

Pagamento Direto a Subcontratados em Empreitada de Obra Pública

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Indaga-me a Consulente se pode estabelecer, em contrato de empreitada para execução de obras e serviços em aeroportos, que parte das importâncias seja paga diretamente a subcontratados, mediante indicação pelo contratado principal.

Esclarece ela que se reserva, nos contratos que celebra, a faculdade de aprovar previamente não apenas a subcontratação, mas também a escolha do subcontratado pelo contratado principal.

Passarei a emitir opinião sobre o assunto.

Dispõe o art. 72 da Lei 8.666/93:

"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."

A autorização ao contratado para efetuar subcontratações deve constar do edital da licitação e do contrato dela decorrente. Se não há essa previsão, a subcontratação, se efetuada, constitui motivo para rescisão do contrato (art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93). Caso sejam autorizadas subcontratações, também devem constar do edital e do contrato os termos em que elas se devem verificar. O contratante pode deixar a escolha do subcontratado inteiramente a critério do contratado, ou reservar-se a faculdade de também aprovar previamente a escolha efetuada.

Quer fique a escolha do subcontratado inteiramente a critério do contratado, quer seja ela condicionada à aprovação do contratante, não existe relação jurídica entre este e o

subcontratado. Há, em qualquer hipótese, duas relações jurídico-contratuais: uma entre contratante e contratado principal e outra entre este e o subcontratado. O contratado não transfere ao subcontratado parte da responsabilidade pela execução do objeto contratual, que continua sendo totalmente sua.

Este é o quadro jurídico formal, à vista do qual a questão formulada deve ser examinada. Não se pode, porém, ignorar que em muitos casos o total alheamento do contratante em relação à escolha do subcontratado, sob a alegação de que não existe relação jurídico-contratual entre contratante e subcontratado, permanecendo a responsabilidade integralmente com o contratado principal, pode trazer sérios prejuízos à boa execução do contrato. Problemas na execução do subcontrato podem repercutir – e freqüentemente repercutem – na execução do contrato principal. Em certos casos, portanto, é essencial que o contratante não apenas aprove a escolha do subcontratado pelo contratado principal como também acompanhe atentamente o andamento do subcontrato celebrado, apesar de ser **juridicamente** alheio à relação contratual existente entre contratado principal e subcontratado. A experiência mostra que a preocupação exclusiva com a responsabilidade contratual é danosa à boa execução do contrato. A preocupação do contratante não deve ser apenas com a responsabilização do contratado que venha a inadimplir, mas sobretudo com a viabilização do escopo contratual. Nenhum administrador de contratos competente fica satisfeito simplesmente com a responsabilização do contratado principal por inadimplência. Em linguagem estritamente jurídica: o que importa prioritariamente é o cumprimento da **obrigação (dever principal)**, na concepção do genial jurista austríaco **Hans Kelsen**), e não a **responsabilidade** decorrente do seu descumprimento (**dever subsidiário**, na concepção kelseniana).

O pagamento direto ao subcontratado atende a essa preocupação gerencial. Permite maior controle sobre o andamento das atividades objeto da subcontratação. E não cria uma relação jurídica entre contratante e subcontratado, como à primeira vista – e erroneamente – se poderia supor. Buscarei, a seguir, expor o raciocínio jurídico que me leva a esta afirmação.

Aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54 da Lei 8.666/93). E é em dispositivos do Código Civil brasileiro que vamos encontrar a referência necessária ao equacionamento da questão formulada.

Dispõe o art. 308 do Código Civil, incluído na Seção II do Capítulo I (Do Pagamento) do Título III:

*"Seção II
DAQUELES A QUEM SE DEVE PAGAR*

Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito."

Esse artigo é reprodução literal do art. 934 do código de 1916, não constituindo, assim, inovação no mundo jurídico.

Renan Lotufo, ao interpretar esse dispositivo, escreve ("*Código Civil Comentado*", São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 2, p. 199):

"Nosso texto é semelhante ao do Código Civil francês, e basicamente idêntico ao dos demais Códigos. Temos, pois, a legitimação como condição para receber o pagamento, legitimação que é o poder de receber a prestação com efeito extintivo do débito, no dizer de Bianca (Diritto civile: l'obbligazione, p. 289 e s.), ao esclarecer que é realmente uma posição de poder conferida geralmente ao credor, mas também pode competir a outros sujeitos, até mesmo de forma exclusiva, quais sejam: o representante, a pessoa indicada pelo credor, a pessoa autorizada pela lei ou pelo juiz."

E acrescenta (ob. cit., p. 200):

"Os indicados são pessoas estranhas à relação credor/devedor." (grifei)

Por sua vez, **J. M. Carvalho Santos**, ao comentar o art. 934 do código de 1916, dizia ("*Código Civil Brasileiro Interpretado*", 11ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, vol. XII, p. 84):

"No número dos representantes convencionais deve ser incluída a pessoa indicada pelo credor, no contrato, para receber.

*Os romanos designavam essa pessoa como o **adjectus solutioni causa**.*

*Trata-se, evidentemente, de um mandatário. Mas, essa indicação difere do mandato comum no seguinte: a nomeação do **adjectus**, feita como é no título constitutivo do débito, **reputa-se do interesse comum das duas parte contratantes**." (grifei a parte final)*

Vale citar, ainda, **Orlando Gomes** ("*Obrigações*", 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 118):

*"76. A QUEM SE PODE PAGAR. De regra, não vale o pagamento feito a **terceiro**. Duas exceções abrem-se, contudo, ao princípio:*

1ª, o que se faz a pessoa indicada pelo credor;

2ª, o que se faz a credor putativo.

*Na primeira hipótese, verifica-se a **adjectus solutionis causa** do Direito romano. Entende-se que o terceiro, indicado para receber, representa o credor, mas nem sempre age em seu nome. A indicação pode configurar estipulação em favor de terceiro, como no seguro de vida."*

Em suma:

- a) o credor pode indicar pessoa a quem o devedor deve efetuar o pagamento;
- b) essa indicação pode ser **consensual**, prevista no próprio contrato constitutivo do débito;
- c) o indicado é um **terceiro**, estranho à relação credor/devedor;
- d) a indicação, como diz **Carvalho Santos**, "*reputa-se do interesse comum das duas partes contratantes*".

A indicação de pessoa a quem o devedor deve pagar a dívida difere, portanto, da sub-rogação, prevista nos arts. 346 e ss. do Código Civil. Não há cessão parcial do contrato. O indicado é **terceiro**, estranho à relação credor/devedor. O subcontratado a quem o contratante deve pagar parte da dívida, tal como ajustado no contrato, não passa a integrar a relação jurídico-contratual de empreitada. Em outras palavras: continua subcontratado, não se tornando, em decorrência da indicação, um dos contratados principais. Ele é um **representante** do contratado principal, para o fim específico de receber parcela do preço devido pelo contratante. Como diz **Carvalho Santos**, trata-se de um **mandatário**, embora sua indicação difira do mandato comum.

Não cabe, portanto, a possível objeção de que essa indicação significa contratar alguém que não participou da licitação, contrariando, assim, o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição e o art. 2º da Lei 8.666/93. **Juridicamente**, o pagamento é efetuado ao contratado, embora o ato de receber e dar quitação seja praticado pelo subcontratado, agindo na qualidade de representante daquele.

Uma outra objeção, esta comumente efetuada, é a de que a indicação do subcontratado para receber diretamente do contratante parcela do pagamento correspondente aos serviços por ele prestados ao contratado principal constitui uma fuga à tributação pelo Imposto sobre Serviços (ISS). Também não concordo com essa objeção.

Se o contratante deve ao contratado principal uma determinada quantia, por exemplo 100, e este subcontrata parcela dos serviços, por exemplo 20, e se o contratante paga 100 ao contratado principal, e este paga 20 ao subcontratado, o ISS incide sobre 120. Esta, porém, não é a receita real gerada pela execução dos serviços contratados. A receita real

corresponde à despesa do contratante, ou seja, 100. Assim, a tributação do ISS incide, nesse exemplo, sobre um valor 20% maior do que a receita real gerada pela execução dos serviços contratados.

Se o contratante paga 80 ao contratado principal e 20 ao subcontratado, mediante indicação por ele efetuada, tal como visto acima, o ISS incidirá sobre 100, que corresponde à receita real gerada pela execução dos serviços contratados. Diante desta demonstração, não se pode dizer que a indicação do subcontratado para receber diretamente do contratante a importância correspondente ao pagamento dos serviços objeto da subcontratação constitua fuga à tributação. Pelo contrário: trata-se de fazer incidir o ISS sobre a receita real, ou seja, trata-se de ajustar a tributação à realidade econômica contratual, englobados os dois contratos, o principal e o derivado.

Com esse esquema **meramente operacional**, já que não há alteração na relação jurídico-contratual inicial, tal como se viu acima, ganha o contratado principal, que paga o ISS sobre sua **receita real**, ou seja, sobre 80, e ganha também o contratante, que obtém uma proposta de preços expurgada dessa tributação a maior, que, a meu ver, é desarrazoada e desproporcional. Só não ganha o subcontratado (que também não perde), mas este é **terceiro**, estranho à relação credor/devedor. A indicação do subcontratado para receber a parcela correspondente aos serviços objeto da subcontratação é, portanto, "*de interesse comum das duas partes contratantes*", como dizia **Carvalho Santos**.

CONCLUSÃO

1. É juridicamente possível estipular-se no contrato que o contratado poderá indicar o subcontratado (ou subcontratados) para receber parte das importâncias que lhe sejam devidas, em decorrência da execução das obras e serviços objeto do contrato. Essa cláusula deve constar desde já da minuta de contrato anexa ao edital.
2. Embora a rigor seja desnecessário, convém explicitar nessa cláusula que o pagamento diretamente ao subcontratado não importará em sub-rogação nem cessão parcial do contrato, permanecendo o contratado como único responsável pelo cumprimento de todas as obrigações decorrentes do contrato.
3. O recebimento, pelo subcontratado, das importâncias que lhe sejam pagas, importa em quitação dada pelo contratado principal, nos termos do art. 311 do Código Civil.