

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Curso de Especialização em Contratações Públicas

Izabella Lima Diniz

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DIRETO
EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO ÀS EMPRESAS
SUBCONTRATADAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE**

Belo Horizonte

2025

Izabella Lima Diniz

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DIRETO
EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO ÀS EMPRESAS
SUBCONTRATADAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE**

Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Contratações Públicas da Universidade Federal de Minas Gerais – FUNDEP, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Contratações Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto.

Belo Horizonte
2025

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

D585a Diniz, Izabella Lima
Análise da possibilidade do pagamento direto efetuado pela administração
às empresas subcontratadas de médio e grande porte [manuscrito] / Izabella
Lima Diniz. - 2025.
46 f.

Orientador: Eurico Bitencourt Neto.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 41-46.

1. Direito administrativo. 2. Contratos administrativos. 3. Administração
pública. 4. Brasil. Tribunal de Contas da União. I. Bitencourt Neto, Eurico.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.712(81)



ATA DA DEFESA DA MONOGRAFIA DA ALUNA IZABELLA LIMA DINIZ

Realizou-se, no dia 12 de fevereiro de 2025, às 09:00 horas, Auditório Francisco Luiz no 16º andar do prédio I, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de monografia, intitulada *ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DIRETO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO ÀS EMPRESAS SUBCONTRATADAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE*, apresentada por IZABELLA LIMA DINIZ, número de registro 2023711341, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do certificado de Especialista em CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Eurico Bitencourt Neto - Orientador (UFMG), Prof(a). Vitória Luiza das Mercês Anastácio (Mestranda UFMG).

A Comissão considerou a monografia:

(x) Aprovada

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2025.

Documento assinado digitalmente
gov.br EURICO BITENCOURT NETO
Data: 12/02/2025 10:06:34-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Doutor)

Prof(a). Vitória Luiza das Mercês Anastácio (Especialista)

VITORIA LUIZA
DAS MERCES
ANASTACIO:135
97927670

Assinado de forma digital
por VITORIA LUIZA DAS
MERCES
ANASTACIO:13597927670
Dados: 2025.02.12
10:24:52 -03'00'

RESUMO

Este trabalho aborda a viabilidade jurídica do pagamento direto pela Administração Pública às subcontratadas em contratos administrativos. Inicialmente, é apresentado um histórico sobre os contratos administrativos e a subcontratação, com ênfase nas limitações impostas pela legislação vigente. A subcontratação, definida como a prática em que uma parte contratada delega parte de suas obrigações a uma terceira, sem transferir a responsabilidade principal, é regulada pela Lei nº 14.133/21 a qual impõe limites à subcontratação. O trabalho explora os conceitos de subcontratação e suas implicações, destacando as condições em que a Administração pode pagar diretamente a subcontratada. A proposta analisa, à luz do artigo 63 da Lei nº 4.320/64, a possibilidade de que, após a avaliação e aprovação dos serviços realizados pela contratada originária, a subcontratada envie à Administração apenas a nota fiscal, contendo os valores aprovados e os números dos contratos, para efetivação do pagamento direto. O estudo se propôs a analisar se houve mudança no entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de pagamento direto à subcontratada ao longo do tempo. Para isso, foram examinadas as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como os posicionamentos doutrinários a respeito dessa prática. A partir da análise do artigo 63 da Lei nº 4.320/64, o trabalho discute a possibilidade de que, após a avaliação dos serviços realizados pela contratada originária, a subcontratada encaminhe à Administração apenas a nota fiscal, contendo os valores aprovados e os números dos contratos, para efetivação do pagamento direto. A revisão dos entendimentos doutrinários e das decisões jurisprudenciais revelam diferentes interpretações sobre a viabilidade dessa prática. Ao final, conclui-se que, embora a legislação impõe restrições à subcontratação, o pagamento direto à subcontratada é viável juridicamente, desde que atendidos os requisitos legais, como a aprovação das medições e o cumprimento das obrigações contratuais. A proposta visa tornar mais eficiente o processo de pagamento, sem comprometer a transparência e a regularidade na execução dos contratos administrativos.

Palavras-chave: contrato administrativo; subcontratação; pagamento direto; administração pública; lei nº 4.320/64; lei n. 14.133/22; limitações legais; Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

This paper examines the legal feasibility of direct payments by the public administration to subcontractors in administrative contracts. It begins with a historical overview of administrative contracts and subcontracting, with a focus on the limitations imposed by current legislation. Subcontracting, defined as the practice in which a contracted party delegates part of its obligations to a third party without transferring the primary responsibility, is regulated by Law No. 14.133/21, which sets forth restrictions on subcontracting. The study explores the concept of subcontracting and its implications, highlighting the circumstances under which the Administration may directly pay the subcontractor. It analyzes, in light of Article 63 of Law No. 4.320/64, the possibility that, after the original contractor evaluates and approves the services rendered by the subcontractor, the subcontractor may send the administration only the invoice, which includes the approved amounts and contract numbers, for the direct payment to be made. The study seeks to determine whether there has been a shift in the jurisprudential understanding of the possibility of direct payments to subcontractors over time. To this end, decisions from the Federal Court of Accounts (TCU) and doctrinal views on this practice were reviewed. The analysis of Article 63 of Law No. 4.320/64 discusses the possibility that, after the original contractor's evaluation of services, the subcontractor could submit only the invoice with the approved amounts and contract details for the administration to make the direct payment. A review of doctrinal perspectives and TCU decisions reveals differing interpretations on the viability of this practice. In conclusion, while legislation imposes limitations on subcontracting, direct payment to the subcontractor is legally viable, provided that legal requirements—such as the approval of measurements and fulfillment of contractual obligations—are met. This proposal aims to streamline the payment process without compromising transparency and compliance in the execution of administrative contracts.

Keywords: administrative contract; subcontracting; direct payment; public administration; law n. 4.320/64; law n. 14.133/22; legal limitations; federal court of accounts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO E SUBCONTRATAÇÃO NO BRASIL.....	10
3 SUBCONTRATAÇÃO.....	15
3.1 Conceito.....	15
3.2 Das Responsabilidades Na Jurisprudência	23
4 FORMA DE PAGAMENTO REALIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO À EMPRESA CONTRATADA	26
4.1 Pagamentos Realizados Pela Administração Pública.....	26
4.2 Das Leis n. 12.232/10 e n. 123/06 e a Possibilidade De Pagamento Direto à Subcontratada	28
5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	31
5.1 Dos Anos De 2002 Até 2016.....	31
5.2 Do Atual Entendimento Jurisprudencial	33
6. A PRÁTICA DO PAGAMENTO DIRETO EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	36
6.1 Contrato n. 4349/13 e Contrato n. 039346	36
7 SUPERAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E DA AUSÊNCIA DE VÍNCULO NÃO PERMITIDO	39
7.1 Do Procedimento Adequado Para Realizar o Pagamento Direto	44
8 CONCLUSÃO.....	46
9 REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho trata da viabilidade jurídica do pagamento direto pela Administração Pública às subcontratadas em contratos administrativos, uma questão de grande relevância e discussão no âmbito jurídico-administrativo. Embora não seja amplamente normatizada, essa prática é frequentemente observada na realidade jurídica.

Inicialmente, o trabalho apresenta um histórico da subcontratação, com ênfase nas limitações impostas pela legislação vigente, especialmente a Nova Lei de Licitações (NLLC) nº 14.133/21.¹

O primeiro capítulo aborda a evolução histórica da legislação relacionada às licitações no Brasil, começando com o Decreto n. 2.926/1862,² que estabeleceu as primeiras normas para arrematação de serviços durante o Império, e passando por importantes marcos como o Decreto 4.536/1922³ e o Decreto-Lei n. 200/1967⁴. Com a Constituição de 1988⁵ surgiu a Lei n. 8.666/1993⁶, consolidando um conjunto robusto de normas e princípios para licitações e contratos administrativos, com ênfase na legalidade, transparência e combate à corrupção. O capítulo também destaca a evolução de outras leis, como a Lei n. 10.520/2002⁷ que introduziu o pregão, e a Lei n. 14.133/2021, que modernizou e unificou o sistema de licitações, trazendo novas normas e procedimentos, incluindo mudanças no tratamento da subcontratação, um tema central no processo de contratação pública.

O segundo capítulo explora a subcontratação no âmbito dos contratos administrativos,

¹ BRASIL. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2021/l14133.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

² BRASIL. DECRETO Nº 2.926, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1862. Regulamenta disposições relativas ao direito público. Brasília, DF: Presidência da República [1862]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1862-2926.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

³ 3 BRASIL. DECRETO Nº 4.536, DE 3 DE ABRIL DE 1922. Regulamenta o funcionamento de diversos serviços públicos. Brasília, DF: Presidência da República [1922]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1922-4536.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁴ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967. Organiza a Administração Federal. Brasília, DF: Presidência da República [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1967-0200.htm. Acesso em: 23 ago. 2024

⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF: Presidência da República [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

⁶ BRASIL. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

⁷ BRASIL. LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002. Institui a modalidade de licitação denominada pregão. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

destacando sua relação com a natureza intuitu personae desses contratos — nos quais a escolha do contratado se baseia em suas qualidades específicas, como capacidade técnica e idoneidade, verificadas no processo licitatório. Além disso, o capítulo analisa as justificativas para a subcontratação e sua compatibilidade com os princípios administrativos.

O terceiro capítulo discute o processo de pagamento realizado pela Administração Pública à empresa contratada, conforme estabelecido pela Lei nº 4.320/1964⁸, que define etapas como empenho, liquidação e pagamento. No contexto dos contratos administrativos, o empenho é o ato que cria a obrigação de pagamento, enquanto a liquidação confirma que os serviços ou bens foram entregues conforme o contrato. A questão do pagamento direto à subcontratada também é analisada, especialmente no caso de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme a Lei Complementar nº 123/2006, que permite a Administração realizar o pagamento direto e conforme art. 15 da Lei n. 12.232/2010⁹. A possibilidade de aplicação dessa medida a outras empresas e as implicações jurídicas do pagamento direto, sem alterar as responsabilidades do contratado principal, são abordadas com base em interpretação da legislação e em estudos doutrinários.

O quarto capítulo analisa o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de pagamento direto à subcontratada pela Administração Pública. Decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), nos Acórdãos n. 375/2002, 502/2008 e 448/2002, demonstram que, supostamente, tal prática viola princípios da responsabilidade única e da transparência, uma vez que a Administração Pública deve manter vínculo jurídico exclusivamente com a contratada principal. Embora algumas decisões, como o Acórdão n. 1595/2005, admitam essa prática em casos específicos, a tendência geral do TCU é rejeitar o pagamento direto à subcontratada, por considerá-lo ilegal e contrário ao regime de subcontratação previsto na Lei n. 8.666/93. Autores como Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho¹⁰ e Alexandre Santos Aragão defendem a possibilidade de pagamentos diretos com base em normas como a Lei

⁸ BRASIL. LEI Nº 4.320, DE 17 DE MARÇO DE 1964. Estabelece normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

⁹ BRASIL. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. Dispõe sobre normas gerais para a licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12232.htm. Acesso em: 02 ago 2024.

¹⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Possibilidades de transferência a terceiro de contrato público: limites da sub-rogação e subcontratação. A hipótese do pagamento direto da Administração às empresas subcontratadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, nov./dez./jan. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-CARLOS-MOTTA-ALECIA-BICALHO.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2025.

Complementar n. 123/2006 e Lei n. 8.666/93. Contudo, as jurisprudências mais recentes, incluindo as do Tribunal de Contas da União, continuam a restringir essa prática, exceto em situações expressamente previstas em lei.

No quinto e último capítulo será demonstrado que o pagamento direto à subcontratada já acontece na prática, apesar da ausência de regulamentação específica e da jurisprudência desfavorável. A prática tem sido adotada, especialmente em contratos complexos, como evidenciado nos casos do contrato 4349/13¹¹ entre DERSA e Construtora OAS, e do contrato 039346¹² entre SUPLAN e Comtérmica, onde foram estabelecidas condições específicas para a realização desse pagamento, como comprovação da qualificação técnica e formalização de termos aditivos. A pesquisa também destaca a lacuna legislativa que impede uma regulamentação clara sobre o tema, propondo que a Administração Pública adote uma abordagem mais flexível, orientada pela juridicidade, que considera a necessidade de adaptação às mudanças contemporâneas, sem abrir mão da legalidade. A interpretação do artigo 122 da Lei n. 14.133/21, assim como já tinha sido proposto pelos já citados Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Alexandre Santos Aragão sugere que, além do pagamento direto não transferir responsabilidades contratuais, pode ser uma medida facilitadora e eficiente para a Administração.

Este estudo é altamente relevante para o ordenamento jurídico, pois aborda uma lacuna normativa e um ponto de constante debate no Direito Administrativo. A questão do pagamento direto às subcontratadas desafia a interpretação tradicional dos contratos administrativos, equilibrando a necessidade de segurança jurídica com a eficiência na execução contratual. Diante da evolução legislativa e das práticas adotadas na realidade administrativa, a pesquisa contribui para o aprimoramento da regulamentação do tema, fornecendo subsídios para a construção de entendimentos mais alinhados com as demandas contemporâneas da Administração Pública.

¹¹ DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A. e Construtora OAS S/A. Contrato nº 4349/13, 7 fev. 2013. Objeto: execução das obras e serviços de implantação do Lote 02 do Rodoanel Mano Covas, Trecho Norte, extensão 4,8 km, entre as estacas 10.321+0,00 e 10.565+0,00. Disponível em < https://www.al.sp.gov.br/spl/2017/08/Acessorio/1000055003_1000093373_Acessorio.pdf >. Acesso em 29 ago. 2024.

¹² PARAÍBA. Superintendência de Obras do Plano de Desenvolvimento da Paraíba (SUPLAN). Contrato nº 039346: Construção da Nova Escola Prof. Maciel, com 10 salas de aula, auditório de 120 lugares e reforma do ginásio do município de Itabaiana/PB. Contratada: Comtérmica Comercial Térmica LTDA. Disponível em <https://auniao.pb.gov.br/servicos/arquivo-digital/doe/2017/agosto/diario-oficial-11-08-2017.pdf>. Acesso em 02 jan. 2025.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO E SUBCONTRATAÇÃO NO BRASIL

A primeira legislação relacionada ao tema “licitações” foi editada na época do Brasil Império, por meio do Decreto n. 2.926/1862. Seu objeto consistia em estabelecer o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do “Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas”.

De forma geral, esse processo consistia no procedimento pelo qual o Ministério, por meio do presidente da junta, realizava a arrematação, publicava anúncios convidando “concurrentes” e estabelecia um prazo, de quinze dias a seis meses, para que os interessados apresentassem suas propostas, conforme o art. 1º do Decreto n. 2.926/1862. De acordo com Djalba¹³ o termo licitação ainda era desconhecido, por isso, a palavra utilizada à época era “concurrentes”.

Posteriormente, no período Republicano, houve a publicação do Decreto n. 4.536/1922, que organizava o código de contabilidade da União. Ficou estabelecido que antes da realização de contrato público deveria ser realizado o empenho, sendo o contrato precedido de “concorrência”.

A próxima norma que tratou do tema foi o Decreto Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967, instituído no período militar, cujo objeto era traçar a organização da Administração Federal. Pela primeira vez na história, determinou-se que as atividades da Administração Pública Federal deveriam obedecer aos princípios fundamentais do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, conforme art. 6º incisos I, II, III, IV e V.

Ademais, em termos gerais, houve pela primeira vez a menção a palavra “licitação” e a instituição das modalidades de licitação. O art. 126 regia que as compras e obras deveriam ser realizadas com estrita observância do princípio da licitação, podendo ser dispensada nos casos previstos em lei. O art. 127 instituiu as modalidades de licitação concorrência, tomada de preços e o convite. Outra inovação importante dizia respeito à necessidade de se exigir dos licitantes os documentos de habilitação, a fim de comprovar a personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira, nos termos do art. 131 do decreto mencionado.

¹³ DJALBA, Lima. Primeira norma de licitações foi editada no Império. Senado Notícias. Distrito Federal, 10 jul. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>. Acesso em: 16 dez. 2024.

Em março de 1990 houve a instituição do Decreto Lei nº 2.300/1986¹⁴ que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal. A norma contava com 90 artigos e continha normas gerais (que deveriam ser respeitadas por todos os entes públicos) e normas específicas (que deveriam ser seguidas pela Administração Federal). Desse modo, pela primeira vez houve a imposição de que cabia privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação, cabendo aos Estados e aos Municípios legislar sobre questões específicas, de modo a adequar à realidade de cada um.

Na oportunidade, também houve a normatização da subcontratação. Sem prejuízos das responsabilidades contratuais e legais, foi estipulado que o licitante vencedor poderia subcontratar parte da obra serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração, nos termos do art. 62.

Ademais, constituíam motivos para rescisão do contrato administrativo, a subcontratação total ou parcial do seu objeto e a associação do contratado com outrem, se não houvesse previsão no edital e no contrato com prévia autorização escrita pela Administração (art. 68, VI do Decreto Lei nº 2.300/1986). Lado outro, não poderiam participar da licitação da execução de obra ou serviço empresas que, de alguma forma, estivessem vinculadas ao autor do projeto, conforme art. 8º do Decreto Lei nº 2.300/1986.

Com o dever de licitar previsto na Constituição de 1988, inciso XXI do art. 37, foi instituída a Lei n. 8.666/1993.

Essa legislação foi considerada um marco importante para a gestão pública no Brasil, pois trouxe um conjunto detalhado e sistemático de normas gerais para licitações e contratos administrativos, consolidando regras e princípios que visavam garantir a legalidade, a transparência e a eficiência nos processos de contratação pública e, principalmente, visava combater a corrupção que assolava e assola o Brasil.

Seu objetivo foi criar regras robustas, sistemáticas, fechadas e burocráticas, capazes de permitir que as compras e serviços públicos fossem aptas a impedir atos ímprobos. De acordo com Rigolin¹⁵ [. . .] foi ideada e até sua publicação tratada, por isso, desde sua mais remota origem, como possível e heroico remédio contra a falcatura, o oportunismo criminoso os delitos negociais [. . .]. Ademais, embora o Decreto-Lei nº 2.300/1986 já introduzisse um sistema de licitações, a Lei n. 8.666/1993 aprimorou e detalhou diversos aspectos, trazendo uma maior

¹⁴ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.300, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1986. Dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Brasília, DF: Presidência da República [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1986-2300.htm. Acesso em: 12 out. 2024.

¹⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa Marco; BOTTINO, Tullio. Manual prático das licitações: lei n. 8.666, de 21 jun. 1993. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

rigidez e consistência ao sistema, além de garantir uma padronização nas contratações de toda a Administração Pública, incluindo estados e municípios.

De maneira geral, as principais inovações incluem a formalização dos princípios que deveriam ser seguidos pelos entes públicos, que já eram trazidos no art. 37 da Constituição Federal. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Quanto às modalidades de licitação, houve uma ampliação, e passaram a existir a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, bem como a definição dos critérios de julgamento: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta.

Foram aprimorados aspectos como a dispensa e inexigibilidade de licitação, ampliadas as modalidades de garantias (caução, seguro-garantia e fiança bancária) e detalhadas as possibilidades de alteração contratual. Além disso, houve a tipificação das penalidades, a formalização do direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e o fortalecimento da supervisão sobre o uso de recursos públicos, com auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas. Quanto a subcontratação, não houve muitas novidades em relação ao Decreto-Lei nº 2.300/1986.

Novamente, ficou estipulado que “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.” (art. 72 da Lei n. 8.666/93). Ademais, o artigo 77, inciso VI, da mesma lei vedou a subcontratação total do objeto, a associação do contratado com terceiros, a cessão, a transferência total ou parcial do contrato, bem como a fusão, cisão ou incorporação, caso essas práticas não estivessem previstas no edital e no contrato, constituindo motivos para a revisão unilateral do contrato pela Administração Pública.

Após a promulgação da Lei n. 8.666/93, diversas outras normas foram editadas para tratar do tema de licitações e contratos, complementando e modernizando o regime inicial. Entre essas normas destacam-se: (i) Lei n. 10.520/2002 que instituiu o pregão como uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns; (ii) Lei complementar n. 123/2006¹⁶ que estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, criando mecanismos de incentivo e simplificação nas licitações para essas empresas; (iii) Lei

¹⁶ BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF: Presidência da República [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 12 ago. 2024

n. 12.462/2011¹⁷ que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), especialmente para atender demandas de grandes eventos, como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, e foi posteriormente estendido para outras áreas; e a Lei n. 13.303/2016¹⁸ conhecida como a Lei das Estatais que regulamentou o processo licitatório e contratual de empresas públicas e sociedades de economia mista, trazendo regras específicas para esse setor.

Finalmente, em 2021 houve a publicação da Lei n. 14.133/2021, que representa marco de modernização e integração ao sistema de licitações e contratos da Administração Pública brasileira, substituindo a Lei n. 8.666/93, a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei n. 12.462/2011). A Lei n. 14.133/2021 consolidou e aperfeiçoou aspectos dessas normas, visando criar um sistema mais transparente, eficiente e adaptado às inovações tecnológicas e às melhores práticas de governança.

Madeline Rocha Furtado¹⁹ expõe que as principais mudanças foram: (i) aumento do rol de princípios; (ii) normatização de instrumento de planejamento como Estudo Técnico Preliminar (ETP), Plano de Constatações Anual (PCA) e Termo de Referência (TR); (iii) padronização dos procedimentos; (iv) procedimentos auxiliares de contratações: credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços, registro cadastral; (v) extinção das modalidades de licitações convite e tomada de preço e introdução do diálogo competitivo; (vi) cadastro único e novas sanções; (vii) meios alternativos de solução de controvérsias na extinção contratual: a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (dispute board) e a arbitragem; (viii) sustentabilidade no processo de compras, dentre outros.

Em relação à subcontratação, a Lei nº 14.133/2021 incorporou novas regras que regulamentam o tema. Entre as principais alterações, destaca-se a normatização da possibilidade de o edital prever que, para aspectos técnicos específicos, a qualificação técnica possa ser demonstrada por atestados de um potencial subcontratado. Essa prática é limitada a 25% do objeto a ser licitado, permitindo que mais de um licitante apresente atestados relacionados ao mesmo subcontratado, conforme disposto no art. 67, § 9º.

Outra novidade é a possibilidade de, em contratos de obras e serviços de engenharia

¹⁷ BRASIL. LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011. Cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Brasília, DF: Presidência da República [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2011/l12462.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

¹⁸ BRASIL. LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016. Dispõe sobre o estatuto das empresas estatais. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2016/l13303.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

¹⁹ FURTADO, R. M. Introdução à Lei 14.133/2021: o novo marco legal das contratações públicas. ONLL, 26 ago. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/08/26/introducao-a-lei-14-133-2021-o-novo-marco-legal-das-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 02 out. 2024.

com exigência de garantia na modalidade seguro-garantia, a seguradora subcontratar a execução do contrato, total ou parcialmente, conforme disposto no art. 102, d, III.

Adicionalmente, a contratada pode subcontratar parte da obra ou do serviço, desde que respeite o limite autorizado pela Administração, o qual será definido caso a caso. Nesse processo, é imprescindível que o contratado apresente documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, conforme previsto no art. 122, §§ 1º e 2º.

Por fim, foi vedada a subcontratação:

de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação (Art. 122 § 3º da Lei n. 14.133/21).

Conforme já previsto na Lei n. 8.666/93, quando não autorizada a subcontratação e, mesmo assim, o contratado a realizar, poderá a Administração rescindir o contrato unilateralmente, uma vez que se trata de descumprimento do contrato, conforme 137, inciso I, da Lei n. 14.133/2021.

Outrossim, é vedada a subcontratação quando o objeto do contrato versar sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, nos termos do art. 74, § 4º da NLLC.

A principal mudança de paradigma introduzida pela NLLC diz respeito à subcontratação, que passa a ser a regra. Na Lei nº 8.666/93, a subcontratação só era permitida mediante autorização do órgão competente, enquanto na nova legislação, ela é sempre admitida, salvo previsão expressa em sentido contrário no edital.

Depreende-se que houve uma mudança sutil em relação à legislação anterior. Ainda é permitida a subcontratação de parte do objeto do contrato, desde que autorizada pela Administração Pública no edital. No entanto, uma alteração relevante introduzida pela Lei n. 14.133/2021, em seu art. 67, § 9º, é a exigência de apresentação de atestados técnicos do potencial subcontratado. Isso significa que, para partes técnicas do contrato, a qualificação do licitante pode ser complementada por atestados de capacidade técnica do subcontratado. Embora a legislação anterior não previsse essa possibilidade de forma expressa, a prática já era reconhecida pela jurisprudência.

3 SUBCONTRATAÇÃO

3.1 Conceito

O conceito de contrato advém da ideia de que duas partes, em comum acordo e com interesses em comum possam realizar uma avença, em que uma se compromete a cumprir determinadas obrigações e a outra se responsabiliza por prestar a devida contraprestação. Conforme Maria Carla Pereira²⁰ trata-se de instrumento de compatibilização de direitos disponíveis na busca de sua harmonização, para darem origem a negócios jurídicos.

Nesse sentido, o contrato em sentido geral, decorre da ideia de que as partes envolvidas possuem autonomia para definir as condições, direitos e obrigações que regerão sua relação, com base nos interesses particulares e no princípio da livre manifestação de vontade. Essa é a essência do contrato privado, onde prevalece a liberdade contratual, limitada pela lei, pela moral e pelos bons costumes.

O contrato realizado pela Administração Pública já possui outra ótica. Isso porque, em regra, a essência não reside apenas no acordo entre as partes, mas principalmente no atendimento ao interesse público. A Administração e os particulares estão sujeitos a normas e procedimentos rígidos previsto na lei de licitações, que limitam sua liberdade para negociar cláusulas e conferem à relação contratual uma natureza marcadamente vinculada e regulamentada.

O conceito de contrato administrativo sempre foi objeto de estudos aprofundados. Atualmente, parte da doutrina, como Di Pietro, entende que contratos da Administração são aqueles celebrados pela Administração Pública, independentemente de serem regidos por normas de direito público ou privado. Já os contratos administrativos são aqueles regidos pelas regras de direito público. Veja-se:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ também ensina que todos os contratos administrativos

²⁰RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica, p. 56.

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.284. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/> .

que exijam licitação possuem natureza *intuitu personae*, ou seja, são celebrados com base nas condições pessoais do contratado, avaliadas durante o processo licitatório. Essa característica justifica a restrição à subcontratação e à transferência do contrato, salvo quando expressamente permitidas no edital e no contrato. Tais limitações reforçam a vinculação do contratado à boa execução do objeto. É ver:

Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666/93, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato. Todas essas medidas constituem motivo para rescisão unilateral do contrato (art. 78, VI), sujeitando, ainda, o contratado, às sanções administrativas previstas no artigo 87 e às consequências assinaladas no artigo 80. Na Lei nº 14.133, a subcontratação é tratada no artigo 122, que permite que o contratado subcontrate partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso pela Administração, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais; em havendo a subcontratação, o contratado deverá apresentar à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente (§ 1º do art. 122), a confirmar que as condições pessoais do subcontratado são relevantes. O § 2º do mesmo dispositivo permite que regulamento ou edital de licitação vede, restrinja ou estabeleça condições para a subcontratação. E o § 3º veda a subcontratação de pessoa física ou jurídica, “se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigentes do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação”; trata-se de hipóteses de impedimento e suspeição, que também reforçam a preocupação do legislador com as condições pessoais do contratado. A lei não inclui a subcontratação entre as causas de extinção do contrato previstas no artigo 137, mas, se houver descumprimento do que for estabelecido no contrato, poderá ocorrer essa extinção com base no inciso I desse dispositivo (não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais).

Embora amplamente aceita pela doutrina, a natureza personalíssima do contrato celebrado pela Administração Pública ainda é objeto de questionamentos por diversos estudiosos. Egon Bockmann Moreira²² propõe uma reflexão crítica sobre a ausência de caráter *intuitu personae* nesses contratos:

[. . .] nos casos de concessão de serviço e/ou obras públicas, a seleção do contratado é realizada de modo objetivo (basta a lembrança aos princípios da impessoalidade, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo – nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93).

Acesso em: 23 dez. 2024

²² MOREIRA, Egon Bockmann. A concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Edição Especial, 2012, p. 100 a 112.

Aliás, é vedada a escolha subjetiva com lastro nas qualidades íntimas exclusivas do contratado: se assim fosse, concorrência não haveria (a hipótese seria de dispensa ou inexigibilidade). Afinal, se há mais de uma pessoa apta a contratar, executar as obras e prestar os serviços com a mesma qualidade e eficiência (por isso é possível a licitação), como se falar em contratação personalíssima? Mais do que isso: se houve “nos casos de concessão de serviço e/ou obras públicas, a seleção do contratado é realizada de modo objetivo (basta a lembrança aos princípios da impessoalidade, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo – nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93). Aliás, é vedada a escolha subjetiva com lastro nas qualidades íntimas exclusivas do contratado: se assim fosse, concorrência não haveria (a hipótese seria de dispensa ou inexigibilidade). Afinal, se há mais de uma pessoa apta a contratar, executar as obras e prestar os serviços com a mesma qualidade e eficiência (por isso é possível a licitação), como se falar em contratação personalíssima? Mais do que isso: se houve pessoa qualificada qualificada técnica, técnica, operacional operacional e e economicamente, mas que perdeu a licitação devido ao preço ofertado, como se opor óbices personalíssimos à assunção do projeto concessionário [. . .].

Portanto, diante da competitividade entre as empresas licitantes e da possibilidade de diversas empresas executarem o mesmo objeto em condições idênticas, o caráter personalíssimo do contrato se dissipa. Isso ocorre porque, se várias empresas detêm a experiência técnica necessária para executar o objeto da licitação, mas não foram selecionadas devido ao critério de preço mais vantajoso para a Administração, fica evidente a ausência de um vínculo intuitu personae. Nesse caso, a escolha não se baseia em atributos pessoais ou exclusivos de uma única empresa, mas sim na conveniência e eficiência econômica para o ente público.

No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro²³ defendem que o fato de existir prévia licitação para formalização de um contrato administrativo não o torna personalíssimo, enquanto se há uma competição entre interessados que, de fato, concretiza-se no certame licitatório, está-se, de pronto, proscrevendo a noção de uma obrigação fungível, de natureza personalíssima:

[. . .] Ora, ao admitir que mais de um interessado reúna as condições para a execução do contrato, a licitação acaba por esvaziar qualquer argumento em prol da natureza personalíssima do contrato administrativo justamente por reconhecer que todos aqueles habilitados no certame podem vir a executar o contrato e a única circunstância determinante à escolha promovida pela Administração acaba sendo mesmo a proposta comercial apresentada por cada licitante [. . .]

Tal posicionamento, ademais, foi corroborado em julgamento recente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), estabelecendo um novo marco da compreensão dos contratos administrativos e sua característica intuitu personae dentro do ordenamento brasileiro. No bojo da ADI nº 2.946/DF, o Supremo entendeu que a característica personalíssima do contrato administrativo refletiria uma transposição meramente mecânica do Direito Administrativo

²³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo e LOUREIRO, Caio de Souza. O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 4, n. 23, p. 43-58, 2016Tradução. Acesso em: 02 jan. 2025.

Francês. Em seu ponto mais fulcral, o julgado estabelece que o ponto do contrato administrativo é a manutenção da proposta mais vantajosa da Administração, independentemente da identidade do contratado, desde que mantidas as condições licitadas e que se certifique que quem assuma o contrato também possa cumprir com as obrigações pactuadas. Conforme se vê:²⁴

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 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. (. . .) (ADI 2946, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09-03-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 17-05-2022 PUBLIC 18-05-2022).

Verifica-se, portanto, que o entendimento do STF acaba por também autorizar a subcontratação, em virtude da ausência de obrigatoriedade de que o contratado realize pessoalmente todo o objeto pactuado.

Nesse contexto, a subcontratação — entendida como a delegação parcial da execução do objeto contratual a terceiros — surge como uma solução estratégica para atender às exigências de projetos complexos e às dinâmicas operacionais das empresas. O artigo 122 da Lei nº 14.133/21 prevê essa possibilidade, estabelecendo que: “na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.”

André Furtado de Oliveira²⁵ traz reflexões aprofundadas sobre o conceito e a relevância

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado no DJe nº 095, de 18 maio 2022. Disponível em: <https://jurishand.com/jurisprudencia-stf-2946-de-18-maio-2022>. Acesso em: 10 ago 2024.

²⁵ OLIVEIRA, André Furtado de. Considerações iniciais acerca da construção unitária da teoria geral do

do contrato de subcontratação, comparando-o à cadeia de contratos envolvida na produção de um lápis. Esse processo inclui diversas etapas, como a obtenção de madeira de eucalipto na Malásia e a produção de grafite a partir de subprodutos do carvão extraído no Brasil. Essa complexa cadeia de produção destaca a necessidade de formalizar diversos contratos inter-relacionados, todos convergindo para a criação de um único produto. O contrato de subcontratação segue a mesma lógica:

Com efeito a subcontratação é uma forma de coligação de contratos e, como dito acima, muitas vezes é utilizada, por exemplo, na especialização da fabricação dos componentes de um produto final ou na execução de contratos de empreitada, em que determinadas partes da obra exigem o serviço de um terceiro mais apto a realizá-la.

Oliveira também reflete sobre os motivos que levam as empresas contratadas pela Administração a assinarem contratos de subcontratação para a entrega do objeto final:

A título de ilustração, há, no campo do Direito Público, o contrato entre a Administração Pública e o empreiteiro, denominado contrato público de empreitada. Tal contrato surge a partir de uma licitação e tem como fim a entrega de uma obra pronta - realizada pelo contratado - à Administração. Acontece que nem sempre o vencedor do certame consegue realizar a obra por si mesmo. Esta impossibilidade, segundo Ramon Lópes Vilas, pode surgir por três causas: (a) falta de capacidade: o empreiteiro não tem capacidade produtiva para entregar no tempo acordado a obra ao Poder Público, pois não tem máquinas, material ou pessoal suficiente à realização do quanto acordado; (b) falta de recursos: o empreiteiro não tem recursos suficientes para realizar a totalidade da obra, necessitando, em virtude disso, contratar terceiro por menor preço que o custo da obra geraria para ele (também pode se considerar aqui o intuito meramente especulativo, nos dizeres de Pedro Romano Martinez); e, por fim, (c) falta de expertise ou especialidade técnica: o vencedor da licitação não reúne as condições técnicas melhores no mercado para a perfeita entrega da obra, fazendo com que contrate um terceiro com know how (savoir-faire) para executar parte específica do contrato de obra pública (ex.: construção de elevadores, trechos de rodovias, áreas de escape etc.) Primeiramente, como já antes se afirmou, convém reiterar que o subcontrato é um contrato novo. Ou seja, não se pode afirmar que o subcontrato é o mesmo contrato da relação jurídica anterior ou uma continuação desta. Muito pelo contrário: o subcontrato implica uma relação jurídica nova, autônoma à relação da qual deriva, muito embora com ela mantenha um vínculo de subordinação.

Importante ressaltar que a possibilidade de subcontratar apenas parte da obra, decorre do entendimento de que, ao realizar um processo licitatório pautado nos princípios da isonomia e da impessoalidade, a Administração busca selecionar, de forma criteriosa, a empresa mais capacitada técnica e economicamente para atender ao interesse público. Transferir integralmente a execução contratual a terceiros após o início do contrato comprometeria esses princípios, desvirtuando o objetivo do certame e colocando em risco a eficiência e a qualidade dos serviços prestados.

Nesse sentido, a Lei n. 14.133/21 trouxe, no art. 122 § 1º, a necessidade de a contratada apresentar à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do

subcontratado que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente. Essa exigência legal reforça a preocupação do legislador em garantir que a execução parcial do contrato, mesmo quando delegada a terceiros, mantenha os padrões técnicos e de qualidade exigidos pela Administração.

Ceder parte do objeto do contrato é, portanto, mecanismo lícito realizado frequentemente nas licitações, especialmente naquelas relacionadas a obra, onde a empresa contratada, muitas vezes, necessita subcontratar especialistas ou empresas com experiência em atividades específicas para atender às demandas técnicas e operacionais.

O TCU, no Acórdão 14.193/2018²⁶, Relator Min.Weder de Oliveira proferiu o entendimento de que:

A subcontratação do objeto é admitida apenas parcialmente, desde que motivada sob a ótica do interesse público e com os seus limites devidamente fixados pelo contratante, não podendo a atuação do contratado transformar-se em mera intermediação ou administração de contrato.

É importante destacar que a Nova Lei de Licitações e Contratos não define limites percentuais máximos para a subcontratação. Contudo, é comum que os editais estabeleçam tais limites para a subcontratação de parte da obra pela contratada, com a orientação de que a contratada não atue apenas como intermediária do contrato. Assim, os órgãos responsáveis devem ser prudentes e razoáveis ao determinar o limite percentual máximo permitido.

Outro ponto importante e que gerava polêmica sob a vigência da Lei nº 8.666/93 era a proibição de subcontratar partes tecnicamente relevantes do objeto contratado. Importante ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 3.144/2011²⁷ Min. Relator Walter Alencar Rodrigues – Plenário, determinou ao DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes) que não incluísse, em seu edital padrão, cláusula que permitisse a subcontratação do objeto principal, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes.

Com a promulgação da Lei nº 14.133/2021, essa restrição foi superada, permitindo a

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 14.193/2018, da Primeira Câmara, rel. Weder de Oliveira. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2298873/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 29 dez. 2024.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.144/2011, Min. Relator Walter Alencar Rodrigues – Plenário. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3144%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 02 dez 2024.

subcontratação de componentes tecnicamente significativos, desde que observadas as condições estabelecidas no edital e respeitadas as normas de qualificação técnica previstas no edital.

De acordo com o § 1º do art. 67 da Lei nº 14.133/2021, a “exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação”.

Desse modo, fica evidente que a exigência de atestados técnicos, ainda que no contrato de subcontratação, deve ser limitada às parcelas que, de fato, representem um impacto significativo no valor global da contratação.

O jurista Ricardo Alexandre Sampaio²⁸ também compactua com esse entendimento:

Formada essa compreensão, cumpre atentar que, de acordo com o § 1º do art. 67 da Lei nº 14.133/2021, a “exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação”. Ou seja, esse dispositivo deixa claro que somente as parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação, é que poderão ser objeto de exigência de comprovação de qualificação técnica pela licitante/contratada. Sendo assim, entendemos que a interpretação sistemática do art. 67, § 1º c/c art. 122, § 1º leva a conclusão de que a Lei nº 14.133/2021 admite a subcontratação de parcelas de maior relevância ou de valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação. Essa conclusão é reforçada pela interpretação sistemática dos §§ 1º e 9º do art. 67 da Lei nº 14.133/2021. Isso porque, o § 9º estabelece que o: “edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado”. A aplicação dessa faculdade tende a potencializar a competitividade, na medida em que licitantes que não teriam condições de comprovar a qualificação técnica poderão se valer da qualificação técnica do subcontratado para concorrer. Como de acordo com o § 1º do art. 67, a “exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação”, uma vez aplicada a faculdade prevista no § 9º, fica certo que ocorrerá a subcontratação de parte dessas parcelas, ou seja, ocorrerá a subcontratação de parte das parcelas de maior relevância ou de valor significativo do objeto da licitação. Assim, com base na interpretação sistemática do art. 67, §§ 1º e 2º e art. 122, § 1º, todos da Lei nº 14.133/2021, compreendemos que a Nova Lei de Licitações admite a subcontratação de parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, colocando fim à polêmica que envolvia o assunto quando da aplicação da Lei nº 8.666/1993.

²⁸ SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Lei nº 14.133/2021: possibilidade de subcontratar parcelas de maior relevância ou de valor significativo do objeto da licitação. Blog Zenite, 01 fev. 2023. Disponível em: <https://zenite.blog.br/lei-no-14-133-2021-possibilidade-de-subcontratar-parcelas-de-maior-relevancia-o-u-de-valor-significativo-do-objeto-da-licitacao/>. Acesso em 03 de setembro de 2024.

Acerca da matéria, o professor Marçal Justen Filho²⁹ leciona que deverão ser respeitadas algumas exigências para a subcontratação, devendo a parte contratada comprovar sua viabilidade e satisfatoriedade:

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não se estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível subcontratado. Para isso será imprescindível que a Administração avalie requisitos que atestem a regularidade no exercício das atividades da subcontratada. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados.

Além disso, vale ressaltar que a contratada continuará obrigada a cumprir suas responsabilidades legais e contratuais, ainda que haja subcontratação, considerando que o subcontratado não estará vinculado diretamente à Administração. No contrato, o subcontratado vincula-se exclusivamente a contratada, que, por sua vez, permanecerá a cargo de todas as obrigações advindas da contratação. Nesse sentido são os ensinamentos do jurista Marçal Justen Filho:³⁰ “A subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante.”

Assim, quem responde pelos atos e omissões do subcontratado perante a Administração é o contratado. Nessa perspectiva, Jessé Torres Pereira Junior³¹ defende ainda, que: “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.”

Feitas as considerações acima, pode-se concluir pela viabilidade da subcontratação, desde que atendidos os seguintes requisitos: i) prévia autorização da Administração Pública; ii) justificativa da contratada, detalhando as razões para a subcontratação do serviço; iii) motivação e demonstração do interesse público; iv) especificação, pela Administração, no edital ou contrato, do percentual de subcontratação, com a vedação da subcontratação total; v) comprovação, pela contratada, da idoneidade do subcontratado, incluindo a apresentação de toda a documentação da empresa subcontratada; vi) manutenção das responsabilidades da contratada quanto ao cumprimento do objeto pela subcontratada.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. p. 1387.

³⁰ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º ed., Dialética: São Paulo, 2010, p. 825.

³¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 1265 p. ISBN 978-85-7147-635-6 (enc.).

3.2 Das Responsabilidades Na Jurisprudência

Apesar de sintetizado os conceitos básicos da subcontratação nos contratos públicos, vislumbra-se que a NLLC, assim como a Lei n. 8.666/93, não especificou, de forma clara, a relação entre a contratada e a subcontratada e entre a subcontratada e a Administração. Em verdade, o que se tem é a regra trazida pela lei de que a subcontratação não pode prejudicar as responsabilidades contratuais e legais já estabelecidas.

Marçal Justen Filho³² lecion que a empresa contratada não tem relação jurídica com a Administração, não sendo permitido ao contratado acioná-la sobre questões relativas ao contrato celebrado com a empresa inicialmente contratada pelo órgão:

A subcontratação não produz relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém o subcontratante. Embora não haja vínculo direto entre a Administração e o subcontratado, esse último responde solidariamente com o subcontratante pela perfeição da prestação executada.[1]É justamente por esse motivo que não se mostra possível a Administração ofereça o pagamento direto aos subcontratados ou deles exija o cumprimento das parcelas constantes do contrato mantido entre eles e o contratado. Trata-se de uma relação jurídica que não conta com a participação do Poder Público, motivo pelo qual ele não pode nela exercer ingerências. (...) Em conclusão, a Administração Pública contratante não possui qualquer tipo de vínculo com eventual empresa subcontratada pela vencedora licitante, o que, em regra, impede que a aquela primeira efetue pagamentos diretamente aos subcontratados. Por consequência lógica, a subcontratada não pode reivindicar qualquer pagamento devido pelo contratado diretamente à Administração.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 5018411-65.2020.8.24.0000³³, trouxe que a subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DECISÃO QUE RECHAÇOU A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. ROGO PARA QUE SEJA RECONHECIDA A AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. SUBCONTRATAÇÃO AUTORIZADA PELO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES, INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO OU CIENTIFICAÇÃO DA COMUNA. RESPONSABILIDADE ADSTRITA AO SUBCONTRATANTE. TESE SUBSISTENTE. PRECEDENTES. “A subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante” (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º ed.,

³² Justen Filho, Marçal - Comentários à lei de licitações e contratos administrativos - 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012 - fls. 948

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC). Agravo de Instrumento nº 5018411-65.2020.8.24.0000, Relator: Luiz Fernando Boller. 1ª Câmara de Direito Público, 13 out. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/945773922>. Acesso em: 2 jan. 2025.

Dialética: São Paulo, 2010, p. 825). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-SC - AI: 50184116520208240000 TJSC 5018411-65.2020.8.24.0000, Relator: LUIZ FERNANDO BOLLER, Data de Julgamento: 13/10/2020, 1ª Câmara de Direito Público)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais³⁴ não entende diferente. É ver:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE COBRANÇA - LICITAÇÃO - CONTRATO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E LOCAÇÃO - VEÍCULOS PESADOS - SUBCONTRATAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO - INEXISTÊNCIA - REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS - COMPROVAÇÃO - PAGAMENTO DEVIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Inexistindo prova de quitação, pela empresa contratante, do valor estabelecido no contrato de locação de veículos e devidamente comprovado seu cumprimento pelo autor, o pagamento do montante descrito na relação de créditos que instrui a inicial é de rigor - A subcontratação admitida pelo art. 72, da Lei nº 8.666/1993, não tem o condão de estabelecer qualquer vínculo jurídico a responsabilizar a Administração pelo inadimplemento contratual do subcontratante - Recurso ao qual se dá parcial provimento. (TJ-MG - AC: 10393160005541001 Manga, Relator: Carlos Levenhagen, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/08/2021)

Quanto à responsabilidade subsidiária ou solidária da Administração, há jurisprudência que afirma ser ausente a responsabilidade da Administração, pois a subcontratação somente vincula as partes contratantes (subcontratante e a subcontratada):

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO E CANCELAMENTO DE PROTESTO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. SUBCONTRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA SUBCONTRATANTE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUBCONTRATADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, nos contratos administrativos é permitida a subcontratação, desde que haja previsão editalícia ou contratual e sejam preservadas as responsabilidades contratuais e legais. 2. No caso, a parte contratante atuou diretamente na subcontratação de serviços de veiculação e deve responder pelo pagamento dos serviços prestados, não podendo, assim, transferir o ônus do negócio à Administração Pública, que não mantém relação jurídica com a empresa subcontratada. 3. Eventual ausência de repasse pela Administração Pública não lhe transfere a responsabilidade pelo pagamento direto à empresa subcontratada, sobretudo porque a subcontratação somente vincula as partes contratantes (subcontratante e a subcontratada). 4. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime. (TJ-DF 20110110349870 DF 0010223-57.2011.8.07.0001, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 06/06/2018, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/06/2018 . Pág.: 285/288)³⁵

Em análise aos entendimentos jurisprudenciais, é possível concluir que a relação negocial estabelecida entre a empresa contratada e a subcontratada, ocorre exclusivamente entre essas

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG). Apelação Cível: AC nº 10393160005541-001, Município de Manga, Rel. Des. Carlos Levenhagen. 5ª Câmara Cível, julgado em 05 ago. 2021, publicado em 09 ago. 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0393.16.000554-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 02 jan. 2025

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0010223-57.2011.8.07.0001. Rel. Des. Fátima Rafael. Julgado em 06 jun. 2018. 3ª Turma Cível. Publicado no DJE em 20 jun. 2018, p. 285-288. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/592013847>. Acesso em: 02 jan. 2025.

partes, por meio de um contrato privado. Essa dinâmica segue os moldes dos pagamentos convencionais, distinguindo-se do pagamento realizado pela Administração à empresa contratada.

4 FORMA DE PAGAMENTO REALIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO À EMPRESA CONTRATADA

4.1 Pagamentos Realizados Pela Administração Pública

Nos contratos privados, as partes têm liberdade para estabelecer cláusulas de pagamento que melhor atendam aos seus interesses e necessidades, podendo optar por modalidades como PIX, transferência eletrônica, boleto bancário, cheque, entre outros. Em contrapartida, nos contratos administrativos, o pagamento é regido por uma série de normas específicas definidas pela legislação, que devem ser rigorosamente observadas para garantir a conformidade com o ordenamento jurídico.

A Lei n. 4.320 de 1964³⁶ que institui normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal dispõe que as despesas da Administração seguirão o seguinte trâmite: empenho, liquidação e pagamento.

O processo de execução da despesa pública tem início na Lei Orçamentária Anual (LOA), que prevê as despesas destinadas a cada ente da Administração Pública. Estados, Municípios, União e Distrito Federal devem elaborar suas respectivas leis orçamentárias, definindo as previsões de gastos para cada setor administrativo. A LOA, porém, apenas indica os créditos orçamentários disponíveis, sem determinar a separação efetiva dos valores para pagamento.

Conforme disposto no art. 58 da Lei n. 4.320/64, empenho de despesa é definido como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Em outras palavras, trata-se do compromisso formal assumido pela Administração Pública em destinar parte do orçamento aprovado para o cumprimento de uma despesa específica, reservando os recursos necessários para honrar a obrigação contratual, mesmo que o pagamento ainda dependa da concretização de determinadas condições.

Ademais, o empenho deverá ser realizado quando da formalização do contrato e antes da sua assinatura, pois se trata de documento apto a garantir um direito da contratada de obter

³⁶ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 23 mar. 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 02 ago 2024.

o pagamento futuro. É o que determina a jurisprudência do TCU: “observância das fases da despesa pública, de modo que o empenho seja prévio ou contemporâneo à contratação, consoante artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964 (TCU, Acórdão nº 1.404/2011, 1ª Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 11.03.2011).³⁷

Finalizada a etapa do empenho, segue-se para a etapa da liquidação de despesas, regulamentada pelo art. 63 da Lei n. 4.320/64. A liquidação consiste na verificação do cumprimento das obrigações pactuadas, incluindo a análise de documentos como notas fiscais, termos de recebimento e relatórios de prestação de serviços (medições). Essa etapa assegura que os serviços foram prestados ou os bens foram entregues conforme as condições contratuais.

Somente após a conclusão da liquidação, que atesta a regularidade da despesa, passa-se à etapa final: o pagamento. Esse último estágio representa a transferência dos recursos financeiros ao credor, consolidando a obrigação assumida pela Administração Pública e encerrando o ciclo da despesa orçamentária.

Em uma análise do processo de pagamento da Administração à contratada, surge o questionamento sobre a sistemática adotada para o pagamento em casos de subcontratação. Uma vez que o contrato de subcontratação é caracterizado como privado, o processo de pagamento dessa contratada segue as regras casuais de direito privado.

Ou seja, a contratada originária, na condição de subcontratante, e a subcontratada têm a liberdade de pactuar a forma de pagamento que melhor atenda aos seus interesses e necessidades, desde que em conformidade com a legislação vigente e as cláusulas contratuais estabelecidas.

Nesse sentido, o processo de pagamento ocorre da seguinte forma: a subcontratada executa os serviços conforme o escopo do contrato, e a empresa contratante realiza a análise e aprovação dos serviços executados. Após a verificação da qualidade e quantidade do trabalho realizado, a contratante emite a fatura correspondente e a encaminha ao órgão contratante (no caso, um órgão público). Após o pagamento do valor devido pelo órgão contratante, a empresa contratante repassa à subcontratada o valor acordado, descontados os impostos aplicáveis.

Trata-se, pois, de uma cadeia que se inicia com o pagamento do órgão contratante à contratada principal, que, por sua vez, repassa os valores devidos à subcontratada após a verificação e aprovação dos serviços executados.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.404/2011, da 1ª Câmara, rel. Min. Ubiratan Aguiar, Brasília, DF, 01 mar. 2011. Diário Oficial da União, Brasília, 01 mar. 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1.404%252F2011/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3> . Acesso em: 29 dez. 2024.

Certo desses critérios definidos e já consolidados, questiona-se a possibilidade de a Administração assumir o dever de pagar diretamente a empresa subcontratada, quando conveniente para ambas as partes e, principalmente, para o interesse público.

4.2 Das Leis n. 12.232/10 e n. 123/06 e a Possibilidade De Pagamento Direito à Subcontratada

A Lei Complementar n. 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e visa promover o desenvolvimento dessas empresas por meio de um tratamento jurídico diferenciado e favorecido. A norma busca reduzir burocracias e criar condições mais competitivas para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), reconhecendo sua importância para a economia nacional e geração de empregos.

Entre as principais diferenças relacionados a subcontratação dessas empresas está a possibilidade de pagamento direto à subcontratada, prevista no art. 48, § 2º da Lei Complementar 123/2006: “na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.” Este artigo é, portanto, é uma disposição especial prevista em lei, destinada a incentivar microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse sentido, surge o questionamento sobre a possibilidade de sua aplicação a outras empresas que não estejam registradas nessa categoria.

Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho, já se debruçaram a desvendar o tema da hipótese do pagamento direto da administração às empresas subcontratadas. Ainda sob a vigência da Lei nº 8.666/93, os autores apresentaram importantes considerações e reflexões sobre o tema. Conforme os doutrinadores, a possibilidade de pagamento direto decorre de uma “tendência evolutiva” do direito administrativo contemporâneo.

Ademais, trazem a reflexão de que, por se tratar a norma do art. 48 § 2º da LC n. 123/2006 de caráter geral transitiva direta poderão ser destinadas igualmente a quaisquer empresas subcontratadas e não apenas às micro e pequenas empresas, trazendo uma inovação ao art. 72 da então lei de licitações n. 8.666/93.

Ainda segundo os autores, para formalizar o instrumento sem infringir o disposto no art. 72 da Lei nº 8.666/93 — isto é, sem que a contratada deixe de ser responsável legal pelas obrigações inicialmente pactuadas —, seria necessário que as três partes envolvidas na relação

observassem os seguintes requisitos: (i) celebração de contrato de subcontratação prevendo o pagamento direto à subcontratada, com a Administração figurando como interveniente anuente; (ii) publicação de termo aditivo; (iii) emissão de documento de empenho em favor da subcontratada; (iv) apresentação de boletins de medição e demais documentos necessários a liquidação das despesas, conforme o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320/64; e (v) inclusão de cláusula no contrato de subcontratação deixando claro que o pagamento direto não altera a disciplina jurídica da subcontratação, mantendo a contratada original como responsável pelo cumprimento de suas obrigações perante o órgão público, sendo a alteração restrita ao aspecto financeiro, dentro dos limites autorizados.

O renomado e já citado Aragão também já se debruçou sobre o tema:

O art. 72 da Lei nº. 8.666/93 permite, como visto, a subcontratação, desde que mantidas as responsabilidades contratuais e legais do contratado. Nada dispõe sobre a forma de remuneração da subcontratada ou da sua relação com a Administração Pública, não vedando em absoluto a solução aventada, desde que mantidas as responsabilidades da subcontratante perante o Poder Público. Assim é que eventuais óbices ao faturamento direto não decorrem da sua natureza, mas da forma como é realizado em cada caso. O faturamento direto, como vislumbrado no caso concreto, em nada altera as responsabilidades contratuais e legais assumidas pela CONTRATADA PRINCIPAL, face inclusive às obrigações expressamente assumidas (*rectius*: mantidas) por esta ao pedir autorização para a subcontratação, de forma que permanecerá a CONTRATADA PRINCIPAL obrigada, de forma irrevogável e irretratável, pela integral responsabilidade pela execução do contrato principal e garantias nele estabelecidas, reparando eventuais danos causados pelos subcontratados, dentre outras obrigações previstas no Contrato, e, especial, a responsabilidade pela apresentação de “relatórios de medição mensais de progresso de forma independente” a fim de permitir o faturamento dos serviços efetivamente realizados. Com efeito, não será estabelecida qualquer relação contratual direta entre a ESTATAL CONTRATANTE e a SUBCONTRATADA no que tange à execução do contrato e às garantias: todas as comunicações serão realizadas pela CONTRATADA PRINCIPAL, assim como o acompanhamento da execução das obras, apresentação de relatórios exigidos e o acompanhamento das medições realizadas pela sociedade de economia mista. (. . .) Assim, é possível afirmar que, em sua substância, a forma de pagamento prevista contratualmente não é alterada pela cláusula de faturamento direto: as modificações realizadas são meramente formais, não sendo suficientes para criar qualquer tipo de relação entre a ESTATAL CONTRATANTE e a SUBCONTRATADA. A única relação a ser estabelecida entre essas duas empresas possui, enfim, natureza meramente formal e seus efeitos se darão tão-somente no âmbito contábil: as faturas relacionadas aos serviços subcontratados serão emitidas pela subcontratada diretamente à ESTATAL

CONTRATANTE, a fim de se evitar a bitributação, ou seja, a dupla incidência do ISS e das parcelas de PIS e COFINS sobre um único serviço prestado.

Aragão defende que o pagamento direto entre a sociedade de economia mista e a empresa subcontratada é juridicamente viável, desde que a contratada principal mantenha todas as suas responsabilidades contratuais e legais. O autor argumenta que essa prática não modifica a essência do contrato, restringindo-se a ajustes formais e contábeis para evitar complicações fiscais, como a bitributação. Dessa forma, o pagamento direto poderia ser realizado com base no artigo 72 da Lei nº 8.666/93, pois não implicaria em transferir responsabilidades para a Administração, mas, repisa-se, representaria apenas um procedimento contábil que não alteraria as obrigações das partes no contrato.

A Lei nº 12.232/2010³⁸ que estabelece normas gerais para a licitação e contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública, prevê em seu artigo 15, parágrafo único, a possibilidade de pagamento direto às empresas subcontratadas. O dispositivo dispõe que “Pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda. . .”, o que sugere que a Administração pode, em determinados casos, assumir a relação direta com fornecedores específicos. A partir dessa interpretação, é possível argumentar que o legislador reconheceu, ainda que de forma excepcional, a viabilidade do pagamento direto a terceiros, sem que isso descaracterize a relação contratual principal. Essa previsão reforça a necessidade de uma análise mais ampla sobre a compatibilidade desse modelo com os princípios da Administração Pública, especialmente os da eficiência e economicidade. Além disso, a norma abre precedentes para a aplicação desse mecanismo em outros tipos de contratos administrativos, desde que respeitadas as balizas legais e os limites contratuais previamente estabelecidos.

Ocorre que, com o advento da NLLC, algumas questões levantadas pelos autores parecem ter perdido relevância. Na época, os artigos citados foram interpretados pelos autores já citados como uma inovação e complementação ao artigo 72 da Lei nº 8.666/93. Essa interpretação era viável por se tratar de uma norma geral, promulgada após a lei de licitações. Ocorre que a NLLC, com a possibilidade de prever tais práticas, permaneceu inerte com relação a regulamentação específica do pagamento direto, permanecendo um cenário de incerteza jurídica.

³⁸ BRASIL. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. Dispõe sobre normas gerais para a licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12232.htm. Acesso em: 02 ago 2024.

5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

5.1 Dos Anos De 2002 Até 2016

Os estudos de Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Alexandre Santos Aragão contemplam jurisprudências até 2016. Diante disso, torna-se fundamental analisar eventuais mudanças no entendimento jurisprudencial desde então, permitindo a atualização e o aprimoramento da reflexão crítica sobre a questão em debate.

Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho citam variados acórdãos que discutem a respeito do tema: Decisão n. 375/2002 TCU (dou 26/04/02) Acórdão n. 502/2008 TCU – Relator Min. Ubiratan Aguiar (dou 14/03/08); TCU Acórdão 448/2002 – Obras da BR 235, Min. Adylson MOTTA. Acórdão n. 282/2007 – Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos, da relatoria do Min. Marcos Vinícius Villaça (Plenário, DOU de 09/03/2007) e Acórdão 1595/2005 (Petrobrás, Rel. Min. Guilherme Palmeira) TCU – DOU 01/09/06.

Na Decisão n. 375/2002 e no Acórdão n. 502/2008³⁹, o Tribunal destacou que a prática de pagamento direto à subcontratada configura transferência indevida de responsabilidades exclusivas da contratada principal, violando o princípio da responsabilidade única e o regime previsto no artigo 72 da Lei nº 8.666/93. Além disso, o TCU ressaltou não haver vínculo jurídico entre a Administração e a subcontratada, inviabilizando a fase de liquidação da despesa exigida pela Lei nº 4.320/64.

Em outras decisões, como os Acórdãos TCU nº 448/2002 e nº 282/2007⁴⁰, o Tribunal analisou casos em que se tentou legalizar o pagamento direto à subcontratada mediante alterações contratuais ou cláusulas específicas. Nessas situações, concluiu-se que tais práticas desvirtuam a lógica das subcontratações, configurando sub-rogações contratuais e violando princípios da legalidade e da transparência. O TCU reiterou que o vínculo jurídico direto é essencial para a execução das fases de despesa pública, reforçando a impossibilidade de pagamentos diretos no atual ordenamento jurídico.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 375/2002, Brasília, DF, 2002. Diário Oficial da União, 26 abr. 2002.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 448/2002, obras da BR 235, rel. Min. Adylson Motta, Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-13560/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 282/2007, Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos, rel. Min. Marcos Vinícius Villaça, Brasília, DF, 097 mar. 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 07 mar. 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-28057/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024.

Por fim, tem-se a citação do Acórdão n. 1595/20083⁴¹, de relatoria do Min. Guilherme Palmeira, publicado no DOU em 01/09/2006. Na ocasião, o Ministro decidiu pela possibilidade de o contrato admitir a subcontratação com pagamento direto, para reduzir os custos de aquisição, desde que observados os requisitos de pagamentos estabelecidos pela Lei n. 4.320/64.

Verifica-se que o ponto comum entre as decisões analisadas é a ênfase do TCU na preservação do vínculo jurídico direto entre a Administração Pública e a contratada principal, rejeitando práticas que permitam pagamentos diretos às subcontratadas. O Tribunal destaca, que essa prática desvirtuaria o regime de subcontratações previsto na legislação, transferindo responsabilidades indevidamente e comprometendo os princípios da legalidade, da transparência e da responsabilidade única.

Além disso, as decisões convergem ao afirmar não haver amparo legal para a realização de pagamentos diretos às subcontratadas, uma vez que essa prática viola dispositivos como o artigo 72 da Lei nº 8.666/93 e compromete a fase de liquidação da despesa, conforme estabelecido na Lei nº 4.320/64.

Para solucionar essas questões, Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira e Alexandre Santos Aragão defendem que essa prática não representa a transferência de responsabilidades contratuais ao subcontratado, sendo que o vínculo da Administração Pública contratante é meramente contábil. Ademais, o contrato de subcontratação em que a Administração figure como interveniente anuente seria suficiente para permitir a liquidação das despesas.

Quanto a ausência de legislação específica, como já citado nesse estudo, Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira argumentam que a omissão da Lei nº 8.666/93 sobre o tema pode ser suprida pelo artigo 48, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006. Para eles, essa norma, ao estabelecer um regime geral aplicável às contratações envolvendo micro e pequenas empresas, fornece subsídios para admitir, em certas situações, a prática de pagamentos diretos como forma de superar a lacuna legal e garantir maior eficiência na execução contratual.

Alexandre Santos Aragão sustenta que o artigo 72 da Lei nº 8.666/93 pode ser interpretado como fundamento para permitir o pagamento direto a subcontratadas. Ele argumenta que a subcontratação é legítima desde que as responsabilidades legais e contratuais

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1595/2005, Petrobrás, rel. Min. Guilherme Palmeira, Brasília, DF, 05 out. 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 2005. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-22826/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024.

da contratada principal sejam integralmente mantidas. Nesse contexto, considerando que a contratada permanece responsável pelos compromissos assumidos, a conduta estaria conforme o ordenamento jurídico.

Quanto à Lei Complementar n. 123/2006 entende que não pode ser usada analogicamente para fundamentar os casos de subcontratação que não dizem respeito à ME e EPP. Contudo, entende que demonstram exemplos de infiltração de novos valores no sistema de contratações públicas.

Embora os autores tenham apresentado interpretações de grande relevância, mais de 10 anos se passaram, e uma nova lei foi sancionada sem trazer nenhuma previsão específica ou vedação expressa sobre o tema. Diante disso, torna-se necessário analisar as jurisprudências produzidas desde 2013 até o presente, visando verificar se o entendimento majoritário permanece o mesmo ou se ocorreram mudanças significativas no posicionamento dos tribunais sobre a questão.

5.2 Do Atual Entendimento Jurisprudencial

O Acórdão TC 024.439/2012-6⁴² do TCU cujo Ministro foi Vital do Rêgo, com sessão ordinária realizada em 30 de agosto de 2016, analisou irregularidades na execução de convênios relacionados à construção do Hospital Universitário da Universidade Federal de Juiz de Fora. Na oportunidade, o TCU constatou atos de impropriedades na execução, incluindo a descaracterização do instituto da subcontratação. Verificou-se na fiscalização que a Fundação de Apoio ao Hospital Universitário (FHU) assumiu responsabilidades de pagar diretamente à subcontratada, criando uma relação jurídica direta com essas empresas.

Além disso, identificou-se a subcontratação em desconformidade com o edital e contrato, e a ausência de arquivamento de documentação fiscal referente à execução das obras, em afronta ao art. 54, §2º, do Decreto 93.872/86. Tais irregularidades foram objeto de recomendações específicas pelo Tribunal, reforçando a importância do cumprimento rigoroso das normas para evitar penalidades futuras.

No mesmo sentido, o Acórdão nº 720/2018⁴³ também do TCU analisou a consulta

⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 024.439/2012-6, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://bhaz.com.br/wp-content/uploads/2016/09/TCU-MARGARIDA-2.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2024.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 720/2018, Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1707971/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024.

formulada pelo Ministério do Turismo a respeito da possibilidade de empresas subcontratadas por agências de publicidade emitirem notas fiscais diretamente em nome do órgão público contratante, com exceção dos casos de serviços de veiculação. O entendimento do Tribunal foi de que tal procedimento carece de amparo legal, vedado pela legislação vigente, salvo em situações expressamente previstas. De acordo com o voto do relator, Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, a legislação contempla apenas duas hipóteses em que é permitido o faturamento direto por subcontratadas: (i) na prestação de serviços de veiculação de publicidade, conforme previsto no art. 15 do Decreto nº 57.690/1966, e (ii) na subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposto no art. 48, inciso II, e § 2º da Lei Complementar nº 123/2006. Além dessas exceções, quaisquer outras situações não encontram respaldo na legislação.

O TCU fundamentou sua decisão no princípio da legalidade, destacando que, em matéria de despesa pública, a atuação da Administração deve observar estritamente os limites estabelecidos em lei. Segundo o voto do revisor, Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, o “silêncio eloquente” da lei indica que não cabe ao gestor público adotar procedimentos não autorizados explicitamente pelo ordenamento jurídico.

Adicionalmente, foi ressaltado que permitir pagamentos diretos às empresas subcontratadas sem previsão legal poderia gerar vínculos informais entre a Administração Pública e entidades que não participaram do processo licitatório, violando princípios como a legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade. Essa prática, além de criar dificuldades operacionais, aumentaria os riscos de irregularidades na gestão de recursos públicos, dado que seria necessário comprovar, individualmente, a regularidade fiscal de cada subcontratada antes de qualquer pagamento.

Assim como nos julgados já citados, realizados até 2013, o ponto comum entre as jurisprudências dos Acórdãos TC 024.439/2012-6 e TC 720/2018 do TCU é a abordagem rigorosa sobre as limitações legais à subcontratação e a realização de pagamentos diretos às subcontratadas. Ambos os julgados enfatizam que, em contratos administrativos, a subcontratação só é válida e permitida dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação, e que a Administração Pública não pode adotar procedimentos que não tenham respaldo legal explícito.

Em contrapartida, e, mostrando-se uma grande exceção, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da sua Procuradoria-Geral do Estado, Parecer n. 20.671/24 (NUP

00100.000221/2024- 35)⁴⁴ autorizou a modificação da forma de pagamento no contrato administrativo, permitindo o faturamento direto aos subcontratados, desde que atendidas as condições legais estabelecidas pela Lei nº 8.666/1993. Destacou-se que a alteração precisaria ser formalizada por meio de um aditivo contratual e restrita às circunstâncias específicas que justificam a mudança. Nesse sentido, todas as responsabilidades contraídas pela contratada deveriam permanecer inalteradas.

Verifica-se, portanto, que nas pesquisas de jurisprudência realizadas, não se encontrou nada além do que já foi abordado pelos renomados doutrinadores citados (Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira e Alexandre Santos Aragão). As decisões analisadas reforçam que essa prática, salvo hipóteses expressamente previstas em lei, viola princípios fundamentais da Administração Pública, como legalidade, transparência e responsabilidade única. O Tribunal tem reiterado que a subcontratação não gera vínculo jurídico direto entre a Administração e a subcontratada, inviabilizando a fase de liquidação da despesa conforme a Lei nº 4.320/64.

⁴⁴ BRASIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. Parecer nº 20.671/24, NUP 00100.000221/2024-35, PROA 22/1166-0000201-5, Assessoria Jurídica e Legislativa. Autora: Fernanda Foernges Mentz. Aprovado em: 06 jun. 2024. Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa20671.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

6. A PRÁTICA DO PAGAMENTO DIRETO EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Apesar da omissão da NLLC sobre o tema e dos entendimentos jurisprudenciais do TCU desfavoráveis, a prática do pagamento direto à subcontratada já se encontra incorporada ao cotidiano da Administração. Em pesquisa realizada nos editais públicos constatou-se que o pagamento direto tem sido adotado em diversas situações, especialmente em contratos de maior complexidade ou quando se busca maior eficiência na execução das obras e serviços. Essa prática, embora não regulamentada de forma explícita, tem se mostrado eficaz na gestão dos contratos administrativos, permitindo uma maior agilidade no cumprimento das obrigações e evitando a burocracia excessiva.

6.1 Contrato n. 4349/13 e Contrato n. 039346

Em 07 de fevereiro de 2013 foi firmado o Contrato n. 4349/13 entre a DERSA (empresa de economia mista, controlada pelo Estado de São Paulo) e a CONSTRUTORA OAS, tendo como objeto a execução das obras e serviços de implantação do Lote 02 do Rodoanel Mano Covas Trecho Norte, extensão 4,8km - entre as estacas 10.321+0,00 e 10.565+0,00 m.

Conforme consta no documento de “proposta de resolução de diretoria EG/DIOBA 30/2017”, a contratada mostrou interesse em subcontratar parte da obra com faturamento direto. Desse modo, solicitou que a consultoria da DERSA manifestasse sobre o assunto, a qual concluiu pela possibilidade de faturamento direto com as seguintes providências: (i) comprovação da qualificação técnica para execução dos serviços subcontratados; (ii) que o subcontratado não figure no rol de empresas sancionadas pela Administração Pública; (iii) que o contratante (DERSA) figure como interveniente anuente; (iv) que o contratado reconheça as condições exigidas no contrato principal; (v) direito do subcontratado ao recebimento do respectivo atestado técnico de obras e serviços corresponde a parte do objeto contratual que tenha sido executado; (vi) aditivo contratual; (vii) envio da nota fiscal pela contratada à DERSA; (viii) os pagamentos devem ser efetuados em conformidade com as medições, mediante a apresentação dos originais da fatura, bem como dos comprovantes de recolhimento do FGTS, INSS e do ISSQN, acompanhado da folha de pagamento; (iv) e dever da contratada informar ao DERSA o número da conta corrente a ser utilizada para fins de pagamento das faturas da subcontratada.

Para o recebimento direto, a subcontratada deveria apresentar a demonstração contábil do último exercício social no formato SPED-ECD, certidões negativas, e não poderia haver

deduções na base de cálculo da retenção de 11% para fins de INSS, uma vez que não existia contrato entre as partes. Ademais, o órgão deixou claro que os contratos entre a contratada e a subcontratada seriam regidos pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre a subcontratada e a DERSA.

No mesmo sentido, o contrato n. 039346 realizado entre a superintendência de obras do plano de desenvolvimento da Paraíba (SUPLAN) e a empresa Comtérmica Comercial Térmica LTDA cujo objeto era a construção da Nova Escola Prof. Maciel, com 10 salas de aula com auditório de 120 lugares e reforma do ginásio do município de Itabaina/PB já previu no contrato celebrado entre as partes a possibilidade de pagamento direto à subcontratada.

Para tanto, deveriam realizar os seguintes procedimentos: (i) requerimento da contratada sobre a possibilidade de subcontratar; (ii) documento de habilitação da subcontratada (iii) contrato de subcontratação onde a contratante aparecerá na condição de interveniente anuente; (iv) a ressalva expressa de que o pagamento direto não afeta a disciplina jurídica da subcontratação; (v) termo aditivo. Após essas formalizações ficou permitido que a subcontratada realizasse o processamento do faturamento diretamente ao órgão mediante apresentação de nota fiscal e demais documento pertinentes ao pagamento.

Com esses dois paradigmas, o que se observa é que há precedentes que demonstram a viabilidade do faturamento direto em contratos de subcontratação, desde que atendidos requisitos específicos que assegurem a conformidade legal e a manutenção das responsabilidades contratuais.

Nos dois casos analisados, tanto no contrato firmado entre a DERSA e a Construtora OAS quanto no contrato entre a SUPLAN e a Comtérmica Comercial Térmica LTDA, observa-se a adoção de medidas que preservam a relação jurídica principal e asseguram a transparência e regularidade dos pagamentos. Entre essas medidas estão a comprovação da qualificação técnica do subcontratado, apresentação de documentos fiscais e contábeis, formalização de termos aditivos e a manutenção da contratada principal como responsável pelas obrigações contratuais perante a Administração. Ademais, em nenhum desses casos tratavam-se de micro empresas ou empresas de pequeno porte.

Com base na premissa exposta acima e considerando que, na prática, o instituto já é amplamente aceito, e que os estudos sobre o tema foram elaborados antes da vigência da Lei nº 14.133/21, analisam-se dois aspectos fundamentais desta pesquisa: (i) a inexistência de legislação específica que regulamenta a possibilidade de pagamento direto pela Administração Pública às empresas subcontratadas, o que limita a atuação da Administração; e (ii) o suposto vínculo não permitido entre a subcontratada e a Administração Pública, uma vez que a

subcontratação envolve, essencialmente, uma relação privada entre a contratada originária e a subcontratada, conforme os limites estabelecidos pelo instituto da subcontratação.

7 SUPERAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E DA AUSÊNCIA DE VÍNCULO NÃO PERMITIDO

O princípio da legalidade, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal, é premissa fundamental que orienta a atuação da Administração Pública, de modo que só poderá atuar dentro dos limites estabelecidos pela legislação, ou seja, suas ações devem ser estritamente respaldadas por normas legais preexistentes. Contudo, entendimentos recentes na doutrina apontam que esse princípio não deve ser interpretado isoladamente, sendo indispensável sua análise em conjunto com o princípio da juridicidade.

A juridicidade transcende a mera observância da lei formal, englobando todo o contexto jurídico, incluindo os princípios constitucionais. Ao interpretar e aplicar o Direito, a Administração deve considerar a complexidade e a interconexão das normas jurídicas, buscando decisões que sejam compatíveis com a Constituição, coerentes com os valores fundamentais do ordenamento jurídico e alinhadas com os objetivos sociais e políticos contemporâneos.

Rogério Monte Santo⁴⁵ aprofunda a discussão ao destacar que o princípio da juridicidade não apenas engloba o princípio da legalidade, mas também amplia sua abrangência ao incorporar valores e diretrizes constitucionais que orientam a atuação administrativa. Sob essa perspectiva, a juridicidade exige que os atos administrativos não apenas observem a legalidade estrita, ou seja, o cumprimento das leis em sentido formal, mas também se alinhem aos princípios constitucionais e à necessidade administrativa, garantindo uma atuação estatal mais justa, legítima e condizente com o ordenamento jurídico na totalidade.

Ainda conforme Rogério Monte Santo, essa abordagem busca equilibrar a aplicação de normas e princípios em contextos específicos, considerando as peculiaridades de cada caso concreto. A juridicidade, portanto, não limita a Administração Pública à aplicação literal da lei, mas exige uma interpretação sistêmica e contextualizada, que promova os direitos fundamentais, a segurança jurídica e a eficiência administrativa:

A visão de legalidade foi englobada pelo princípio da juridicidade. A juridicidade é mais ampla, ela orienta de forma mais abrangente a atuação do Estado. O Estado deve então harmonizar as regras e princípios de forma geral e atinente ao caso concreto, e, com isso, agir levando em consideração as regras, princípios constitucionais – expressos e implícitos, e a jurisprudência. Este princípio tem como propósito garantir que o administrado não seja alvo de atos administrativos sem amparo legal na forma mais abrangente possível.

⁴⁵ MONTE SANTO, Rogério. O Princípio da Juridicidade como Parâmetro do Ato Administrativo. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro MPRJ e UERJ assinam convênio para a realização de pesquisas. Ministério (EMERJ), Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: < https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/revistas/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/RogerioMonteSanto.pdf > Acesso em: 5 de set. 2024.

Esse entendimento permite uma abordagem mais flexível, especialmente em situações em que a ausência de lei específica ou a insuficiência de normativas formais poderiam comprometer a eficiência da Administração. Em vez de ser refém da literalidade de normas legais, a Administração passa a atuar com base em uma análise contextual que considere os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, orientando suas decisões pelo cumprimento das finalidades públicas.

Portanto, analisar apenas a legalidade estrita pode levar a interpretações reducionistas que não refletem a realidade dinâmica do Direito. A juridicidade, por sua vez, reconhece a necessidade de uma visão integrada e contextualizada, conferindo à Administração Pública maior capacidade de adaptação e resposta às demandas da sociedade, sem se afastar dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Essa evolução é essencial para assegurar que o Direito Administrativo continue a servir como instrumento de promoção do interesse público.

Isso não quer dizer que não haverá uma lei acompanhando o ato, mas sim, um conjunto de normas que se analisadas em conjunto, darão legitimidade para a atuação administrativa. A juridicidade, portanto, não autoriza a atuação arbitrária da Administração, mas, ao contrário, reforça a necessidade de uma conduta fundamentada, transparente e voltada para o interesse público. Nesses casos, a utilização de princípios como a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência podem ser guia essencial para a tomada de decisão, garantindo que as ações administrativas sejam adequadas e compatíveis com as finalidades públicas.

Para Alexandre Santos de Aragão, considerando o princípio da juridicidade e da eficiência, o faturamento direto poderia ser fundamentado com base no art. 72 da Lei n. 8.666/93 que dispunha: “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.”

Isso porque o artigo 72 da Lei nº 8.666/93 estabelecia que a subcontratação é legítima, desde que a contratada principal não se exima das responsabilidades assumidas com a Administração. No entanto, entende o autor que o pagamento direto não transfere tais responsabilidades, mas funciona apenas como um mecanismo facilitador de natureza contábil, cuja responsabilidade permanece integralmente com a contratada original.

Ou seja, ainda que a Administração realize o pagamento diretamente à subcontratada, as responsabilidades legais e contratuais permanecem atribuídas à contratada originária. O pagamento configura um ato de faturamento facilitador, pois, enquanto a subcontratada figura como titular da conta corrente, os créditos perante a Administração continuam vinculados à

contratada. Novamente, esclarece Aragão:

O faturamento direto é uma prática de mercado, difundida tanto nos contratos de empreitada civil celebrados entre particulares, quanto naqueles licitados pela Administração Pública, justamente para evitar custos desnecessários relativos à incidência de tributos em cascata. A omissão da Lei nº 8.666/93 quanto à forma de remuneração do subcontratado não pode ser interpretada, assim, como vedação, mas como a concessão de uma margem de apreciação para a adoção de práticas compatíveis com as do mercado, sob uma única condição: manutenção das responsabilidades legais e contratuais do contratado. A possibilidade de faturamento direto já é admitida expressamente pelo ordenamento jurídico tanto no que diz respeito à subcontratação de pequenas e microempresas para execução de parcelas de contratos administrativos, quanto no âmbito de contratos de financiamento em parcerias público-privadas. Lei complementar nº 123/2006 e Lei nº 11.079/2004. Ora, se o faturamento direto, além de prática de mercado, também foi expressamente admitido em ramos tão diferentes como as contratações de micro e pequenas empresas e as contratações de parcerias público-privadas, torna-se evidente que a previsão desse expediente nessas leis constitui reconhecimento normativo da sua eficiência e compatibilidade com os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública e não uma exceção às normas gerais de licitações e contratos. Até porque se o procedimento violasse, por exemplo, as exigências constitucionais de licitação ou de moralidade administrativa, seria inconstitucional tanto na Lei nº 8.666/93 como nas demais, cabendo lembrar que as ressalvas que o TCU faz em relação ao pagamento direto a subcontratadas são em sua essência por estes dois motivos, de caráter constitucional, supralegal.

Portanto, repisa-se, excelente doutrinador defende que o pagamento direto não implica transferência de responsabilidade da contratada para a Administração, dado que tem natureza contábil, e, com base no princípio da juridicidade e da economicidade, o art. 72 da Lei nº 8.666/93 (atualmente o art. 122 da Lei nº 14.133/21), poderá ser utilizado para fundamentar a prática do faturamento direto.

Abarcando a interpretação de Aragão e considerando que a Lei nº 14.133/21 não alterou o disposto no art. 72 da Lei nº 8.666/93, é fundamental abordar o conceito jurídico de “pagamento” para corroborar o entendimento do doutrinador e contextualizar a aplicação prática do faturamento direto.

Nas palavras de Egle Cecconi⁴⁶ “obrigação é uma conduta decorrente de uma relação jurídica, que se espera de uma pessoa em relação a outra ou em relação à sociedade como um todo.” Já a responsabilidade é a consequência do não cumprimento da obrigação. É ver:

A obrigação é uma conduta, decorrente de uma relação jurídica, que se espera de uma pessoa em relação a outra ou em relação à sociedade como um todo. Ela tem como características a transitoriedade, o valor pecuniário e a imposição de se realizar uma prestação. Ela pode ser imposta por lei, por contrato, por normas sociais ou por outras formas de acordo mútuo. São três os elementos que compõem a obrigação: subjetivo, objetivo e o vínculo jurídico. O elemento subjetivo diz respeito aos sujeitos da obrigação. Uma obrigação sempre terá um sujeito ativo (credor) e o passivo (devedor). Já que caso um deles desapareça ou haja confusão a obrigação é extinta sem o seu cumprimento. O sujeito ativo é o credor da obrigação em favor de quem o devedor

⁴⁶ CECCONI, Egle. Obrigação e responsabilidade civil. Migalhas, quarta-feira, 10 mai. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/386267/obrigacao-e-responsabilidade-civil>. Acesso em: 18. nov. 2024.

prometeu determinada prestação, tendo direito de exigi-la. Já o sujeito passivo é o devedor sobre o qual recai o dever de cumprir a prestação convencionada, obrigação de dar, fazer ou não fazer algo. Por sua vez, o elemento objetivo diz respeito ao objeto da obrigação que sempre será uma conduta ou ato humano: dar (dare), fazer (facere ou prestare), ou não fazer (non facere). Assim, o objeto da obrigação se chama prestação, que pode ser positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer). Importante observar que o objeto da obrigação se difere da coisa (ação humana ou objeto) sobre a qual incide. A prestação (dar, fazer e não fazer) é o objeto imediato (próximo) da obrigação e o objeto mediato (distante), é o objeto da prestação. Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves, “basta indagar: dar, fazer ou não fazer o quê?”⁴⁷ Por ex. um contrato de prestação de serviços o objeto imediato (prestação) é a obrigação de fazer e o objeto mediato é a ação humana (serviço). A obrigação nasce de diversas fontes e é dever jurídico originário. Por sua vez, a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da obrigação, portanto, dever jurídico sucessivo. Em regra, o responsável (dever jurídico sucessivo) será aquele que deveria cumprir a obrigação (dever jurídico originário) e não cumpriu. Exatamente por isso que em se tratando de obrigação, embora a responsabilidade sempre exista, ela estará num estado potencial, pois apenas se o devedor deixar de cumprir a obrigação, seja ela contratual ou extracontratual, é que nascerá a responsabilidade.

Quanto ao pagamento, pode ser compreendido como a obrigação principal do contratado em um contrato administrativo, consistindo na entrega da contraprestação devida em virtude do acordo firmado com a Administração, refletindo o cumprimento da obrigação de dar ou fazer, conforme os termos, prazos e condições previamente estipulados no contrato.⁴⁷

Com base nos conceitos apresentados, pode-se interpretar que a responsabilidade emerge apenas no caso de inadimplemento da obrigação por parte do devedor. Assim, no contexto da Administração Pública, na condição de devedora, o adimplemento regular da obrigação de pagamento não caracteriza uma transferência de responsabilidade, mas sim o cumprimento da obrigação pactuada. O pagamento direto, nesse cenário, configura-se como uma medida para facilitar a quitação da dívida, sem alterar as responsabilidades contratuais originalmente atribuídas à contratada principal.

Ademais, é importante reconhecer que a obrigação de pagamento já existia para a Administração em relação à empresa contratada. Assim, caso o cumprimento do objeto do contrato seja realizado por outro sujeito autorizado pela Administração, não se configura uma transferência de responsabilidade, mas sim o cumprimento de uma obrigação, sem alteração na distribuição das responsabilidades entre as partes.

A responsabilidade pelo eventual inadimplemento da obrigação principal permanece integralmente com a contratada originária, que continua vinculada à entrega do objeto contratado nos termos e condições previamente acordados. Nesse contexto, o pagamento direto

⁴⁷ O PAGAMENTO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Âmbito Jurídico – Educação jurídica gratuita e de qualidade, 1 ago. 2011. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/o-pagamento-nos-contratos-administrativos/#:~:text=A%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20principal%20decorrente%20de,previamente%20definido s%2C%20tempo%20e%20modo](https://ambitojuridico.com.br/o-pagamento-nos-contratos-administrativos/#:~:text=A%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20principal%20decorrente%20de,previamente%20definido s%2C%20tempo%20e%20modo.). Acesso em: 28 jan. 2025.

não altera a estrutura jurídica da responsabilidade contratual, limitando-se a um mecanismo de quitação da obrigação.

Ademais, não se vislumbram prejuízos para a Administração nesse arranjo, pelos seguintes motivos: (i) o valor contratado continuará inalterado, representando a continuidade da vantagem para a Administração; (ii) a subcontratada será previamente aprovada pela Administração, demonstrando sua capacidade técnica para executar a parte do escopo contratual delegada a ela; (iii) a efetivação do pagamento direto depende da anuência da Administração, que figura como interveniente anuente no contrato firmado entre a contratada principal e a subcontratada; (iv) caso a Administração deixe de pagar, a subcontratada não terá direito de recorrer à ela, pois a responsabilidade mantém-se inalterada.

Fazendo uma analogia, assim como o banco, enquanto mero meio de pagamento, não poderia ser responsabilizado pelos vícios ou descumprimentos contratuais da empresa fornecedora do serviço, a Administração Pública, ao realizar um pagamento direto à subcontratada, também não assume responsabilidade pelas obrigações ou falhas da contratada principal.

Nesse caso, a Administração, assim como o banco, age apenas como intermediária no fluxo de recursos, transferindo o pagamento conforme o contrato estabelecido, sem alterar a responsabilidade da parte contratante principal. Portanto, a atuação da Administração nesse tipo de arranjo financeiro não implica em responsabilização solidária ou vínculo adicional com a subcontratada. A responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais permanece com a contratada principal, e o pagamento direto é uma forma de facilitar a execução do contrato sem gerar novas responsabilidades para a Administração. Vejamos trecho de jurisprudência que trata sobre o assunto:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. RECURSO INOMINADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VÍCIO DO SERVIÇO. Legitimidade passiva da instituição financeira. Pacote de viagem adquirido virtualmente. Descumprimento na oferta pela agência de viagens. Ausência de vício do serviço da instituição financeira, que serviu como mero meio de pagamento. Inexistência de responsabilidade solidária no presente caso, tendo em conta que a instituição financeira, mero meio de pagamento, não integra a relação de consumo. Sentença reformada, para excluir a condenação com relação à recorrente. Recurso provido. (TJ-SP - Recurso Inominado Cível: 10113794720238260152 Cotia, Relator: Marcos Alexandre Bronzatto Pagan - Colégio Recursal, Data de Julgamento: 19/08/2024, 5ª Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 19/08/2024)⁴⁸

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Inominado Cível nº 1011379-47.2023.8.26.0152, Cotia. Rel. Marcos Alexandre Bronzatto Pagan. Julgado em 19 ago. 2024. 5ª Turma Recursal Cível. Publicado em 19 ago. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=mero+meio+de+pagamento>. Acesso em: 02 ago 2024.

Assim, a interpretação do art. 122 da Lei nº 14.133/21, em conjunto com os princípios que regem a administração pública, pode viabilizar o pagamento direto sem violar o preceito máximo da subcontratação. Esse preceito, que preserva a responsabilidade integral da contratada originária perante a Administração, garante que a subcontratação seja apenas uma delegação parcial e controlada da execução do contrato, mantendo intacta a relação jurídica principal entre a Administração e a contratada originária. Portanto, a prática do pagamento direto pode ser vista como um instrumento de gestão contratual, que otimiza a execução do objeto contratado sem comprometer a essência jurídica e os princípios que orientam a subcontratação.

Essa ideia deve ser analisada à luz dos argumentos apresentados ao longo deste trabalho. Em primeiro lugar, a legislação sempre se mostrou tímida no tratamento da subcontratação, e, embora a Lei nº 14.133/21 tenha ampliado as regras previamente estabelecidas, ela não esgotou as discussões e complexidades que cercam o tema. Em segundo lugar, embora os entendimentos jurisprudenciais predominantes sejam contrários à possibilidade de pagamento direto à subcontratada, algumas experiências práticas em contratos públicos têm demonstrado que essa prática pode ser benéfica e é, nas situações encontradas, autorizada pelas administrações locais.

Ante o exposto, entende-se que os dois aspectos trazidos de modo negativo pela jurisprudência (ausência de legislação específica e configuração de vínculo entre a Administração e a subcontratada) são sanados pelos seguintes motivos:

- Ausência de legislação específica: Este aspecto é superado utilizando o art. 122 da Lei n. 14.133/21, juntamente com os princípios legais e constitucionais da eficiência.
-
- Configuração de vínculo entre a Administração e a subcontratada: a Administração Pública, em qualquer circunstância, tem o dever de remunerar pelos serviços que lhe são prestados. Caso esses serviços sejam executados por um terceiro, o pagamento ainda assim seria efetuado à contratada originária. Nesse contexto, o pagamento direto à subcontratada configura-se apenas como um mecanismo para simplificar as relações e agilizar o processo de pagamento, beneficiando ambas as partes envolvidas.

7.1 Do Procedimento Adequado Para Realizar o Pagamento Direto

Quanto à forma como o pagamento direto deverá ser realizado, são estabelecidos critérios claros e procedimentos bem definidos no aditivo contratual, garantindo que essa

prática não implique em qualquer prejuízo para as partes envolvidas.

Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Alexandre Santos Aragão já haviam destacado que a forma mais segura de viabilizar essa prática consiste em:

- Firmar um contrato de subcontratação em que o órgão público atue como interveniente anuente, incluindo cláusulas que autorizem o pagamento direto à subcontratada. Esse contrato deve também conter disposições que esclareçam que o pagamento direto não gera responsabilidade da Administração em relação à subcontratada, preservando integralmente a responsabilidade da contratada originária perante a Administração;
- Formalização de um termo aditivo prevendo a alteração;
- O envio de nota fiscal e comprovação de realização dos serviços pela subcontratada ao órgão, ou a substituição do número da conta corrente da contratada originária para o número da conta corrente do subcontratado.

Feito isso, a Administração seguirá o curso legal, produção do empenho e liquidação, cumprindo os requisitos do art. 63 da Lei n. 4.320/64.

Considerando os critérios anteriormente expostos, outra medida juridicamente viável consiste em, após a contratada originária avaliar a execução das atividades realizadas pela subcontratada, com a aprovação da Administração Pública, a subcontratada poderá encaminhar ao órgão apenas a nota fiscal emitida em seu nome, contendo os valores medidos e aprovados, constando na observação da nota fiscal os números do contrato originário, do contrato de subcontratação e das medições já aprovada. Todo esse procedimento deve ser feito com a anuência e controle da contratada originária.

Nos estudos apresentados pelos autores já citados, de um lado houve a indicação de que o subcontratado deveria enviar à Administração nota fiscal e comprovante de medição e do outro, houve a ideia de que só a substituição da conta do contratado originário para o da subcontratada já era juridicamente possível.

Já no arranjo proposto, a Administração ficará incumbida apenas de realizar o pagamento da nota fiscal enviada. Dessa forma, o dever da contratada originária de avaliar os serviços prestados pela subcontratada e se o pagamento foi realizado mantém, e o único vínculo direto com a Administração seria para o pagamento dos valores devidos, os quais, cabe ressaltar, seriam de qualquer forma repassados à contratada originária.

8 CONCLUSÃO

A presente pesquisa investigou a viabilidade jurídica do pagamento direto pela Administração Pública às subcontratadas em contratos administrativos, um tema que, embora tenha sido pouco explorado no Direito Administrativo brasileiro, revela-se crucial para a modernização da gestão pública. Por meio de uma análise teórica e prática, foram abordadas a evolução normativa, as interpretações jurisprudenciais e as lacunas legislativas que permeiam essa questão.

Constatou-se que a subcontratação é uma ferramenta fundamental para a execução de contratos complexos, proporcionando a flexibilidade necessária para atender às demandas do serviço público sem comprometer os princípios que regem as licitações públicas. No entanto, as restrições impostas por decisões judiciais dificultam a implementação do pagamento direto às subcontratadas, um dos mecanismos que facilita a prática dos contratos e não infringe o ordenamento jurídico pátrio, criando desafios tanto, na prática, quanto na esfera jurídica. Contudo, torna-se imprescindível promover uma interpretação mais ampla e adaptativa da legislação, com ênfase no artigo 122 da Lei n. 14.133/21. Embora esse artigo não aborde diretamente o pagamento direto, ele permite a subcontratação de partes do objeto contratado, desde que devidamente previsto no edital e no contrato e que se respeitem as responsabilidades da contratada principal.

Demonstrou-se no texto que o princípio da legalidade, estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal, é essencial para a administração pública, que deve agir dentro dos limites legais. No entanto, a doutrina atual destaca a necessidade de analisar esse princípio em conjunto com o princípio da juridicidade, que abrange não apenas a observância da lei, mas também os princípios constitucionais e o contexto jurídico mais amplo. A Administração deve buscar decisões que respeitem a Constituição e estejam alinhadas aos valores fundamentais do ordenamento jurídico e às demandas sociais.

Considerando esse entendimento, a fim de levar a Administração a realizar atos que permitem a eficiência das suas relações com os privados, é crucial ir fundo nos conceitos que acompanham a impossibilidade de pagamento direto na subcontratação. Primeiro, tem-se que a interpretação ao art. 122 da Lei n.14.133/21 “Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra”, o legislador estaria reforçando que o contratado principal permanece sendo o responsável pelas obrigações contratuais perante a Administração Pública, mesmo ao subcontratar partes da obra. Isso indica que a subcontratação não deve desvirtuar a relação contratual original, e o contratado

principal deve garantir que todos os serviços sejam realizados conforme os termos do contrato.

A análise dos conceitos de pagamento e responsabilidade mostrou-se crucial para determinar se a realização de pagamento direto pela Administração implica uma transferência de responsabilidade. Como visto, o pagamento é o reflexo de uma obrigação previamente assumida pela Administração. Já a responsabilidade é um vínculo jurídico que decorre do não cumprimento das obrigações assumidas. Nesse contexto, quando a Administração paga diretamente, ela está realizando uma obrigação contratual e não assumindo responsabilidades. No caso de inadimplemento, a contratada permanecerá com o dever de responder perante a subcontratada.

Nesse contexto, conforme já havia estudado Carlos Pinto Coelho Motta, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Alexandre Santos Aragão, a forma mais segura de viabilizar essa prática consiste em firmar um contrato de subcontratação em que o órgão público atue como interveniente anuente, incluindo cláusulas que autorizem o pagamento direto à subcontratada. Esse contrato deve também conter disposições que esclareçam que o pagamento direto não gera responsabilidade da administração em relação à subcontratada, preservando integralmente a responsabilidade da contratada originária perante a administração. Além disso, é fundamental a formalização de um termo aditivo prevendo a alteração necessária para a implementação dessa prática. Por fim, deve-se assegurar o envio de nota fiscal e comprovação de realização dos serviços pela subcontratada ao órgão. Essas medidas asseguram que a prática do pagamento direto ocorra de forma legal e eficiente, respeitando as responsabilidades contratuais e promovendo a boa gestão dos recursos públicos.

9 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Possibilidade de faturamento direto entre sociedade de economia mista e empresa subcontratada sem alteração da responsabilidade da empreiteira principal.** In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, Edição especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, 2014.

BRASIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Parecer nº 20.671/24, NUP 00100.000221/2024-35, PROA 22/1166-0000201-5**, Assessoria Jurídica e Legislativa. Autora: Fernanda Foernges Mentz. Aprovado em: 06 jun. 2024. Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa20671.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. **Dispõe sobre normas gerais para a licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12232.htm. Acesso em: 02 ago 2024.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Brasília, DF: Presidência da República [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. **DECRETO Nº 2.926, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1862.** Regulamenta disposições relativas ao direito público. Brasília, DF: Presidência da República [1862]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1862-2926.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **DECRETO Nº 4.536, DE 3 DE ABRIL DE 1922.** Regulamenta o funcionamento de diversos serviços públicos. Brasília, DF: Presidência da República [1922]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1922-4536.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967.** Organiza a Administração Federal. Brasília, DF: Presidência da República [1967]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1967-0200.htm. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.300, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1986**. Dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Brasília, DF: Presidência da República [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1986-2300.htm. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 4.320, DE 17 DE MARÇO DE 1964**. Estabelece normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002**. Institui a modalidade de licitação denominada pregão. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF: Presidência da República [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011**. Cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Brasília, DF: Presidência da República [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2011/l12462.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016**. Dispõe sobre o estatuto das empresas estatais. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2016/l13303.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021**. Institui normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2021/14133.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 024.439/2012-6**, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://bhaz.com.br/wp-content/uploads/2016/09/TCU-MARGARIDA-2.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2024.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 282/2007, Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos**, rel. Min. Marcos Vinícius Villaça, Brasília, DF, 097 mar. 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 07 mar. 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-28057/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 375/2002**, Brasília, DF, 2002. Diário Oficial da União, 26 abr. 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 448/2002, obras da BR 235**, rel. Min. Adylson Motta, Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-13560/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 502/2008**, representação de Agroservice Empreiteira Agrícola Ltda, rel. Min. Benjamin Zymler, Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-35413/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 10 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 720/2018**, Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1707971/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.404/2011**, da 1ª Câmara, rel. Min. Ubiratan Aguiar, Brasília, DF, 01 mar. 2011. Diário Oficial da União, Brasília, 01 mar. 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1404/NUMACORDAOINT%20asc/0.

completo/1.404%252F2011

/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3

Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3.144/2011**, Min. Relator Waltor Alencar Rodrigues – Plenário. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3144%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 02 dez 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 14.193/2018**, da Primeira Câmara, rel. Weder de Oliveira. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2298873/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1595/2005**, Petrobrás, rel. Min. Guilherme Palmeira, Brasília, DF, 05 out. 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 2005. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-22826/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 26 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível: nº 0010223-57.2011.8.07.0001**. Rel. Des. Fátima Rafael. Julgado em 06 jun. 2018. 3ª Turma Cível. Publicado no DJE em 20 jun. 2018, p. 285-288. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/592013847>. Acesso em: 02 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG). **Apelação Cível: nº 10393160005541-001**, Município de Manga, Rel. Des. Carlos Levenhagen. 5ª Câmara Cível, julgado em 05 ago. 2021, publicado em 09 ago. 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0393.16.0005541%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 02 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC). **Agravo de Instrumento nº 5018411-65.2020.8.24.0000**, Relator: Luiz Fernando Boller. 1ª Câmara de Direito Público, 13 out. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/945773922>. Acesso em: 2 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Inominado Cível nº 1011379-47.2023.8.26.0152**, Cotia. Rel. Marcos Alexandre Bronzatto Pagan. Julgado em 19 ago. 2024. 5ª Turma Recursal Cível. Publicado em 19 ago. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=mero+meio+de+pagamento>. Acesso em: 02 ago 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado no DJe nº 095, de 18 maio 2022. Disponível em: <https://jurishand.com/jurisprudencia-stf-2946-de-18-maio-2022>. Acesso em: 10 ago 2024.

CECCONI, Egle. **Obrigação e responsabilidade civil**. Migalhas, quarta-feira, 10 mai. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/386267/obrigacao-e-responsabilidade-civil>. Acesso em: 18 nov. 2024.

DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A. e Construtora OAS S/A. **Contrato nº 4349/13**, 7 fev. 2013. Objeto: execução das obras e serviços de implantação do Lote 02 do Rodoanel Mano Covas, Trecho Norte, extensão 4,8 km, entre as estacas 10.321+0,00 e 10.565+0,00. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2017/08/Acessorio/1000055003_1000093373_Acessorio.pdf. Acesso em 29 ago. 2024.

DJALBA, Lima. **Primeira norma de licitações foi editada no Império**. Senado Notícias. 1964 to Federal, 10 jul. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>. Acesso em: 16 dez. 2024.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 14º ed., Dialética: São Paulo, 2010, p. 825.

FURTADO, R. M. Introdução à Lei 14.133/2021: **o novo marco legal das contratações públicas**. ONLL, 26 ago. 2022. Disponível em:

<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/08/26/introducao-a-lei-14-133-2021-o-novo-marco-legal-das-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 02 out. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos Lei 8.666/1993**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. p. 1387.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 948.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo e LOUREIRO, Caio de Souza. **O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 4, n. 23, p. 43-58, 2016Tradução. Acesso em: 02 jan. 2025.

MONTE SANTO, Rogério. **O Princípio da Juridicidade como Parâmetro do Ato Administrativo**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro MPRJ e UERJ assinam convênio para a realização de pesquisas. Ministério (EMERJ), Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <
https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/revistas/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/RogérioMonteSanto.pdf > Acesso em: 5 de set. 2024.

MOREIRA, Egon Bockmann. **A concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Edição Especial, 2012, p. 100 a 112.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Possibilidades de transferência a terceiro de contrato público: limites da sub-rogação e subcontratação. A hipótese do pagamento direto da Administração às empresas subcontratadas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, nov./dez./jan, 2011. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com/revis ta/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-CARLOS->

MOTTA-ALECIA-BICALHO.pdf. Acesso em: 2 jan. 2025.

OLIVEIRA, André Furtado de. **Considerações iniciais acerca da construção unitária da teoria geral do subcontrato**. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, n. 967, maio 2016. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2024.

O PAGAMENTO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Âmbito Jurídico – 1 ago. 2011. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/o-pagamento-nos-contratos-administrativos/](https://ambitojuridico.com.br/o-pagamento-nos-contratos-administrativos/#:~:text=A%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20principal%20decorrente%20de,previamente%20definidos%2C%20tempo%20e%20modo)
#:~:text=A%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20principal%20decorrente%20de,previamente%20definidos%2C%20tempo%20e%20modo. Acesso em: 28 jan. 2025.

PARAÍBA. Superintendência de Obras do Plano de Desenvolvimento da Paraíba (SUPLAN). **Contrato nº 039346**: Construção da Nova Escola Prof. Maciel, com 10 salas de aula, auditório de 120 lugares e reforma do ginásio do município de Itabaiana/PB. Contratada: Comtérmica Comercial Térmica LTDA. Disponível em <https://auniao.pb.gov.br/servicos/arquivo-digital/doe/2017/agosto/diario-oficial-11-08-2017.pdf>. Acesso em 02 jan. 2025.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 1265 p. ISBN 978-85-7147-635-6 (enc.).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.284. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/>. Acesso em: 23 dez. 2024.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. p. 56.

RIGOLIN, Ivan Barbosa Marco; BOTTINO, Tullio. **Manual prático das licitações: lei n. 8.666, de 21 jun. 1993**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Lei nº 14.133/2021: **possibilidade de subcontratar parcelas**

de maior relevância ou de valor significativo do objeto da licitação. Blog Zenite, 01 fev. 2023. Disponível em: <https://zenite.blog.br/lei-no-14-133-2021-possibilidade-de-subcontratar-parcelasde-maior-relevancia-ou-de-valor-significativo-do-objeto-da-licitacao/>. Acesso em 03 de setembro de 2024.

SOUZA, Danilo. **A possibilidade de pagamento direto da Administração Pública às empresas subcontratadas e a responsabilidade da contratada principal.** Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 279, p. 122-134, mar. 2020.