
TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: vedação de subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes. Orientações de cumprimento.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de licitações e Contratos, através da portaria n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2 Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revistos em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4 No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da repercussão da determinação do acórdão 3.144/2011-Plenário. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5 É o relatório.

I – DA MOTIVAÇÃO DA EDIÇÃO DESTA MANIFESTAÇÃO

6 Por ocasião do julgamento do acórdão nº 3.144/2011- Plenário, o Tribunal de Contas da União determinou ao DNIT que não incluísse cláusula que permita subcontratação de parcelas tecnicamente mais complexas e de valor mais significativo do objeto. Abaixo segue excerto da decisão, no ponto pertinente à nossa análise:

9.8. determinar ao Dnit que:

9.8.1. não inclua, em seu edital padrão, cláusula que permita subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes;

7 Por se tratar de determinação que altera o padrão de deliberação até então adotado pelo Tribunal de Contas da União, cumpre destacar a sua aplicação pelas autarquias e fundações assessoradas pelas unidades da Procuradoria-Geral Federal.

II – BREVE EXPLANAÇÃO DO TEMA ABORDADO

8 Dentre os pontos enfrentados pelo TCU neste julgado, destacamos para a presente análise aquele que questionava a entidade representada a respeito da ausência de proibição em edital de subcontratação dos serviços cuja experiência era exigida para fins de habilitação técnica.

9 Como é de conhecimento geral, a Administração pode exigir, dos licitantes, comprovantes de experiência na execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes¹, desde que restritas às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado.

10 Busca-se com esta exigência assegurar que o futuro contrato apresente domínio de conhecimentos e habilidade teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado². Assim, discutiu-se naquele julgado se haveria incongruência entre se considerar um item do objeto licitado técnica e materialmente relevante e ao mesmo tempo permitir a sua subcontratação.

11 De início anotamos que em oportunidades anteriores, o Tribunal de Contas da União entendeu suficiente estender aos subcontratados os mesmos requisitos impostos ao licitante vencedor, quando da sua participação no certame. Neste sentido, confira trecho do acórdão n. 1.638/2004-Plenário, constante do Vade-mécum de licitações e contratos, de autoria de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³:

Subcontratação – capacidade técnica

Relator observou: “Ressalto, quanto ao fornecimento, instalação e montagem de escadas rolantes e elevadores, que o edital também possibilitava a subcontratação desses itens, permitindo que o contratado principal utilizasse a qualificação técnica, nestes itens específicos, da subcontratada que indicasse. Esse permissivo editalício propiciou a participação de nove concorrentes, que utilizaram a comprovação de qualificação técnica das duas empresas especializadas atuantes no mercado da localização das obras. Assim, a participação como pretendentes à contratação principal foi ampla, embora o fornecimento dos itens escadas rolantes e elevadores tenha se restringido às empresas atuantes no mercado local, como subcontratadas.”

Fonte: TCU. Processo n. TC-021.174/2003-6. Acórdão n. 1.638/2004-Plenário.

1 SÚMULA Nº 263/2011 TCU: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

2 JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. – 12. ed. São Paulo: dialética, 2008. p 405.

3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 4. Tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 939.

12 De igual modo, o manual contendo orientações e jurisprudência do TCU em licitações e contratos⁴ apresenta trecho do relatório do ministro relator do acórdão nº 1.312/2008 – Plenário, em que há destaque para a pertinência da transferência da demonstração da capacidade técnica à subcontratada.

Por fim, é oportuno anotar que o edital possibilita a subcontratação de 40% da obra, sendo permitida para qualquer atividade, inclusive para aquelas consideradas relevantes. Ao contrário do que afirma a unidade técnica, existe previsão para a avaliação da capacidade técnica da subcontratada. O item 5.3 exige que a consulta quanto à subcontratação seja acompanhada de qualificação e processo de seleção da sociedade empresária escolhida. Além disso, a Lei nº 8.666/1993, (art. 72) nem mesmo requer essa demonstração de qualificação, uma vez que não isenta a contratada original das responsabilidades contratuais e legais. (Destaque nosso)

Acórdão 1312/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

13 Percebe-se que os integrantes daquela corte debatiam, inclusive, a pertinência de se exigir do subcontratado os requisitos de qualificação técnica exigidos dos licitantes, diante da manutenção da responsabilidade integral do contratado originalmente.

14 Com efeito, por ocasião da instrução do acórdão nº 3.144/2011-Plenário, foram referidas outras decisões que caminhavam no sentido de inclusive isentar a comprovação por parte dos subcontratados de todas as obrigações impostas ao contratado, pressupondo, portanto, a possibilidade de subcontratação dos itens que foram objeto de comprovação técnica. Transcrevemos trecho da manifestação do auditor oficiante no feito.

“Citam-se, de início, decisões que confirmam o entendimento de que não há necessidade de se exigir das subcontratadas a mesma qualificação exigida da contratada.

i) trecho do voto condutor do Acórdão 1570/2009-TCU-Plenário, do Ministro Benjamin Zymler:

‘Endosso as providências sugeridas pela Unidade Técnica relacionadas às questões abordadas as este tópico, com exceção da que condiciona a realização de pagamentos por serviços já executados por terceiros não autorizados após a análise ‘da regularidade das empresas subcontratadas, notadamente no que diz respeito à idoneidade, frisando os aspectos de habilitação jurídica,

4 Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. – 4. ed. revista, atualizada, e ampliada, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 795

qualificação técnica (operacional e profissional quanto ao serviço ou obra subcontratado), situação econômico-financeira e regularidade fiscal'. Observo, a esse respeito, que **a Administração, na hipótese de subcontratação, tem assegurada, nos termos do art. 72, a possibilidade responsabilizar a empresa que subcontratou os serviços, por falhas em sua execução. Essa garantia fundamental preserva os interesses da Administração.**

A Lei de Licitações, porém, não estabelece requisitos específicos que devam ser atendidos pela empresa subcontratada para que possa executar os respectivos serviços. Quanto a essa matéria, a despeito da existência do precedente citado pela equipe de auditoria (Acórdão nº 2884/2008), **considero excessiva a extensão à empresa contratada da apresentação de toda documentação relativa à habilitação jurídica e qualificação técnica exigidas da empresa contratada após regular procedimento licitatório. Alinho-me, isto sim, à orientação contida no subitem 9.2.2.3 do Acórdão nº 1529/2006 – Plenário,** no sentido de que se deva exigir das empresas subcontratadas apenas a comprovação de regular situação fiscal e previdenciária. (grifamos)

ii) trecho do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão 2910/2009-TCU-Plenário:

A Lei de Licitações admite a subcontratação e não estabelece requisitos a serem observados pelas subcontratadas. Exige apenas previsão contratual e prévia anuência da Administração (arts. 72 e 78, VI).

De fato, não há dispositivo legal que imponha às subcontratadas a necessidade de comprovar os requisitos de qualificação técnica. Tal exigência recai exclusivamente sobre a contratada, que se responsabiliza, técnica e contratualmente, pelos serviços executados por terceiros (art. 72 da Lei 8.666/1992)

Acolho, pois, a proposta de insubsistência do subitem 9.3.2 do Acórdão 2.884/2008, Plenário. (grifamos)

39. O Acórdão 2910/2009, citado no item (ii) acima, é de significativo relevo na presente controvérsia, na medida em que tornou insubsistente o subitem 9.3.2 do Acórdão 2884/2008:

'9.3. determinar ao DNIT que:

[...]

9.3.2. somente efetue pagamentos relativamente aos serviços e obras subcontratados (mais relevantes), no caso de não ter ocorrido a autorização prévia da Diretoria do DNIT para a subcontratação, **após analisar a regularidade das empresas subcontratadas, notadamente no que diz respeito à idoneidade, frisando os aspectos de habilitação jurídica, qualificação**

técnica (operacional e profissional quanto ao serviço ou obra subcontratado), situação econômico-financeira e regularidade fiscal, conforme exigido no Edital de licitação nº 102/2006-00 – Concorrência Pública; (grifamos)

40. Ao passo que, no âmbito da decisão inicial, não houve discussão específica quanto ao mérito do assunto ora discutido, num segundo momento, quando da edição do citado Acórdão 2910/2009, a questão foi apreciada e entendeu-se pela inadequação da exigência. Como se verá a seguir, concordamos com este entendimento.”

15 Contudo, o secretário substituto do SECOB-2 divergiu do entendimento do auditor entendendo haver ilogicidade entre identificar a fração fundamental do objeto e admitir a subcontratação de tal parcela. Confira trecho da sua manifestação em que recomenda a vedação da subcontratação de itens considerados relevantes do objeto:

10. Mas veja-se: se foram gastos recursos valiosos para, numa fase anterior à etapa de propostas, escolher uma empresa apta a executar essa fração fundamental do objeto (que em consequência, garantirá a execução do todo), **admitir a subcontratação para tal parcela significativa seria tergiversar o mens legis do art. 30 e do art. 72 da Lei de Licitações; e até mesmo do art. 3º, por não garantir a escolha da ‘melhor proposta’.** (Grifos nossos)

16 Presente a divergência na área técnica, o Ministro Relator acompanhou a manifestação do secretário substituto nos seguintes termos:

22. Não obstante a argumentação do auditor federal de controle externo, acompanho o posicionamento do secretário substituto.

23. A licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. E a proposta mais vantajosa não é apenas a de menor preço, mas igualmente a que contempla a técnica adequada e a execução por empresa apta para tanto. Ou seja, busca-se com o certame licitatório também selecionar o contratado que melhor atenda às necessidades da administração.

24. Para assegurar a boa execução do objeto, é exigida do futuro contratado a demonstração de capacidade financeira e sua capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, de forma a comprovar sua aptidão mediante desempenho de tarefas semelhantes.

25. Tal comprovação de aptidão, obviamente, está relacionada às frações tecnicamente complexas e financeiramente relevantes do

objeto, sob pena de serem absolutamente descabidas as exigências de habilitação.

26. **Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido. Isso tornaria completamente desnecessário o procedimento de habilitação e, conseqüentemente, esvaziaria de qualquer significado ou finalidade os dispositivos da lei que o preconizam, o que não pode ocorrer.**

27. Conclui-se, pois, que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica. (grifos nossos)

17 Assim, com a edição do referido acórdão, parece ter ocorrido uma guinada na posição daquela corte de contas. Registre-se que por ocasião do acórdão nº 2.760/2012 da relatoria da Ministra Ana Arraes, a área técnica do Tribunal fez expressa referência ao acórdão nº 3.144/2011-P, anuindo com sua conclusão, o que parece confirmar a posição ora noticiada.

b.Exigência de atestados em itens normalmente subcontratados
O item 7.5.2.1, A) trata da qualificação técnica-operacional. Observando-se os itens listados, observa-se a exigência de serviços normalmente subcontratados, tais como: execução de forro de gesso acartonado, em obras de edificações prediais; fornecimento e instalação de grupo gerador; fornecimento e instalação de elevador tipo social comercial; execução de piso autonivelante epóxi; execução de estação elevatória de esgoto.

Sobre o assunto, o Acórdão 3144/2011-TCU-Plenário traz o seguinte texto, mostrando clara e objetivamente o posicionamento considerado como correto:

“24. Para assegurar a boa execução do objeto, é exigida do futuro contratado a demonstração de capacidade financeira e sua capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, de forma a comprovar sua aptidão mediante desempenho de tarefas semelhantes.

25. Tal comprovação de aptidão, obviamente, está relacionada às frações tecnicamente complexas e financeiramente relevantes do objeto, sob pena de serem absolutamente descabidas as exigências de habilitação.

26. Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido. Isso tornaria completamente desnecessário o procedimento de habilitação e, conseqüentemente, esvaziaria

de qualquer significado ou finalidade os dispositivos da lei que o preconizam, o que não pode ocorrer.

27. Conclui-se, pois, que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica.

ACÓRDÃO

9.8. determinar ao Dnit que:

9.8.1. não inclua, em seu edital padrão, cláusula que permita subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes;”

Dessa maneira, mostra-se inadequada a exigência de qualificação técnica das licitantes para a execução da aludida parcela do objeto, já que não há no edital qualquer vedação à subcontratação dessas parcelas, que para os quais, como requisito de habilitação técnico operacional, fora exigida a apresentação de atestados que comprovassem a execução de serviços com características semelhantes.

De outra feita, caso necessária a apresentação de atestados para qualificação técnica na execução de determinados itens, não caberia sua subcontratação. Pensar de maneira diferente levaria à possibilidade de que determinado serviço fosse realizado por empresa sem qualificação. (grifos nossos)

18 Concordando com a área técnica, a ministra relatora Ana Arraes fez constar a seguinte ponderação em seu voto, contando com o acolhimento dos seus pares;

Quando à exigência de experiência na execução de serviços que são invariavelmente subcontratados, considero que, em regra, tal impositivo desnatura o processo de habilitação técnica. Isso porque não há sentido em requerer expertise para realização de serviço que, muitas vezes, acaba sendo executado por terceiro. Exigida do licitante, como pressuposto para participar da licitação, capacidade para execução de determinada tarefa, a prestação não pode ser transferida. A entidade que realiza a concorrência deve, portanto, avaliar a relevância dos serviços para os quais exige prévia experiência, de forma a não adotar exigências desnecessárias e restritivas.

19 Referido acórdão foi noticiado no informativo nº 127 com a seguinte redação:

3. A exigência para o fim de habilitação de experiência anterior com relação a serviços que serão subcontratados é restritiva à competitividade Auditoria do Tribunal no processo de licitação realizada pelo Estado do Mato Grosso para a construção do novo hospital da Universidade Federal do Mato Grosso – (UFMT), em Cuiabá/MT, indicou diversas falhas, potencialmente restritivas à competitividade do certame. Dentre elas, constou a exigência de experiência anterior na execução de serviços que são invariavelmente subcontratados. Para a relatora, tal impositivo desnaturaria o processo de habilitação técnica, isso porque não haveria sentido em requerer expertise para realização de serviço que, muitas vezes, acaba sendo executado por terceiros. Segundo a relatora, “exigida do licitante, como pressuposto para participar da licitação, capacidade para execução de determinada tarefa, a prestação não pode ser transferida. A entidade que realiza a concorrência deve, portanto, avaliar a relevância dos serviços para os quais exige prévia experiência, de forma a não adotar exigências desnecessárias e restritivas”. Mesmo com a anulação do certame feita pelo Governo Matogrossense, a relatora houve por bem encaminhar alerta a respeito desta e de outras irregularidades observadas, de modo a evitar que venham a se repetir em futuras licitações a serem realizadas por aquela unidade federativa, sem prejuízo de que as obras do novo hospital fossem acompanhadas pelo Tribunal, em face da materialidade e da relevância do empreendimento, o que contou com a anuência do Plenário. **Acórdão n.º 2760/2012-Plenário, TC-014.017/2012-1, rel. Min. Ana Arraes, 10.10.2012.**

20 Destarte, considerando a recente posição firmada pelo Tribunal de Contas da União através do acórdão 3.144/2011-Plenário, acompanhada do acórdão n.º 2.760/2012-Plenário, entendemos pertinente a adoção de medidas que divulguem e uniformizem o cumprimento da nova orientação.

III – DOS ENCAMINHAMENTOS

21 Diante deste quadro, consideramos pertinente recomendar às Procuradorias Federais junto as autarquias e fundações que deem conhecimento do entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União às entendidas assessoradas para que vedem expressamente em seus editais a subcontratação dos itens para os quais foi exigida a qualificação técnica, salvo se se tratar de licitação regida pelo Regime Diferenciado de Contratação – RDC, que possui disciplina específica⁵.

5 BRASIL, Decreto n.º 7.581, de 11 de outubro de 2011, Art. 10. A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório.

IV – DA POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DO NOVO ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO TCU E ASPECTOS TÉCNICOS ESPECÍFICOS

22 A Câmara Permanente de Licitações e Contratos entende que a interpretação esposada pelo Tribunal de Contas da União no acórdão em estudo guarda compatibilidade com regramento jurídico pertinente.

23 Contudo, por envolver a definição de aspectos técnicos, como a seleção das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado bem assim a escolha dos itens ou parcelas do objeto para os quais se eventualmente irá permitir a subcontratação pode existir situação em que o cumprimento da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União implique em fragilidade ou risco para a correta execução do objeto licitado.

24 Caso isto ocorra em determinado caso concreto, recomendamos o encaminhamento de memoriais ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal com as razões técnicas que recomendam a alteração do entendimento daquela Corte de Contas.

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

[...]

§ 2º Quando permitida a subcontratação, o contratado deverá apresentar documentação do subcontratado que comprove sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e a qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

De acordo, ressalvando, unicamente, no entanto, que concordo em termos com a recomendação constante no item 24, sugerindo, alternativamente, que eventual provocação à Procuradoria-Geral Federal, voltada à reapreciação do presente parecer, somente ocorra na hipótese em que se verifique impacto negativo na rotina das autarquias e fundações federais, em especial no que tange à implementação de suas políticas públicas, que justifique, assim, a atuação perante o Tribunal de Contas da União para a revisão de seu entendimento.

À consideração Superior.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER N° 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 10 de julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N. 39/2012

POR FORÇA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO N° 3.144/2011-PLENÁRIO DO TCU, E BUSCANDO UNIFORMIZAR O SEU ATENDIMENTO POR PARTE DE TODAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, É RECOMENDÁVEL A VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DO PRINCIPAL DO OBJETO, ENTENDIDO ESTE COMO O CONJUNTO DE ITENS PARA OS QUAIS, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL, FOI EXIGIDA APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS QUE COMPROVASSEM EXECUÇÃO DE SERVIÇO COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES, SALVO SE TRATAR-SE DE LICITAÇÃO REGIDA PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC, QUE POSSUI DISCIPLINA ESPECÍFICA.