

VOTO GCS2

PROCESSO: TCE-RJ Nº 106.924-5/2022
ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO - SEPLAG
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO / RECURSO DE AGRAVO
INTERESSADO: COORDENADORIA DE AUDITORIA DE POLÍTICAS EM SEGURANÇA PÚBLICA E CIDADANIA – CAD SEGURANÇA
AGRAVANTE: SR. NELSON ROCHA

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA REGISTRO DE PREÇOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PATRIMONIAL ARMADA E DESARMADA. POSSÍVEL EXISTÊNCIA DE SUPERPOSIÇÃO DOS SERVIÇOS LICITADOS EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE AJUSTES FORMALIZADOS, AINDA VIGENTES, COM O MESMO OBJETO. POSSIBILIDADE DE CESSÃO DO OBJETO CONTRATUAL. ERRO NO PREENCHIMENTO DO SIGFIS EM RELAÇÃO AO VALOR DA LICITAÇÃO. TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA NO *DECISUM* ANTERIOR. CERTAME SUSPENSO. MANEJO DE RECURSO DE AGRAVO. ESCLARECIMENTOS E JUSTIFICATIVAS ENCAMINHADAS.

LICITAÇÃO QUE OBJETIVA FORMAÇÃO DE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS COM PRAZO DE VALIDADE DE 12 MESES A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DE SEU EXTRATO. POSSIBILIDADE DE DIVERSOS ÓRGÃOS E ENTIDADES ESTADUAIS EFETUAREM CONTRATAÇÕES A PARTIR DOS PREÇOS REGISTRADOS NA ATA APENAS SE HOUVER NECESSIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO DE DUPLICIDADE DE CONTRATAÇÕES.

MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PESSOALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2946/DF. POSSIBILIDADE DE CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA TOTAL OU PARCIAL DO CONTRATO DESDE QUE PREVISTO NO EDITAL E NA MINUTA CONTRATUAL. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO PELO CESSIONÁRIO E DE AUTORIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE. AUSÊNCIA DE

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAR.

CONHECIMENTO DO AGRAVO. PROVIMENTO DO RECURSO PARA DESCONSTITUIR A CAUTELAR DEFERIDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO, APENAS EM RELAÇÃO AO ERRO FORMAL CONSTATADO NO PREENCHIMENTO DO SIGFIS. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

Cuida o processo de **Representação, com pedido de medida cautelar**, formulada pela Secretaria Geral de Controle Externo (SGE) deste Tribunal de Contas, em face de possíveis irregularidades contidas no Edital de Pregão Eletrônico 001/2022 (processo SEI/RJ-120001/013170/2020), deflagrado pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG objetivando o tabelamento de preços para futura e eventual prestação de serviços continuados de vigilância patrimonial armada e desarmada, no valor global estimado de **R\$ 697.967.845,08** (seiscentos e noventa e sete milhões, novecentos e sessenta e sete mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oito centavos), com realização designada para o dia **20.10.2022**.

Da peça inaugural, subscrita pela Coordenadoria de Auditoria de Políticas em Segurança Pública e Cidadania (CAD-SEGURANÇA), consta narrativa no sentido de que o citado instrumento convocatório possui as seguintes inconsistências e impropriedades:

(i) sobreposição de objetos já licitados, podendo causar prejuízo ao erário;

(ii) existência de divergência de informações relativas ao valor global estimado para a licitação, haja vista que no SIGFIS consta **R\$ 697.967.845,08**, enquanto, no Edital (item 6.2) e no Termo de Referência (Item 3.2), é indicado o valor de **R\$ 699.158.067,23**, e

(iii) possibilidade de cessão ou transferência total do objeto mediante prévio e expresse consentimento do contratante, conforme estabelecido no subitem 3.4 do

edital, subitem 3.3 TR c/c a Cláusula 15ª da minuta contratual, à revelia da jurisprudência desta Corte e do TCU acerca da matéria.

Trata-se da **segunda submissão** do feito à apreciação deste Tribunal, cabendo consignar, por necessário, que na primeira ocasião, em 27.10.2022, decidi monocraticamente, em sede de cognição sumária, nos seguintes termos:

1. Pela **CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** pleiteada, determinando-se à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG a manutenção da suspensão do Pregão Eletrônico 001/2022, abstendo-se de adjudicar o objeto licitado, homologar o procedimento, bem como de formalizar ARP e respectivos contratos, até o advento de decisão de mérito neste processo;

2. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual titular da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG, com arrimo no § 1º do artigo 26 da Regimento Interno, para que, no prazo de 03 (três) dias, adote as providências de estilo com vistas ao atendimento das **DETERMINAÇÕES** abaixo elencadas, alertando-o, que o descumprimento de decisão desta Corte de Contas sujeita seus responsáveis à aplicação de multa com arrimo no inc. IV do art. 63 da LOTCERJ:

II.I. manter suspenso o certame alvejado, no estado em que se encontra;

II.II. se pronuncie acerca das irregularidades suscitadas nesta representação, encaminhando os elementos de suporte, e

III. Findo o prazo, encaminhem-se os autos diretamente à **SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO** para que, por meio de sua Coordenadoria competente, analise a resposta eventualmente apresentada pelo jurisdicionado, com posterior remessa ao **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, nos termos do art.84-A, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal.

O Gestor Público, malcontente com os termos do *decisum* transcrito, interpôs, na forma do §10 do artigo 84-A, do RITCERJ, o **Recurso de Agravo** autuado sob o Documento TCE/RJ nº 25.084-5/2022 (*peça 20; #3410396*), o qual foi submetido ao exame do judicioso Corpo Técnico deste Tribunal, resultando na **peça instrutória CAR de 20.12.2022**, cuja proposta conclusiva segue transcrita, *in verbis*:

1. O **CONHECIMENTO** do recurso de agravo interposto pela SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO (SEPLAG), protocolizado sob o documento TCE-RJ nº **25084-5/2022**, por estarem presentes seus requisitos de admissibilidade;
2. No seu mérito, o **NÃO PROVIMENTO**, mantendo-se a decisão plenária de 27/10/2022, pela Concessão da Tutela Provisória;
3. A **COMUNICAÇÃO**, com base no artigo 26, § 1º do Regimento Interno, à SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO (SEPLAG) para que tome ciência da decisão.

Instado a se manifestar no feito, o Ministério Público de Contas, representado pelo Procurador Geral Henrique Cunha de Lima, promoveu o Parecer MPC/GPG de 21.12.2022, endossando as medidas preconizadas pela Unidade Instrutiva.

Em tempo, acuso ainda a juntada, pelo Jurisdicionado, de elementos de resposta (Documento TCERJ 24.649-4/2022; *peça 13-#3399011*) ao **item 2** do *decisum* precedente, o qual (i) impunha a manutenção da suspensão do certame, bem como (ii) oportunizara, em reverência à *cláusula geral do devido processo legal*, o envio de manifestação acerca dos fatos representados, na forma do §3º do art. 84-A do RITCERJ.

Com efeito, foram os autos do processo distribuídos ao meu gabinete pelo operoso NDP, na forma regimental, para fins de relatoria.

É o Relatório.

A primeira face, e considerando que o Jurisdicionado representado manejou Recurso de Agravo em face do item I da Decisão de 27.10.2022, a qual deferiu o pedido cautelar de suspensão da disputa pública questionada e, ao mesmo tempo, em cumprimento ao item II do aludido *decisum*, encaminhou justificativas e esclarecimentos relativos aos fatos representados e delimitados na peça exordial, o presente voto dar-se-á em tópicos, para melhor compreensão e deliberação por parte deste e. Plenário.

I.1. Da Admissibilidade (§10 do art. 84-A c/c art. 96, I, ambos do RITCERJ):

Examinado o recurso em apreço, autuado nesta Corte em 07.11.2022, evidencio que o mesmo **é tempestivo**, porquanto protocolado dentro do prazo de cinco dias estabelecido no §10 do artigo 84-A, do RITCERJ, conforme atestado pela laboriosa Coordenadoria Especializada deste Tribunal, em sua peça instrutória CAR de 20.12.2022.

Nada obstante, verifico que o remédio recursal sob exame atende ao pressuposto de **cabimento** (§10 do artigo 84-A, do RITCERJ) e, bem assim, de **legitimidade**, porquanto manejado pela Administração Pública em face de decisão deste Tribunal que fora desfavorável ao seu interesse no prosseguimento do certame, na forma estabelecida no inciso I do artigo 96, do RITCERJ.

Nesse fio condutor, comungo do entendimento esposado pelo Corpo Instrutivo, endossado pelo i. *Parquet* de Contas, acerca do **conhecimento do recurso de agravo em apreço**.

I.2. Da análise meritória do recurso de agravo:

Em que pesem as bem fundamentadas razões apresentadas pelo Corpo Instrutivo desta Corte, tanto na peça inicial da presente representação, quanto na análise do recurso de agravo, entendo que a decisão pela concessão da cautelar deva ser revista, diante da argumentação trazida aos autos pelo órgão jurisdicionado.

No que tange à **possível sobreposição de contratações para o mesmo objeto**, o agravante esclarece que a realização da presente licitação, que objetiva firmar ata de registro de preços para futuras contratações dos serviços de vigilância, encontra-se inserida em nova estratégia do Poder Executivo Estadual, materializada através do Decreto nº 47.525/21, relacionada à centralização das contratações públicas consideradas estratégicas.

Através das denominadas **políticas de compras centralizadas e de gestão estratégica de suprimentos**, o ERJ relacionou serviços e aquisições de necessidade comum entre diversos de seus órgãos e determinou que as contratações seriam realizadas através de sistema de registro de preços, cujo órgão gerenciador seria o Órgão Central do Sistema Logístico, atribuição que ora recai sobre a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão.

Conforme se extrai do artigo 4º da mencionada norma, dentre os objetivos da gestão estratégica de suprimentos se encontram:

- (i) a padronização, visando uniformizar e racionalizar os procedimentos de contratação;
- (ii) a centralização das contratações, visando à obtenção de ganhos de escala e à eliminação de processos redundantes;
- (iii) o incentivo à cooperação, envolvendo os órgãos e entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro;
- (iv) a promoção do adequado planejamento, para que as necessidades futuras de bens e serviços sejam previstas de forma mais acurada;
- (v) a construção e o fortalecimento de parcerias saudáveis e sustentáveis entre o Estado do Rio de Janeiro e o mercado fornecedor;
- (vi) a redução das assimetrias de informação, proporcionando ao Estado do Rio de Janeiro uma melhor visualização das condições e práticas do mercado fornecedor; e
- (vii) o aprimoramento de maneira continuada, da relação custo-efetividade das contratações públicas do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

É necessário ressaltar que o artigo 14 do Decreto em comento determinou que os processos de contratação, no âmbito das compras centralizadas, serão

realizados através de sistema de registro de preços, o que se coaduna com o procedimento ora em exame, cujo objetivo, segundo o jurisdicionado, é a formação de ata que possa atender à demanda pelos serviços de vigilância por diversos órgãos e entidades durante seu prazo de validade¹.

Considero que o mencionado o normativo vai ao encontro de diversos dispositivos da nova lei geral de licitações e contratos (Lei nº 14.133/21), que versam sobre a necessidade de os entes federativos planejarem suas contratações, cabendo citar, exemplificativamente, os artigos abaixo selecionados:

- (i) artigo 5º: incluiu expressamente o “planejamento” como um dos princípios a serem observados pelo gestor público;
- (ii) artigo 11: atribuiu responsabilidade à alta administração dos órgãos e entidades pelo alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias;
- (iii) art. 12, VII: impôs a obrigatoriedade de os órgãos e entidades elaborarem plano de contratações anuais, a partir de documentos de formalização de demandas, objetivando racionalizar suas contratações;
- (iv) artigo 18: apresentou como característica principal da fase preparatória do processo licitatório o planejamento, que deve se compatibilizar, justamente, com o mencionado plano de contratações anual;
- (v) artigo 40, II: determinou que o planejamento das compras públicas deve considerar a expectativa de consumo anual e que as contratações sejam realizadas através de sistema de registro de preços, quando pertinente.

Não há dúvidas sobre os ganhos que o adequado planejamento das ações governamentais gera ao interesse público, de modo que a iniciativa do Estado do RJ,

¹ Frisa-se que o serviço de vigilância se encontra elencado entre as contratações consideradas estratégicas na Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos, conforme o disposto no artigo 10, VI do Decreto Estadual nº 47.525/21.

ao editar o mencionado decreto e buscar centralizar e padronizar as contratações públicas, é louvável.

Especificamente quanto à preocupação do Corpo Instrutivo de que a presente licitação gere duplicidades de contratações, considero que o jurisdicionado demonstrou, a partir dos argumentos constantes do agravo oposto, que tal **risco se encontra minimizado em face da natureza do sistema de registro de preços, cujo produto não é, necessariamente, a realização de contratações imediatas.** Colaciono, a seguir, trecho da fundamentação trazida pela SEPLAG em que o tema é abordado:

Dessa forma, ata e contrato são institutos distintos, com naturezas e propósitos diversos, só havendo negócio jurídico bilateral quando celebrado o segundo, o que poderá se dar com a assinatura de instrumento contratual ou mediante sua substituição por outros, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666/1993.

Inexistem, portanto, obrigações para ambas as partes quando da assinatura da ata de registro de preços pelo vencedor do certame, de modo que **a conclusão do certame ora em questão não possui como consequência direta a duplicidade de contratação, tendo em vista que não há o surgimento de obrigação de contratar para o Estado.**

(...)

Verifica-se, diante do exposto, que o prosseguimento do certame não produz risco de sobreposição de contratações, tendo em vista a inexistência de obrigações para a Administração Pública em função da assinatura da ata. Inexiste, portanto, *periculum in mora* capaz de subsidiar a decisão liminar. Essa conclusão decorre do art. 15 da Lei nº 8.666/1993 e do art. 20, do Decreto.

Ademais, a contratação com base em preços registrados em ata dependerá de uma decisão administrativa de cada órgão público, sopesando a vantajosidade do preço registrado, comparando-o com outras formas de atendimento do interesse público específico. Tudo isso se dará no âmbito de processo administrativo próprio, instaurado por cada órgão participante ou aderente, em que deverá ser avaliado, inclusive, se o objeto que se quer contratar já é atendido por outros contratos da Administração - análise necessária *em cada caso concreto*.

Na medida em que a ata objetiva registrar preços para futuras compras ou serviços a serem contratados, quando houver necessidade pelos órgãos que a ela se

vincularam, o fato de existirem contratos atualmente em vigor com o mesmo objeto da ata firmada **não parece indicar, necessariamente, sobreposição de contratações.**

Conforme consta da cláusula 3.1 do edital, o prazo de validade da ata a ser firmada, após a conclusão da licitação em exame, é de 12 meses a partir da data da publicação de seu extrato. Desta forma, durante todo este período, caso um contrato de prestação dos serviços de vigilância, atualmente em execução, se encerre, poderá o órgão participante realizar nova contratação com a empresa vencedora do presente certame, a partir dos preços registrados na ata.

Este pode ser o caso dos contratos apontados pelo Corpo Instrutivo, na inicial desta representação, firmados por diversos órgãos e entidades do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 2018 a 2022.

Diante dos elementos apresentados, entendo que a presente licitação não deva ser interrompida por esta Corte sob o argumento de que gerará sobreposição de contratações, sendo **mais adequada, neste momento, uma atuação pedagógica do órgão de controle externo**, alertando o jurisdicionado para que adote os mecanismos de controle necessários a fim de que tal irregularidade não ocorra.

Por outro lado, frisa-se que **esta Corte deverá manter em seus bancos de dados de inteligência as informações atinentes à presente licitação** e, caso constatada, futuramente, a sobreposição de contratações, poderá adotar mecanismos punitivos aos gestores por ela responsáveis.

Em relação à contestação do Corpo Instrutivo relativa à cláusula décima quinta da minuta contratual, anexa ao edital de licitação, que prevê a **possibilidade de cessão ou transferência parcial ou total do contrato a terceiros, após prévio e expresso consentimento do contratante**, não desconheço que o tema é repleto de polêmicas entre os doutrinadores e órgãos julgadores pátrios.

Conforme bem exposto pela representante, a jurisprudência desta Corte se inclina para a inadmissibilidade da cessão ou transferência total do objeto dos contratos administrativos, por possível violação ao princípio da obrigatoriedade de licitação e à pessoalidade inerente aos ajustes, citando como precedentes as decisões proferidas nos processos TCERJ nºs 215.949-2/2018² e 810.588-3/2016³. Transcrevo, a seguir, trecho do bem fundamentado voto condutor da decisão prolatada, em 28/07/2016, no último feito mencionado:

Quanto à possibilidade de cessão do contrato, prevista no subitem 18.3 do edital e na cláusula oitava da minuta contratual, faço algumas ponderações. Primeiro, ressalto que, de acordo com os arts. 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93, é lícita a subcontratação, de acordo com os limites admissíveis, e caso seja autorizada expressamente pela Administração Pública. Neste caso, o vencedor do certame não é desonerado de suas responsabilidades perante o poder público. Ademais, não há vínculo entre a subcontratada e o ente público. Diferentemente, na cessão, há sucessão de direitos e deveres de uma pessoa para outra, havendo, assim, desoneração completa do antigo contratante.

Entretanto, o contrato administrativo tem caráter *intuitu personae*, pois o contratado apresentou a proposta mais vantajosa e preencheu os requisitos legais de habilitação, sagrando-se vitorioso no certame. Assim, o E. TCU afirma a ilegalidade da subcontratação total ou cessão do objeto licitado, por caracterizarem burla ao princípio da obrigatoriedade da licitação.

(Grifos nossos)

A fim de contrapor tal entendimento, o jurisdicionado trouxe aos autos importante precedente recentemente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946, julgada em 29/03/2022**, cujo principal trecho da ementa colaciono abaixo:

Ação direta de inconstitucionalidade. **Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária.** Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do

² Decisão proferida em 12.06.2018, a partir de voto de relatoria do eminente Conselheiro-Substituto Christiano Lacerda Ghuerrren.

³ Decisão proferida em 28.07.2016, a partir de voto de relatoria da eminente Conselheira Marianna Montebello Willeman.

dever de licitar. Ofensa não configurada. **Caráter personalíssimo ou natureza intuito personae dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva.** Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido.

1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza intuito personae “reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente” (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

2. **Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato.**

3. O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, **a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo**, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame.

4. **É a proposta mais vantajosa que, prima facie, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos**, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos. (...)

(Grifos nossos)

Apesar de a mencionada ação direta ter sido ajuizada contra dispositivo da Lei Geral de Concessões Públicas, cuja redação não se encontra reproduzida na Lei nº 8.666/93, considero que a fundamentação constante da mencionada decisão deve ser aplicada ao presente caso.

Observa-se dos argumentos utilizados pelo eminente Ministro Relator Dias Toffoli a ideia de que, em regra, a pessoalidade dos contratos administrativos apresenta contornos distintos daqueles delineados pelo direito civil, onde a pessoa do contratado é elemento determinante para a pactuação. **O procedimento licitatório busca selecionar a melhor proposta para a Administração**, sob diversos pontos de vista, independentemente de quem seja a pessoa que a ofereceu, desde que preenchidos os requisitos de habilitação objetivamente definidos no edital.

Conforme expressamente consignado na ementa acima transcrita, houve **uma mudança de posicionamento da Suprema Corte em relação ao tema**, passando-se a adotar o entendimento de que a pessoalidade dos contratos administrativos se caracteriza pela vinculação à proposta vencedora, e não ao particular contratado, sendo perfeitamente possível a modificação subjetiva dos ajustes.

Vejamos trecho da obra do ilustre professor Marçal Justen Filho, constante do voto condutor da decisão proferida na ADI nº 2946/DF:

[é] inquestionável que uma das características da contratação administrativa reside na mutabilidade. Todos estão de acordo em reconhecer que a natureza peculiar do instituto se traduz na possibilidade de alteração das cláusulas contratuais originalmente pactuadas.

(...)

Se fosse eleito como pressuposto intocável a vinculação absoluta e estrita da contratação administrativa ao resultado da licitação, ter-se-ia de abandonar o postulado da mutabilidade.

Ou seja, o argumento da vinculação ao edital alcança não apenas as modificações subjetivas, mas teria de atingir também as de cunho objetivo. Admitindo-se a identidade do sujeito contratado não pode ser alterada em virtude do princípio da vinculação à licitação, deixaria de haver espaço para permitir-se a modificação de qualquer das condições contratadas originalmente por meio da licitação. Afinal, não há argumento plausível que permita distinguir modificações subjetivas e objetivas em face de um princípio absoluto e intocável de vinculação ao resultado da licitação.

(...)

Se é admissível a alteração das condições de execução do contrato – mesmo quando tiverem elas sido resultante de uma licitação – não há fundamento lógico para asseverar que a existência da licitação inviabiliza a alteração subjetiva.”

(Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

É necessário frisar que, em determinados contratos, as características pessoais inerentes ao contratado serão essenciais para a pactuação, de modo que sua substituição não deverá ser admitida. Este é o caso, por exemplo, das contratações firmadas, por inexigibilidade de licitação, para prestação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, com fundamento no artigo 25, II da Lei nº 8.666/93.

Em recente artigo sobre o tema⁴, o renomado professor Carlos Ari Sundfeld fez uma distinção entre a natureza personalíssima de determinadas obrigações e a pessoalidade dos contratos administrativos, defendendo a possibilidade de sua alteração subjetiva pela Administração Pública quando as características próprias, inerentes ao contratado não forem essenciais à celebração do ajuste. Vejamos:

Mas nem toda obrigação, mesmo de contrato administrativo, é personalíssima, isto é, só pode ser executada por pessoa natural pré-determinada, cujas capacidades especialíssimas tenham determinado a contratação. São personalíssimos os contratos com artistas e pareceristas jurídicos, por exemplo; neles, interessam as qualidades únicas da pessoa física executora. De outro lado, são apenas pessoais os grandes contratos com empreiteiras de obras públicas, com empresas de manutenção de equipamentos e com prestadoras de serviço diagnóstico. Nesses, o que interessa são características de grandes organizações empresariais. **Se não chegam a ser contratos impessoais, alterações de ordem subjetiva podem, sim, ser feitas, com os devidos cuidados,** sem desnaturá-los por completo.

(...)

Portanto, quando não houver risco de violação a esses valores, **a mutação subjetiva é lícita, com os devidos cuidados, sendo implicitamente admitida pela própria lei 8.666, de 1993,** quando

⁴https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n58_04_cess%C3%A3o%20de%20contratos%20administrativos_2p.pdf?d=637605060841767904

permite a subcontratação (art. 72), a cessão ou transferência total ou parcial do contrato (art. 78, VI) e a alteração social da empresa que não prejudique a execução do contrato (art. 78, XI).

A visão segundo a qual o caráter “pessoal” das contratações públicas impediria qualquer alteração subjetiva na pessoa contratada, em verdade, representa uma má compreensão dessa expressão quando empregada no universo das contratações públicas. Caetano (1977, p. 237), há muito tempo, afastava esse equívoco de interpretação. Na mesma linha, Justen Filho (2005), em estudo contemporâneo, relativiza os efeitos do caráter pessoal dos contratos administrativos sobre a possibilidade de alteração na identidade do contratado.

Conforme bem apontado pela agravante em suas razões, o entendimento no sentido da possibilidade de alteração subjetiva dos contratos administrativos possui amparo na própria **Lei nº 8.666/93, em seu artigo 78, VI, que elenca como motivo para a rescisão do ajuste a cessão total ou parcial de seu objeto, caso não admitida no edital e no contrato.**

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

A redação do dispositivo deixa claro que a condição para a rescisão do contrato pelos diversos motivos nele elencados, entre os quais a transferência total de seu objeto, é a ausência de previsão no edital ou no contrato, de modo que, **caso expressamente admitido no ato convocatório e na minuta contratual, não há nenhum óbice legal à substituição do contratado.**

É importante frisar que **a proteção ao princípio licitatório impõe que a modificação subjetiva do contrato seja expressamente autorizada pela Administração Pública, que deverá analisar cuidadosamente se o cessionário preenche todas as condições de habilitação previstas no edital**, sendo capaz, portanto, de executar fielmente os termos inicialmente pactuados. Estes e outros condicionamentos para a cessão contratual constam do Parecer nº 02/HGA/PG-

02/2022, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Heliana Gomes de Almeida, cujo trecho conclusivo, abaixo transcrito, foi apresentado nas razões do agravo oposto pelo jurisdicionado:

1. Haja prévia disposição no edital e no contrato; 2. A Administração contratante deve avaliar e autorizar expressamente a cessão, em decisão motivada; 3. A Administração deve verificar se o contratado vem executando a contento o objeto do contrato, a fim de que a cessão não se preste a contornar eventual inadimplemento do contratado, que busca, pela cessão, dele se livrar, trespassando-o para terceiros; 4. O cessionário deve atender integralmente as condições originais da contratação e preencher os mesmos requisitos de habilitação técnica, jurídica e econômico-fiscal do contratado cedente, de forma a não comprometer a higidez da execução do objeto contratado, em prol da continuidade do serviço público. Vale dizer: não deve haver qualquer prejuízo ao interesse público a ser atendido pela contratação originalmente pactuada, especialmente quanto ao princípio da eficiência. De outro giro, restou também fixado nos entendimentos desta PGE-RJ que os contratos administrativos firmados em razão da identidade do contratado, o que ocorre nas contratações diretas por inexigibilidade de contratação, tem caráter personalíssimo e por isso não podem ser sujeitos à cessão.

Conforme se observa da redação da cláusula décima quinta da minuta contratual, a cessão total ou parcial do contrato somente poderá ocorrer após expresso consentimento do contratante, devidamente motivado, e em situações excepcionais, devendo o cessionário atender a todos os requisitos de habilitação estabelecidos no instrumento convocatório. Trago, a seguir, a redação da mencionada cláusula, acompanhada por seus parágrafos:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: DA CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA

O presente contrato não poderá ser objeto de cessão ou transferência no todo ou em parte, a não ser com prévio e expresso consentimento do **CONTRATANTE** e sempre mediante instrumento próprio, devidamente motivado, a ser publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – O cessionário ficará sub-rogado em todos os direitos e obrigações do cedente e deverá atender a todos os requisitos de habilitação estabelecidos no instrumento convocatório e legislação específica.

PARÁGRAFO SEGUNDO – Mediante despacho específico e devidamente motivado, poderá a Administração consentir na cessão do contrato, desde que esta convenha ao interesse público e o cessionário atenda às exigências previstas no edital da licitação, nos seguintes casos:

I - quando ocorrerem os motivos de rescisão contratual previstos nos incisos I a IV e VIII a XII do artigo 83 do Decreto nº 3.149/1980;

II - quando tiver sido dispensada a licitação ou esta houver sido realizada pelas modalidades de convite ou tomada de preços.

PARÁGRAFO TERCEIRO: Em qualquer caso, o consentimento na cessão não importa na quitação, exoneração ou redução da responsabilidade, da cedente-**CONTRATADA** perante a **CONTRATANTE**.

PARÁGRAFO QUARTO: Fica vedada a subcontratação total ou parcial do objeto por parte da contratada.⁵

Na medida em que a minuta contratual impõe condicionamentos à cessão contratual que garantem a manutenção das condições inicialmente pactuadas, restringindo os possíveis cessionários apenas àqueles que preenchem os requisitos de habilitação, **considero que a agravante comprovou a juridicidade da cláusula impugnada**, devendo ser afastada a irregularidade imputada pelo Corpo Técnico desta Corte.

Por fim, em relação ao **erro formal no preenchimento do valor estimado para a licitação no SIGFIS**, o jurisdicionado informa ter retificado os dados inseridos no sistema, após o apontamento realizado na presente representação, o que demanda o seu provimento quanto a este ponto.

⁵ Decreto nº 3.149/1980, Art. 83 - Constituem motivo para rescisão de contrato:

I - a falta de cumprimento ou o irregular cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, bem como inobservância do disposto no § 5.º do art. 86.º;

II - a demora na execução, capaz de fazer presumir a não conclusão de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos estipulados;

III- o atraso no início de obra, serviço ou fornecimento;

IV - a paralisação parcial ou total de obra, serviço ou fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

(...)

VIII - a decretação de falência, o pedido de concordata ou a verificação de insolvência do contratante, na forma da lei;

IX - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratante;

X - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que, a juízo da Administração, prejudique a execução do contrato;

XI - razões de interesse do serviço público, a juízo da autoridade indicada no art. 35.º;

XII - a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração estadual;

(...)

Em face do exposto, manifesto-me **em desacordo** com a sugestão do Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público de Contas, e

VOTO:

1. Pelo **CONHECIMENTO** do Recurso de Agravo, em face do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte;

2. Pelo **PROVIMENTO** do Recurso de Agravo, em face das razões expostas no presente voto, desconstituindo a decisão monocrática proferida em 27/10/2022, que deferiu a cautelar requerida, determinando a suspensão do Edital de Pregão Eletrônico nº 001/2022 (processo SEI/RJ120001/013170/2020), deflagrado pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG;

3. Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente representação, em face da constatação de falha formal no preenchimento do valor da licitação em exame no SIGFIS, considerando-se, no entanto, improcedentes as irregularidades atinentes à sobreposição de objetos e à redação da cláusula décima quinta da minuta contratual;

4. Pela **COMUNICAÇÃO** à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPAG, para que tome ciência da presente decisão, nos termos do artigo 26 do Regimento Interno, e adote as providências cabíveis a fim de evitar possíveis duplicidades de contratações, realizadas no âmbito das políticas de compras centralizadas e de gestão estratégica de suprimentos, instituídas a partir da edição do Decreto nº 47.525/21;

5. Pela **COMUNICAÇÃO** ao Órgão Central de Controle Interno do Estado do Rio de Janeiro, para que tome ciência da presente decisão, nos termos do artigo 26 do

Regimento Interno, e acompanhe as contratações realizadas no âmbito das políticas de compras centralizadas e de gestão estratégica de suprimentos, instituídas a partir da edição do Decreto nº 47.525/21, a fim de evitar possíveis duplicidades de contratações;

6. Pela **COMUNICAÇÃO** à Secretaria-Geral de Controle Externo, ora representante, para que tome ciência da presente decisão, mantendo em seus bancos de dados as informações referentes à licitação em exame;

7. Pelo **ARQUIVAMENTO** do presente processo, após ultrapassado o prazo recursal.

GCS-2,

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
CONSELHEIRA SUBSTITUTA