



CONSULTA N. 605/2014

CONSULENTE: UFSC - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

EMENTA: Contrato. Obras e serviços de engenharia. Faturamento em nome de fornecedor/fabricante que não participou da licitação. Análise. Considerações.

1. PERGUNTA:

Questiona o Consulente: “É possível a Administração autorizar que as empresas contratadas para a execução das obras e serviços de engenharia, faturem os materiais e serviços subcontratados diretamente em nome da contratante?”

Para uma melhor compreensão, elencamos um exemplo:

A questão é como vamos contratar uma obra, e a empresa que faz a montagem da estrutura não fabrica os perfis nem as placas de fechamento, bem como os materiais de alvenaria e outros. Importante dizer que o preço do material nesse caso é muito mais alto do que em uma obra normal e o imposto que a empresa pagaria na venda desse material para nós aumentaria os custos em 15 a 20%.

Acredita-se numa diferença de 11% no total da obra.

A solução seria que a nota fosse faturada no nome da Contratante direto do fabricante/fornecedor e a empresa contratada faria a cobrança em uma nota fiscal no tocante a mão de obra a ser empregada na execução do objeto.

Nestes moldes, a Administração pagaria a contratada por meio da nota de serviço em nome da contratada (parte de mão de obra) e os materiais seriam pagos a mesma contratada, porém, as notas estariam diretamente em nome do respectivo fornecedor/fabricante.”

2. PARECER:

Conforme é sabido, a licitação é um procedimento administrativo formal, estruturado de forma lógica, que possibilita à Administração Pública selecionar um particular apto, capaz e idôneo para executar o objeto da licitação pelo preço mais vantajoso possível, de maneira clara e objetiva, sem a interferência de fatores subjetivos que possam desvirtuar a natureza do contrato.

Para tanto, durante a etapa de habilitação da licitação, cabe à Administração verificar se os particulares interessados em contratar possuem condições pessoais mínimas para bem executar o objeto da licitação, o que se fará por meio da apresentação dos documentos expressamente previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, que sejam imprescindíveis para a esmerada execução do objeto¹.

¹ Ressalte-se que o cotejo dos documentos a serem exigidos dos licitantes para fins de habilitação deve ser analisado sob o prisma da finalidade, tendo em vista que, por força do disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988, somente serão válidas as exigências compatíveis com o objeto da licitação:

“Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados



Dessa forma, o licitante que escolher participar da licitação, for devidamente habilitado e apresentar a proposta mais vantajosa que atenda completamente a necessidade da Administração, é que será contratado ao final do certame, executará o objeto contratual nos termos e condições propostas e **deverá apresentar a nota fiscal para fins de pagamento**, não se vislumbrando a possibilidade jurídica de a Administração aceitar a emissão de nota fiscal em nome de empresa diversa, que não tenha participado do certame e sido regularmente contratada pela UFSC.

Tal entendimento encontra amparo legal na regra disposta no art. 50 da Lei nº 8.666/93, que objetivamente estabelece:

“Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com **terceiros estranhos ao procedimento licitatório**, sob pena de nulidade.” (grifou-se)

Ainda, importa destacar que uma das principais características dos contratos administrativos é a sua natureza *intuitu personae*. Em vista disso, como regra geral, o contrato deve ser fielmente executado pelo particular que, durante a fase própria do certame licitatório, demonstrou possuir capacidade e idoneidade para bem executar o objeto da contratação.

Conforme explica Jessé Torres Pereira Junior:

“Em razão da pessoa do contratado, os contratos são pessoais (*intuitu personae*) e impessoais. Nos primeiros, (...) o acordo de vontades perfaz-se em atenção às qualidades de determinada pessoa; só esta deverá ser contratada e, em princípio, responder pela execução do contrato. Nos segundos, não importa a pessoa que cumprirá as obrigações, considera-se que qualquer estará a tanto habilitado. **O princípio da adjudicação compulsória ao licitante autor da proposta mais vantajosa tipifica os contratos públicos como personalizados, posto que a Administração estará no dever de, querendo contratar, somente contratar aquele cuja proposta atende superiormente ao interesse do serviço.**”² (grifou-se)

Assim, se determinada empresa participou da licitação, apresentando toda a documentação exigida em seu nome, sendo, por consequência, contratada pela Administração, esta é quem deverá executar o objeto contratual e apresentar, **em seu nome**, as notas fiscais para fins de pagamento, arcando, inclusive, com todos os débitos tributários e demais encargos decorrentes da contratação, os quais, inclusive, deveriam ter sido devidamente considerados pelo particular quando da formulação/apresentação de sua proposta.

Cumpra esclarecer que o mesmo raciocínio se aplica à hipótese de subcontratação. Com efeito, a Lei nº 8.666/93 admite, em certos casos, que o particular contratado pela Administração **subcontrate partes do objeto licitado a outro particular**, alheio à relação jurídica existente entre o primeiro (que participou regularmente da licitação e demonstrou possuir capacidade para executar o objeto) e a Administração contratante.

mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**” (grifou-se)

² JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 734.



Segundo estabelece o art. 72 da Lei nº 8.666/93, a subcontratação consiste na transferência, por parte do contratado, de execução de parcela não relevante das obrigações contratuais em favor de terceiro. Veja-se:

“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.”

Em seus comentários ao dispositivo em questão, Jessé Torres Pereira Junior explica que:

“Por subcontratação deve entender-se a trespasse da execução do contrato (...). Na subcontratação, a contratada incumbe terceiro de realizar partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração, sem exonerar-se das responsabilidades decorrentes do contrato.”³

Conforme se observa, na subcontratação há o trespasse de parcela do objeto a terceiro sem haver rompimento do vínculo mantido entre a Administração e o contratado, vencedor da licitação.

Ressalte-se, contudo, que a subcontratação do objeto deve ser vista como **medida excepcional** que só poderá ser adotada ante a previsão expressa no instrumento convocatório e no contrato da licitação realizada, os quais deverão, ainda, prever as partes do objeto que poderão ser subcontratadas, sob pena de rescisão de ajuste.

Esse é o entendimento que se extrai da regra prevista no art. 78, inc. VI, da Lei nº 8.666/93:

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

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidos no edital e no contrato;”

Ademais, de acordo com o Tribunal de Contas da União, uma vez aceita a subcontratação, deve a Administração exigir do subcontratado “**a apresentação dos documentos de habilitação requisitados na licitação**, especialmente quanto à regularidade jurídica, idoneidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”⁴ (grifou-se)

Além disso, insta salientar que a responsabilidade do particular contratado perante a Administração continua sendo a mesma. Isso porque, a subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Na verdade, ao subcontratar parcela de determinado objeto cria-se uma nova relação jurídica, própria e autônoma, entre o contratado e o subcontratado, da qual a Administração não faz parte.

Logo, a subcontratação do objeto nos limites admitidos pelo edital e contrato não

³ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários...*, p. 758-759.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudências do TCU*. 4. ed. Brasília, 2010. p. 791.



tem o condão de transferir ao subcontratado a responsabilidade pela execução do objeto. **Será o particular contratado quem responderá pelo integral cumprimento do objeto perante a Administração.**

Em vista disso, julga-se não ser possível a Administração, como regra, efetuar o pagamento devido diretamente aos subcontratados pelos serviços prestados e/ou materiais fornecidos, pois, conforme aduzido, a relação jurídica decorrente da subcontratação não envolve a Administração contratante diretamente. Por isso, qualquer pagamento devido à subcontratada deve ser feito pelo particular contratado (subcontratante)⁵. No mesmo sentido, não se vislumbra a possibilidade de emissão de nota fiscal pelo subcontratado.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Tribunal de Contas da União:

“9.2. determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que:

9.2.1. quando da elaboração e fiscalização de contratos, observe a vedação feita pela Lei n. 8.666/1993, nos arts. 72 e 78, inciso VI, no tocante à subcontratação total dos objetos pactuados;

9.2.2. **abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado(...).**”⁶ (grifou-se)

Portanto, diante dos questionamentos objetivamente formulados pelo Consultente, responde-se que em face do regime jurídico atinente às licitações e contratos, a contratação, o empenho e a fatura dos materiais/insumos e serviços empregados na execução do objeto licitado pela Administração, devem ser feitos **em nome do particular que participou regularmente da licitação**, não se admitindo, assim, que as notas fiscais sejam emitidas em nome do fornecedor/fabricante que não participou da licitação.

3. CONCLUSÕES:

A partir das considerações acima expostas, responde-se aos questionamentos objetivamente encaminhados no seguinte sentido:

A licitação é um procedimento administrativo formal, estruturado de forma lógica, que possibilita à Administração Pública selecionar um particular apto, capaz e idôneo para executar o objeto da licitação pelo preço mais vantajoso possível, de maneira clara e objetiva, sem a interferência de fatores subjetivos que possam desvirtuar a natureza do contrato.

Dessa forma, o licitante que escolher participar da licitação, for devidamente habilitado e apresentar a proposta mais vantajosa que atenda completamente a necessidade da Administração, é que será contratado ao final do certame, executará o objeto contratual nos termos e condições propostas e **deverá apresentar a nota fiscal para fins de pagamento**, não se vislumbrando a possibilidade jurídica de a

⁵ Ressalte-se, contudo, que a Lei Complementar nº 123/2006 prevê exceção a esta regra, no sentido de admitir o pagamento direto às microempresas e empresas de pequeno porte quando o certame licitatório exigir a subcontratação das mesmas (art. 48, § 2º). No entanto, a disposição legal em apreço apresenta uma exceção decorrente de Lei e não admite interpretação extensiva. Logo, fora do seu leque de aplicação, vige a regra geral, da impossibilidade de pagamento direto ao subcontratado.

⁶ TCU. Acórdão nº 502/2008 – Segunda Câmara.



Administração aceitar a emissão de nota fiscal em nome de empresa diversa, que não tenha participado do certame e sido regularmente contratada pela UFSC.

Tal entendimento encontra amparo legal na regra disposta no art. 50 da Lei nº 8.666/93.

Ainda, importa destacar que uma das principais características dos contratos administrativos é a sua natureza *intuitu personae*. Em vista disso, como regra geral, o contrato deve ser fielmente executado pelo particular que, durante a fase própria do certame licitatório, demonstrou possuir capacidade e idoneidade para bem executar o objeto da contratação.

Assim, se determinada empresa participou da licitação, apresentando toda a documentação exigida em seu nome, sendo, por consequência, contratada pela Administração, esta é quem deverá executar o objeto contratual e apresentar, **em seu nome**, as notas fiscais para fins de pagamento, arcando, inclusive, com todos os débitos tributários e demais encargos decorrentes da contratação, os quais, inclusive, deveriam ter sido devidamente considerados pelo particular quando da formulação/apresentação de sua proposta.

Cumpra esclarecer que o mesmo raciocínio se aplica à hipótese de subcontratação. Com efeito, a Lei nº 8.666/93 admite, em certos casos, que o particular contratado pela Administração **subcontrate partes do objeto licitado a outro particular**, alheio à relação jurídica existente entre o primeiro (que participou regularmente da licitação e demonstrou possuir capacidade para executar o objeto) e a Administração contratante.

Segundo estabelece o art. 72 da Lei nº 8.666/93, a subcontratação consiste na transferência, por parte do contratado, de execução de parcela não relevante das obrigações contratuais em favor de terceiro.

Na subcontratação há o trespasse de parcela do objeto a terceiro sem haver rompimento do vínculo mantido entre a Administração e o contratado, vencedor da licitação.

Ressalte-se, contudo, que a subcontratação do objeto deve ser vista como **medida excepcional** que só poderá ser adotada ante a previsão expressa no instrumento convocatório e no contrato da licitação realizada, os quais deverão, ainda, prever as partes do objeto que poderão ser subcontratadas, sob pena de rescisão de ajuste.

Além disso, insta salientar que a responsabilidade do particular contratado perante a Administração continua sendo a mesma. Isso porque, a subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Na verdade, ao subcontratar parcela de determinado objeto cria-se uma nova relação jurídica, própria e autônoma, entre o contratado e o subcontratado, da qual a Administração não faz parte.

Logo, a subcontratação do objeto nos limites admitidos pelo edital e contrato não tem o condão de transferir ao subcontratado a responsabilidade pela execução do objeto. **Será o particular contratado quem responderá pelo integral cumprimento do objeto perante a Administração.**

Em vista disso, julga-se não ser possível a Administração, como regra, efetuar o pagamento devido diretamente aos subcontratados pelos serviços prestados e/ou materiais fornecidos, pois, conforme aduzido, a relação jurídica decorrente da subcontratação não



envolve a Administração contratante diretamente. Por isso, qualquer pagamento devido à subcontratada deve ser feito pelo particular contratado (subcontratante). No mesmo sentido, não se vislumbra a possibilidade de emissão de nota fiscal pelo subcontratado.

Portanto, diante dos questionamentos objetivamente formulados pelo Consultente, responde-se que em face do regime jurídico atinente às licitações e contratos, a contratação, o empenho e a fatura dos materiais/insumos e serviços empregados na execução do objeto licitado pela Administração, devem ser feitos **em nome do particular que participou regularmente da licitação**, não se admitindo, assim, que as notas fiscais sejam emitidas em nome do fornecedor/fabricante que não participou da licitação.

Salvo melhor juízo, este é o parecer, elaborado de acordo com as informações disponibilizadas pelo consultente.

Curitiba, 20 de outubro de 2014.

EDUARDO MEIRA RIBAS
OAB/PR Nº 58.406