acórdão 2002/2005 – Plenário).

O cerne da discussão reside na (im)possibilidade de se eximir o contratado das responsabilidades estabelecidas no contrato administrativo, criando-se uma nova relação contratual entre a Administração e um terceiro que não foi escolhido mediante licitação, e na compatibilidade desse expediente com os princípios constitucionais da eficiência, moralidade, com a regra constitucional da licitação e, ainda, como consignado pelo departamento jurídico da *ESTATAL CONTRATANTE*, com os requisitos para a realização do pagamento adequado das obrigações.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União afasta a possibilidade de qualquer tipo de transferência que envolva sub-rogação nos direitos e deveres contratuais, aí incluída a hipótese de cessão contratual,⁷ por entender que a Lei Geral de Licitações

⁵ “A subcontratação difere da cessão contratual nos seguintes pontos: “no primeiro, o cocontratante da Administração segue sendo o responsável direto da execução contratual. O subcontratado não se converte em parte do contrato, nem substitui o cocontratante da Administração. O subcontrato só tem em conta a execução, por um terceiro, de uma fração ou de um elemento do objeto do contrato principal. Enquanto na cessão do contrato, o cessionário ingressa na relação contratual primitiva na qualidade de parte substituta; na figura do contrato derivado, também denominado subcontrato, o subcontratado não integra a relação básica, pelo contrário, se formam duas relações ou situações jurídicas diferentes: uma originária ou primogênita, o contrato base, e outra derivada, o subcontrato. Contudo, a subcontratação autorizada pela Administração outorga ao subcontratado ação direta contra a mesma” (DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 54-56).

⁶ No mesmo sentido, Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho afirmam que “o conceito de cessão contratual implica diferente conotação, não se tratando de execução compartilhada, mas sim de transferência total da execução da obrigação a terceiros. (...) embora ambos os institutos (cessão e subcontratação) visem a transferência da execução do contrato administrativo, o conceito de cessão contratual distingue-se profundamente daquele de subcontratação e não há como confundí-los. A cessão possui extensão jurídica e factual mais abrangente do que a subcontratação, operando-se entre a Administração e o cessionário, e gerando a transferência integral, com sub-rogação total, de direitos e deveres. Já a subcontratação preserva e enfatiza a responsabilidade exclusiva do contratado originário, que, por expressa determinação legal (art. 72 da LNL), não se transfere ao subcontratado” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Possibilidades de Transferência a Terceiro de Contrato Público. Limites da Sub-rogação e Subcontratação. A Hipótese do Pagamento Direto da Administração às Empresas Subcontratadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-CARLOS-MOTTA-ALECIA-BICALHO.pdf>>. Acesso em 18 de outubro de 2012, p. 8).

⁷ Inicialmente, o Tribunal também considerava ilegítimas as hipóteses de fusão, cisão e incorporação. Essa orientação vem sendo alterada por aquele Tribunal para permitir a alteração subjetiva decorrente de operações societárias, desde que (i) prevista no edital e no contrato; (ii) sejam observados os requisitos de habilitação originais pela nova empresa; e (iii) sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original (cf. Acórdão 973/2010).

proibe qualquer instrumento que *importe em substituição da figura da contratada*, em violação aos princípios constitucionais supracitados. Confira-se, nesse sentido, trechos da Decisão nº. 420/2002 e do Acórdão 2002/2005 – Plenário, respectivamente:

“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.

⁸ De acordo com o voto do Ministro relator, “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.” (...) 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 subcontratados, dentre eles capacidades técnica e econômica) despreza o interesse público que se concretiza no relacionamento entre a Administração e a licitante vencedora.

“(…) A faculdade conferida à Contratada pelo artigo 72 da Lei nº 8.666/1993 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. (...) 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.” (...) 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.*

19. O *princípio da licitação* resta diretamente lesado, além do que já consta dos argumentos acima expendidos, pela substituição da 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.”

A interpretação literal e isolada do art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993, 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”.

Como se vê, além dos limites e requisitos expressamente previstos na Lei nº 8.666/93, já expostos acima, o Tribunal de Contas da União condiciona a legalidade e constitucionalidade das subcontratações à ausência de qualquer mitigação ou transferência da responsabilidade da licitante vencedora, subcontratante⁹, vedando a sub-rogação do contrato¹⁰ e a subcontratação total.¹¹

Com base nesse ponto, esse Tribunal possui alguns julgados no sentido da ilegalidade da previsão de faturamento direto entre a subcontratada e a Administração contratante, tendo em vista, como veremos adiante, equivocadamente pelo menos em alguns casos, que (i) esse expediente importaria a criação de uma relação jurídica entre a Administração Pública e a subcontratada (terceiro), em violação ao princípio licitatório e ao princípio maior da subcontratação, de acordo com o qual esse instrumento não pode importar em transferência de responsabilidades típicas da Contratada¹²; (ii) o empenho e a liquidação da despesa, nesses casos, não possuiriam

⁹ “O TCU firmou 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, conforme o art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993.” TCU - Acórdão nº. 678/2008 - Plenário (Sumário). No mesmo sentido v.: Acórdão nº. 3.475/2006 - 1ª Câmara, Acórdão nº. 554/2005 - Plenário, e Acórdão nº. 909/2003 - Plenário.

¹⁰ “Sub-rogação consiste na entrega da totalidade do objeto contratado a terceiro alheio à avença. Vale dizer que, na sub-rogação, pessoa estranha ao ajuste firmado assume, sem ter participado da licitação, todos os direitos e deveres consignados no contrato inicial, afastando qualquer responsabilidade do contratado. Não encontra amparo na Lei de Licitações a sub-rogação.” (Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - Brasília: TCU, Secretaria - Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 792).

¹¹ TCU, Acórdão 1733/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

¹² Confira-se os seguintes trechos da Decisão nº. 275/2002 do TCU: “Em judicioso parecer, o ilustre Procurador-Geral, Dr. Lucas Rocha Furtado, posicionou-se quanto ao assunto, concluindo pela impossibilidade jurídica dos termos subcontratuais em apreço, uma vez configurada, pela sub-rogação, relativamente à parcela do objeto sub-rogado, a substituição da figura da contratada no que tange às responsabilidades, direitos e obrigações que emergem da relação contratual estabelecida com a Administração. Citou, como exemplo, a previsão expressa de pagamento direto à subcontratada pela Administração. No entender ministerial, a responsabilidade pela execução do contrato e os direitos e obrigações a ela inerentes deve restringir-se exclusivamente à CIPESA Engenharia, contratada pelo Município após vencer o correspondente certame licitatório”. No mesmo sentido, no Acórdão 502/2008, o Tribunal de Contas determinou aos Correios (ECT) que “abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica

respaldo em um instrumento contratual como exige a legislação¹³; e (iii) não existiria amparo legal para a adoção dessa conduta.

Esse posicionamento do Tribunal de Contas da União pode ser até em tese aplicável à maioria das subcontratações, mas os óbices que ele aponta, que são realmente preocupações legítimas, não são intrínsecos ontologicamente a todas as subcontratações, já que esses óbices podem perfeitamente ser afastados dependendo do caso concreto e da forma com que elas forem efetivadas, como veremos ao longo deste Parecer.

Além disso, além de não ser objeto de preocupação pelo Tribunal de Contas da União, o pagamento direto também não implica em qualquer risco para a Administração contratante.

2.1. Inexistência de transferência de responsabilidades contratuais ao subcontratado: o vínculo entre este e a Administração Pública contratante é meramente contábil.

Como visto, o principal óbice apresentado pelo Tribunal de Contas da União com relação à possibilidade de faturamento direto reside na impossibilidade de estabelecimento de vínculo direto entre a Administração Pública contratante e o subcontratado.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, a criação de qualquer vínculo contratual com a Administração Pública, independentemente da denominação que lhe for atribuída, exige prévia licitação, sob pena de violação ao art. 37, XXI, da Constituição Federal e ao princípio da moralidade. Além disso, ainda de acordo com o entendimento daquele Tribunal, o faturamento direto importaria em alteração das condições iniciais do contrato, em especial das responsabilidades atribuídas à licitante vencedora, o que também seria vedado.

entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado, impossibilitando a realização de uma das fases da despesa, a saber, a liquidação, a qual deve ter por base o respectivo contrato, ajuste ou acordo; a nota de empenho; e os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, conforme dispõe o art. 63, § 2º, da Lei 4.320/64”.

¹³ Esse ponto foi expressamente tratado no Acórdão nº. 282/2007 - Plenário, sobre as ações e obras relacionadas aos jogos Pan-Americanos de 2007: “Passando à questão do pagamento direto à subcontratadas, é preciso, antes, analisar como se dá a execução das despesas públicas. Antes do pagamento, que é a última fase dessa execução, ainda existem outras duas fases: empenho e liquidação. O edital e o contrato para execução das obras de Deodoro não definem como seriam o empenho e, principalmente, a liquidação das despesas relativas a serviços subcontratados. Na fiscalização anterior levantou-se a impossibilidade de se emitir uma nota de empenho em favor de um terceiro ao contrato. Porém, mesmo que essa emissão seja viabilizada, ainda existe um empecilho referente à liquidação de despesa, que é a verificação do implemento de condição, ou seja, verificação objetiva do cumprimento contratual”. (...) Em síntese, a legislação impõe que a liquidação da despesa deve ser feita com base em contrato, ajuste ou acordo, ou seja, deve existir uma relação jurídica entre a Administração Pública e o credor. Contudo, a lei define que, o vínculo que envolve acordo de vontades e estipula obrigações recíprocas, independentemente de sua denominação, só pode acontecer se houver licitação prévia. Portanto, não pode existir relação ou vínculo jurídico entre a Administração Pública e uma empresa subcontratada. A Decisão-TCU nº 1.103/2002-P traz esse entendimento (...). Não havendo relação jurídica entre a Administração Pública e a subcontratada (terceiro), não é possível haver liquidação da despesa e, conseqüentemente, o respectivo pagamento”.

O art. 72 da Lei nº. 8.666/93 permite, como visto, a subcontratação, desde que mantidas as responsabilidades contratuais e legais do contratado.

Nada dispõe sobre a forma de remuneração da subcontratada ou da sua relação com a Administração Pública, não vedando em absoluto a solução aventada, desde que mantidas as responsabilidades da subcontratante perante o Poder Público. Assim é que eventuais óbices ao faturamento direto não decorrem da sua natureza, mas da forma como é realizado em cada caso.

O faturamento direto, como vislumbrado no caso concreto, em nada altera as responsabilidades contratuais e legais assumidas pela CONTRATADA PRINCIPAL, face inclusive às obrigações expressamente assumidas (*rectius*: mantidas) por esta ao pedir a autorização para a subcontratação, de forma que permanecerá a CONTRATADA PRINCIPAL obrigada, de forma irrevogável e irretroatável, pela integral responsabilidade pela execução do contrato principal e garantias nele estabelecidas, reparando eventuais danos causados pelos subcontratados, dentre outras obrigações previstas no Contrato, e, em especial, a *responsabilidade pela apresentação de "relatórios de medição mensais de progresso de forma independente"* a fim de permitir o faturamento dos serviços efetivamente realizados.

Com efeito, *não será estabelecida qualquer relação contratual direta* entre a ESTATAL CONTRATANTE e a SUBCONTRATADA no que tange à execução do contrato e às garantias: todas as comunicações serão realizadas pela CONTRATADA PRINCIPAL, assim como o acompanhamento da execução das obras, apresentação dos relatórios exigidos e o acompanhamento das medições realizadas pela sociedade de economia mista.

Não há sequer que se falar em impedimento para a alteração da cláusula de pagamento, ao contrário do sustentado pela ESTATAL CONTRATANTE: (i) a Contratada continuará a informar as quantidades de serviços realizados a serem faturados, através dos relatórios de medição mensais; (ii) a contratada emitirá os documentos de cobrança; sendo (iii) a contratada a titular dos créditos junto à ESTATAL CONTRATANTE pelos serviços prestados. Os pagamentos permanecerão sendo efetuados pela ESTATAL CONTRATANTE através de depósito bancário, com a diferença de que a titular da conta corrente, em algumas hipóteses, será a SUBCONTRATADA e não a CONTRATADA PRINCIPAL.

Assim, é possível afirmar que, em sua substância, a forma de pagamento prevista contratualmente não é alterada pela cláusula de faturamento direto: as modificações realizadas são meramente formais, não sendo suficientes para criar qualquer tipo de relação entre a ESTATAL CONTRATANTE e a SUBCONTRATADA.

A única relação a ser estabelecida entre essas duas empresas possui, enfim, natureza meramente formal e seus efeitos se darão tão-somente no âmbito contábil: as faturas relacionadas aos serviços subcontratados serão emitidas pela subcontratada diretamente à ESTATAL CONTRATANTE, a fim de se evitar a bitributação, ou seja, a dupla incidência do ISS e das parcelas de PIS e COFINS sobre um único serviço prestado.

Essa mínima alteração da forma de pagamento não é, portanto, justificativa

legítima para o indeferimento do pleito da CONTRATADA PRINCIPAL pela ESTATAL CONTRATANTE.

Como muito bem colocado por Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira,¹⁴ “o mero pagamento direto, nesses termos devidamente disciplinado, limita-se estritamente ao crédito da subcontratada, e não às demais condições do contrato, admitindo-se inclusive ressalvas explícitas no pertinente documento, (i) quanto à inoportunidade de efeitos de sub-rogação e (ii) quanto à manutenção das obrigações da contratada originária perante a Administração”.

Assim é que, diante da ausência de alteração das responsabilidades previstas legal e contratualmente à CONTRATADA PRINCIPAL e da relação meramente formal estabelecida entre a ESTATAL CONTRATANTE e a SUBCONTRATADA, exclusivamente para o fim de faturamento e de evitar desperdício de recursos, o principal óbice arguido pelo TCU, embora em tese aplicável a muitos casos de subcontratação, cairia no vazio no ora analisado, não constituindo violação ao art. 72 da Lei nº. 8.666/93. Esse dispositivo, repise-se, não veda a existência de qualquer tipo de relação entre o Poder Público e a sociedade subcontratada, mas tão-somente a constituição de vínculos que alterem as responsabilidades assumidas pela subcontratante. Relações estritamente formais, como a que ora se sustenta, são admitidas.

Em outras palavras, *o que o TCU e a Lei nº 8.666/93 vedam, não é a criação de relações entre a Administração e a subcontratada, mas sim a extinção de obrigações da CONTRATADA PRINCIPAL*. Note-se, aliás, que sempre vai existir alguma relação entre a Administração e a subcontratada, por exemplo, para autorizar a entrada do seu pessoal, para responsabilizá-la solidariamente à CONTRATADA PRINCIPAL, etc. *O que não é possível é a criação de relações contratuais, ou seja, da celebração de um novo contrato, não do advento de novas relações jurídicas in genere* entre a Administração e a subcontratada, até porque muitas vezes essas surgem *ex lege*.

Não há que se falar então em contratação direta da SUBCONTRATADA em violação à regra da licitação. É evidente que, no caso concreto, o vínculo formal a ser estabelecido entre esta sociedade e a ESTATAL CONTRATANTE não consiste em um “acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”, como prevê o parágrafo único do art. 2º da Lei nº. 8.666/93, e como se sabe a licitação é obrigatória somente para a celebração de novos contratos em que há comutatividade.

Não há obrigação recíproca no caso, tampouco qualquer tipo de obrigação entre a SUBCONTRATADA e a ESTATAL CONTRATANTE. A relação jurídica que fundamenta os serviços que serão prestados reside no Contrato Principal, enquanto a

¹⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Possibilidades de Transferência a Terceiro de Contrato Público. Limites da Sub-rogação e Subcontratação. A Hipótese do Pagamento Direto da Administração às Empresas Subcontratadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-CARLOS-MOTTA-ALECIA-BICALHO.pdf>>. Acesso em 18 de outubro de 2012, p. 23.

relação entre a subcontratada e a empresa estatal é *meramente formal e não estabelece qualquer conjunto de obrigações de parte a parte*: a ESTATAL CONTRATANTE não está obrigada contratualmente a remunerar os serviços prestados pela SUBCONTRATADA à CONTRATADA PRINCIPAL – a sua obrigação é para com esta última. *A diferença reside exclusivamente na forma de execução do pagamento e não no seu fundamento ou conteúdo.*

Assim, resta claro também que não há óbice, seja na legislação, seja na jurisprudência do TCU, quanto à alteração da forma de pagamento inicialmente prevista do contrato.

O que ora se aduz já foi albergado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em ocasião em que consignou que os pagamentos realizados pela contratante principal à subcontratada utilizando-se de créditos detidos pela CONTRATADA PRINCIPAL junto à primeira não configura laço contratual autônomo ou hábil a criar qualquer tipo de relação contratual entre a tomadora e a subcontratada. O caso é emblemático porque (1) admitiu a emissão de fatura/duplicata diretamente da subcontratada para a contratante principal; e (2) não permitiu que tais faturas/duplicatas fossem protestadas, pois para tanto seria necessária a existência de uma relação contratual que a embasasse:

“CIVIL E EMPRESARIAL. EMPREITADA. SUBCONTRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇO QUANTO AOS SERVIÇOS PRESTADOS POR SUBCONTRATADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE NOVAÇÃO OU ASSUNÇÃO DE DÍVIDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE NOVAÇÃO OU ASSUNÇÃO DE DÍVIDA. ILEGITIMIDADE E INEXIGIBILIDADE DE DUPLICATAS EMITIDAS PELA SUBCONTRATADA EM NOME DA TOMADORA. INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. APONTAMENTO IRREGULAR. DANO MORAL CARACTERIZADO. SENTENÇAS MANTIDAS.

1. A duplicata é título cambial causal, de modo que, vinculada à relação jurídica que lhe deu origem, enseja a demonstração da existência de relação contratual na forma da Lei 5.474/68, para que, assim, seja verificado se a dívida ilustrada nas cópias mencionadas é legítima e exigível.

2. Os pagamentos realizados pela tomadora do serviço diretamente à empresa subcontratada em nome da prestadora do serviço, utilizando-se dos créditos que essa última ainda tinha por receber da tomadora não ilustra caso de novação ou assunção de dívida, hábil a caracterizar laço contratual autônomo entre a tomadora e a subcontratada.

3. Inexistindo demonstração de vínculo contratual autônomo, ausente está a responsabilidade da tomadora quanto à dívida

representada em duplicatas emitidas pela subcontratada, o que revela que compõe ato ilícito o protesto das cópias, caracterizando-se como dano moral o apontamento indevido do nome da tomadora em cadastro de proteção ao crédito.

4. Apelações conhecidas às quais se nega provimento.”

(Acórdão n. 458864, 20070610071880APC, Relator J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 13/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 201).¹⁵

No caso concreto, objeto do citado julgado, a solução adotada foi a celebração de um instrumento particular de autorização de pagamento, que autorizava a tomadora de serviços a deduzir dos honorários devidos à contratada todos os pagamentos feitos a fornecedores e empregados, com a ressalva de que os pagamentos não representariam em hipótese alguma exclusão de responsabilidade da contratada quanto às obrigações assumidas perante a subcontratada ou, ainda, fundamento para qualquer tipo de questionamento ou alteração do polo passivo da obrigação. Confira-se, nesse sentido, trechos do voto condutor:

“A pedra de toque da controvérsia estampada no caso em apreço centra-se na definição acerca da exigibilidade e da idoneidade de dívida fundada em duplicatas protestadas que aparelham execução de título extrajudicial (autos nº 2007.06.1.006101-0), movida pela Nebrasco (apelante), em desfavor da Ciplan (apelada).

É sabido que a duplicata é um título cambial causal, de modo que, vinculada à relação jurídica que lhe deu origem, impõe-se perquirir se existe relação contratual entre a Nebrasco e a Ciplan, para que, assim, seja verificado se a dívida ilustrada nas cópias mencionadas é legítima (pretensão deduzida na ação declaratória de inexistência de dívida, autos nº 7188-0) e exigível (pretensão estampada nos embargos à execução de título extrajudicial, autos nº 8013-0).

Nessa linha, torna-se imperioso registrar que compõe matéria de fato incontroversa que a Ciplan contratou a empresa Likström para a aquisição e montagem de um precipitador eletrostático e uma torre de condicionamento de gases para forno rotativo de sua fábrica de cimento, sendo *subcontratada* a Unimec e fornecedores para a efetivação do objeto do referido contrato, dentre eles a Nebrasco (locação e serviço de guindaste).

Igualmente, não se discute que, mediante o *instrumento*

¹⁵ No mesmo sentido, confira-se o Acórdão n. 458807, 20070610080130APC, Relator J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 13/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 202.

particular de autorização de pagamento celebrado em conjunto pela Ciplan, Unimec e Likström com força de título extrajudicial (fl. 83 dos autos nº 8013-0), a Ciplan foi autorizada a “deduzir dos honorários que lhe [à Unimec] são devidos todos os pagamentos feitos a fornecedores e a empregados, de quaisquer natureza, relacionados aos serviços prestados de montagem mecânica da nova linha de tratamento de gases do Forno 1, inicialmente contratados pela Ciplan com a Likström e subcontratados por esta com a Unimec” (g.n.).

A propósito, convém anotar que explicita o referido instrumento que *‘os referidos pagamentos, expressamente autorizados serão realizados diretamente aos fornecedores e empregados pela Ciplan, em nome da Unimec e posteriormente descontados de seus recebíveis, sem que para tanto se oponha qualquer tipo de questionamento, inclusive quanto a valores’ (g.n.).* Esclarece, ademais, que *“os pagamentos não representam em hipótese alguma exclusão de responsabilidade da Likström quanto às obrigações constantes no contrato por ela firmado com a Ciplan” (g.n.).*

A meu aviso, o instrumento sobredito dimensiona com precisão a autonomia de vontade entre as pessoas envolvidas (Ciplan, Likström/Unimec e Nebrasco), não outorgando margem interpretativa que chancela a conclusão de que houve novação contratual ou assunção de dívida, como quer parecer o ora apelante.

Esclarece-se, nessa toada, que não é caso de novação ante a não criação de nova relação obrigacional, além do fato de que inexistiu quitação entre a Likström e a Ciplan, como roga o art. 360, II, do CC. Ao lado disso, é visto que não se afeiçoa com o regramento da assunção de dívida, pois nesta há a necessidade de consentimento expresso do devedor e da exoneração do devedor primitivo, o que incoorreu no caso em tela (art. 299, do CC). *Igualmente, não se operou a alteração no pólo passivo da obrigação, haja vista que os pagamentos foram feitos em nome da Unimec, de sorte que a Ciplan não assumiu os encargos obrigacionais da Likström/Unimec” (grifamos).*

Da mesma forma, a previsão de que o faturamento dos serviços prestados pela SUBCONTRATADA à CONTRATADA PRINCIPAL no caso concreto será realizado diretamente à ESTATAL CONTRATANTE também não constitui contrato, muito menos autônomo, não criando quaisquer tipos de direitos e deveres entre a subcontratada e a tomadora de serviços.

Na prática, a ESTATAL CONTRATANTE estará apenas se utilizando de créditos detidos pela CONTRATADA PRINCIPAL para remunerar a sua subcontratada. O fato de se tratar de um contrato entre privados em nada afasta a sua aplicabilidade ao nosso caso, uma vez que o que importa é que o pagamento direto à subcontratada não ilide qualquer responsabilidade da contratada originária, que constitui um ponto da Teoria Geral das Obrigações e do próprio conceito de um conjunto de obrigações recíprocas apta a ser definida como contrato, seja ele civil, comercial, administrativo ou de qualquer outra espécie.

Aliás, o que pôde ser percebido é que o óbice apontado quanto à alteração do pagamento previsto originalmente no contrato não diz respeito à impossibilidade em si de alteração do contrato, mas a supostos riscos associados ao pagamento a um terceiro não integrante da relação contratual.

Todavia, o pagamento direto, uma vez previsto em aditivo ao contrato original, não traz riscos para a ESTATAL CONTRATANTE no que tange à correta comprovação do cumprimento das obrigações assumidas junto à CONTRATADA PRINCIPAL. Para resguardar os direitos da ESTATAL CONTRATANTE, basta que seja previsto contratualmente, via aditivo, que, em determinadas hipóteses, previamente identificadas, o pagamento da CONTRATADA PRINCIPAL será considerado realizado mediante a comprovação do depósito dos respectivos valores na conta corrente da SUBCONTRATADA, bastando a referida comprovação para que seja dada a quitação à empresa estatal.

Por fim, é importante considerar que a prática do faturamento direto entre a subcontratada e o tomador do serviço é bastante comum no mercado das obras em geral, sendo amplamente difundida em razão das vantagens vinculadas à economicidade e à eficiência alcançadas com sua adoção. Isso comprova que o referido expediente não traz riscos para a Contratante no que tange à comprovação do pagamento das obrigações previstas no contrato original, caso contrário, não seria tão amplamente utilizado pelos particulares. *E se não fosse assim, o Tribunal de Contas da União, como se verá, também não teria chancelado à PETROBRAS a adoção dessa forma de pagamento.*

Em estudo sobre o tema, o Professor José Manoel de Arruda Alvim Neto¹⁶ descreve o *modus operandi* da remuneração auferida por empresa subcontratada por consórcio empreiteiro, confirmando que a prática de faturamento direto não envolve, como regra, a criação de qualquer relação obrigacional entre o tomador do serviço e o subcontratado.

O pronunciamento tem por objeto contrato celebrado entre a US Cia. (nome fictício) com determinado consórcio para a construção de um alto-forno em seu parque industrial em regime de empreitada. Em paralelo às tratativas entre a US Cia. e o Consórcio, este firmou subcontrato com a empresa K Tecnologia (nome fictício), prevendo que o pagamento devido à subcontratada seria feito diretamente pela US Cia.

¹⁶ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Empreitada e subempreitada: análise da responsabilidade civil por danos decorrentes de paralisações dos empregados das subcontratadas. *in* Soluções Páticas - Arruda Alvim, vol. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 475.

Como negócio jurídico embaixador dos pagamentos realizados pela contratante US Cia. à K Tecnologia, subcontratada, foi realizado um contrato de interveniência, no qual restou ajustado que todos os direitos e obrigações adquiridas no contrato, base seriam do Consórcio (contratado principal), exceto a obrigação de pagar o preço. Desta maneira, materializou-se a possibilidade do pagamento direto pela US Cia. à K Tecnologia em razão de o subcontrato não ter sido efetuado diretamente pela contratante.

Neste ponto, ressalta que o pagamento direto não importa a criação de relações diretas entre a US Cia. e a empresa subcontratada.

Não obstante o posicionamento genérico adotado pelo TCU, também são frequentes os exemplos de faturamento direto no setor público, como se pode verificar nos “Esclarecimentos” apresentados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (sociedade de economia mista) às perguntas apresentadas pelos concorrentes da Concorrência Internacional nº 001/2010-GALIC-AC/CBTU¹⁷, veja-se:

“Edital. 5.5: Serão permitidos pagamentos diretamente a Subcontratados Nominados na Proposta, dos fornecimentos e serviços para os Sistemas de Tração, Freio, Ar Condicionado e Sistema Auxiliar de Energia dos TUE’s, observando-se o que se segue: (...)”

É possível encontrar cláusula nesse sentido também no Contrato nº. 101/2010, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a Odebrecht Serviços de Engenharia e Construção S.A. para a elaboração de projeto executivo e execução de obras de reforma e adequação do complexo Maracanã, conforme se pode extrair de sua cláusula Décima-Sétima:

“CLÁUSULA DÉCIMA-SÉTIMA: DA SUBCONTRATAÇÃO É admitida a subcontratação de parte da obra, mediante prévia autorização da SEOBRAS, respondendo, porém, a CONTRATADA, com exclusividade, perante a CONTRATANTE, pela fiel execução da integralidade de todas as obras previstas neste Edital e no contrato. As consultas deverão vir acompanhadas da qualificação e processo de seleção da empresa subcontratada.

(...) PARÁGRAFO SEGUNDO – A CONTRATADA poderá subcontratar serviços com faturamento direto da subcontratada junto ao CONTRATANTE, com prévia autorização do CONTRATANTE, desde que o valor dessa subcontratação não ultrapasse a 20% (vinte por cento) do valor do contrato e demais

¹⁷ Disponível em: <http://www.cbtu.gov.br/licitacoes/avisoedital/ac/2010/Esclarecimentos7_ci_001.htm>. Acesso em 22 de out. de 2012.

restrições previstas no edital, sem prejuízo das obrigações e responsabilidades previstas no Edital e no presente contrato.

Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União já admitiu o faturamento direto em contratações envolvendo sociedade de economia mista, em acórdão proferido em 2006 pelo seu Plenário, em que apenas impõe alguns requisitos para tanto:

“A Petrobras necessita reavaliar e fixar, nas próximas licitações, o percentual de BDI adotado para equipamentos e materiais ou analisar a possibilidade de que a própria Companhia realize as compras de equipamentos e materiais ou promova a sistemática de pagamento direto aos fornecedores, buscando reduzir os custos de aquisição. Entendemos que a sistemática que mais atenderia o princípio da economicidade, seria a compra ser gerenciada e administrada pela contratada, sendo reembolsado seus custos, apropriado como custo direto e não em percentual, com o faturamento direto dos equipamentos e materiais para a Petrobras e o pagamento ao fornecedor realizado também pela Petrobras. Esta reduziria a incidência de tributos em cascata, bem como os custos na contratação destes e não comprometeria a responsabilidade técnica da contratada na realização do escopo.

Diante dos fatos expostos é inaceitável que a Petrobras venha admitindo e adotando em suas contratações a utilização de um mesmo percentual de BDI para materiais, equipamentos e serviços, principalmente observando a relevância material destes em relação aos valores contratados. Se utilizássemos um percentual de BDI de 17%, conforme item 8.1.1 da Representação, teríamos uma redução de US\$ 2.491.596,24, fls. 223/224, anexo 10, que representa um índice de superfaturamento no contrato com a GDK. Os percentuais considerados razoáveis já tinham sido considerados na apuração do superfaturamento.

(...) 9.5. determinar à Petrobras que:

(...) 9.5.8. atente, nas futuras licitações, para os percentuais aplicados de BDI sobre serviços, materiais e equipamentos, de forma a corrigir eventual distorção comparativamente aos preços de mercado, avaliando quanto a este dois últimos (materiais e equipamentos) a possibilidade de a própria Companhia reavaliar as compras de equipamentos e materiais ou promover a sistemática de pagamento direto aos fornecedores, buscando reduzir os custos de aquisição”; (Acórdão 1595/2006 - Plenário).

Embora aquele Tribunal não tenha consignado as razões para o tratamento diferenciado dispensado à estatal, parece-nos possível fundamentá-lo justamente no seu regime jurídico de direito privado e reconhecimento constitucional de submissão às regras de contratação semelhantes às das empresas privadas, ponto que será aprofundado no item V do presente parecer, apesar de nossa opinião ser no sentido da admissibilidade do faturamento direto a subcontratadas pela Administração Pública em geral, desde que atendidas às cautelas e requisitos expostos ao longo deste Parecer.

Assim, verifica-se que a prática do pagamento direto realizado pela contratante à empresa subcontratada é comum não apenas na área privada, mas também no setor público e não altera necessariamente o vínculo obrigacional existente entre a Administração Pública e a contratada, tampouco gera uma nova relação contratual entre a primeira e a subcontratada ou cria riscos quanto à comprovação do pagamento das obrigações assumidas pela empresa estatal no contrato original.

2.2. O termo de subcontratação em que figura a Administração contratante como interveniente anuente é instrumento suficiente a permitir a liquidação das despesas.

Um segundo ponto levantado pelo TCU em relação ao faturamento direto nos contratos administrativos seria decorrência do primeiro, já abordado no tópico anterior: uma vez que a Administração Pública não possui qualquer tipo de vínculo contratual com o subcontratado – e, de acordo com esse entendimento, nem poderia, sob pena de violação da regra da licitação –, não existiria fundamento para a realização dos pagamentos diretos à subcontratada, em violação ao art. 63 da Lei federal nº. 4.320/64, que exige, como requisito para a liquidação da despesa, a prévia “verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”, *in verbis*:

“Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”.

Como visto acima, o Tribunal de Contas da União entende que a inexistência de relação contratual entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado impossibilitaria de uma das fases da despesa – a liquidação, “a qual deve ter por base o respectivo contrato, ajuste ou acordo; a nota de empenho; e os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, conforme dispõe o art. 63, § 2º, da Lei 4.320/94” (Acórdão 502/2008).

Ocorre que, a depender da modelagem subcontratual adotada, a inexistência de relação contratual não traz qualquer tipo de óbice à realização da liquidação do crédito titularizado pela CONTRATADA PRINCIPAL, mediante pagamento direto à sua subcontratada.

Como visto, no caso concreto, não serão alteradas as condições de faturamento previstas no Contrato Principal: (i) a Contratada informará as quantidades de serviços realizados a serem faturados, através dos relatórios de medição mensais; (ii) a contratada emitirá os documentos de cobrança; sendo (iii) a contratada a titular dos créditos junto à ESTATAL CONTRATANTE pelos serviços prestados.

Todos os requisitos previstos no art. 63 da Lei nº. 4.320/64 encontram-se cumpridos: (i) o direito de crédito possui fundamento em título hábil (contrato administrativo) e documentos comprobatórios (relatórios de medição); (ii) os serviços prestados, fundados em relação contratual estabelecida entre a ESTATAL CONTRATANTE e a CONTRATADA PRINCIPAL, constituem a razão/origem e o objeto do pagamento; e (iv) as medições permitem aferir a importância exata a pagar.

E, em relação “a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação”, quando se tratar de serviços prestados pela SUBCONTRATADA à CONTRATADA PRINCIPAL, os créditos a esta devidos pela ESTATAL CONTRATANTE serão extintos mediante comprovação da transferência dos exatos mesmos valores à SUBCONTRATADA, sem que esse expediente crie qualquer tipo de relação entre esta última e a empresa estatal.

O fundamento para tanto poderá residir, como veremos no Tópico VI do presente parecer, um aditivo ao contrato de empreitada e uma cláusula do contrato de subcontratação.

Não há que se falar, portanto, em violação ao art. 63 da Lei nº. 4.320/94.

2.3 O art. 72 da Lei nº. 8.666/93 interpretado no atual contexto legislativo e extensão isonômica.

O TCU e a ESTATAL CONTRATANTE se referem, ainda, à necessidade de fundamento legal para o faturamento direto.

O faturamento direto, contudo, possui fundamento legal: o art. 72 da Lei nº. 8.666/93 que prevê a possibilidade de subcontratação, desde que mantidas as responsabilidades legais e contratuais da contratada. Não sendo violada essa previsão ou qualquer outra referente a licitações públicas – basicamente, desde que “mantidas as responsabilidades legais e contratuais da contratada”, o que, como já visto, no caso concreto, está assegurado –, como já visto nos tópicos anteriores, não há óbice ao faturamento direto.

O princípio da legalidade não exige que todos os detalhes e minúcias da atuação administrativa sejam previstos expressa e profundamente pela lei, podendo a atuação administrativa se fundar nos valores e no conjunto ordenamento jurídico.

Como já tivemos a oportunidade de defender em sede doutrinária, “a lei não precisa preestabelecer os elementos das relações jurídicas a serem formadas, ou, em outras palavras, não é necessário que ela tenha que chegar a fixar os direitos e obrigações”.¹⁸

Nos dias de hoje assiste-se, com efeito, a certo declínio da propalada preponderância da letra das regras como fundamento primordial do direito Administrativo, ou, ao menos, a uma revisão do seu papel: em face de uma realidade bastante dinâmica e rica em detalhes técnicos, muitas das leis de direito Administrativo deixam de ter a pretensão de disciplinar tudo, em detalhes; seu novo papel é o de fornecer critérios e parâmetros gerais para uma atuação administrativa eficiente e controlável.

Por outro lado, emergiu a própria Constituição – e não mais a lei – como principal critério legitimador e controlador da atuação administrativa. Não estamos afirmando que a lei deixou de ter importância como fonte do direito Administrativo, mas apenas que esta já não é mais aquela do século XVIII, ou a dos primórdios do direito Administrativo no Brasil.

O princípio da legalidade deve ser visto, nessa linha, como o necessário atendimento aos valores maiores e substanciais da Constituição e das leis, não como o mero respeito à letra formal e isolada da lei. Daí hoje se falar do aperfeiçoamento do princípio da legalidade para ser visto como um mais amplo princípio da juridicidade.

Por esse significado, a Administração não é livre para fazer tudo o que a lei não proíba, mas pode fazer, com base na lei, mas a lei não precisa necessariamente já predeterminar todo o conteúdo da ação administrativa. E, por outro lado, à luz da legalidade ampla/juridicidade, além de ter base legal, a sua atuação também tem de ser compatível com o sistema constitucional de valores.

Diante disso, a conclusão a que chegamos possui diversos fundamentos, a começar pela largueza dos termos utilizados pelo art. 72, que no fundo deixam margem de discricionariedade para a gestão administrativa do contrato tratar da modelagem de cada contratação.

Ademais, há a *necessidade de interpretação da Lei n.º 8.666/93 em conformidade com as práticas do mercado*, como defendido pelo próprio Tribunal de Contas da União especialmente no que tange às subcontratações:

“Ao decidir pela possibilidade de subcontratação e quais partes do objeto poderão ser subcontratadas, a Administração deve levar em conta práticas usuais adotadas no mercado e o interesse público subjacente à contratação”.¹⁹

¹⁸ ARAGAO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 236, abr./jun. 2004, p. 58.
¹⁹ Manual de Licitações e Contratos. *Op.cit.*, p. 792.

Essa é, como já mencionado acima, uma diretriz hermenêutica fundamental a ser apreciada. Esse parâmetro não se aplica exclusivamente à interpretação do art. 72 daquela Lei, estendendo-se também a outros aspectos das contratações, como as condições de pagamento.²⁰

É essencial, enfim, na interpretação das regras previstas pela Lei n.º 8.666/93, considerar as práticas do mercado e a forma como os particulares se comportam diante de determinadas situações, já que em princípio atuam com racionalidade e eficiência econômica ótima. As práticas de mercado podem justificar, por exemplo, a realização de pagamentos antecipados, vedados como regra pela legislação.²¹

“[...] O segmento de mercado, em razão da natureza do objeto ofertado, comporta-se dessa forma. Para essas dentre outras hipóteses, tem-se que, pelas normas praticadas no mercado, o pagamento precede o cumprimento da obrigação, sem que incorra em qualquer ilegalidade.”²²

O faturamento direto é uma prática de mercado, difundida tanto nos contratos de empreitada civil celebrados entre particulares, quanto naqueles licitados pela Administração Pública, justamente para evitar custos desnecessários relativos à incidência de tributos em cascata.

A omissão da Lei n.º 8.666/93 quanto à forma de remuneração do subcontratado não pode ser interpretada, assim, como vedação, mas como a concessão de uma margem de apreciação para a adoção de práticas compatíveis com as do mercado, sob uma única condição: manutenção das responsabilidades legais e contratuais do contratado.

À mesma conclusão se chega a partir de uma interpretação evolutiva da Lei n.º 8.666/93, isto é, em conformidade com a tendência que vem inspirando a criação de novos subordenamentos de contratações públicas com vistas a aumentar a eficiência desses expedientes²³.

²⁰ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...] III - *submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado*;
²¹ “Dessa forma, nas hipóteses em que o segmento de mercado opera de forma que o pagamento preceda o cumprimento da obrigação, não haveria que falar em pagamento antecipado, nos termos vedados pela al. C do inc. II do art. 65 da Lei n.º 8.666/93. O que ocorreria seria a contratação nos termos praticados pelo setor privado adotada pela Administração, com fundamento no inc. III do art. 15 da Lei n.º 8.666/93. Nessas hipóteses, quando as condições de mercado assim o exigirem, a Administração Pública se sujeitará às condições praticadas, como inclusive previsto expressamente pelo inc. III do art. 15 da Lei n.º 8.666/93”. (Questões Práticas. PAGAMENTO ANTECIPADO - Aquisição de Fornos Crematórios Importados - Vedação como Regra - Hipóteses em que É Permitido - Prática de Mercado. Boletim de Licitações e Contratos. n.º2, fev., 2010, p. 168.)

²² Questões Práticas. PAGAMENTO ANTECIPADO - Aquisição de Fornos Crematórios Importados - Vedação como Regra - Hipóteses em que É Permitido - Prática de Mercado. Boletim de Licitações e Contratos. n.º2, fev., 2010, p. 168.

²³ “Dentre as modernas técnicas de hermenêutica, também aplicáveis às normas constitucionais, destaca-se a interpretação evolutiva, segundo a qual o intérprete deve adequar a concepção da norma à realidade vivenciada” (TRF3, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 824423, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, 6ª T., DJ 10.11.2008).

Não se pode desconsiderar, com efeito, o atual processo de erosão interna e externa da Lei Geral de Licitações, que não só sofreu diversas alterações nos últimos anos, sobretudo para ampliar as hipóteses de dispensa de licitação e reduzir o excessivo rigor da sua redação original, mas também passou a conviver com uma série de subordenamentos de contratações públicas, como o sistema de pregão, as parcerias público-privadas, o regime diferenciado de licitações, o estatuto das pequenas empresas, dentre outros.

A possibilidade de faturamento direto já é admitida expressamente pelo ordenamento jurídico tanto no que diz respeito à subcontratação de pequenas e microempresas para execução de parcelas de contratos administrativos, quanto no âmbito de contratos de financiamento em parcerias público-privadas, conforme se pode extrair dos seguintes:

Lei complementar nº. 123/2006:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

(...) II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

(...) § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas”.

Lei nº. 11.079/2004:

“Art. 5º (...) § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

(...) II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;”

Daí não se pode legitimamente inferir que essa autorização se limitaria apenas às hipóteses específicas previstas nesses microssistemas normativos, mas sim que a previsão de tal solução por esses diplomas especiais constitui a *positivação de uma evolução do direito contratual público brasileiro*, bem como o reconhecimento de sua compatibilidade com o princípio da moralidade e com a regra da licitação.

Não se está aqui a afirmar que esses dispositivos deveriam ser aplicados por analogia ao caso concreto, mas sim que eles constituem exemplos da infiltração de novos valores no sistema de contratações públicas, mais consentâneos com o princípio da eficiência, reinspirando a interpretação da Lei nº 8.666/93, especialmente do seu art. 72.

Ora, se o faturamento direto, além de prática de mercado, também foi expressamente admitido em ramos tão diferentes como as contratações de micro e

pequenas empresas e as contratações de parcerias público-privadas, torna-se evidente que a previsão desse expediente nessas leis constitui reconhecimento normativo da sua eficiência e compatibilidade com os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública e não uma exceção às normas gerais de licitações e contratos. Até porque se o procedimento violasse, por exemplo, as exigências constitucionais de licitação ou de moralidade administrativa, seria inconstitucional tanto na Lei nº. 8.666/93, como nas demais, cabendo lembrar que as ressalvas que o TCU faz em relação ao pagamento direto a subcontratadas são em sua essência por estes dois motivos, de caráter constitucional, suprallegal.

Além disso, não se pode interpretar a Lei nº. 8.666/93 sob a ótica existente na época em que ela foi editada, há quase vinte anos atrás, mas sim à luz dos esforços legislativos e interpretativos que vem sendo realizados com vistas a desburocratizar e tornar mais céleres as contratações públicas.²⁴

De acordo com André Janjácómo Rosilho, do conjunto de reformas introduzidas ao sistema de contratações públicas é possível extrair “as grandes tendências das licitações públicas”:

“Partindo-se da premissa de que estas reformas jurídicas foram pensadas com base no diagnóstico de que o regime jurídico das contratações públicas em geral – em particular a Lei nº 8.666/93 – não prestaria a contento aos desafios da administração, as novas soluções jurídicas destinadas a atendê-los provavelmente denotariam os remédios tidos como os mais adequados para se curar o doente. *Em consequência, a reunião dos medicamentos empregados pela legislação esparsa funcionaria como uma espécie de mapa capaz de indicar os rumos alternativos ao modelo unitário das licitações públicas*”.²⁵

Diante do atual processo de erosão interna e externa da Lei Geral de Licitações, esses permissivos legais devem ser utilizados como critérios interpretativos do art. 72

²⁴ ROSILHO, André Janjácómo. Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. Dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de mestre. São Paulo, 2011, pp. 168 e 174 (“O período que se seguiu ao surgimento da Lei Geral de Licitações e Contratos foi marcado pela abertura de sucessivas válvulas de escape à sua rigidez – materializadas nas hipóteses de dispensa de licitação –, criadas em face das nuances nos casos concretamente enfrentados pela administração pública com o escopo de abrandar a vontade, da Lei, de expandir ao infinito o grau de abrangência do dever de licitar. (...) Nessa esteira, aos poucos foram aparecendo leis esparsas destinadas a criar, em contextos específicos ou não, nova figuras contratuais – as concessões administrativas e patrocinadas ilustram bem esta ideia. (...) A Lei nº 8.666/93, paulatinamente, passou a ser vista como um peso, um ônus a ser evitado. Em reação às suas disposições e às suas pretensões universalizantes, brotaram ao longo dos anos regimes licitatórios circunscritos a certas modalidades contratuais – como o fez a Lei das Concessões e a das Parcerias Público-Privadas –, ou a certos contextos – como fez a Lei Geral de Telecomunicações”).

²⁵ ROSILHO, André Janjácómo. Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. Dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de mestre. São Paulo, 2011, p. 175.

da Lei nº. 8.666/93, respeitada sempre a sua letra, que constitui o início e o limite de toda atividade interpretativa, o quadro dentro do qual o intérprete pode legitimamente transitar de uma direção a outra.

Em sentido semelhante ao ora defendido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar a primazia da interpretação que leve em conta o sistema jurídico como um todo, que “reflete os princípios norteadores da hermenêutica, além de apresentar-se mais razoável, guardando coerência com a atual *tendência evolutiva do direito processual, sob cuja inspiração foram elaborados os projetos de reforma do estatuto instrumental*”:

“(…) A interpretação sistemática conferida pelo aresto recorrido ao art. 621, em face da regra do art. 585, II, é a que melhor reflete os princípios norteadores da hermenêutica, além de apresentar-se mais razoável, guardando coerência com a atual *tendência evolutiva do direito processual, sob cuja inspiração foram elaborados os projetos de reforma do estatuto instrumental encaminhados ao congresso nacional*, alguns deles hoje já integrados a nossa ordem legal.

III - Segundo assinalado por Carlos Maximiliano em sua admirável “hermenêutica e aplicação do direito”, citando o “Digesto” de Celso, “*não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio*”.²⁶

Na mesma linha, os permissivos previstos na Lei complementar nº. 123/2006 e na Lei nº. 11.079/2004 no que tange à possibilidade de faturamento direto não representam previsões isoladas, cujo âmbito de aplicação é restrito ao objeto específico daqueles diplomas legais. Tais permissivos expressos constituem as primeiras concretizações/reflexos de uma tendência evolutiva do direito administrativo, que deve inspirar a interpretação de toda a legislação sobre o tema.

O que ora se afirma decorre também da aplicação, *in casu*, da teoria do diálogo das fontes normativas e dos microssistemas, que vai muito além do vetusto e simplista critério da “lei geral X lei especial”.

Característica do Direito Contemporâneo é que, muitas vezes, suas leis se organizam em redes normativas.²⁷ Assim, as leis, nos ordenamentos organizados em rede, apoiam-se na Constituição, mas, a partir de sua edição, legitimam, expressa ou

²⁶ STJ, REsp. 52.052/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/1994, DJ 19/12/1994, p. 35322.

²⁷ CASSESE, Sabino. As Redes como Figuras Organizativas de Colaboração, trad. Cibele Fernandes Dias, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C*, v. 11, 2003, p. 15.

implicitamente, uma série de outras fontes normativas: públicas (regulamentos, editais de licitação e contratos de concessão editados pelo Poder Executivo central ou por entidades reguladoras setoriais), semipúblicas (normas de autorregulação chanceladas pelo poder público) ou privadas (regulamentos das concessionárias, regulamentos de empresa).²⁸

De acordo com CLÁUDIA LIMA MARQUES, “na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo”.²⁹

Ainda de acordo com a autora, “há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, *aplicar as fontes em diálogo de forma justa*, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo. (...) *Uma coordenação flexível e útil (effet utile)* das normas em conflito no sistema a fim de *restabelecer a sua coerência*. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade visada ou narrada em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva”.³⁰

No mesmo sentido, “ERIK JAYME ensina que, diante do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um Direito de fontes legislativas plúrimas, *ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico justo e eficiente*. (...) Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam apenas três – anterioridade, especialidade e hierarquia –, a priorizar-se, segundo

²⁸ “O Legalismo formal e dogmático tem experimentado notória superação em face da hipertrofia do Poder Executivo e da difusão multiforme do fenômeno da normatização. Bem caracteriza o Estado contemporâneo a fragmentação normativa, pela qual a maioria dos atos regras (...) não mais promanam das Assembleias de representação popular, mas sim de uma miríade de órgãos e conselhos da Administração Pública, com frequência conjugados ou em paralelo com instâncias representativas da sociedade civil, em testemunho da tendência institucional que consorcia o Poder Público com a coletividade administrada, predicado mais visível da chamada democracia participativa” (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais – ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 186).

²⁹ Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002, REVISTA DA ESMESE, nº 07, 2004, p. 43, grifos nossos.

³⁰ Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002, REVISTA DA ESMESE, nº 07, 2004, p. 44, grifos nossos.

BOBBIO, a hierarquia. A doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da *harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico* (concebido como sistema) do que da exclusão. (...) A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência de paradigmas. (...) Há a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo. Não deixa de ser um paradoxo que o 'sistema', o todo construído, seja agora plural. (...) Da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do 'monólogo' de uma só norma possível a 'comunicar' a solução justa) à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, à finalidade 'narrada' ou 'comunicada' em ambas. (...) 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente."³¹

No caso concreto, o necessário diálogo entre a Lei nº. 8.666/93 e o restante da legislação sobre licitações e contratos administrativos é promovido quando as regras previstas pela primeira são interpretadas e concretizadas à luz dos novos ares trazidos pela legislação mais recente e mais consentânea com a noção de legitimação da Administração Pública pelos resultados.

Na questão do pagamento direto a subcontratadas, entendemos que a sua admissibilidade, observados os requisitos já expostos, já decorreria de uma interpretação adequada da largueza dos termos semânticos utilizados pela regra constante do art. 72 da Lei nº 8.666/93, mas, sem dúvida, essa interpretação sistemático-evolutiva a reforça sobremaneira, constituindo um importante *topoi* adicional.

Por fim, deve-se considerar, ainda, que a interpretação proposta é a única compatível com o princípio da isonomia, que veda seja dispensado tratamento desigual a situações idênticas, desde o ponto de vista de determinado critério de diferenciação.

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO são quatro os elementos que devem estar presentes para que a discriminação estabelecida por lei seja possível à luz do princípio da isonomia³²: (i) o fator de diferenciação não pode ser específico a ponto de singularizar no presente e de forma definitiva o sujeito a que se impõe o regime diferencial, sendo tal característica insuscetível de se reproduzir no futuro; (ii) as situações ou pessoas desequiparadas por força de lei devem ser efetivamente distintas entre si; (iii) deve haver uma correlação lógica entre o fator escolhido e a discriminação legal imposta em função dele; e, por fim, (iv) essa correlação lógica deve ser justificada frente aos demais interesses e direitos constitucionalmente protegidos. Em síntese, nas palavras do autor,

³¹ MARQUES, Cláudia Lima *et alli*. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, São Paulo, 2004, pp. 24-27.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, pp. 53/54.

“as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”³³.

Complementado o disposto acima, HUMBERTO ÁVILA argumenta que a avaliação da violação do princípio da igualdade depende da análise do critério diferenciador escolhido e o fim a ser alcançado com a instituição da diferenciação³⁴. Ou seja, o critério escolhido deve necessariamente ser apto a conduzir ao fim pretendido.

No caso em comento, a possibilidade de faturamento direto encontra-se prevista expressamente na Lei complementar nº. 123/2006 e na Lei federal nº. 11.079/2004, não obstante não exista qualquer peculiaridade presente nos contratos celebrados com microempresas ou nos contratos de parcerias público-privadas que justifique o tratamento diferenciado, nesse ponto, com relação às demais hipóteses de licitações.

Não obstante as situações desequiparadas por força dessas leis apresentem diferenças entre si, essas diferenças não justificam o tratamento diferenciado com relação específica ao faturamento direto, na medida em que não há uma correlação lógica entre o fator escolhido (tipo de empresa subcontratada e forma de contratação) e a discriminação legal imposta em função dele (a possibilidade ou não de faturamento direto). Não se poderia nem dizer que o permissivo se destinaria apenas a beneficiar pequenas empresas, pois as PPPs são justamente o campo contrário, o campo de atuação de grandes empresas, até mesmo pelo valor mínimo de R\$20.000.000,00 para a admissibilidade dessa espécie contratual.

Em situações como esta, em que a delimitação do rol dos beneficiários por determinada regra não atende ao princípio da isonomia, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo não ser o caso de declaração da inconstitucionalidade dessas normas, mas sim de extensão do tratamento diferenciado às demais hipóteses semelhantes e que foram injustificadamente desequiparadas:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE SEGURIDADE SOCIAL E DO TRABALHO - GDASST, INSTITUÍDA PELA LEI 10.483/2002. EXTENSÃO. SERVIDORES INATIVOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I - Gratificação de desempenho que deve ser estendida aos inativos no valor de 60 (sessenta) pontos, a partir do advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, que alterou a sua base de cálculo. II - Embora de natureza pro labore

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 24.

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 138.

faciando, a falta de regulamentação das avaliações de desempenho, transmuda a GDASST em uma gratificação de natureza genérica, extensível aos servidores inativos. III - Inocorrência, na espécie, de violação ao princípio da isonomia. IV - Recurso extraordinário desprovido.³⁵

“Possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeledora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porém insuficiente e incompleto.” (MI 58, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ 19-04-1991 PP-04580 EMENT VOL-01616-01 PP-00026 RTJ VOL-00140-03 PP-00747)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (...) 2. *Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva (...), mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...)* (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli

DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento”.³⁶

Na linha do exposto, Marçal Justen Filho já se manifestou no sentido de que o tratamento tributário dispensado às micro e pequenas empresas com fundamento na Lei Complementar n°. 123/2004 é inconstitucional justamente por violar o princípio da isonomia, defendendo, contudo, a possibilidade de se preservar a referida lei mediante a sua interpretação em conformidade com a Constituição:

“Rigorosamente, a solução adequada, derivada do reconhecimento de um tratamento discriminatório infringente do princípio da isonomia, seria a rejeição da validade e da aplicabilidade da disposição legislativa. Em termos práticos, isso significaria a exclusão dos arts. 42 e 43 da LC n° 123 da ordem jurídica brasileira.

Mas isso não significa a impossibilidade de que o Poder Judiciário venha a adotar interpretação conforme à Constituição para os dispositivos. Sob esse prisma, poderá ser reconhecido que a vontade legislativa foi promover a redução generalizada dos efeitos nocivos das exigências de regularidade fazendária.”³⁷

Assim, não bastasse todo o já exposto, a interpretação sistemático-evolutiva se impõe também por força do princípio da isonomia.

Diante do exposto neste tópico, *não há que se falar em ausência de previsão legal autorizadora. O art. 72 da Lei n°. 8.666/93 é fundamento suficiente para o faturamento direto, apenas vedando a transferência de responsabilidades contratualmente impostas à licitante vencedora, o que, como já se viu, não ocorre in casu.* Aliás não se pode esquecer que o princípio da legalidade foi criado para a proteção do administrado contra os excessos do Administrador, não podendo ser utilizado justamente para afastar a adoção de medidas ampliativas de esferas jurídicas, pautadas na consensualidade e na busca da melhor solução para ambos os contratantes.

³⁶ RE 687432 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012. No mesmo sentido: ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001; e ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresas e as Licitações Públicas*. São Paulo: Ed. Dialética, 2007, p. 91.

Essa é a interpretação que se impõe no caso concreto, seja em virtude da sua compatibilidade com as práticas de mercado, seja em virtude da necessidade de interpretação sistemático-evolutiva desse dispositivo, ou, ainda, da imposição do princípio constitucional da isonomia.

3. O Faturamento Direto como Forma *in Casu* de Evitar o Reequilíbrio Econômico Financeiro Oneroso à Estatal.

De acordo com as informações prestadas pela Consulente, a subcontratação *in casu* teria sido a solução encontrada para, como determinado pela ESTATAL CONTRATANTE, evitar o atraso na conclusão dos serviços contratados, decorrente da paralisação do procedimento licitatório por liminares judiciais, isto é, fato inimpugnável às partes.

Ocorre que a subcontratação envolve a necessidade de realização de pagamentos a uma terceira sociedade, a título de contraprestação pelos serviços prestados, fazendo incidir também nessa relação o ISS e as parcelas de PIS e COFINS.

Assim, muito embora a CONTRATADA PRINCIPAL não tenha dado causa à necessidade de subcontratação, essa solução geraria para ela prejuízos decorrentes do pagamento dúplice do imposto sobre serviços, que deverão importar em necessário reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é determinada em diversos dispositivos das Leis n.ºs 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95 – a primeira referente a contratações de obras, serviços, compras, alienações e locações pela Administração Pública, e as últimas a concessões e permissões de serviços públicos –, possuindo também esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição (“mantidas as condições efetivas da proposta”) e no direito de propriedade inerente à iniciativa privada (arts. 5.º, XXII, e 170, CF).³⁸ Nesse sentido, dispõe o art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93, aplicável às contratações sob análise:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

(...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de

³⁸ “O âmbito de proteção da propriedade abrange não apenas a de bens imobiliários ou móveis, mas também a propriedade de uma série de direitos subjetivos públicos”. SCHOLLER, Heinrich. “Constituição e Globalização: a transição do Estado Social e da Economia Planificada para uma economia de mercado”, in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 92.

consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual”.

Assim é que os contratos administrativos possuem uma salvaguarda contra a instabilidade que inexistente nos contratos privados, proteção baseada na incolumidade da equação econômico-financeira do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem os seus elementos constitutivos, mantendo-se o “justo comutativo”³⁹. Dessa forma, o particular é protegido na álea extraordinária (alteração contratual unilateral, fato do príncipe, fato da Administração etc.), bem como os atos imprevisíveis e inimpugnáveis às partes, à luz da teoria da imprevisão, a exemplo dos ditos “riscos judiciais”.

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO o equilíbrio econômico-financeiro é uma equação intangível, uma “relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”⁴⁰. A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que seja parte. De acordo com o autor⁴¹, é justamente a garantia de manutenção do equilíbrio entre os encargos assumidos por cada parte que afasta a caracterização do contrato administrativo como contrato leonino.

CAIO TÁCITO, na mesma linha, define equilíbrio financeiro do contrato como “um ‘direito fundamental’ de quantos pactuam com o Estado, ou uma ‘norma fundamental da teoria dos contratos administrativos’, segundo De Soto. Constitui o ‘primeiro direito original do cocontratante da Administração’, esclarece Péquignot e deve ser respeitado como ‘elemento determinante do contrato’, conforme Laubadère. O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos”⁴².

O objeto de proteção do ordenamento jurídico é a perspectiva de remuneração do licitante constante em sua proposta inicial. Não é o reequilíbrio econômico-financeiro formalmente considerado, mas a expectativa natural de lucro inerente a qualquer empresa privada, até mesmo em virtude da proteção constitucional da iniciativa privada (art. 170, CF). O empresário que não lucra não é remunerado. Essas expectativas de lucro devem se basear obrigatoriamente nos termos do edital.

Protege-se aquele percentual de lucro que o licitante considerou como justa remuneração quando da apresentação da sua proposta, justa remuneração esta que,

³⁹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 158.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, Malheiros, São Paulo, p. 580.

⁴¹ *Boletim de Licitações e Contratos*, mar. 1991, p. 95.

⁴² O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In *Temas de Direito Público*, 1.º Vol., Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 201.

aliás, é um direito do licitante. Conforme preceitua CAIO TÁCITO, “ao dever de prestar bom serviço corresponde o direito à justa remuneração”⁴³.

Esse entendimento decorre do que os franceses denominam de direito à “equivalência honesta”, isto é, a uma justa correlação entre o interesse da Administração e o do contratado. ANDRÉ DE LAUBADÈRE afirma, nesse sentido, que a ideia de equilíbrio ou equação financeira do contrato consiste em encarar o contrato administrativo como o resultado dos interesses das partes, que se condicionam reciprocamente⁴⁴.

Ora, no caso, entre os elementos que a CONTRATADA PRINCIPAL tinha que levar em consideração no momento da apresentação da sua proposta comercial, estavam, obviamente, os tributos incidentes sobre os serviços que seriam prestados. Se esses elementos se alteraram em virtude de fatos imprevisíveis no momento da elaboração da proposta a ela inimputáveis é evidente a necessidade de promoção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de empreitada, a fim de proteger a cláusula econômica inicial e, dessa forma, o direito da contratada ao lucro.

Nessa linha, LILIANE DOS SANTOS VIEIRA⁴⁵ sustenta que “o equilíbrio do contrato pode ser representado por uma balança em sentido reto, proporcionado pela igualdade dos pesos. De um lado o serviço prestado ao Estado; de outro o justo valor recebido, pelo particular pela prestação daquele serviço. Se aquele instrumento, em decorrência de qualquer fato, salvo aqueles excluídos por previsão legal, pende mais para um lado, que para outro, verifica-se o desequilíbrio da equação econômica do contrato”.

Corroborando todo o exposto, MARÇAL JUSTEN FILHO explica que a manutenção do equilíbrio contratual deve necessariamente considerar as projeções originais das partes contratantes, da seguinte forma:

“(…) A quebra do equilíbrio consiste em uma variação das projeções originalmente elaboradas pelas partes e a realidade verificada durante a execução do contrato. Por decorrência, a quebra do equilíbrio somente pode ser reconhecida por meio de comparação entre duas realidades diversas. Uma realidade, a ser considerada consiste na formulação teórica realizada pelas partes acerca da contratação. Esses dados têm de ser cotejados com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas no momento posterior”⁴⁶.

Também nesse sentido, CAIO TÁCITO⁴⁷ explica que “a manutenção rígida das cláusulas financeiras do contrato administrativo, quando seu pressuposto não mais

⁴³ O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In *Temas de Direito Público*, Renovar, Rio de Janeiro, p. 231.

⁴⁴ *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1957, p. 431.

⁴⁵ Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos – Reflexão Histórica e Aplicação no Direito Administrativo, *Fórum Administrativo*, ano 1, n.º 5, jul. 2001, p. 546.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, Dialética, São Paulo, 2003, p. 398, grifos nossos.

⁴⁷ *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, 1.º v., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 630.

subsiste, assume aspecto de enriquecimento injusto, senão mesmo ilícito, por parte da Administração”.

Esse entendimento doutrinário é corroborado pela jurisprudência dos Tribunais superiores, que também consagra a necessidade de manutenção dos termos econômicos iniciais do contrato ao longo da sua execução:

“Os termos iniciais da avença hão de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento.”⁴⁸
“A ampliação dos encargos dos contratos de obra pública celebrados com a Administração Pública deve ser acompanhada do aumento proporcional da remuneração, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro da contratação”.⁴⁹

No caso concreto, os “termos iniciais do ajuste”, incluindo-se aí, a parcela de lucros esperada, fundamentaram-se nas informações disponibilizadas à época da publicação do edital. Esse é o equilíbrio a ser protegido. Como essas condições iniciais foram alteradas, impondo, informa a Consulente, a subcontratação de parte dos serviços objeto do Contrato principal para poder dar conta dele, referida margem de lucros será, como informa a Consulente, reduzida em virtude das despesas a maior em que terá de incorrer com o pagamento de tributos.

Diante do exposto, além de plenamente consentâneo com as normas aplicáveis às contratações públicas, o faturamento direto se apresenta, no caso concreto, como um instrumento apto ao afastamento do reequilíbrio econômico-financeiro no caso concreto, que só iria onerar de forma desnecessária financeiramente a estatal, e, conseqüentemente, à promoção do interesse público, consubstanciando na redução dos custos associados ao contrato.

Assim, ao invés de a estatal pagar pelo aumento dos custos impostos pelo atraso decorrente das ações judiciais, que impuseram a subcontratação, que normalmente acarretaria uma tributação em cascata, ela pode simplesmente adotar o mecanismo burocrático de pagamento direto à subcontratada, que, desta forma, também é imposição dos princípios da economicidade e da eficiência, como veremos com maior detalhe a seguir.

4. Análise da Questão à Luz dos Princípios da Eficiência, Economicidade, Moralidade Administrativa e Realidade.

Não há que se falar, no caso concreto, em qualquer tipo de prejuízo aos resultados obtidos na licitação que culminou na contratação da CONTRATADA

⁴⁸ STJ, 2.ª Turma. REsp n.º 216.018/DF. Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 10/09/2001, p. 370

⁴⁹ STJ, 2.ª Turma. REsp n.º 585.113/PE. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 20/06/2005, p. 206.

PRINCIPAL, sejam financeiros, sejam qualitativos, tampouco no aumento dos custos do contrato para Administração. Muito pelo contrário.

O faturamento direto é justamente uma forma de evitar que a CONTRATADA PRINCIPAL tenha que incorrer em despesas não existentes no momento da contratação e que, por conta disso, impactarão a sua estimativa de lucros com a execução do referido contrato, o que, por sua vez, irremediavelmente implicará em revisão dos preços contratuais a fim de permitir o reequilíbrio econômico-financeiro da equação inicial entre receitas e despesas.

Como o faturamento direto não impõe qualquer ônus em desfavor da ESTATAL CONTRATANTE, é evidente que a sua adoção no caso concreto promove os princípios da eficiência e da economicidade que exigem, em conjunto, a adoção das soluções mais convenientes sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos para a concretização de determinado objetivo.

Como afirma PAULO SOARES BUGARIN, em monografia específica sobre o tema, o princípio da economicidade “trata da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. (...) Por alocação ótima entende-se aquela que propicia se alcançar o máximo resultado econômico da alocação de bens e/ou serviços, ou seja, permite o alcance da máxima eficiência econômica. (...) ‘Economizar significa maximizar lucros’”.⁵⁰

O princípio da eficiência impõe, ainda, à Administração que atue de forma a produzir “resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”⁵¹

Assim, toda ação e ato administrativo só serão válidos ou validamente aplicados se, *ex vi* do princípio da eficiência⁵² (art. 37, caput, CF), forem a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, forem pelo menos uma forma razoavelmente eficiente de realização dos objetivos previstos no ordenamento jurídico.

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁵³ assevera que “não basta, hoje, ao Direito, que a ação administrativa do Estado exista, seja válida e eficaz. A simples busca da produção de efeitos, ou seja, pretender-se apenas a eficácia da ação, já era insuficiente para a Sociologia do Direito. Agora passou a sê-lo também para o Direito Administrativo. Acrescentou-se, aos quatro princípios constitucionais da administração pública, um quinto, o da eficiência, que, doutrinariamente, no plano do Direito Público, poderá ir até mais além, para nortear, acolá da ação administrativa, também a produção legislativa e a interpretação judiciária”.

⁵⁰ BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do tribunal de Contas da União*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004, pp. 114 a 117.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 1998, p. 73.

⁵² Diferentemente do que ocorre no setor privado, a eficiência, no setor público, não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim “como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem à Administração Pública.” (MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizione Scientifiche, Napoli, 2000, p. 25)

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, pp. 32/33.

A eficiência deve, portanto, ser compreendida como a busca do melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado⁵⁴. *Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas, longe de serem objeto de preocupação apenas sociológica⁵⁵, são, muito pelo contrário, esubcontratados essenciais para determinar como, a partir destes dados empíricos, devem legitimar a sua aplicação. É dizer: à luz do princípio da eficiência é vedada toda atuação contraproducente ou ineficiente, que produza efeitos negativos reflexos.*

Nesses termos, a decisão que indefere o pleito de faturamento direto, sem que tenham sido demonstrados quaisquer óbices intransponíveis a essa solução, redundará em oneração desnecessária do contrato de empreitada, com dispêndio desnecessário de recursos públicos.

Se a estatal fosse pagar mais (para reequilibrar o contrato) para ter uma subcontratada mais competente ou para nem haver subcontratação, até se poderia se admitir tal dispêndio de dinheiro público, já que a estatal teria um bônus com tais gastos. Agora, se vai manter a mesma subcontratação, com a mesma empresa, seria uma atitude ineficiente, antieconômica, violadora da moralidade administrativa e *d.v.* até mesmo pouco inteligente, se gastar mais dinheiro público simplesmente para se adotar essa e não aquela forma de faturamento. HELY LOPES MEIRELLES, distinguindo a moralidade administrativa da noção comum de moralidade, liga-a à ideia de “bom administrador” (legalidade mais honestidade mais conveniência). Com isto a probidade estaria contida na moralidade.⁵⁶

A ineficiência e imoralidade administrativa que daí adviria se torna ainda mais patente em se considerando que o faturamento direto constitui o que há de mais usual mercado, como informa a Consulente e como visto acima, justamente como uma forma de reduzir os custos associados a determinado empreendimento.

Viola-se, assim, também o Princípio da Realidade, que possui estreita relação com esses dois outros princípios, e é assim abordado por MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI, valendo-se das lições de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “O direito rege a realidade da convivência social; não é um conjunto de preceitos descompassados com o que de fato ocorreu, ocorre ou pode ocorrer”, possuindo nítida

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência, *Revista da Procuradoria Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE / RJ*, vol. 1.

⁵⁵ “O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. Norbert Elias já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a História da Sociologia deve ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a sociologia e a antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base teórica desta teoria do direito e a abra para o convívio com outras ciências de maneira não ‘colonizadora’, ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica”. (VERONESE, Alexandre. Os conceitos de Sistema Jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da teoria do Direito, in *Plúrima – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF*, vol. 24, p. 147)

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 86 e 87.

aplicação sobre os da discricionariedade, da razoabilidade e da motivação, no campo específico do Direito Administrativo”.⁵⁷

5. A Natureza da Estatal Contratante e a Necessidade de Adoção de Práticas Consentâneas com o Mercado.

A ESTATAL CONTRATANTE, como se sabe, é uma sociedade de economia mista, constituída com personalidade jurídica de direito privado e atuante no mercado, sendo, portanto, submetida como regra ao regime comum de contratações, de pessoal, tributação, de bens, etc, nos termos do art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal:

Art. 173. (...) § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Devemos nos lembrar que, no REsp 612439/RS, o STJ já decidiu que empresas estatais de energia constituem “sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º)”.

⁵⁷ MATEUS, Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 234.

Referido dispositivo constitucional é corolário do princípio constitucional da isonomia⁵⁸, vedando o estabelecimento de quaisquer distinções, sejam elas favoráveis ou não às empresas estatais.

Nesse sentido, esclarece JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOSO que “haverá de ser ofensivo à nossa Lei Maior o estabelecimento de quaisquer deveres ou ônus de atuação que impeçam sua atuação no mercado nos moldes em que uma empresa privada o faria. Deverão sempre atuar em pé de igualdade, vedados privilégios e o estabelecimento de ônus de qualquer natureza que impliquem formas de desigualdade jurídica de tratamento ao longo de suas respectivas atuações no campo econômico.”⁵⁹

Entender de forma diferente é desatender “à ratio da norma constitucional que determina a igualdade de tratamento, sob regime privado, entre as duas diferentes espécies de empresa.”⁶⁰

Também nesse sentido, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO aduz que “a interface entre os entes estatais exploradores de atividades econômicas pelo prisma de competição (empresas estatais e suas concorrentes privadas) deve se dar em condições de ampla e justa competição, sendo vedada qualquer regra legal que ofereça privilégio ou, ao contrário, estabeleça restrições à atuação do ente estatal”.⁶¹

GASPAR ARIÑO ORTIZ⁶², em estudo sobre o setor empresarial público na Espanha, explica que “a empresa pública não deve ter regulações especiais em relação à privada. (...) o estatuto da empresa pública tem que estabelecer, no referente ao funcionamento interno das empresas, *as mínimas diferenças entre as públicas e as privadas, e deve partir de um conceito de empresa pública que esteja regido por princípios de rentabilidade e eficácia, ou seja, que persiga o benefício*”.

O autor defende que a falta de êxito das empresas públicas espanholas decorre, em grande parte, do fato de que “não se tem conseguido liberar as empresas do asfixiante controle e dependência estatal (isto é, dar-lhe a liberdade de que gozam as privadas)”. Por fim, o autor conclui que “a empresa pública tal como a conhecemos hoje, nesse molde que mescla o direito e procedimentos públicos e privados, está facilmente condenada ao fracasso (...)”.⁶³

Essa necessidade de conferir às empresas estatais não só igualdade de condições

⁵⁸ A igualdade serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais (BULOS, Uadi Lamego. *Constituição Federal Anotada*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 1270).

⁵⁹ CARDOSO, José Eduardo Martins. O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica. In *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, vol. III, 2006, p. 786.

⁶⁰ CARDOSO, José Eduardo Martins. O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica. In *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, vol. III, 2006, p. 786.

⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no Mercado. In *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 585.

⁶² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interes General*, Thompson Aranzadi, 2007, pp. 96 e 127.

⁶³ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interes General*, Thompson Aranzadi, 2007, pp. 96 e 127.

de competição no mercado, mas também agilidade e flexibilidade para explorar os seus objetos sociais pressupõe o tratamento especial de suas atividades em comparação ao tratamento conferido aos demais órgãos e entidades da Administração Pública⁶⁴.

E a Constituição Federal é clara nesse sentido, pelo menos no que tange ao regime de contratações a elas aplicável. A Carta Maior, com efeito, traça uma clara diferenciação entre as regras que devem reger as contratações promovidas pela administração direta, pelas autarquias e fundações e aquelas que devem conduzir as licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

O art. 22, XXVII, da Constituição prevê que as primeiras deverão ser editadas com fundamento no art. 37, XXI, da Constituição, ao passo que as últimas, no seu art. 173, § 1º, estabelecendo um regime jurídico próprio para empresas públicas e sociedades de economia mista no que tange às normas de licitação e contratação. Aplica-se a todas elas, independentemente da natureza da atividade por elas exploradas, o disposto no art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal, que prevê a necessidade de edição de uma lei específica para dispor sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações” por empresas estatais.

Ou seja, a própria Constituição Federal prevê a necessidade de as sociedades de economia mista serem submetidas a um regime especial de licitações e contratações, adequado à sua natureza jurídica, que não comprometa a competitividade, eficiência e agilidade da sua atuação.

Até o momento, contudo, não foi editada a lei a que se refere o § 1º do art. 173, prevalecendo o entendimento que, nesse período, deverá ser aplicada a Lei nº. 8.666/93 às contratações promovidas pelas empresas estatais,⁶⁵ naquilo que não for incompatível com as suas atividades.

Uma decorrência disso é a criação doutrinária e jurisprudencial de teoria segundo a qual as empresas estatais não estão submetidas ao dever de licitar quando no exercício das suas “atividades-fim”, também como decorrência da garantia de igualdade de condições de competitividade e de exploração eficiente de suas atividades-fim.⁶⁶

⁶⁴ Nesse sentido, BILAC PINTO já explicava que “ao adotar, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o Estado incorporou a este novo órgão de suas atividades todas as vantagens da administração particular, dentre as quais devemos destacar, como mais relevantes: 1º) completa autonomia técnica e administrativa; 2º) capitalização inicial; 3º) possibilidade de recorrer a empréstimos bancários; 4º) possibilidade de reter os lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas; 5º) liberdade, em matéria de despesas; 6º) flexibilidade e rapidez de ação; 7º) capacidade para acionar e ser acionada; 8º) regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas” (PINTO, Bilac. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas, *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 270).

⁶⁵ “Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento” (TCU, Acórdão 624/2003, Plenário).

⁶⁶ Ver, dentre outros: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 496. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 9ª ed., p. 25. DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 1998, p. 305. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004, p. 393.

Por essas razões, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que “não seria imaginável impor obrigatoriedade de licitação como requisito para exercício pela entidade de contratos que constituam o núcleo de seu objeto. (...) A diferença entre atividade-fim e atividade meio está na vinculação do contrato com o objetivo cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública.”⁶⁷

Hoje há autores que deixam claro que, mesmo nas atividades-meio, a licitação será inexigível se puder comprometer a atuação eficiente da estatal no mercado.⁶⁸

Se essas assertivas são verdadeiras para a própria realização da licitação, a fortiori o serão para a simples adoção de determinado procedimento contábil-financeiro formal de pagamento direto à subcontratada.

O que se vê, portanto, é que mesmo que ainda não tenha sido editada lei a esse respeito, não há como duvidar que tal previsão constitucional consubstancia importante diretriz hermenêutica no que tange às contratações realizadas pelas empresas estatais, permitindo a criação de alguns parâmetros hermenêuticos da Lei nº. 8.666/93 quando dirigida às contratações das estatais.

No caso concreto, não se está a discutir a submissão da ESTATAL CONTRATANTE à Lei nº. 8.666/93, tampouco o enquadramento dos serviços prestados pela CONTRATADA PRINCIPAL dentre as suas atividades-fim a justificar o afastamento da regra da licitação.

O que se defende é a necessidade interpretação das regras dessa Lei em conformidade com as exigências de eficiência e economicidade impostas às empresas estatais, permitindo-se a adoção de práticas de mercado.

Nesse sentido, ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA⁶⁹ adverte que se afastássemos as empresas estatais “da técnica das empresas privadas e de suas características de

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 9ª ed., p. 25.

⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 593/594. Ver também MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A Captura Democrática da Constituição Econômica: Uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na Economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. 2010. 485 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 245; e CARDOZO, José Eduardo Martins. O Dever de Licitar e os Contratos das Empresas que exercem Atividade Econômica. *Op.cit.*, p. 786 e 788. Esse autor defende que, “nos negócios que são a razão de ser da sua própria existência como pessoa jurídica privada que exerce atividade característica do universo privado, submetê-la à prática de licitações seria retirar-lhe qualquer competitividade de mercado. Todavia, naturalmente, em contratos outros, de natureza meramente instrumental ou acessória, onde a atividade negocial de mercado que é a razão da sua criação não se faz presente de forma direta, a situação é completamente diferente”. Mas chama a atenção para o fato de que fundamentar a inexigibilidade da licitação com fundamento na dicotomia atividade-fim / atividade-meio não é suficiente em todos os casos: “certos contratos indiscutivelmente relacionados com atividade-meio da empresa podem exigir, em alguns casos, agilidade indispensável para que a competitividade de mercado seja mantida pela empresa estatal” (Idem, p. 788).

⁶⁹ Apud DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. *Tratado das Sociedades de Economia Mista*, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1969, p. 737.

independência de ação e consequente liberdade administrativa”, elas deixariam de ser “os instrumentos simples, flexíveis e eficientes, correndo o risco de falharem em suas finalidades”.

Nas palavras de COTRIM NETO, o “valor peculiar” das empresas estatais reside na “liberdade de operação, na flexibilidade, na eficiência para os negócios, e na oportunidade para experimentações”, ou, conforme WHITE, na possibilidade de “levantar fundos, maleabilidade nas despesas com a libertação dos controles orçamentários estatais, afastamento das normas e estatutos oficiais para a administração do pessoal, para a realização de contratos, o uso das propriedades, as práticas contábeis”⁷⁰.

Também HELY LOPES MEIRELLES afirmava que, “embora paraestatal, a sociedade de economia mista ostenta estrutura e funcionamento da empresa particular, porque isto consiste, precisamente, a sua própria razão de ser. Nem se compreenderia que se burocratizasse tal sociedade a ponto de emperrar-lhe os movimentos e flexibilidade mercantil, com os métodos dos estatais. O que se visa, com essa organização mista, é, no dizer de Ascarelli, ‘utilizar-se da agilidade dos instrumentos de técnica jurídica elaborados pelo direito privado’”⁷¹.

Nessa linha, além de todos os argumentos já expostos ao longo do presente parecer a fundamentar o faturamento direto entre a SUBCONTRATADA e a ESTATAL CONTRATANTE, há também que se considerar a natureza jurídica dessa última e a necessidade de compatibilização das suas contratações com as práticas de mercado, a fim de evitar custos desnecessários e prejuízos para as suas atividades.

6. A Ausência de Previsão Original no Contrato não Constitui Óbice ao Faturamento Direto: Procedimentos e Formalidades de Implementação do Faturamento Direto.

Como visto, a ESTATAL CONTRATANTE já anuiu com a subcontratação da SUBCONTRATADA, apenas não tendo autorizado o expediente de faturamento direto, sob o argumento de que “o pagamento requerido não está contemplado no edital e no contrato, e que na época da autorização de subcontratação a Superintendência da ESTATAL CONTRATANTE condicionou que não fosse modificada, dentre outros aspectos, a forma de pagamento original do contrato”.

O segundo argumento apontado pela ESTATAL CONTRATANTE já foi objeto de análise no item II.1 do presente parecer, tendo sido demonstrado que, embora seja necessária a alteração da cláusula contratual sobre pagamento, essa alteração será mínima e não afetará substancialmente o acordo original, tampouco acarretará qualquer tipo de relação obrigacional entre a empresa estatal e a Consulente. Em vista disso, as alterações relacionadas ao pagamento do contrato atendem aos requisitos

⁷⁰ Apud DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. Tratado das Sociedades de Economia Mista, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1969, p. 737/738, grifos nossos.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 305.

legais e jurisprudenciais sobre as subcontratações, não havendo motivo para que a empresa estatal proíba a realização do faturamento direto nesse particular.

Tendo isso em vista, pode ser apresentado um pedido de reconsideração e/ou recurso hierárquico àquela empresa estatal, demonstrando como o entendimento do TCU e a Lei nº 8.666/93 devem ser corretamente interpretados no caso concreto, bem como a situação especial das empresas estatais, às quais aquele Tribunal já expressamente admitiu (cf. Acórdão 1595/2006 acima transcrito) o faturamento direto à subcontratada.

Ultrapassada essa questão, podemos afirmar que a ausência de previsão contratual da possibilidade de faturamento direto também não constitui óbice ao deferimento do pleito da CONTRATADA PRINCIPAL, podendo esse fato ser suprido pela celebração de termo aditivo ao contrato principal, a fim de incluir autorização nesse sentido.

In casu, tratando-se de alteração das condições pactuadas no Contrato Principal, referente às condições de faturamento e pagamento, entendemos ser necessária a elaboração de termo aditivo, por importar em condição implementada por escolha dos contratantes e por ser disciplinada com base em diferente instrumento contratual, e não em instruções contidas no próprio contrato, o que ensejaria mero apostilamento.

Note-se, em relação à subcontratação em si, que ela já está expressamente autorizada no contrato, e é ela que já tem que estar prevista nestes dois instrumentos, não a sua mera forma de pagamento sem comprometimento de nenhuma obrigação da CONTRATADA PRINCIPAL perante a Administração contratante. Só necessária agora a alteração contratual porque a redação original do contrato prevê uma outra forma de pagamento.

Além disso, o aditivo também é recomendável para a estatal se ressaltar de qualquer futuro pleito de reequilíbrio econômico-financeiro pelo atraso decorrente das ações judiciais, que já teria sido contornado pela admissão do faturamento direto à subcontratada (cf. Tópico III).

Além disso, o *modus operandi* do faturamento direto também deverá constar obrigatoriamente no contrato de subcontratação celebrado entre a CONTRATADA PRINCIPAL e a SUBCONTRATADA, na qual deverá constar a ESTATAL CONTRATANTE necessariamente como interveniente anuente.

É importante que todos esses instrumentos contenham cláusulas expressas afirmando (i) a inocorrência de efeitos de sub-rogação; (ii) a manutenção integral das obrigações impostas contratual e legalmente à CONTRATADA PRINCIPAL; (iii) a inexistência de qualquer vínculo obrigacional entre a SUBCONTRATADA e a ESTATAL CONTRATANTE.

Nesse sentido, é importante que sempre fique claramente estabelecido que o expediente de faturamento direto não importará em cessão dos créditos devidos pela ESTATAL CONTRATANTE à CONTRATADA PRINCIPAL ou a criação de qualquer tipo de obrigação entre a ESTATAL CONTRATANTE e a SUBCONTRATADA.

Recomendamos seja consignado, ainda, que não serão alteradas as condições de faturamento previstas do Contrato Principal: (i) a Contratada informará as quantidades

de serviços realizados a serem faturados, através dos relatórios de medição mensais; (ii) a contratada emitirá os documentos de cobrança; sendo (iii) a contratada a titular dos créditos junto à ESTATAL CONTRATANTE pelos serviços prestados.

A única diferença com relação ao inicialmente previsto no contrato de empreitada residirá na pessoa “a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação”. Quando se tratar de serviços prestados pela subcontratada à CONTRATADA PRINCIPAL, os créditos a esta devidos pela ESTATAL CONTRATANTE serão extintos mediante comprovação da transferência dos exatos mesmos valores à SUBCONTRATADA, sem que esse expediente crie qualquer tipo de relação entre esta última e a empresa estatal.

7. Conclusões.

Podemos, nesse momento, apresentar, sem prescindir do minudenciado nos tópicos que compõem a íntegra do Parecer, que se cinde ao Direito Administrativo e se esteia nas informações prestadas pela Consulente, uma síntese objetiva de alguns pontos em relação ao caso concreto:

1. De acordo com o Tribunal de Contas da União, o faturamento direto entre a subcontratada e a Administração será ilegítimo quando: (a) importar a criação de uma relação jurídica entre a Administração Pública e a subcontratada (terceiro), em violação ao princípio licitatório e à regra de manutenção das responsabilidades típicas da Contratada; (b) não possuir respaldo em um instrumento contratual como exige a legislação; e (c) não existir amparo legal para a adoção dessa conduta.
2. Esse posicionamento do Tribunal de Contas da União pode ser aplicável em regra às subcontratações, mas os óbices que ele aponta não são intrínsecos a todas as subcontratações, podendo ser afastados dependendo do caso concreto e da forma com que elas forem efetivadas, sendo esse o caso concreto da SUBCONTRATADA.
3. O que o TCU e a Lei nº 8.666/93 vedam não é a criação de relações entre a Administração e a subcontratado, mas sim a extinção de obrigações da CONTRATADA PRINCIPAL. O faturamento direto não necessariamente altera as responsabilidades contratuais e legais assumidas e, em vista disso, observados esses limites, poderá apresentar-se em total consonância com a jurisprudência do TCU.
4. No caso, não há criação de uma relação contratual entre a SUBCONTRATADA e a ESTATAL CONTRATANTE. A única relação a ser entre elas estabelecida possui natureza meramente formal e seus efeitos se darão tão-somente no âmbito contábil

e com o único intuito de evitar a dupla incidência do ISS e das parcelas de PIS e COFINS sobre um único serviço prestado.

5. É evidente que, no caso concreto, o vínculo formal a ser estabelecido entre esta sociedade e a ESTATAL CONTRATANTE não consiste em um “acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”, como prevê o parágrafo único do art. 2º da Lei nº. 8.666/93, e como se sabe a licitação é obrigatória somente para a celebração de novos contratos em que há comutatividade.
6. É evidente que, no caso concreto, o vínculo formal a ser estabelecido entre esta sociedade e a ESTATAL CONTRATANTE não consiste em um “acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”, como prevê o parágrafo único do art. 2º da Lei nº. 8.666/93, e como se sabe a licitação é obrigatória somente para a celebração de novos contratos em que há comutatividade. Não há obrigação recíproca no caso, tampouco qualquer tipo de obrigação entre a SUBCONTRATADA e a ESTATAL CONTRATANTE. A relação jurídica que fundamenta os serviços que serão prestados reside no Contrato Principal, enquanto a relação entre a subcontratada e a empresa estatal é meramente formal e não estabelece qualquer conjunto de obrigações de parte a parte, não encetando qualquer tipo de obrigação entre uma e outra: a ESTATAL CONTRATANTE não está obrigada contratualmente a remunerar os serviços prestados pela SUBCONTRATADA à CONTRATADA PRINCIPAL – a sua obrigação é para com esta última. A diferença reside exclusivamente na forma de execução do pagamento e não no seu fundamento ou conteúdo.
7. A inexistência de relação contratual não traz, por sua vez, qualquer tipo de óbice à realização da liquidação do crédito titularizado pela CONTRATADA PRINCIPAL mediante pagamento direto à sua subcontratada. O fundamento para tanto poderá residir em um aditivo ao contrato de empreitada e uma cláusula do contrato de subcontratação, em que a ESTATAL CONTRATANTE figure como interveniente anuente.
8. A admissibilidade do pagamento direto a subcontratadas decorre de uma interpretação adequada da largueza dos termos semânticos utilizados pela regra constante do art. 72 da Lei nº 8.666/93, que confere ao administrador uma margem de apreciação para a adoção de práticas compatíveis com as do mercado e também expressamente albergadas na legislação mais moderna, sob uma única condição: manutenção das responsabilidades legais e contratuais do contratado. Essa é a interpretação que se

impõe seja em virtude da sua compatibilidade com as práticas de mercado, seja em virtude da necessidade de interpretação sistemático-evolutiva desse dispositivo, ou, ainda, da imposição do princípio constitucional da isonomia.

9. O faturamento direto se apresenta, ainda, no caso concreto, como um instrumento apto ao afastamento do reequilíbrio econômico-financeiro no caso concreto e, conseqüentemente, à promoção do interesse público, consubstanciado na redução dos custos associados ao contrato. Ele evitará que a estatal tenha que pagar pelo aumento dos custos impostos pelo atraso decorrente das ações judiciais, através da simples adoção do mecanismo burocrático de pagamento direto à subcontratada, que, desta forma, também é imposição dos princípios da economicidade, eficiência, moralidade administrativa e realidade.
10. Há também que se considerar a natureza jurídica da ESTATAL CONTRATANTE e a necessidade de compatibilização das suas contratações com as práticas de mercado, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, a fim de evitar custos desnecessários para a execução de suas atividades e comprometimento da sua atuação com eficiência.
11. Se a estatal fosse pagar mais (para reequilibrar o contrato) para ter uma subcontratada mais competente, para se garantir a manutenção da responsabilidade da CONTRATADA PRINCIPAL ou para nem haver subcontratação, até se poderia se admitir tal dispêndio de dinheiro público, já que a estatal teria um bônus com tais gastos. Agora, se vai se manter a mesma subcontratação, com a mesma empresa, seria uma atitude ineficiente, antieconômica, violadora da moralidade administrativa e *d.v.* até mesmo pouco inteligente, se gastar mais dinheiro público simplesmente para se adotar essa e não aquela forma de faturamento.
12. O próprio Tribunal de Contas da União já reconheceu a ineficiência decorrente da não utilização de métodos de faturamento direto, em processo que envolvia práticas contratuais adotadas por estatal (no caso a Petrobras) com seus fornecedores.
13. O fato de não haver previsão editalícia ou contratual não configura um óbice ao ora defendido. A ausência de previsão não deve ser interpretada como vedação, celebrando-se termo aditivo ao contrato principal, a fim de incluir autorização nesse sentido.
14. Note-se, em relação à subcontratação em si, que ela já está expressamente autorizada no edital e no contrato, e é ela que já tem que estar prevista nestes dois instrumentos, não a

sua mera forma de pagamento sem comprometimento de nenhuma obrigação da CONTRATADA PRINCIPAL perante a Administração contratante. Só necessária agora a alteração contratual porque a redação original do contrato prevê uma outra forma de pagamento.

15. Por todo o exposto, é possível afirmar que todas as condições previstas pelo TCU e no ofício da ESTATAL CONTRATANTE encontram-se preenchidos: (a) a autorização de subcontratação da SUBCONTRATADA não será motivo de alteração de escopo, de prazo ou dos valores estipulados no Contrato; (b) nenhum vínculo contratual haverá entre a ESTATAL CONTRATANTE e as empresas subcontratadas; (c) a ESTATAL CONTRATANTE não manterá com as subcontratadas qualquer comunicação ou entendimento formal, devendo os mesmos ser feitos sempre por intermédio da CONTRATADA PRINCIPAL; (d) a parcela subcontratada será considerada como se estivesse sendo executada pela CONTRATADA PRINCIPAL dentro dos preços estabelecidos no Contrato; e (e) subsistirá, em qualquer caso, a responsabilidade integral da CONTRATADA PRINCIPAL pela perfeita execução da parcela subcontratada, bem como pelas obrigações legais e contratuais, sejam quais forem as condições da subcontratação, o que deverá constar expressamente de todos os atos negociais derivados a serem doravante celebrados.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor-adjunto de Direito Administrativo da UERJ
Doutor em Direito do Estado pela USP