

CONTRATOS NAS ESTATAIS - LEI Nº 13.303/16

Ivan Barbosa Rigolin

Segunda parte

Art. 71

Aqui a LE cuida da fundamental questão da duração dos contratos das estatais. Equivalente ao, ou inspirado no, art. 57 da lei de licitações, resultou entretanto muitíssimo mais sintético, objetivo e prático, tudo resultando do fato de que os contratos das estatais são civis e não administrativos. A matriz inspiradora, de sete cabeças, foi simplificada até o ponto de se extirparem seis, do que as estatais deverão ser gratas até o dia do juízo final.

Dotado tão-só do *caput* com dois incisos e de um só parágrafo, inicia estabelecendo que a duração dos contratos não excederá 5 (cinco) anos, exceto na hipótese dos incisos.

O inc. I permite que o contrato dure mais que o quinquênio se o seu objeto for *projeto contemplado no plano de investimentos* da estatal contratante. Natural, uma vez que os planos de investimentos em geral contemplam metas de longo prazo e dilatado alcance, com vista a viabilizar o retorno de pesadas inversões de capital, e cinco anos para esse efeito constituem prazo, conforme o caso, quase exíguo.

Semelhante ao inc. I, o inc. II contempla a possibilidade de contratos com duração além de cinco anos também no caso de que a pactuação muito dilatada no tempo seja prática comum e rotineira no mercado, se o quinquênio resultar insuficiente para a programação de longo prazo da estatal. Assemelham-se bastante, portanto, os dois incisos do artigo.

A lei não fixa prazo máximo para os contratos, mas apenas, no parágrafo único deste art. 71 se estabelece a regra de que não pode haver contratos por prazo indeterminado. Celebre-se o contrato por cinquenta anos se justificadamente for necessário, mas não por tempo indeterminado.

Uma importante observação: a lei não se refere neste caso a contratos de trabalho dos servidores das estatais, porque esses são regidos pela legislação trabalhista e por nenhuma outra, na sua regra geral e não nas exceções dos contratos por prazo certo, são celebrados por prazo indeterminado. A distinção precisa estar sempre presente e clara, o artigo apenas se referindo aos contratos civis da estatal e não aos de trabalho, que nada têm com os primeiros.

Mire-se como referência o art. 57, § 3º, da lei de licitações, o qual informa que os contratos não poderão ter duração indeterminada - porém o que não diz com todas as letras naquele momento mas que precisa ser sempre considerado é que *são apenas os contratos administrativos a que se refere o dispositivo* os que precisam ter prazo prefixado, e não todos os contratos que o ente público celebra, como são os contratos civis e os contratos de trabalho dentre outros, que amiúde são por tempo indeterminado sem qualquer afronta à lei de licitação. Essa conclusão é propiciada pelo art. 54 da Lei nº 8.666/93, que permite separar as coisas.

Neste caso do art. 71 da LE os contratos que precisam ter tempo certo são os civis, não os trabalhistas. Então, mesmo contratos de locação civil, que em geral são sem prazo certo, no caso das estatais precisarão ter um prazo prefixado - que, repita-se, poderão ocasionalmente dar ensejo a prorrogações sem conta, porém cada qual delas terá prazo estabelecido.

Art. 72

Dispositivo de uma concisão quase inacreditável no plano do direito público ou do "semipúblico" como é o direito regedor das estatais, prevê no seu singelo e isolado *caput* que os contratos regidos por esta lei apenas poderão ser alterados se por consenso das partes, "vedando-se ajuste que implique em violação da obrigação de licitar".

É a própria teoria do contrato civil em sua plenitude exercitada, gloriosamente objetiva, simples e cristalina a mais não poder. Trata-se, pouco mais ou menos, do *inverso* da teoria do direito público e do regime da administrativo do contrato. Quem for adepto da complicação, do meandro jurídico e operacional, da complexidade institucional por vezes sem maior sentido, da dificuldade artificial que só por si de nada serve, aqui não se dará bem.

Aqui o contrato valerá pelo seu objeto, e será operacionalizado pela sua substância e não pelos rebuscamentos que a lei empresta aos contratos administrativos, os quais, francamente, apenas prejudicam ambas as partes - salvo se se deseja tirar partido das mesmas complicações para fornir contas na Suíça ou em paraísos fiscais.

No seu sintetismo lapidar - talvez até exagerado, porque do seu laconismo poderá redundar alguma alteração não muito condizente com a licitação que tenha havido - o dispositivo anuncia que só será alterado o contrato se por acordo das partes, exatamente como manda a teoria dos contratos civis, na qual as partes em tese estão em pé de igualdade entre direitos e deveres, não podendo prevalecer uma sobre a outra apenas porque é de direito público.

Então, em não convindo às partes manter a execução alguma regra contratual, acordam alterá-la e a alteram, sem que a estatal contratante possa impor a alteração só por sua vontade. Coerentemente, a LE não elenca hipóteses de alterações unilaterais.

O predomínio de direitos da parte pública sobre a particular nos contratos administrativos, aliás, a cada dia que passa perde credibilidade e mesmo significado, quando se observa a miséria institucional e a degradação que o estado crescentemente impõe aos administrados. A generalizada falência dos entes estatais de todo nível, e o seu colapso absoluto em quase todo setor, que conduz milhares de famílias e de cidadãos à privação de até mesmo seus mais basilares direitos como vencimentos ou aposentadorias, em nada prestigia o regime administrativo de coisa alguma - contratos inclusive.

Assim, quanto menos contratos administrativos existirem no mundo, e em seu lugar quanto mais contratos civis e comuns existirem, provavelmente muito melhor resultará para todos os nacionais.

Seria, porém, ilimitado o poder de alterar o contrato ? Seguramente não é, tendo sido ele licitado ou não, porque não se admitem alterações de tal monta ou de tal caráter que desnaturem a própria licitação realizada se houve, ou o próprio objeto contratado. A lei não dá parâmetro nenhum para delimitar aquela alterabilidade, e o bom-senso das partes, sobretudo da estatal, é que orientará o que a cada caso fazer e até onde ir, no entanto sem que se possa invocar qualquer diretriz da enxuta letra da lei.

A parte final do artigo, mudando o assunto de alteração do contrato para procedimento prévio à contratação, veda ajustes, ou sejam contratos, que só por si dirijam a contratação de maneira a driblar a necessidade de licitação. Compreende-se o teor isonomista e igualitarista dessa previsão, porém na sua aplicação e na sua prática muita subjetividade residirá, uma vez que é imensamente grande a variedade dos objetos contratáveis, e equivalentemente imensa a variabilidade das características daqueles objetos.

Até que ponto, então, um objeto deveria ser exatamente assim e não ligeiramente diferente ? Como ter certeza do limite da concepção de um objeto, e da sua licitabilidade ou da sua ilicitabilidade, antes de ser contratado, de modo a não driblar uma licitação ? Questão quase insolúvel, a preocupação da lei está moralmente correta, mas apresenta essa intrínseca dificuldade de objetivação, cujo equacionamento não se vislumbra.

Art. 73

Resumo apertadíssimo do art. 62 da lei de licitações, em verdade antes uma breve alusão apenas inspirada naquele artigo tanto quanto o art. 71 desta LE o foi, o assunto agora é termo de contrato e sua substituíbilidade por outros simplificados instrumentos. É tão ligeira a abordagem deste assunto na lei que chega a assustar os lidadores com contratos administrativos, para quem a complicação é uma regra inarredável...

Nada disso aqui, nem semelhante. A lei parte do pressuposto de que o termo de contrato será lavrado sempre, e então no *caput* excetua essa obrigação no caso de contratos de "pequenas compras de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras" por parte da estatal. Não informa que outros instrumentos de contrato podem substituir o solene e tradicional termo, de modo que qualquer instrumento simplificado, de uso corrente na estatal contratante, tem esse condão.

O *caput* restringiu entretanto aquela possível simplificação apenas em caso de *pequenas compras de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras*, de modo que precisa restar bastante claro o que é isso.

Pequenas compras são aquelas assim definidas nos atos organizacionais internos de cada estatal, que fixará valores compatíveis com seu porte e sua capacidade econômica, sem liame obrigatório a quaisquer equivalentes fixações alheias. É o valor que determina essa conceituação, e não outro fator.

Pronto pagamento é aquele realizado em até determinado prazo pela estatal, conforme estabelecido em seus atos internos, também sem necessário apeamento a parâmetros estranhos ou a lei alguma.

Obrigações futuras são em geral as relativas a manutenções, substituição de peças, exames, testes obrigatórios e procedimentos do gênero, inerentes ao objeto e assim descritos no contrato, neste caso a cargo do contratado. Como a lei fala em "por parte da estatal", então não se trata disso, porém, decerto, de atestações, demonstrativos, certificações de resultado, liberações ou algo assim, relativamente ao objeto contratado e procedido pela estatal. São portanto *obrigações de fazer*, como as qualifica o Código Civil.

A simples garantia de funcionamento, que determinados objetos carregam como importante atributo de qualidade, não constitui nenhuma dessas obrigações, eis que poderá nunca ser exercitada pela estatal contra o seu fornecedor, enquanto que aquelas obrigações acima descritas sempre o são.

O parágrafo único deste artigo, embaraçosamente óbvio, informa que a simplificação do instrumento de contrato não prejudicará o registro contábil exaustivo dos valores despendidos pela estatal e a exigência de recibo pelos destinatários.

Alguém imaginaria diferente ? Desde quando um contrato simplificado exclui a necessidade de se contabilizarem os valores pagos, ou a necessidade de o contratado expedir recibo do valor que recebeu ?

E essa genérica palavra recibo, por sua vez, não significa qualquer documento informal que ateste algum recebimento, porque o recibo não poderá ser menos nota fiscal ou outro documento fiscal idôneo, dentre os a que a lei atribui oficial valor probante da operação.

Art. 74

Artigo que, se já não se justifica na sua matriz que é a lei de licitações, art. 63, muito menos é necessário na LE, moderna e atual como é. Diz o óbvio gritante, que é o direito aberto a qualquer interessado de conhecer o contrato e dele obter cópia total ou parcial, pagando os custos da reprodução se assim disser o edital ou alguma regra organizacional interna da estatal respectiva.

Chega a ser constrangedor. A minuta do contrato é um anexo obrigatório do edital, e a LE com este dispositivo está permitindo ao interessado *ler o anexo do edital !!*

E também impõe à estatal que forneça cópia de todo o contrato a quem a requisitar. Ora, para quê viria isto na lei, se a Constituição, art. 5, incs. XXXIII e XXXIV, já assegura amplamente o direito do cidadão a certidões sobre atos e contratos do poder público ?

E ainda menciona *cópia autenticada*, idéia, além de inteiramente superada na era da *internet*, absolutamente anacrônica quando a cópia é fornecida pela própria estatal, como se pudesse ser falsa ou inautêntica. E pior: os entes que autenticam documentos são os cartórios, não as repartições públicas, nem as a estatais. Estas fornecem documentos originais mas não

autenticados, na medida em que a ninguém faz sentido autenticar seus próprios atestados.

O artigo é uma tragédia jurídica, e há décadas já não faz sentido. Tem a mesma importância do caroço da azeitona nas iguarias que a contemplem.

Art. 75

Resumo do art. 64 da lei de licitações, também chove em grande parte no molhado,. Informa (*caput*) que a estatal convocará o vencedor da licitação, ou o fornecedor escolhido sem licitação, para contratar, assinando-lhe prazo para isso - que pode e em boa técnica já deve constar no edital -, vencido o qual opera a decadência do direito à contratação para o fornecedor.

Aquele prazo (§ 1º) pode ser prorrogado por uma vez e por igual período, o que se dará - e isso a lei não reza - a pedido do fornecedor e mediante a sua justificativa, que a estatal aceite. É uma faculdade dada à estatal, e não uma obrigação.

Pelo § 2º se o convocado não assinar o contrato pode a estatal ou revogar a licitação por esse só motivo, ou convocar - se ainda se estiver dentro do prazo de validade das propostas caso o edital a tenha estabelecido, ou apenas *convidar* se aquele prazo já se houver expirado - os demais licitantes pela ordem de classificação, e dentro do prazo e das condições que foram dadas ao primeiro, para contratar o objeto, ao preço do primeiro colocado, atualizado na forma do edital.

Aqui surge uma questão importante. Considerando-se que a LE não consigna prazo máximo de validade das propostas, então a boa técnica manda que essa informação conste do edital, ainda que a lei nada diga a respeito no art. 42, sobre os obrigatórios conteúdos do edital. Sim, porque não deve ficar sem previsão um prazo como este, que delimita campos de direito tanto da estatal quanto dos licitantes.

Se houver um prazo fixado, e se for superado sem contratação, então ninguém pode ser convocado para contratar coisa nenhuma. É simplesmente *convidado*, e contrata se quiser, mesmo em se corrigindo o valor do vencedor. Porém, se inexistir prazo de validade, então teoricamente vale o que a lei, de caso pensado ou não, determina, ou seja que pela ordem classificatória todos os licitantes, cada qual à sua vez, podem ser convocados para contratar, e *precisarão vir* como o primeiro precisou e não o fez.

Torna-se portanto fundamental definir a cada licitação se existirá ou não prazo de validade das propostas - e a enfática recomendação é a de que *exista*, porque, repita-se, não se pode negligenciar com tema que, como este, envolve e parametra importantes direitos da estatal e dos seus licitantes.

A lei, francamente, deveria exigir que o prazo viesse expressamente estabelecido no edital, dispensando-se a rigidez dos 60 dias máximos que consta da lei de licitações, que muita vez somente prejudica, mas se exigindo que algum prazo fosse estabelecido, como muito adequadamente fez a lei do pregão, a Lei nº 10.520/02, art. 6º.

Art. 76

Este artigo, integrado apenas do *caput* e que se inspira em seu início no art. 69, e ao final no art. 70, ambos da lei de licitações, dá o que falar. Inova importantemente, inclusive em leitura da Constituição, art. 37, § 6º, item esse que dá a partida para a formulação de toda a teoria da responsabilidade objetiva do estado. Falemos antes da parte final do artigo, responsabilidade objetiva, e depois se abordará a parte inicial, que aparentemente é desprovida de qualquer controvérsia.

O art. 76 em sua parte final - sem nenhuma garantia de que será prestigiado pelo Poder Judiciário, mas muito interessante - parece ter pretendido reforçar a regra da *responsabilidade objetiva do contratado* na execução do contrato, estabelecida no art. 70 da lei de licitações, neste caso sob o pano de fundo dos contratos das empresas estatais.

Com efeito, a redação da LE neste momento suscita novas vertentes de análise do evidente contraste entre o § 6º do art. 37 da Constituição com o conjunto deste art. 76, parte final, da LE, e o art. 70 da lei de licitações, ambos a ditarem, com palavras um pouco diversas, o mesmo direito.

Explica-se: existe aberta contradição, às claras e da maneira mais explícita possível, entre a regra da responsabilidade objetiva do *estado*, consignada no § 6º do art. 37 da Constituição, com a previsão da responsabilidade subjetiva do *contratado do poder público*, que figura neste art. 76 da LE e, antes disso e quase com as mesmas palavras, também no art. 70 da Lei nº 8.666/93.

Uma contradiz frontal e irremediavelmente a outra, pois que a primeira e originária responsabilidade por danos, provocados pelo contratado a terceiros ou à Administração - se e sem se indagar o que acontecerá depois -, de duas uma: *ou é do contratado, ou é da Administração contratante*. Não há conciliação possível.

Repita-se: neste momento inicial não se leva em conta o que deverá seguir, com a parte que indenizou tentando recuperar seu dinheiro. Isso não interfere na fixação da responsabilidade objetiva inicial, que neste momento traduz a única preocupação teórica.

A Constituição, art. 37, § 6º, reza: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

E quando se compara esta direta, clássica e objetiva asserção constitucional com o que estabelece o art. 76 da LE o queixo do leitor tende a desabar, eis que a LE pretende o inverso, ou seja que "O contratado (...) responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação da sua culpa ou dolo na execução do contrato."

Como técnica ou juridicamente conciliar duas ordens em sentido diametralmente oposto, como são estas ?

Pela Constituição, em havendo dano ensejado pelo contratado do poder público a alguém é o *poder público* que em primeiro indeniza, e apenas depois, se conseguir demonstrar que o seu agente lesador atuou com dolo ou culpa ao causar aquele dano, então regressa contra ele, administrativa ou judicialmente, pleiteando ressarcir-se do prejuízo. Se não conseguir demonstrar dolo ou culpa, então o estado suporta o prejuízo e ponto final. Nisso consiste, em duas palavras, a responsabilidade *objetiva* do estado, contra, se existir e depois for demonstrada, a responsabilidade *subjéctiva* do seu agente.

Mas a LE, como de resto sua inspiradora lei de licitações, prevê que a responsabilidade pela reparação do dano é já directamente do subjéctiva do contratado, e não *objetiva* da estatal que o contratou. As empresas estatais se enquadram, naturalmente, na previsão constitucional de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, de modo que o § 6º do art. 37 constitucional a elas se aplica.

Assim estando escancarada a discrepância entre a LE - e também a lei das licitações - e a Constituição Federal, então se alguém for prejudicado por dano ensejado por algum contratado de alguma estatal no desempenho de contrato, em boa técnica deverá pleitear a reparação de seu prejuízo - por requerimento administrativo ou por ação judicial - junto à *estatal* e com base na Constituição, e não junto ao contratado com base na lei, pois que até onde se sabe a Constituição prevalece sobre a lei.

Não pode prevalecer a pretensão legal de que a responsabilidade em casos assim seja *subjéctiva do agente contratado* pelo estado ou pela estatal, quando a Constituição determina que será *objetiva do estado*.

E quanto à parte inicial do *caput* deste art. 76, parece isenta de mistérios ou dificuldades de compreensão e aplicação.

O contratado responde pela qualidade da execução de seu trabalho, de modo que, por apontamento do gestor do contrato, estará

obrigado a corrigir, reparar, substituir, remover ou substituir partes defeituosas do objeto que executou, caso esse defeito seja causado por sua técnica de execução ou por materiais que tenha utilizado. Se o defeito for do projeto ou das especificações que a estatal forneceu do objeto o executante não será responsabilizado pelo resultado da execução, como não poderia ser.

A estatal simplesmente não pode receber como boa a parte do objeto entregue pelo contratado na qual constate defeitos e irregularidades, devendo devolvê-la, ou rejeitá-la, e exigir aquela adequação ao que foi contratado, sob pena de o contrato precisar ser rescindido por inadimplemento. Este artigo evidencia a relevância incontornável de uma correta gestão do contrato, com adequados acompanhamento e fiscalização dos passos dados pelo contratado.

Art. 77

Reduzido do art. 71 da lei das licitações, este sintético artigo estabelece no *caput* que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes do contrato, desde logo excluindo a responsabilidade pelos encargos previdenciários.

O § 1º, único que restou com o veto ao § 2º, fixa que a inadimplência do contratado com relação àqueles encargos não transfere à estatal contratante a sua responsabilidade - e o que mais fala o parágrafo, haurido da lei das licitações, é melhor fingir que não está escrito já que recorda diálogo de ébrios às três horas da madrugada no mais inidôneo botequim portuário, não fazendo sentido nenhum.

Este assunto deu muitíssimo pano para manga até ao menos anos recentes, quando o e. Tribunal Superior do Trabalho, pela Resolução nº 174, de 24 de maio de 2.011, modificou sua Súmula 331 para tentar equacionar a questão da responsabilidade trabalhista subsidiária que se pode dar entre, para este caso, a estatal contratante e o contratado pela empresa interposta, locadora de mão-de-obra.

Na prática, os empregados da empresa interposta ingressam com ação contra seu empregador e este invoca, logo a seguir no curso do processo, a responsabilidade subsidiária da estatal que o contratou, por denúncia da estatal à lide. Se acatada pelo Judiciário aquela denúncia à lide, transforma-se então a estatal em ré tanto quanto o réu originário, porém a estatal evidentemente sempre será o devedor escolhido pelo autor da ação para pagá-lo numa eventual execução de sentença. Com efeito, alguém hesitaria em preferir cobrar uma estatal a um pilantra, aventureiro e, provavelmente, cafajeste empresário ?

A questão sempre foi convulsionada e pessimamente resolvida na prática, com jurisprudência vacilante de *a* a *z*, e instabilidade institucional absoluta, o que é sempre detrimetoso a entes públicos e empresas privadas admissoras de trabalhadores "terceirizados" ou "locados" - resultando sempre horríveis estes adjetivos.

Quanto à responsabilidade pelo recolhimento dos encargos previdenciários resultantes do contrato a LE nem sequer alude ao tema, dele fugindo como o diabo à cruz e dando a impressão de que mansamente aceita a regra do § 2º do art. 71 da lei das licitações, pela qual a Administração responde *solidariamente* com o seu contratado pelos encargos previdenciários oriundos dos contratos de trabalho dito terceirizado.

Solidária é responsabilidade diversa da subsidiária, e já é declarada inicialmente na ação, proposta contra o empregador e o ente contratante do empregador, logo ao início da lide.

Tanto no caso dos encargos trabalhistas quanto no dos previdenciários, a *vacina* que o poder público tem se ministrado para tentar prevenir os mais desastrosos resultados financeiros de ações judiciais que contra ele pululam aos milhares é exigir do contratado, como condição de pagamento da fatura do mês anterior ⁽¹⁾, e a cada novo mês até o último do contrato, a

¹ O que juridicamente é incorreto e inadmissível, pois que se o contratado, obrigado como é pela lei e pelo contrato a manter atualizadas suas condições de habilitação por toda a execução contratual, caso descumpra essa obrigação *deve ter o seu contrato rescindido* com base n'algum dos incisos iniciais do art. 78 da lei de licitações, e não apenas ter o seu pagamento atrasado até cumprir sua obrigação. A

demonstração de cumprimento dos encargos *trabalhistas* (salários, adicionais, férias, etc.) e *previdenciários* (INSS, FGTS, seguros de acidentes de trabalho) decorrentes dos contratos de trabalho firmados pelo contratado com seus empregados.

Parece, malgrado a antijuridicidade dessa operação, que o resultado vem sendo bastante apreciável. É a denominada *ilegalidade útil*, instituto genuinamente nacional.

Art. 78

Subcontratação. Inspirado no art. 73 da lei de licitações, saiu maior e melhor que o modelo. Resolveu algumas dúvidas e incongruências que a lei de licitações suscita no confronto entre seus arts. 72 e 78, inc. VI.

O edital pode admitir que o contratado subcontrate partes do objeto - apenas partes, não totalmente - a alguém que não tenha participado do certame, quer em consórcio, quer isoladamente. O edital deve dar o limite dessa subcontratação, quer em percentual do valor final do contrato, quer em percentual do objeto, quer nas partes indicadas do objeto, quer de alguma outra maneira se existir, e sem limite legal de percentual. Mas se não admitir a subcontratação desde logo o edital, então estará simplesmente proibida a subcontratação. Claríssimo e objetivo.

Não pode haver subcontratação de quem tenha participado do certame nem de quem tenha participado direta ou indiretamente da elaboração do projeto básico ou executivo do objeto licitado, o que a lei consigna - sem muita objetividade nem precisão, numa espécie de moralismo cego que está tão em moda - para coibir possível mancomunação de interesses entre os licitantes.

rescisão é muito mais grave, pra o contratado, que a simples e injurídica retenção do pagamento do mês - típico *jeitinho brasileiro* de não atrapalhar muito a vida de seu contratado, apenas um pouco... Tudo completamente errado, pois que se o contratado serviu para entregar o objeto ou a parte dele, e se o contratante recebeu regularmente o que foi entregue, então inquestionavelmente deve pagar pelo que recebeu - ou de outro modo que já não receba. Receber como bom um objeto e depois não pagar o que recebeu constitui prática de *enriquecimento sem causa*, ou *locupletamento ilícito* - o poder público não sabe disso ?

O objetivo dessa proibição, repita-se, não é muito compreensível, na medida em que, se o preço do contratado está bom para a estatal; se a responsabilidade pela execução é sempre do contratado, e se o subcontratado - participante ou não do certame - está tão habilitado quanto o contratado, então por que tanto cuidado com a pessoa do subcontratado? Que diferença faz para a estatal quem seja ele? Trata-se de uma espécie de caça às bruxas antecipada.

O subcontratado, ainda que não seja contratado da estatal, e como se disse acima, deverá ter a mesma habilitação, e entendemos que *proporcional* em quantitativos ou valores se for o caso, do contratado na licitação, pena de não poder ser deferida a subcontratação.

Subcontratação é a contratação de alguém pelo contratado, para que pelo contratado e em nome do contratado execute parte do objeto contratado, e não transfere ao contratado responsabilidade alguma, perante a estatal contratante, pela execução do que foi subcontratado. Essa responsabilidade sempre foi e permanece sendo do contratado, que por isso deve fiscalizar atentamente a atuação do subcontratado, eis que é o nome e a reputação do contratado que está sempre em jogo.

Diferencia-se a subcontratação administrativa da *sub-rogação* civil, instituto pelo qual alguém, sub-rogante, cede a sua parte no contrato a alguém, sub-rogado, e com isso desaparece do contrato. A LE não contempla cessão ou transferência de contrato, como a lei das licitações, art. 78, inc. VI, admite, se for autorizada pelo ente contratante. Nada disso na LE, o que parece bom por organizativo, uma vez que nada pode abrir tantas ensanchas às mais diversas confusões ou irregularidades que transferências contratuais.

Por fim, mesmo que o edital em gênero as admita, a estatal, no curso de um contrato, pode não autorizar subcontratações, ainda que obedecidas pelo postulante à subcontratação todas as condições legais e editalícias. Autorizar subcontratações é uma faculdade ou um direito que a estatal terá se o edital assim o prever, mas nunca uma obrigação. Não existe

portanto direito subjetivo do contratado a subcontratar a execução de parte do objeto a ninguém, mesmo que o edital para tanto autorize a estatal.

Sobre isso, e nesse sentido, assim ensina Sidney Bittencourt:

A realidade, entretanto, tem jogado por terra essa máxima, notadamente nas grande obras e serviços de engenharia mais complexos, nos quais é praticamente impossível que apenas uma empresa detenha todos os conhecimentos técnicos e profissionais de várias categorias para a execução de todo o empreendimento.

Ciente desse fato, o legislador da LE fez constar uma autorização para que a estatal contratante avalie a conveniência de permitir a subcontratação, devendo a expressão ser entendida como a possibilidade de repasse de parte da execução, sem prejuízo de responsabilidades da contratada.

Por outro lado, um edital mandar ao contratado subcontratar parte do objeto a alguém é hipótese que para nós não faz nenhum sentido, mesmo que a lei das micro e pequenas empresas, a LC 123/06, no art. 48, inc. II, autorize que o edital assim faça. Considerando-se a origem daquela lei, não é de estranhar que uma insânia como aquela dela faça parte. Seja como for, a subcontratação sempre decorre de um pedido do contratado, que a estatal contratante defere e autoriza, nunca outra coisa.

(prosegue)

