

## O PRINCÍPIO DA LIVRE SUBCONTRATAÇÃO: UMA INTERPRETAÇÃO DO ART. 122, DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES, À LUZ DA ADMINISTRAÇÃO POR RESULTADOS

Resumo: O presente artigo busca analisar os contornos e a interpretação possível do art. 122, da Lei nº 14.133/2021 (“Lei de Licitações”), que disciplina a subcontratação de obras, serviços e fornecimentos, sob a ótica da eficiência e da administração por resultados. O objetivo é entender se é possível extrair de uma interpretação sistêmica do artigo uma diretriz geral de liberdade de subcontratação, funcionando como um genuíno princípio jurídico. O presente trabalho será desenvolvido sob uma abordagem qualitativa, de forma analítica e teórica, buscando elementos em pesquisas bibliográficas e documentais pertinentes ao tema, inclusive no direito comparado francês e europeu.

Palavras-chaves: CONTRATOS PÚBLICOS. SUBCONTRATAÇÃO. EFICIÊNCIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO POR RESULTADOS.

Abstract: This article seeks to analyze the article 122 of Law No. 14.133/2021, which regulates the subcontracting of works, services and supplies, from the perspective of efficiency and administration by results. The objective is to understand whether it is possible to extract from a systemic interpretation of the article a general guideline of freedom of subcontracting, functioning as a genuine legal principle. The work will be developed qualitatively, analytically and theoretically, seeking elements in bibliographic and documentary research presented, including French and European comparative law.

Key-word: PUBLIC CONTRACTS. SUBCONTRACTING. OUTSOURCING. EFFICIENCY. ADMINISTRATION BY RESULTS.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo busca analisar os contornos e a interpretação possível do art. 122, da Lei nº 14.133/2021 (“Lei de Licitações”), que disciplina a subcontratação de obras, serviços e fornecimentos, sob a ótica da eficiência e da administração por resultados. No contexto de mudança regulatória da Nova Lei e, possivelmente, de visão sobre o funcionamento da burocracia, há muitas questões que surgem a respeito da nova legislação. Uma delas, de caráter especialmente relevante, diz respeito aos contornos jurídicos da subcontratação e por quais motivos se poderia limitar ou vedar a sua realização.

A hipótese que se coloca é que a subcontratação representa, para a contratada principal, a mera terceirização de suas atividades, e que, por isso, o art. 122, da Lei de Licitações, deve ser interpretado de forma sistêmica para que se admita a livre subcontratação, funcionando como um genuíno princípio jurídico. Ainda, os eventuais riscos e incertezas decorrentes da subcontratação podem ser combatidos por mecanismos legal e contratualmente estabelecidos. O trabalho é desenvolvido sob uma abordagem qualitativa, de forma analítica e teórica, buscando elementos em pesquisas bibliográficas e documentais pertinentes ao tema, inclusive no direito comparado francês e europeu.

Para tanto, a primeira parte é dedicada à análise de duas premissas para a livre subcontratação: (i) a ampla possibilidade de terceirizações, seja nas atividades meio, seja nas atividades fim; e (ii) a falsa ideia de que os contratos administrativos são necessariamente celebrados *intuitu personae*, remontando às origens do instituto e à sua *raison d’être*.

Na segunda parte do trabalho, aborda-se o instituto da subcontratação, *primeiro*, pela sua origem histórica e conceito, *segundo*, pela sua previsão normativa na antiga lei de licitações (Lei nº 8.666/93) e respectiva aplicação prática.

Na parte final, será desenvolvida (i) a nova interpretação que se entende deva ser conferida ao instituto, com os vetores interpretativos da Nova Lei de licitações, bem como serão enfrentados (ii) os riscos e as incertezas decorrentes da subcontratação, com seus remendos conferidos em lei.

## **2. O MERCADO PÚBLICO DE CONTRATAÇÕES: ENTRE INOVAÇÕES E DOGMAS**

### **2.1. A terceirização como técnica gerencial voltada à eficiência**

Antes de adentrar, especificamente, o mercado que se gera em torno de uma contratação pública, vale tecer algumas considerações acerca das terceirizações como um todo. A juridicidade das terceirizações reveste um inegável viés ideológico, mas a turva dicotomia entre atividades fim ou meio sempre causou controvérsia jurídica, seja na iniciativa privada, seja no Estado<sup>1</sup>.

A terceirização (*outsourcing*) ou modelo de desintegração vertical é a externalização de atividades tradicionalmente realizadas dentro de uma empresa à terceira pessoa<sup>2</sup>. A terceirização integra a prática e a literatura econômica e jurídica há muitos anos, mas a propensão cresce no ensejo de tendências globalizantes do mercado econômico, em sintonia com os avanços da Quarta Revolução ou Indústria 4.0. O que impulsiona o mercado é a busca por modelos organizacionais menos custosos e que geram mais *performance* econômica, maximizando o bem-estar material de todos<sup>3</sup>.

Para Flávio Amaral Garcia, “[a] Terceirização consiste na técnica empresarial conhecida pela contratação dos serviços desempenhados por empresas especializadas, permitindo, deste modo, que a tomadora dos serviços se concentre na sua principal

---

<sup>1</sup> VORONOFF, Alice; MAURITY, Soraya Noura y. *Terceirização e responsabilidade subsidiária do Estado Os efeitos negativos de um ‘minimalismo’ judicial enviesado*. In Jota. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/terceirizacao-e-responsabilidade-subsidiaria-do-estado-17032019>. Acesso em 12/07/2022

<sup>2</sup> SEN, Falguni. & SHIEL, Michael. (2006). From business process outsourcing (BPO) to knowledge process outsourcing (KPO): Some issues. *Human Systems Management* 25 (2006). P. 145–155.

<sup>3</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, foram listados alguns dos benefícios que o instituto pode gerar, no ponto 5 da Ementa do julgado: “5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.”. Também, na conceituada revista “Forbes Techonoly Council”, foi publicado um artigo, no ano de 2021, elencando seis motivos pelos quais a terceirização (*outsourcing*) pode beneficiar um negócio. Dentre as razões, encontram-se: (i) crescimento mais célere da empresa; (ii) ganho em flexibilidade; (iii) se beneficiar de maiores talentos em áreas específicas; (iv) manter o foco da empresa; (v) aumentar a lealdade à companhia; e (vi) atender às exigências de *compliance*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2021/05/14/six-reasons-outsourcing-could-benefit-your-business/?sh=56f746e64a23>. Acesso em 12/07/2022.

vocação”<sup>4</sup>. Assim, para o autor, a terceirização anda em paralelo a um paradigma de eficiência, em vista a obter maior qualidade e produtividade.

O exemplo mais citado na terceirização é o setor automotivo. Já em 1923, Henry Ford, cujo legado no modo de produção em massa e gestão revolucionou, à época, o setor, teria pronunciado as seguintes palavras: “*If there is a thing that we cannot do more efficiently, cheaper or better than a competition, there is no point in doing it further – we should hire the one who does it better than we do*”<sup>5</sup>. O setor também é reportado por contabilizar *montadoras*<sup>6</sup>. Ou seja, cada vez mais as empresas terceirizam a maior parte da produção de seus componentes e um maior número de atividades nas cadeias de suprimentos, para se dedicarem, exclusivamente, à montagem e entrega do produto final. Outras empresas se especializaram em serem meras *intermediadoras*, muito comum nas vendas feitas pela internet.

No plano jurídico, até a entrada em vigor da “lei de terceirização”, Lei nº 13.429/17, não havia, no Brasil, lei específica sobre a matéria. Existiam algumas normas esparsas sobre terceirização de atividades-meio ou intermediação de mão de obra, como o Decreto-Lei nº 200/67, art. 10, § 7º; Lei nº 5.645/70, art. 3º, § único e Decreto nº 2.271/97; a lei nº 6.019/74, ao dispor acerca do Trabalho Temporário; e a Lei nº 7.102/83. Diante da lacuna legislativa, o Tribunal Superior do Trabalho balizou os contornos do tema por meio do Enunciado 256<sup>7</sup>, publicado em outubro de 1986, e por meio do famigerado Enunciado nº 331<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> GARCIA, Flávia Amaral. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos de polêmicas*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p 489.

<sup>5</sup> “*Se há algo que não podemos fazer com mais eficiência, mais barato ou melhor do que a concorrência, aí não adianta ir além – devemos contratar aquele que faz melhor do que nós.*” (tradução livre)

<sup>6</sup> CERRA, Aline Lamon; MAIA, Jonas Lúcio; ALVES FILHO, Alceu Gomes; NOGUEIRA, Edemilson. *Cadeias de suprimentos de montadoras dos setores automobilístico e de linha branca – Uma análise comparativa por meio de estudos de caso*. In Gest. Prod., São Carlos, v. 21, n. 3, p. 635-647, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gp/a/BYTzT3MTRqtKzDHVBYtqVtJ/?lang=pt>. Acesso em 12/07/2022.

<sup>7</sup> SÚMULA Nº 256 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE: Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. *Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*

<sup>8</sup> Súmula nº 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

Os enunciados culminaram em duas principais frentes de debates no universo jurídico. A licitude da terceirização de atividade *fim*, de um lado, e a eventual *responsabilidade subsidiária* dos entes públicos, *de outro lado*, em razão da incongruência entre a redação dada ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93<sup>9</sup> e o Enunciado nº 331, V, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Este ponto foi objeto do *novo*<sup>10</sup> julgamento por meio Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, com Repercussão Geral reconhecida, e resultou em *nova* redação conferida pela Lei nº 14.133/2021, no art. 121<sup>11</sup>.

Quanto à terceirização de *atividades fim*, cuja estremação com *atividades meio* já sofria crítica<sup>12</sup>, a Lei nº 13.429/2017, alterou dispositivos da Lei nº 6.019/1974 e dispôs

---

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

<sup>9</sup> Art. 71, § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

<sup>10</sup> “Novo”, porque o primeiro julgamento ocorreu na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, proposta em 2007, pelo Governador do Distrito Federal e julgada em novembro de 2010, no qual já havia se declarado a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, mas cuja interpretação e aplicação pelos Tribunais do Trabalho tornaram a redação da lei letra morta.

<sup>11</sup> A redação dada pela Lei nº 14.133/2021 tentou pacificar a questão ao estabelecer, no art. 122, § 2º, a responsabilidade subsidiária do ente contratante comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. Contudo, não especificou a quem caberia esse ônus probatório, afastando a oportunidade de sedimentar um entendimento estável sobre o tema, cuja incerteza resvala na própria compreensão do instituto da responsabilidade subsidiária.

“Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

(...)

<sup>12</sup> Neste sentido, ver: GARCIA, Flávio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública*. In. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (vol. 65), 2010. p. 95 a 114. Vale notar, contudo, que alguns autores ainda abordam a distinção. Para Maurício Godinho, “A dualidade atividades-meio versus atividades-fim já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 1980 e 90, por influência dos dois antigos diplomas legais dirigidos à Administração Pública e da nova direção constitucional emergente, como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização por além dos estritos limites colocados pela antiga Súmula 256 do TST. A Súmula 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico. Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam

sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. No ensejo, viabilizou, expressa e enfaticamente, a transferência das atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadoras de serviços especializados, a consagrar, portanto, a terceirização de forma ampla.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da referida lei na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324<sup>13</sup>, em acórdão publicado em 06/09/2019, e no Recurso Extraordinário (RE) 958.252<sup>14</sup>, em acórdão publicado poucos dias depois, entendeu pela plena *constitucionalidade* da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim. O

---

*ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.). Em síntese, considerada a autorização restritiva que a ordem jurídica, inclusive constitucional, confere à terceirização — mantendo-a como prática excetiva —, as atividades-meio têm de ser conceituadas também restritivamente. “Consistem, dessa maneira, nas atividades meramente instrumentais, acessórias, circunstanciais ou periféricas à estrutura, à dinâmica e aos objetivos da entidade tomadora de serviços.” DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores - Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019. P. 564-565.*

<sup>13</sup> A tese firmada foi a seguinte: “I - É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; II - A terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”

<sup>14</sup> Ementa: (...) SÚMULA 331 TST. PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO. EXAME DOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE FRAGILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SINDICAIS. DIVISÃO ENTRE “ATIVIDADE-FIM” E “ATIVIDADE-MEIO” IMPRECISA, ARTIFICIAL E INCOMPATÍVEL COM A ECONOMIA MODERNA. CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170). CIÊNCIAS ECONÔMICAS E TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO. PROFUSA LITERATURA SOBRE OS EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS POR CADA EMPRESA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS QUE CONTRATAREM. EFEITOS PRÁTICOS DA TERCEIRIZAÇÃO. PESQUISAS EMPÍRICAS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA CIENTÍFICA. ESTUDOS DEMONSTRANDO EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO QUANTO A EMPREGO, SALÁRIOS, TURNOVER E CRESCIMENTO ECONÔMICO. INSUBSISTÊNCIA DAS PREMISSAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I, III, IV E VI DA SÚMULA 331 DO TST. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

racional é claro. A Constituição ampara a liberdade contratual<sup>15</sup> (art. 5º, II, da Constituição da República - CRFB/88), a livre iniciativa e a livre concorrência (ou liberdade de desenho empresarial, consagrada nos arts. 1º, IV e 170, da CRFB/88), os quais asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular as estratégias negociais que lhes induzam a maior eficiência e competitividade no mercado. Assim sendo, não poderia o Estado impor uma taxinomia imprecisa, artificial e incompatível com a economia moderna, ao pretexto de inibir uma teórica precarização do trabalho.

Na Administração Pública, contudo, a liberdade não é tão ampla. A terceirização, para Marcos Juruena, envolveria uma “*atividade-meio do Estado, isto é, atividades instrumentais da Administração para realização de seus fins, caracterizando-se pela contratação de serviços*”<sup>16</sup>. A Nova Lei de Licitação foi um pouco mais prolixa na descrição e abarcou, além das atividades instrumentais, dois outros conceitos jurídicos indeterminados, bastante semelhantes: as atividades *acessórias e complementares*<sup>17</sup> aos assuntos de competência do Poder Público.

Para conferir maior densidade normativa ao que poderia ser terceirizável na Administração Pública, a União já havia editado o Decreto nº 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. No âmbito de outros Estados e Municípios não houve regulamentação própria. As dúvidas, contudo, pairam no dia a dia da Administração.

Algo é certo. As *terceirizações* não podem vir a configurar mera *intermediação de mão de obra*. Esta preocupação é afeta ao mercado público (art. 48, inciso III<sup>18</sup>, da Lei nº 14.133/2021) e privado de contratações (art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT). Todavia, não há, na legislação ou na jurisprudência, construção de parâmetros

---

<sup>15</sup> Segundo Fernando Menezes Dias Almeida, a liberdade contratual é a liberdade de contratar ou não, de fixar conteúdo do contrato, determinando cláusulas, de escolher com quem e sob que forma. A liberdade contratual, para o autor, é reduzido na Administração Pública (adstritas às formas estabelecidas em lei). No conteúdo, é preponderante da Administração (semelhante aos contratos de adesão). ALMEIDA, Fernando Menezes Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 74; 81.

<sup>16</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações* / Marcos Juruena Villela Souto. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. p.13-14.

<sup>17</sup> “Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado: (...)”

<sup>18</sup> “III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;”

para estremar de antemão – isto é, por uma análise prévia e em tese – a *terceirização* de serviços da *intermediação de mão de obra*<sup>19</sup>.

Alguns critérios são previamente verificáveis na área pública. A contratação pretendida não pode ambicionar fazer via substitutiva do regramento constitucional do concurso público<sup>20</sup>. Alia-se a isso, também na iniciativa privada, que os contratos de trabalho decorrentes da terceirização de serviços não podem se revestir das características de personalidade e subordinação direta com o tomador de serviços (art. 3º, da CLT) e/ou se voltar à entrega de pessoal<sup>21</sup>.

De toda sorte, desde a Lei nº 13.429/2017 e dos julgados do STF (ADPF nº 329 e RE nº 958.252-MG), a terceirização é amplamente aceita no mercado privado. Em nome da eficiência e da livre iniciativa, as relações jurídicas passaram a permitir a figura da terceirização em absolutamente todas as cadeias de produção, com a chancela do Congresso e do Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, merece ser analisada como essa ampla permissibilidade tem se exercido no cerne do mercado que se gera em torno de uma contratação pública, e especificamente, em relação às subcontratações. É dizer, como a Administração pode buscar o melhor *resultado* de contratação diante desse arcabouço jurídico e econômico. Mas antes disso, vale enfrentar o primeiro dogma da natureza personalíssima, ou não, dos contratos administrativos.

## **2.2. A progressiva superação do dogma do *intuitu personae* nas contratações públicas**

---

<sup>19</sup> Com efeito, não há como se afirmar e atestar prévia e indubitavelmente, pela mera leitura das prescrições técnicas e da necessidade da demanda, se a contratação irá se materializar como prestação de serviços ou como locação de mão de obra. Em arremate, o art. 20, cabeçalho, da LINDB, introduzido pela lei nº 13.655/2018, chamada de Lei da Segurança para a Inovação Pública, dispõe que “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*”

<sup>20</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial* – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 329.

<sup>21</sup> Para Maurício Godinho, “*Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas [da Súmula 331], que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro (ressalvado o debate sobre a constitucionalidade ou não do manejo da terceirização nas atividades-fim), para a Súmula n. 331 não se consideram válidos contratos de terceirização mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida*”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores* - Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.p. 566.



Para uma parte da doutrina, tem se repetido que uma das características fundamentais do contrato administrativo seria o seu caráter pessoal, personalíssimo ou *intuitus personae*<sup>22</sup>. A Administração Pública estaria vinculada à pessoa do contratado e não à proposta oferecida. Em razão disso, a cessão e a subcontratação feriram a própria *raison d'être* dos contratos públicos. Remontando às origens das contratações públicas, será que o dogma do caráter pessoal se sustenta?

A expressão “*intuitus personae*” significa, literalmente, “a contemplação, consideração da pessoa”<sup>23</sup>. De forma clássica, o *intuitus personae* se refere a um contrato celebrado em consideração à pessoa do contratada<sup>24</sup>. Ao contrário, um contrato não será *intuitu personae* quando, para as partes, for irrelevante as condições pessoais da contratante. Mas a noção de *intuitus personae* é falsamente clara e precisa, causando dúvidas nas relações jurídicas de direito privado – como nos casos de depósito temporário, de contrato de comissão, de mandato quando envolver auxiliares ou ajudantes etc.<sup>25</sup> –, como também no mercado público de contratações.

A ambiguidade, contudo, é mais profunda. No berço do direito administrativo francês, na França, as licitações são diferenciadas em dois subgrupos<sup>26</sup>. A despeito da modelagem normativa ser bastante diferente e de difícil tradução, pode-se entender, a

---

<sup>22</sup> Para Hely Lopes Meirelles, o “*contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. (...) é intuitu personae porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a substituição por outrem ou a transferência do ajuste*”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro* / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. – 42. ed. / atual. Até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo : Malheiros, 2016. p. 240. Na mesma linha, para Maria Zanella Di Pietro: “*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.*” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 589-590.

Nesse sentido, vale colacionar também julgado do Superior Tribunal de Justiça, no v: “ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSOS DE FINANCIAMENTO. INTERMEDIACÃO PELO PRÓPRIO CONTRATADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 7º, §§ 2º, I, II E 3º, DA LEI 8.666/93. CESSÃO PARCIAL DO CONTRATO. LEGALIDADE. ART. 72, DA LEI DE LICITAÇÕES. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LOCUPLETAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. A parcial cessão do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei 8.666/93, não constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza *intuitu personae* dos contratos.”

<sup>23</sup> VALLEUR, Francis. *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938, p. 7, nº 1.

<sup>24</sup> Para Orlando Gomes, reputam-se pessoais ou *intuitu personae* os negócios em que a pessoa do outro contratante é elemento determinante para a celebração do negócio, em oposição aos contratos impessoais, indiferentes à pessoa titular de cada posição contratual. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 26ª ed. 2009.

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mária da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. III. Contratos*. 1ª Edição Eletrônica. 2003. Versão E-book. p.227, 246, 255.

<sup>26</sup> Poderia também se incluir os convênios ou parcerias entre pessoas públicas e privadas.

*grosso modo*, que, *hoje*, a noção de “*commande publique*”<sup>27</sup>, o gênero, abarca as espécies “*marchés publics*”<sup>28</sup> (que seria, *mutatis mutandis*, o mais próximo das licitações de atividades instrumentais, complementares ou acessórias, previstas na Lei nº 8.666/93 ou Lei nº 14.133/2021) e de “*concession*”, de obras, serviços públicos e outras atividades remuneradas por tarifa e preço público, sob responsabilidade do concessionário (que seria o mais próximo das concessões públicas<sup>29</sup> da Lei Geral de Concessões de nº 8.987/95)<sup>30</sup>.

A característica *intuitu personae* marcava, historicamente<sup>31</sup>, a celebração das antigas “*délégation de service public*”<sup>32</sup> (e não de “*marché public*”). Isso porque, as seleções feitas pela Administração Pública francesa para a execução ou delegação de serviços públicos não eram precedidas de um procedimento prévio e objetivo da proposta, mas relegada à escolha discricionária e liberdade contratual da Administração<sup>33</sup>, cujo liame era marcado por aspectos exclusivamente subjetivos do contratado. A competitividade e a concorrência não faziam parte do patrimônio genético da concessão à francesa<sup>34</sup>.

Todavia, em resposta aos escândalos de corrupção e às necessidades de atender aos princípios da transparência, da isonomia e às orientações da União Europeia sobre concorrência no mercado, foi publicada, em 1993 (coincidentalmente, no mesmo ano que

---

<sup>27</sup> BACONNIER, Stéphane. *Précis du droit de la commande publique: Marchés publics - Concessions Broché* – Livre grand format, 9 octobre 2019. 6ème Édition. Editeur : Le Moniteur.

<sup>28</sup> Para o art. 1º do Código dos “Marchés publics”: “*article 1er du Code des Marchés Publics ils sont « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leur besoin en matière de travaux de fourniture ou de service. »*

<sup>29</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Capítulo 4).

<sup>30</sup> A despeito da aproximação conceitual e procedimental, a directive nº 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014 reforça que as concessões mantêm características próprias.

<sup>31</sup> GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Montchrestien, 4ème éd. 2011, p. 455-460.

<sup>32</sup> Hoje, incluído contratos de concessão de serviço público. BACONNIER, Stéphane. *Précis du droit de la commande publique: Marchés publics - Concessions Broché* – Livre grand format, 9 octobre 2019. 6ème Édition. Editeur : Le Moniteur.

<sup>33</sup> Dois exemplos históricos marcaram o enquadramento jurídico de delegações de serviços públicos como contratos administrativos. O primeiro. No acórdão do Conselho de Estado (CE), de 04 de março de 1910, “Sieur Thérond”. Em Montpellier, a municipalidade celebrou um contrato com o Senhor Thérond para o represamento de cachorros errantes e remoção dos bichos mortos. A atividade foi considerada de serviço público. No acórdão do Conselho de Estado de 20 de abril de 1956, « Époux Berdin », o Ministério dos antigos combatentes contratou verbalmente o casal para cuidar e alimentar os prisioneiros de guerra e russos. No caso, foi pleiteado um reequilíbrio econômico em razão do aumento dos custos dos alimentos. A atividade foi considerada serviço público.

<sup>34</sup> AKOKA, Fanette. Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique. LPA 02 sep. 2019, nº 147f3, p.9. Disponível em: <https://www.actu-juridique.fr/administratif/le-contrat-de-concession-dans-le-patrimoine-genetique-de-la-commande-publique/#>. Acesso em 13/07/2022. Ver também: ALIBERT, Thierry. “*L’intuitus personae*” dans la concession de service public : un principe en mutation ?, La Revue administrative, 1 novembre 1990, vol. 43, nº 258, p. 507-512: ”Appliqué aux contrats de concession, l’intuitu personae désigne le pouvoir discrétionnaire dont dispose le concédant pour choisir son concessionnaire sans aucune mise en concurrence préalable des candidats”.

a Lei nº 8.666), a “*Loi Sapin*”<sup>35</sup>, que deu o pontapé inicial para revirar discussões acerca do sentido e alcance dessa característica histórica. Mas, ainda em 15 de abril de 1996, o Conselho de Estado Francês sedimentava<sup>36</sup>, em sua jurisprudência, que um dos elementos identificadores de uma *delegação de serviço público* seria a escolha *intuitu personae* do delegatário, isto é, uma escolha feita em plena liberdade pela pessoa pública.

Mais tarde, o art. L3124-1 do Código da “*Commande Publique*”<sup>37</sup> positivou a fase de negociação nas concessões públicas, afracando mais ainda a característica *intuitu personae* nesses contratos, já que a procedimentalização da escolha se tornava elemento de validade da contratação. Alia-se a isso um movimento de unificação pelo direito europeu dos procedimentos de “*concession*” e de “*marché public*”, em vista a ampliar a livre concorrência, a suplantando, aos poucos, essa diferenciação histórica entre os dois institutos.

Desses movimentos normativos resultou que parte da doutrina francesa entende a característica *intuitus personae* em via de extinção<sup>38</sup>, outra, como contemporizada, a merecer uma releitura à luz dos imperativos da concorrência e da negociação<sup>39</sup>. O *intuitu personae* residiria, em verdade, nos contratos excluídos (*marchés exclus*) do Código da *Commande Publique* ou em que se constate a ausência de critérios objetivos de escolha, como nos procedimentos de contratação direta por inexigibilidade pela relação de fidejussão (*services juridiques*) ou da singularidade dos serviços (*shows*) ou, ainda, pelas

---

<sup>35</sup> Referente à Lei nº 93-122, de 29 de janeiro de 1993, relativa à prevenção da corrupção e da transparência na vida econômica e dos procedimentos públicos. Hoje, a *Loi Sapin I*, em razão da edição da *Loi Sapin II*, Lei nº 2016-1694, de 9 de dezembro de 2016, relativa à transparência, à luta e contra a corrupção e à modernização econômica. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000711604>. Acesso em 13/07/2022. A Lei exigiu que se desse transparência às escolhas e aos eventuais interessados, bem como que houve um procedimento para garantir a concorrência. A lei também previu um recurso específico para acionar o contencioso administrativo para exigir as obrigações de publicidade e de concorrência nas delegações de serviços públicos.

<sup>36</sup> Ver também CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827.

<sup>37</sup> Oriundo da “*ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018*” e do “*décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018*”. Antecedido pelo artigo L1411-1 do Código Geral das Coletividades Territoriais.

<sup>38</sup> TRIMUA, Arthur Lilas. *La concession : éléments de renouveau d’une catégorie contractuelle*. In revue: Droit. Université de Poitiers, 2018. Français. ffNNT : 2018POIT3007ff. fftel-02648627f. p. 280. Disponível em <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02648627/document>. Acesso em 13/07/2022.

<sup>39</sup> ALIBERT, Thierry. “*L’intuitus personae*” dans la concession de service public : un principe en mutation ?. In *La Revue administrative* 43e Année, No. 258 (NOVEMBRE DECEMBRE 1990), pp. 507-512 (6 pages) Published By: Presses Universitaires de France. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40782458>. Acesso em 13/07/2022. Ver também AJJOUR, Muhannad| La notion de liberté contractuelle en droit administratif français| mai 2016, em que destaca a perda de amplitude do princípio diante da legislação francesa e das diretivas europeias.

características essenciais do objeto concedido, que não poderia ser prestado, com segurança, por terceiro.

De toda a sorte, a característica *intuitus personae* dos contratos públicos encontra raízes nos contratos *de concessão de serviços públicos* e vem sendo objeto de questionamento ou de releitura desde 1993. Ano este em que foi publicado a Lei nº 8666, mais assemelhada aos “*marchés publics*”, mas que, por algum motivo, se interpretou com os olhos de outro instituto e em outro ambiente.

No Brasil, o caráter “*intuitus personae*” foi amplamente lido como um limitador da subcontratação e da cessão de contratos<sup>40</sup>. Mas parte da doutrina já aponta a discrepância. Para Marçal Justen Filho “*não se admite a natureza personalíssima do contrato administrativo. Ao menos, não na acepção de que todo e qualquer contrato administrativo seria qualificável como personalíssimo.*”<sup>41</sup> É dizer, para o autor, podem até existir alguns contratos personalíssimos, mas isso vai decorrer de circunstâncias específicas<sup>42</sup>. Em regra, a natureza personalíssima do contrato não é a essência de uma contratação pública. Isso porque os princípios a guiar a Administração Pública nas suas escolhas são o da *impressoalidade* e da *objetividade* do julgamento<sup>43</sup>, alijando a relevância de características pessoais do particular contratado. O procedimento licitatório, portanto, não considera preferências subjetivas, em regra.

Reforçando essa releitura, no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946-DF, superou a tese de que os contratos administrativos se revestem de natureza personalíssima ou *intuitu personae*<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. Malheiros Editores: São Paulo, 1999. Ver também: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho*. – 33. ed. – São Paulo:Atlas, 2019. Versão Ebook. p. 306, 348, 577 e 661.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. p. 1348.

<sup>42</sup> Como uma contratação direta por inexigibilidade em razão da singularidade do serviço prestado, cuja vedação de subcontratar foi consagrada pelo art. 74, § 4º, da Lei nº 14.133/2022.

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. – 10ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 501-502.

<sup>44</sup> No julgamento, foi fixada a seguinte tese: “*É constitucional a transferência da concessão e do controle societário das concessionárias de serviços públicos, mediante anuência do poder concedente*”. No caso, era questionado art. 27, da Lei nº 8.987/95. Vale, por oportuno, diferenciar a subcontratação, que é a contratação feita pela empresa que havia originariamente sido contratada pela Administração Pública de uma outra empresa (subcontratada) para executar parte ou todo o objeto contratual, da cessão, em que acarreta a própria transferência dos direitos e obrigações contratuais, ou seja, da própria posição contratual, com a desvinculação do cedente da relação jurídica com a Administração Pública. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN 978-85-309-4881-8. Versão Ebook. p.694-695.

O julgamento da ação chegou a gerar a preocupação de reputados nomes do Direito Administrativo<sup>45</sup> em razão do voto proferido pelo Relator da Ação, Ministro Dias Toffoli, acolhendo os argumentos da Procuradoria Geral da República, segundo os quais o art. 27, da Lei nº 8.987/1995, violaria o art. 175, da Constituição da República e os princípios licitatórios.

O argumento que prevaleceu, ao descartar o dogma do caráter personalíssimo da contratação, foi aquele, calcado, *in fine*, numa ideia de administração por resultados<sup>46</sup>, segundo o qual a licitação tornaria irrelevantes os atributos subjetivos do vencedor. Assim, para fins de *resultados da contratação*, fincam-se prioridades na *proposta*, no atingimento das finalidades e no interesse subjacente a ser satisfeito, e não na identidade dos licitantes no longo curso da execução da concessão de serviço público. Vejamos trechos, em que são citadas as lições de Marçal Justen Filho:

“Marçal Justen Filho (...) enquanto no direito francês “*a licitação não elimina uma razoável margem de avaliação subjetiva para a escolha da proposta vencedora*”, no direito pátrio a seleção do particular a ser contratado pela Administração está condicionada à satisfação de requisitos objetivos e previamente definidos, estabelecidos na lei e no edital do certame, não havendo margem para essa discricionariedade (Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP). Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, nº 41, maio/2005).” (...)

Como regra geral, as características pessoais, subjetivas, ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular

---

<sup>45</sup> Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *É constitucional transferir contratos de concessão - STF deve preservar a segurança jurídica de quem confia nas leis*, in Jota, 17/08/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/e-constitucional-transferir-contratos-de-concessao-17082021>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>46</sup> Neste sentido, o professor Diogo de Figueiredo leciona que, em meios às reformas administrativas, desenvolveu-se assim uma vigorosa teoria do resultado, segunda a qual deveria se aferir, não mais apenas a legalidade da ação do Estado, mas igualmente da sua legitimidade, da sua licitude e, até mesmo, de certas qualidades práticas, como o são a economicidade e a observância de normas técnicas essenciais, tudo conformando um conjunto enriquecido de novos paradigmas de juridicidade, que em boa hora se agregavam aos até então tradicionalmente praticados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 213. A ideia de resultado comporta um dos objetivos do *New Public Management*, que retrata a transformação do cenário onde o Estado Social figura como executor direto de todas as políticas públicas, para um cenário de estreita parceria e colaboração com organizações públicas e privadas na prestação de serviços públicos e de interesse público. REIS, Rodrigo; PEREIRA, Bruno. Remuneração vinculada à performance do parceiro privado. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.) *Parcerias Público-Privada: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

contratado, basta que seja pessoa idônea, ou seja, que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato, o que também é aferido por critérios objetivos e preestabelecidos. (...)

Com efeito, o princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. (...) Portanto, se bem analisada a questão, não se sustenta a tese do caráter personalíssimos ou da natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Por conseguinte, também não se pode afirmar, como premissa geral e inarredável, que é inviável a alteração do particular contratado ao longo da execução contratual .”

Para Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro, também citados no julgado, o diagnóstico já era claro. A necessária impessoalidade procedimentalizada da escolha desguarnece o contrato de um caráter personalíssimo. “A licitação acaba por esvaziar qualquer argumento em prol da natureza personalíssima do contrato administrativo”<sup>47</sup>. A característica, portanto, foi superada no âmbito da transferência de concessões prevista no art. 27, § 1º, da Lei nº 8.987/95.

Mas para além dos grandes negócios das concessões, reina, no dia a dia dos clips da Administração<sup>48</sup>, a convicção de que a lógica do caráter pessoal da contratação pública obstaculiza *também* a subcontratação na Lei Geral de Licitações. De regra, é vedada ou extremamente limitada nos editais ou contratos. Releva notar que são milhares de contratos públicos celebrados pelos mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) Municípios, 26 (vinte e seis) Estados e Distrito Federal e União, que destoa com uma tendência de recurso à terceirização em diversas etapas da cadeia de produção. A verdade é que, na maior parte do tempo, faz-se *vista grossa* para a subcontratação, que é uma realidade de mercado.

Mas qual o impacto regulatório que esse tipo de vedação pode gerar no mercado e na concorrência e em que medida isso não fere a lógica da possibilidade da terceirização de toda atividade – *meio ou fim* – consagrada pela Lei nº 13.429/2017, que o Supremo Tribunal Federal chancelou nas ADPF nº 324 e RE nº 958.252-MG? Formou-se uma exceção à ampla terceirização no mercado público de contratação, com base numa

---

<sup>47</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; 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. 23, mar./abr. 2016

<sup>48</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo em 2006: entre papéis e negócios*. In [https://www.conjur.com.br/2006-dez-21/direito\\_administrativo\\_oscila\\_entre\\_papeis\\_negocios?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2006-dez-21/direito_administrativo_oscila_entre_papeis_negocios?pagina=3). Acesso em 12/07/2022.

interpretação equivocada de uma característica do contrato administrativo, da qual nem a lei, nem o Poder Judiciário participaram?

### 3. A SUBCONTRATAÇÃO NO ANTIGO CENÁRIO

#### 3.1. Raízes da subcontratação e distinção com o mero fornecimento

A subcontratação encontra inspiração na chamada “*sous-traitance*”<sup>49</sup> do direito administrativo francês. Atualmente, nos termos do art. 1º da Lei nº 75-1334, de 31 de dezembro de 1975, o instituto representa a operação pela qual uma empresa confia por meio de um “*sous-traité*”, e sob sua responsabilidade, à outra pessoa, denominada de “*sous-traitant*”, a execução de todo ou parte do contrato da empresa ou de parte de uma contratação pública (“*marché public*”) concluso com o Poder Contratante (“*maître d’ouvrage*”)<sup>50</sup>. Não há dois nomes para a mesma finalidade. Terceirizar e subcontratar são modalidades de “*sous-traitance*”.

No campo das licitações (ou “*Commande Publique*”), os recentes artigos L2193-2 e seguintes detalharam a “*sous-traitance*”, como sendo a operação pela qual um operador econômico confia por meio de um “*sous-traité*”, e sob sua responsabilidade, a outra pessoa, o “*sous-traitant*”, a execução de *parte* das prestações do “*marché*”<sup>51</sup>.

Assim, a operação envolve, ao menos, dois contratos distintos, e a relação, triangularizada, é caracterizada pela ausência de vinculação contratual entre o contratante principal e o “*sous-traitant*”. Instituto bem semelhante à nossa subcontratação. A diferença é que a regra geral, nos “*marchés*” (públicos e privados), é que o contratado

---

<sup>49</sup> Por analogia, também se fala em “*sur-traitance*”, quando uma empresa coloca à disposição de outras empresas uma plataforma comercial (como internet). Um contrato será então estabelecido para a repartição dos dividendos entre os parceiros.

<sup>50</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Titre I : Dispositions générales. (Articles 1 à 3). Article 1, Modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7. “Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l’opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l’exécution de tout ou partie du contrat d’entreprise ou d’une partie du marché public conclu avec le maître de l’ouvrage.” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068498/>. Acesso em 11/07/2022. As ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 a profondément modifié le périmètre de la sous-traitance dans le cadre des marchés publics modificaram essa abordagem inicial.

<sup>51</sup> “Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l’opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l’exécution d’une partie des prestations du marché conclu avec l’acheteur. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l’égard de ses propres sous-traitants.”



tenha *plena liberdade* para se valer de subcontratação para um ou mais terceiros<sup>52</sup>. O “*acheteur*” (tomador) não pode, em regra, impedir que o contratado externalize determinadas atividades, devendo a limitação ser fundamentada<sup>53</sup>.

De uma leitura apressada da lei, contudo, parece que, nos contratos privados, a subcontratação é livre, podendo ser integral, porquanto menciona “*tout ou partie*” (todo ou parte) do objeto, enquanto, nos contratos públicos, a subcontratação necessariamente se cingiria à “*partie*”. Esse trecho foi contemplado de forma irrestrita e descontextualizada no ordenamento brasileiro.

Na França, quer significar que a Administração poderia exigir que determinadas tarefas sejam diretamente executadas pelo contratado, em razão de uma característica própria essencial ou de personalidade<sup>54</sup>. A despeito das reformas nas legislações terem ampliado o uso da subcontratação à toda *commande publique*, a limitação, se aplicada de forma geral e abstrata, contradiz a interpretação dada à Diretiva 2014/24/UE da União Europeia.

No Direito Europeu, a Corte de Justiça, guiada pelos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e da livre prestação de serviços, confirmou, em 5 de abril de 2017, sua jurisprudência, no sentido de vedar, em regra, qualquer limitação à subcontratação, no mercado público ou privado<sup>55</sup>. A CJUE, inclusive, aplicou sanção pela edição de uma norma que impunha um mínimo de 25% do contrato a ser realizado

---

<sup>52</sup> Article L2193-4 - Création Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art. L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

<sup>53</sup> Em consulta formulada ao Ministério da Economia, Pergunta n° 101807, foi respondido que prevalece a livre subcontratação e que o Contratante não poderia, a princípio, limitar a subcontratação. “Les services du ministère rappellent, dans un premier temps, que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 a posé « *La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 dispose qu'un entrepreneur peut confier à un sous-traitant l'exécution de tout ou partie d'un contrat d'entreprise ou d'une partie d'un marché public. Ce faisant, le législateur a entendu établir le principe du libre choix par l'entreprise entre l'exécution personnelle des prestations et le recours à la sous-traitance. Par ailleurs, le droit communautaire rappelle « qu'il est loisible à un prestataire qui ne remplit pas à lui seul les conditions minimales exigées pour participer à la procédure d'adjudication d'un marché public (...) de faire valoir auprès du pouvoir adjudicateur les capacités de tiers auxquels il compte faire appel si le marché lui est attribué* » (CJCE, 18 mars 2004, aff. C-314/01, Siemens AG Österreich, ARGE Telekom et Partner).» Disponível em: <https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-101807QE.htm>. Acesso em 25/07/202.

<sup>54</sup> Article L2193-3 Création Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art. Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre. Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire. Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre.

<sup>55</sup> CJUE 5 avril 2017, Borta, aff. C-298/15. Ver também CJUE, 22 oct. 2015, aff. C-425/14, Impresa Edilux et SICEF, ECLI:EU:C:2015:721, CJUE, 5 avr. 2017, aff. C-298/15, Borta, ECLI:EU:C:2017:266.



diretamente pelo titular do contrato<sup>56</sup>. A exceção, para a Corte, é a possibilidade de limitar a subcontratação a um “*sous-traitant*” cuja capacitação técnica não tenha sido comprovada<sup>57</sup>. A limitação, portanto, não pode ser geral e abstrata<sup>58</sup>, mas deve se dar de forma *precisa e justificada, no caso a caso*, definida, por exemplo, sobre as partes consideradas essenciais para o *resultado* da contratação, quando a Administração não conseguiria aferir os critérios de capacitação técnica, a prejudicar a segurança da contratação<sup>59</sup>.

Mais recentemente, a Corte de Justiça, ao analisar a legislação italiana que limitava a subcontratação em contratos públicos em 30% do total da obra, serviço ou compra, entendeu que a normativa fere a Diretiva 2014/24/UE<sup>60</sup>. O governo italiano justificou a limitação no objetivo de limitar carteis e fraude a licitações. Mantendo a sua jurisprudência, a Corte reiterou que a limitação era abstrata e geral e, portanto, desproporcional e desnecessária para se alcançar o objetivo almejado. Assim, com base na proporcionalidade, privilegiou-se o princípio da ampla concorrência<sup>61</sup>. Para a Corte, o princípio é o da livre subcontratação, o qual poderá ser ponderado diante das especificidades do caso concreto, justificada a essencialidade da parcela limitada.

Outra peculiaridade no direito comparado<sup>62</sup>, a *sous-traitance* não se confundiria com o simples *fornecimento*, pelo que a *sous-traitance* envolveria a operação de

---

<sup>56</sup> CJUE 10 octobre 2013, Swm Costruzioni de Mannoichi Luigino, aff. C-94/12, pt 31.

<sup>57</sup> CJCE, 18 mars 2004, Siemens AG Österreich, aff. C-314/01.

<sup>58</sup> En outre, la Cour a jugé au point 35 de l’arrêt du 14 juillet 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), qui portait sur l’interprétation de la directive 2004/18, qu’une clause du cahier des charges d’un marché public de travaux qui impose des limitations au recours à des sous-traitants pour une part du marché fixée de manière abstraite à un certain pourcentage de celui-ci, et ce indépendamment de la possibilité de vérifier les capacités des éventuels sous-traitants et sans aucune mention relative au caractère essentiel de tâches qui seraient concernées, est incompatible avec cette directive, applicable dans le cadre du litige ayant donné lieu à cet arrêt. (...) Or, en particulier, ainsi qu’il a été rappelé au point 30 du présent arrêt, la réglementation nationale en cause au principal proscrit de manière générale et abstraite le recours à la sous-traitance qui excède un pourcentage fixe du marché public concerné, de sorte que cette interdiction s’applique quels que soient le secteur économique concerné par le marché en cause, la nature des travaux ou l’identité des sous-traitants. Par ailleurs, une telle interdiction générale ne laisse pas de place à une appréciation au cas par cas par l’entité adjudicatrice (voir, par analogie, arrêt du 5 avril 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, points 54 et 55). CJUE, 26 septembre 2019, Vitali SpA, n°C-63/18.

<sup>59</sup> “Ainsi que l’a relevé à bon droit la Commission des Communautés européennes, la directive 92/50 ne s’oppose pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l’exécution de parties essentielles du marché lorsque précisément le pouvoir adjudicateur n’a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de l’examen des offres et de la sélection du soumissionnaire le mieux-disant (...). “Arrêt du 18 mars 2004, « Siemens et ARGE Telekom », affaire C-314-01. Ver também CJCE, 18 mars 2004, Siemens AG Österreich, aff. C-314/01.

<sup>60</sup> Arts. 18 e 71.

<sup>61</sup> CJUE, 26 sept. 2019, aff. C-63/18, Vitali SpA c/ Autostrade per l’Italia SpA, ECLI:EU:C:2019:787

<sup>62</sup> “*Le contrat de sous-traitance se différencie de celui ayant pour objet la simple fourniture de matériels ou équipements. Toutefois lorsqu’un prestataire participe à l’exécution du marché principal en appliquant à ses fournitures des spécificités techniques particulières imposées par l’entrepreneur principal, celui-ci a*

conceitos, elaboração, fabricação, execução ou manutenção de um produto, dentre outras etapas produtivas, enquanto o *fornecimento* seria restrito a compras, à uma obrigação de dar<sup>63</sup>. O subcontratado teria uma obrigação de fazer, traduzindo uma participação efetiva no contrato principal. A classificação, para a jurisprudência administrativa francesa, é relevante para fins da viabilidade de faturamento direto ao contratante. O subcontratado tem uma garantia financeira a mais. Contudo, a distinção – *assim como aquela entre atividade fim e meio* –, na prática, é imprecisa e gera bastante litígios<sup>64</sup>. É que a economia contemporânea não se amolda a caixinhas herméticas.

Mas o direito brasileiro não faz essa distinção, ao menos, não no corpo textual<sup>65</sup> das Leis nº 8.666/93 e 14.133/21<sup>66</sup>, aludindo à subcontratação, inclusive, nos casos de fornecimento<sup>67</sup>. Assim, do ponto de vista pragmático, subcontratar é terceirizar. Nada mais, nada mais. E hoje, ao menos no mercado privado, tudo é ou *deveria ser* terceirizável. Por isso, o que é subcontratado, ou não, no dia a dia da Administração é

---

*la qualité de sous-traitant*” (Instr. dir. gén. fin., nº 10-027-MO, 2 nov. 2010 NOR BCR-Z 10 00081: Contrats-Marchés publ. 2011, Focus 1. – CAA Nantes, 7 oct. 2011, nº 10NT02052, Me François X: Contrats-Marchés publ. décembre 2011, note W. Zimmer).

<sup>63</sup> Para Marçal Justem Filho, nas obrigações de dar, não haveria, propriamente, uma subcontratação, mas um mero fornecimento. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1353.

<sup>64</sup> Ver: arrêt de la cour de cassation du 5 février 1985 Pernot c/ SCI les nouveaux marchés d’Osny; CAA Lyon 11 mai 2006 Sociéte Qualia; CAA de Nantes 7 octobre 2011 Sociéte Atlan VDI c/ Commune de Missillac; CE 26 septembre 2007 Département du Gard; CAA Douai 3 juin 2002 Sociéte Isoplas; CAA Nantes 30 décembre 1999 Sociéte Biwater.

<sup>65</sup> Admitem a possibilidade: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *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.

<sup>66</sup> Há previsão para a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte. “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Vide Lei nº 14.133, de 2021) (...)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (...)

§ 2o 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.”

<sup>67</sup> Vamos a exemplos mais concretos. Quando a Administração *compra* de um fornecedor que não pode subcontratar parcela principal do objeto, isso quer significar que a Administração deva comprar o produto de quem o fabricou, pelo que não poderia subcontratar a compra? Ou significa que deveria ser uma distribuidora com todo o estoque exigido pela administração, sem poder comprar o produto de outro revendedor? No primeiro caso, se comprasse tão somente do fabricante, isso limitar excessivamente o mercado a algumas fabricantes nacionais, gerando um oligopólio não tolerado pelo direito *antitruste*. No segundo caso, uma grande compra registrada em ata, por exemplo, afastaria empresas que não mantêm muitos produtos em estoque. Como vimos, a classificação entre fornecer e subcontratar é imprecisa. Ainda, o art. 122, no seu cabeçalho, fala especificamente de subcontratação nos casos de fornecimento à Administração Pública.

muito nebuloso. Provavelmente, a subcontratação é muito mais praticada entre o céu e a terra do que pode imaginar a vã filosofia da doutrina.

### 3.2. Previsão normativa e aplicações práticas

Como nos lembram Egon Bockmann e Flávio Amaral<sup>68</sup>, em seus primórdios, as contratações celebradas pela Administração Pública federal brasileira submetiam-se ao Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 1922) e ao Regulamento para a Execução do Código de Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783, de 1922). As normativas, contudo, não adentravam o conceito ou a operacionalização da subcontratação.

A subcontratação, em 1993, foi consagrada de forma lacunosa, sendo objeto de breve menção no trecho final do art. 72, da Lei nº 8.666/93.

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração<sup>69</sup>.

A doutrina se encarregou de sua conceituação. Para Flávio Amaral, a subcontratação ocorre “quando o contratado ajusta com terceiros (subcontratados) a execução de parte do objeto do contrato celebrado com o contratante”<sup>70</sup>. Assim, segundo o autor, a “eficiência econômica força, não raro, uma especialização no mercado e justifica, por exemplo, a terceirização de determinadas etapas por meio da subcontratação”. Nos dizeres de Marçal Justen Filho, a subcontratação “consiste num contrato por meio do qual o sujeito já contratado para executar uma prestação avença um novo contrato com terceiro, atribuindo-lhe a execução parcial do objeto do contrato principal”<sup>71</sup>.

A despeito da inexistência expressa de maiores detalhamentos, os órgãos de controle começaram a criar um arcabouço de requisitos para fins de interpretação e aplicação do trecho final do artigo legal, tornando o recurso uma excepcionalidade.

---

<sup>68</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávia Amaral. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. In: Revista de Contratos Públicos • n.º 21 • (setembro, 2019).

<sup>69</sup> Também há uma previsão no inciso VI, do art. 78, da Lei nº 8.666/93, como causa de rescisão do contrato.

<sup>70</sup> GARCIA, Flávia Amaral. GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos de polêmicas. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 449.

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. p. 1348.

À luz da característica *intuitio personae* dos contratos públicos, os Tribunais de Contas têm estabelecido, em síntese, a subcontratação como regra de exceção, desde que: (i) haja previsão no edital e no contrato<sup>72</sup>; (ii) se observem os requisitos de habilitação originalmente previstos na licitação pela nova empresa<sup>73</sup>; (iii) mantenham-se as condições originais da proposta<sup>74</sup>; (iv) não haja prejuízo à execução do objeto<sup>75</sup>; (v) comporte expressa anuência da Administração<sup>76</sup>; e (v) não seja integral<sup>77</sup>.

Ainda, surgiu um limite “regra-geral” nos editais e nos acórdãos de órgão de controle, de uma forma pouco explicável: só se poderia subcontratar até 30% (trinta por cento) da parcela *acessória* do objeto contratado. Um número que não parece passar de

---

<sup>72</sup> “Disponha adequadamente sobre a possibilidade de subcontratação no edital e no contrato, definindo claramente seus parâmetros quando desejável, ou vedando sua ocorrência quando indesejável, nos termos dos arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993”. Acórdão 265/2010 Plenário; “Estabeleça, por meio de aditamento ao contrato, os limites, condições e critérios de aceitabilidade para as subcontratações, em conformidade com o disposto no art. 72 da Lei 8.666/1993”. Acórdão 1932/2009 Plenário. Nesse sentido, também: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, Rio, 1995, 3ª edição, pp. 450 a 453. Contudo, noutro caso, o Tribunal de Contas permitiu a subcontratação parcial sem previsão no edital: I “Número 098 Sessões: 1º e 2 de setembro de 2015 Acórdão 2198/2015 Plenário (Prestação de Contas, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa)”

<sup>73</sup> TCU. Acórdão nº 1.272/2011: “decorrência lógica do requisito legal da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada. Se terceiros, que não o contratado, vão executar serviços, ainda que indiretamente, para o Poder Público, tal prestação não pode ser oriunda de empresa irregular”. E “No caso de subcontratação de parcela da obra para a qual houve solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, ou na hipótese de não terem sido exigidos atestados por se tratar de serviço usualmente prestado por limitadíssimo número de empresas, a contratada original deve exigir da subcontratada comprovação de capacidade técnica, disposição essa que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório”. (TCU, Acórdão nº 2.992/2011, Plenário, TC-008.543/2011-9, Rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.)

<sup>74</sup> Autorize a execução dos serviços a serem subcontratados somente após certificar-se de que a proposta indicada como mais adequada apresenta preços compatíveis com o mercado. Abstenha-se de efetuar pagamentos às agências nos casos em que não forem apresentados os devidos documentos fiscais dos fornecedores subcontratados e nos casos em que não restar comprovada a execução dos serviços. Acórdão 2060/2006 Plenário.

<sup>75</sup> “A nosso ver, a Lei nº 8.666/1993, em seus artigos 72 e 78, inciso VI, ao prever a possibilidade de subcontratação, reflete, entre outras coisas, preocupação do legislador em garantir a viabilidade de execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam o contratado de executar a totalidade de obra, serviço ou fornecimento”. Acórdão 2002/2005 Plenário (Voto do Ministro Relator)

<sup>76</sup> De acordo com o que consta das citadas normas, nos é possível afirmar que qualquer forma (subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão, incorporação) pela qual se opte para transmitir direitos e obrigações a outrem: 1º) não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais; 2º) somente pode-se lançar mão de tais mecanismos se previamente autorizados pela Administração, para o quantitativo e para as partes do objeto contratado que essa especifique; e 3º) a previsão da transmissão de direitos e obrigações, para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no edital quanto no contrato. Acórdão 2002/2005 Plenário (Voto do Ministro Relator)

<sup>77</sup> TCU. Acórdão 3.002/2021, 2ª Câm., rel. Min. Marcos Bemquerer. Também: “Acórdão 14193/2018 Primeira Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro. Substituto Weder de Oliveira) Contrato Administrativo. Subcontratação. Requisito. Autorização. Limite. Princípio da motivação. 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.” (Boletim de Jurisprudência 245, sessões: 13 e 14 de novembro de 2018).

um chute de numerologia arbitrário copiado da lógica da Lei Complementar nº 123/2006 ou do direito italiano.

E assim foi. No Estatuto das Estatais, a subcontratação passou a ser expressamente previstas, contudo, foram encampados os limites que a doutrina e a jurisprudência dos órgãos de controle desenvolveram. Assim, a contratação se daria de forma excepcional, sobre parte do objeto, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais do contratado principal, e desde que a empresa subcontratada atenda às especificações de qualificações técnica eventualmente impostas aos licitantes. Para maior clareza, transcreve-se o artigo mencionado:

Art. 78. 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 empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º A empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, as exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.

§ 2º É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I - do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II - direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

§ 3º As empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta.

Na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), alguns artigos cheiram à novidade e inovação<sup>78</sup>, outros, como a limitação à subcontratação, mantiveram uma redação que reflete uma timidez textual. Vejamos:

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar *partes* da obra, do

---

<sup>78</sup> Como o Portal Nacional de Compras (art. 174 e seguintes, da Lei nº 14.133/2021) ou a possibilidade de celebração de contratos administrativos pelo prazo de 10 (dez) anos (art. 110, inciso I, da Lei nº 14.133/2021).

serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

§ 3º Será 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.

Mas as interpretações mudam. Como muito bem alertou o Egon Bockmann Moreira, a interpretação da nova lei de licitações deve se dar de forma *autônoma*<sup>79</sup>, com os olhos voltados para o futuro e não para o passado, e é o que se propõe fazer especificamente quanto à interpretação do art. 122, da Nova Lei de Licitações.

A nosso ver, a interpretação do citado dispositivo deve estar em consonância com os demais vetores interpretativos da lei e com a livre concorrência, competitividade e eficiência. A regra deve ser a mesma que aquela consagrada no mercado, pugnando por uma ampla possibilidade para a subcontratação, enquanto eventual restrição ou vedação deverá ser devidamente fundamentada pela Administração, como veremos no próximo tópico. Entendimento em contrária gera um efeito sistêmico regulatório sobre os contratos consequentes: por imposição arbitrária da Administração, o mercado não poderá seguir pela livre iniciativa e desenho negocial, culminando em contratações menos eficientes.

## **4. OLHAR PARA O FUTURO DA SUBCONTRATAÇÃO**

### **4.1. Vetores interpretativos da subcontratação: concorrência, liberdade e eficiência**

---

<sup>79</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *A futura Lei de Licitações: o desafio de sua interpretação autônoma A nova lei de nada adiantará se lida com os olhos no passado*. In Jota, publicação em 23/02/2021, às 11:22. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-publicistas-23022021>. Acesso em 11 de julho de 2022.

As contratações públicas representam, em média, 13% (treze por cento) do Produto Interno Bruto do Brasil<sup>80</sup>. Assim, em termos sistêmicos, vedar que as empresas que venham a contratar com a Administração Pública possam terceirizar em torno de 70% (setenta por cento) de suas atividades gera um impacto regulatório alto e afeta a necessidade de ampla concorrência e competitividade nas contratações públicas<sup>81</sup>. A questão é sensível, porque para além do objetivo primário da contratação, as contratações públicas cumprem uma *função regulatória*<sup>82</sup>, sob o prisma de conformação de mercados, do fomento ou do incentivo a determinadas atividades ou finalidades do poder de compra estatal como ferramenta de promoção da concorrência. Para Victor Aguiar de Carvalho, as contratações públicas devem ter por escopo “*contribuir para a promoção da concorrência*”<sup>83</sup>, e não afunilá-la.

Assim sendo, ao vedar *tout court* a subcontratação ou ao limitá-la, aprioristicamente, sem justificativa tecnicamente adequada e proporcional (na prática, apenas para atender a certa visão *teórica* dos órgãos de controle), o Estado acaba por macular, a um só tempo, o acesso do mercado às contratações públicas, bem como descartar potenciais empresas que se valem, legitimamente, da terceirização para consecução de suas finalidades com mais eficiência. Como instrumento de governo<sup>84</sup>, essa forma de contratar não promove, mas reprime o leque de interesse e, por conseguinte, a concorrência.

E é justamente com o intuito de se curvar às necessidades da livre concorrência que o art. 48, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006<sup>85</sup>, permitiu que a Administração *exigisse* dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

---

<sup>80</sup> [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424\\_pt.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf)

<sup>81</sup> Nesse sentido, para Vitor Aguiar de Carvalho: “o Estado enxerga a possibilidade de, por vezes, em consonância com o art. 174, CRFB/88, utilizar o seu poder de compra como mecanismo regulatório, de fomento ou promotor de valores constitucionalmente consagrados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, primordialmente regulador do mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico;” CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 16, nº 186, p. 65-74, junho 2017.

<sup>82</sup> Para Marcos Juruena, a função regulatória sempre existiu. A insuficiência de recursos públicos para atendimento de todos os anseios e expectativas confiados pela sociedade ao Estado e a busca da eficiência nesse atendimento levou à substituição do Estado gestor pelo Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Função Regulatória*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 13, Salvador, 2008. p.2.

<sup>83</sup> CARVALHO, Victor Aguiar de. *A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 16, nº 186, p. 65-74, junho 2017.

<sup>84</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In Estudos de Contratação Pública, volume I. Org: GONÇALVES, Pedro Costa. Coimbra Editora: Coimbra, 2013, p. 05/18. Ver também: COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. New York. Oxford University Press, 1999.

<sup>85</sup> Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014.

O racional na previsão legal é o de conferir tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, em atendimento ao art. 170, IX, da CRFB/88, de sorte a que sejam contempladas pela escolha do mercado. É abrir à concorrência.

Por isso, o primeiro vetor a nortear a interpretação do art. 122, da Lei nº 14.133/2021, é a preservação da concorrência e da competitividade, expressamente consagrado no art. 5º<sup>86</sup>, o qual, *in fine*, resguarda a isonomia. A licitação, bem como a execução contratual, deve, ao máximo, garantir o maior número de competidores interessados naquele mercado, abraçando todos os modelos de organização empresarial, sem preferências arbitrárias ou justificadas em dogmas superados. O mercado que se forma em torno de uma contratação pública não pode empreender discriminações no mercado como um todo, naturalmente dinâmico, cambiante e ramificado. Na mesma linha, os princípios licitatórios não podem servir de subterfúgio para favorecer a seleção, no mercado, de empresas com porte suficiente para prescindir da terceirização e desconsiderar as demais que, enfatiza-se, atuam legitimamente ao terceirizar toda ou parte de suas finalidades.

A isso, acresce-se um segundo vetor interpretativo, desta feita, insculpido no art. 48, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021, pelo qual devem ser descartadas previsões editalícias que constituam uma intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado. Vejamos:

Art. 48. (...) vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

(...)

VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

A despeito da terceirização configurar uma *externalização* das atividades da empresa, vedá-la ou limitá-la impacta diretamente na necessidade de *internalização* da atividade e, portanto, na gestão interna da empresa. A gestão interna<sup>87</sup> é a organização

---

<sup>86</sup> Também poderíamos mencionar a eficiência, razoabilidade. Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do [Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#).

<sup>87</sup> Para Marçal Justen Filho, “deve se ter em vista que a contratação não elimina a livre-iniciativa. O particular encontra-se constitucionalmente protegido contra interferência indevida da Administração em seus negócios. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1353, p. 627.



dos meios de produção da empresa, com sustentáculo num clássico direito fundamental: o direito à propriedade (art. 22, XXII, da Constituição da República – da CRFB), cujos desdobramentos são a livre iniciativa ou a liberdade no desenho empresarial. Assim, a escolha pela técnica da terceirização consiste numa opção gerencial calcada na eficiência para melhor alocação dos custos operacionais da empresa. Ao Estado, não é devido interferir arbitrariamente nessas opções gerenciais e operacionais, sem que esteja amparado em finalidades públicas, devida e proporcionalmente ponderadas<sup>88</sup>.

Vale enfatizar: em nenhuma hipótese é admitida a intervenção arbitrária e desproporcional sobre opções gerenciais da empresa<sup>89</sup>. O comando, portanto, deve-se aplicar às exigências arbitrárias da Administração Pública contratante de limitar ou vedar, de forma abstrata e geral, toda e qualquer subcontratação, sem razoável e proporcional justificativa para tanto, isto é, devidamente motivada pelo caso concreto.

Alia-se a isso que a necessidade de internalização irrazoável de todos os serviços por conta da vedação determinada pelo contratante gera custos e inibe a eficiência alocativa da contratada, o que será repassado nos preços oferecidos à Administração<sup>90</sup>.

O que nos leva, comum último vetor, à ideia de eficiência para o melhor *resultado* da contratação. Considera-se: se a subcontratação (ou terceirização) corresponde, para a contratada principal, a uma alocação operacional e gerencial em prol da eficiência, permitir a ampla subcontratação nos contratos públicos, de forma pragmática, permite

---

<sup>88</sup> Para Gustavo Binenbojm, “*Fica evidente, assim, o esvaziamento do referido princípio [da proporcionalidade] como fundamento de validade para qualquer intervenção estatal, que, pelo princípio da legalidade, pressupõe previsão normativa. A ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ponderam-se, assim, bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em jogo numa dada situação.*”. BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.100-101; 111-112. Além disso, o caso dos empacotadores de supermercados (STF - RE: 839950 RS, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/04/2020) tem boas citações nesse sentido.

<sup>89</sup> Para Marcos Juruena, o Estado interveria na atividade econômica pelas seguintes formas: (i) elaboração de um plano de desenvolvimento econômico, por meio do qual se busca identificar e implementar as ações necessárias a promover o bem-estar geral; (ii) fomento à iniciativa privada para, aderindo voluntariamente ao plano, explorar as atividades nele previstas; (iii) repressão ao abuso do poder econômico, proteção ao consumidor e do meio ambiente; e (iv) exploração direta, em caráter excepcional, de atividades econômicas. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações* / Marcos Juruena Villela Souto. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. p. 14.

<sup>90</sup> Nesta linha, valiosas as lições de Bruno Bodart, em que explica que: “*Ao experimentar maiores custos com o cumprimento das determinações governamentais, o fornecedor repassará, em alguma medida, aquele valor aos seus clientes.*” BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores*. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2017. p.114-138. p. 117.

que a Administração absorva essa potencialidade de eficiência para si, como resultado da contratação. Para Gustavo Justino:

“O Direito Público brasileiro tem evidenciado traços de pragmatismo em diversos institutos, desde a releitura de princípios norteadores da atividade da administração pública, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, à própria positivação de ferramentas de caráter pragmático, orientadas a uma "administração de resultados", como a abertura para soluções por meio de arbitragem em contratos administrativos e acordos decisórios em processos sancionatórios.”.

Voltada para essa eficiência<sup>91</sup> e olhar pragmático<sup>92</sup>, a Lei de Licitações trouxe inovações voltadas a um objetivo maior: o *resultado*. Fincou prioridade no “*resultado* de contratação” mais vantajosa para a Administração (arts. 11, inciso I, e 18, inciso VIII). A título de curiosidade, a palavra “resultado” aparece 15 (quinze) vezes no corpo da Lei nº 14.133/2021, contra duas vezes na Lei nº 8.666/93, cuja conotação é outra.

A Lei nº 8.666/93 afirmava que o objetivo da licitação se destinaria à “*seleção da proposta mais vantajosa para a Administração*” (art. 3º), enquanto a Lei nº 14.133/2021 assenta que o objetivo da licitação é “*assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração*”. A inclusão do termo “resultado” no objetivo licitatório deve ser lida como paradigma<sup>93</sup>, dentre de um dever funcional próprio da administração pública, a permear toda a hermenêutica da lei de licitação. É uma mudança textual, recheada de sentido, que não pode ser ignorada e que

---

<sup>91</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. (2004). O princípio da eficiência. *Revista De Direito Administrativo*, 237, 1–6. <https://doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44361> Acesso em 14/07/2022. Ver também: LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórica metodológica do dever constitucional de eficiência. In *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 14, 2006. A cláusula geral de eficiência é ao mesmo tempo: (i) um postulado aplicativo das normas constitucionais que demanda escolhas que envolvam custos, e (ii) um princípio indicativo de um estado de coisas na estrutura de funcionamento do Estado.

<sup>92</sup> Segundo lembra Gustavo Binbenojm: “*Em admirável esforço didático, Thamy Pogrebinski identifica uma matriz pragmatista – inobstante os diferentes matizes internos do movimento – como um núcleo comum do pragmatismo filosófico, que pode ser traduzido em três elementos fundamentais: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo*”. BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. ISBN 978-65-5518-066-4. p. 55.

<sup>93</sup> Para Diogo de Figueiredo: “*Na realidade, essa promissora doutrina se vem consolidando dentro de uma nova concepção pós-moderna quanto às próprias relações que se travam entre os cidadãos e a Administração Pública, doutrina esta que surge especificamente voltada à afirmação de seu inafastável dever funcional de proporcionar resultados concretos e efetivamente materializados, com uma boa e justa atribuição de bens às pessoas: tudo, como um “proprium da função administrativa”, na feliz e exata expressão empregada pelo ilustre monografista do tema, o jurista italiano Giancarlo Sorrentino.*” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 178 e 210-211.

deve estar adequada à lógica do mercado em que incide. Isso inclui incorporar e aceitar a aplicação da Lei nº 13.429/2017 na dinâmica das contratações e superar o dogma da característica *intuitus personae* em todo e qualquer contrato administrativo.

Não há, portanto, na dinâmica atual do mercado, motivos econômicos ou jurídicos para se distinguir a terceirização no mercado privado ou no mercado público de contratações e limitar ou vedar, de antemão, a subcontratação<sup>94</sup>.

Por isso, o art. 122, da NLL deve ser interpretado à luz dos elementos teleológicos da lei, subvertendo a lógica limitadora do mercado antiga e consagrando um princípio (ou diretriz geral) da liberdade de subcontratação. Vale notar, como abordaremos neste momento, que os elementos textuais se adequam à interpretação que se extrai da norma.

Para tanto, importante reiterar a redação do art. 122 dispõe 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”.

§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

§ 3º Será 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.

Vamos por parte. Primeiro, não há previsão da necessidade de que a *autorização* da subcontratação deva constar do edital ou do contrato<sup>95</sup>. Tampouco há previsão escrita

---

<sup>94</sup> Outro ponto sistêmico a ser analisado são os riscos ou incertezas que a subcontratação pode gerar e como foram enfrentados pela Lei de Licitações. Como veremos abaixo, a nova lei conferiu expressamente uma ferramenta de controle e sanção de abuso de forma. Por isso, o art. 122, da NLL, não pode ser interpretada à luz do passado, como inimigo a ser evitado ou combatido.

<sup>95</sup> Vale notar que o Tribunal de Contas já entendeu nesse sentido, mas tão somente no caso de subcontratação parcial sem previsão no edital: 1 “Número 098 Sessões: 1º e 2 de setembro de 2015 Acórdão 2198/2015 Plenário (Prestação de Contas, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa)”

de *anuência prévia* da Administração Pública quanto à viabilidade de subcontratar. Assim, quando o edital ou contrato forem silentes, prevalece a livre subcontratação.

O § 2º indica que o que deve ser previsto no edital ou no regulamento são as hipóteses de *vedação*, de *restrição* ou de *condicionamento* da subcontratação, não de *autorização*. O cabeçalho prossegue detalhando que deve haver um “*limite autorizado, em cada caso, pela Administração*”. É dizer, é o *limite* à subcontratação que deve ser prévia e justificadamente estabelecido de forma específica e em cada caso. Não se poderá, portanto, vedar a subcontratação ou limitá-la, de forma geral e abstrata, devendo ser definidas as partes exatas em que não se poderá subcontratar e os motivos pelos quais é essencial que a contratada principal realize a atividade por meios próprios (*e.g.*, como a dificuldade ou a complexidade de averiguação das capacidades técnicas da subcontratada ou a importância da parcela para a continuidade de certo serviço). Vale notar que o Tribunal de Contas da União já admitiu a subcontratação de parte relevante do contrato, mas limitou essa viabilidade a mercados pouco concorridos<sup>96</sup>.

O ônus argumentativo é redobrado, porquanto a Administração deverá justificar que a limitação ou a vedação *a priori* é a forma mais eficiente de se alcançar o resultado de contratação mais vantajoso ou, ainda, que serve à proteção de algum outro valor relevante, devidamente ponderado, que possa ser reconhecido como de *interesse público*.

Segundo, quando a lei fala em “*partes*” da obra, do serviço ou do fornecimento de bens, ela não especifica *que partes*, se principal ou acessória. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Assim, admitida genericamente pelo ordenamento jurídico lançar mão da terceirização de atividades fim, e sem prévia limitação fundamentada pela Administração, é possível subcontratar a parte principal do objeto ou todas as suas partes.

Terceiro, o §1º se limita a estabelecer apenas *um requisito*, qual seja, que a subcontratada tenha capacidade técnica para execução do objeto. Vejamos que o artigo não remeteu à necessidade de corresponder aos critérios de habilitação da licitação. Assim, o requisito pode ser sanado pelo simples registro no órgão profissional competente, por exemplo, ou pela comprovação de experiência técnica. Vale notar que o

---

<sup>96</sup> Acórdão 2021/2020 Plenário (Auditoria, Relator Ministra Ana Arraes) Licitação. Obras e serviços de engenharia. Empreitada integral. Subcontratação. Relevância. Atestado de capacidade técnica. Em contratação sob o regime de empreitada integral, admite-se a previsão de subcontratação de parte relevante do objeto licitado quando, de antemão, a Administração sabe que existem poucas empresas no mercado aptas à sua execução, devendo, em tais situações, se exigir a comprovação de capacidade técnica, relativamente a essa parte do objeto, apenas da empresa que vier a ser subcontratada. (Boletim de Jurisprudência nº 322, sessões de 4 e 5 de agosto).

art. 67, § 9º, da Lei, faculta que a licitante comprove sua capacitação técnica mediante invocação dos atributos da subcontratada<sup>97</sup>.

Por fim, o §3º cuida das vedações, para evitar nepotismo ou direcionamentos na parte subcontratada, a rechaçar eventuais burlas aos princípios licitatórios da isonomia, impessoalidade, moralidade e objetividade (art. 5º, da NLL).

Não se nega, contudo, que a subcontratação pode, em tese, gerar determinados riscos e incertezas, os quais precisam ser analisados de um ponto de vista sistêmico, não só para enfrentar a problemática afeta à aplicação do princípio da livre subcontratação, mas, também, para reforçá-lo.

#### **4.2. Riscos e incertezas da subcontratação e como enfrentá-los**

Definido que a subcontratação se refere à ferramenta de terceirização das atividades meio ou fim da sociedade contratada, bem como estabelecido que a terceirização devesse também ser amplamente permitida dentro do mercado daqueles participantes de licitações públicas, vale questionar se subsistem riscos<sup>98</sup> em subcontratar, que justifiquem a adoção de medidas de cautela e limitação no princípio geral defendido acima.

A livre subcontratação traz algumas dificuldades – *assim como a sua vedação*. Sem pretensão de exauri-las, vale perpassar algumas delas.

*Em primeiro lugar*, os órgãos de controle têm rechaçado a subcontratação quando integral. A subcontratação integral, como o nome já diz, acontece sobre todo o objeto contratado. Contudo, neste ponto, devemos distinguir a subcontratação de *todas as partes* do objeto para *diversos* subcontratados (como seria o caso de uma montadora) da *subcontratação integral exclusiva* para um só subcontratado (como seria o caso de uma

---

<sup>97</sup> ”§ 9º 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.” O “limitado” se refere aos requisitos de habilitação. A medida já era defendida pelo Prof. Floriano Azevedo de Marques Neto. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Admissão de Atestados de Subcontratada Nomeada nas Licitações para Concessões de Serviços Públicos.” Revista Trimestral de Direito Público 53/124-132. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>98</sup> Para Julia Black, o risco esse risco desempenha atualmente quatro papéis principais na regulação: fornecer um objeto de regulação; regulamentação justificadora; constituindo e enquadrando organizações reguladoras e procedimentos; e estruturando as relações de responsabilidade. Ainda, o risco está se tornando um importante princípio organizador do governo e uma unidade distinta de governança. BLACK, Julia. The role of risk in Regulatory Processes. Printed from Oxford Handbooks Online ([www.oxfordhandbooks.com](http://www.oxfordhandbooks.com)). Oxford University Press. 2018. p.2.

intermediadora)<sup>99</sup>. Nesses casos, haveria, supostamente, um risco de violação os princípios licitatórios<sup>100</sup>. Os argumentos, todavia, se retroalimentam: porque não pode subcontratar de forma integral se viola os princípios do certame. E se violam os princípios do certame, porque não se pode subcontratar de forma integral. Pois bem. Como visto, a Administração, quando licita, guia-se por um procedimento objetivo e impessoal de seleção, vinculando-se a uma *proposta* que trará um *resultado* de contratação mais eficiente, e não às características subjetivas da contratada. Desta sorte, não há, de forma geral e previamente estabelecida, motivos concretos e seguros para se afastar a subcontratação integral. A limitação deverá, portanto, ser específica e devidamente motivada diante do caso concreto.

*Em segundo lugar*, haveria um risco para a segurança do contrato, em razão da necessidade de cumprimento das condições técnicas para realizar a atividade. Neste ponto, o art. 67, § 9º, previu que, na *fase de habilitação*, 25% dos critérios de qualificação técnica poderiam ser preenchidos por eventuais subcontratadas. Essa limitação não quer significar, contudo, que a subcontratação é limitada a 25% do objeto, nem que se aplica também no momento da *execução* do contrato (o artigo se limita a estabelecer um percentual tão somente para a fase externa da *licitação*)<sup>101</sup>. Diante disso, se não houver uma limitação previamente estabelecida, o critério de capacitação técnica pode ser averiguado a qualquer momento durante a *execução* do contrato e em qualquer percentual

---

<sup>99</sup> Sobre a diferença entre subcontratação integral e cessão de contrato administrativo: SZKLAROWSKY, Leon Frejda. (1998). Subcontratação e cessão de contrato administrativo. Revista De Direito Administrativo, 214, 145–158. <https://doi.org/10.12660/rda.v214.1998.47272>. Acesso em 14/07/2022.

<sup>100</sup> “A subcontratação integral do objeto pela empresa contratada pela prefeitura a terceiros caracteriza prejuízo ao erário, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratadas e os valores por ela pagos na subcontratação integral”. (Acórdão nº 8.220/2020, 1ª Câm. Min. Bruno Dantas). Ainda, “Especificamente em relação à subcontratação integral dos serviços de transporte escolar, vê-se que tal providência ocorreu em integral ofensa aos ditames legais que tratam da espécie e à sólida jurisprudência do TCU, segundo a qual a subcontratação só é admitida parcialmente e em casos excepcionais, sob pena de desconfigurar por completo o processo de escolha”. (Acórdão 1.151/2011. 2ª Câm - Plenário). Também: “Acórdão 799/2019 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) Responsabilidade. Contrato administrativo. Subcontratação. Quantidade. Preço. Licitação. Fraude. A subcontratação em patamar superior ao permitido contratualmente, à revelia do contratante e por preços significativamente inferiores aos fixados no instrumento pactuado com a Administração Pública, desnatura as condições estabelecidas no procedimento licitatório, caracterizando fraude à licitação.” (Boletim de Jurisprudência nº 260, sessões: 09 e 10 de abril de 2019)

<sup>101</sup> Nessa linha, inclusive, entendeu recentemente o Tribunal de Contas da União: “Acórdão 1678/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro). Contrato Administrativo. Execução de contrato. Regularidade fiscal. Comprovação. Momento. Filial. Subcontratação. Não é irregular a previsão, no edital, de que a comprovação da regularidade fiscal de filiais ou de subcontratadas seja ônus da empresa contratada, no decurso da execução contratual, e não exigida da licitante na fase de habilitação.” Boletim de Jurisprudência nº 365 (sessões: 13 e 14 de julho de 2021).

(o art. 122, § 2º não fixa limites), sem que se constate uma vedação clara a um princípio licitatório. Pelo contrário.

Vale recordar, ainda, que a contratada permanece exclusiva e diretamente responsável por qualquer inadimplemento ou inexecução qualitativa ou quantitativa do contrato. Isso quer dizer que a Administração Pública, ao permitir a subcontratação total ou parcial, continua responsável pela fiscalização da execução do objeto, prestada pela contratada ou subcontratada, e poderá, se for o caso, impor multa ou sanções. Isso gera incentivos de fiscalização maiores para a contratada, já que, na falta do cumprimento legal de requisitos de habilitação pela subcontratada ou deficiência na execução do objeto serão diretamente imputados à contratada principal. A contratada, portanto, tem estímulos para que a terceirização de suas atividades seja uma ferramenta usada em prol da eficiência da sua atividade.

É claro que se poderia redarguir com o argumento de que as fiscalizações perpetradas pela Administração Públicas são falhas e deficientes e que a terceirização a uma empresa que não responda aos critérios de habilitação técnico-jurídico ou de capacitação técnico-operacional seria um risco à própria eficiência que se volta a defender<sup>102</sup>. Bom, mas nesses casos, a fiscalização acerca da existência, ou não, de subcontratação, também é falha.

Ou seja, a eficiência não vai decorrer da forma como a contratada articula as suas atividades principais, mas da qualidade, do *resultado* da contratação.

*Em terceiro lugar*, para o Tribunal de Contas da União, nos casos de intermediação, haveria um risco de superfaturamento<sup>103</sup>. O argumento não se sustenta. A

---

<sup>102</sup> Nesses casos, defende-se uma fiscalização por amostragem e da própria qualidade da execução do serviço por meio do Acordo de Nível de Serviços - ANS.

<sup>103</sup> Ver, nesse sentido, o questionável julgado seguinte: Ocorre, então, que por meio desse indevido artifício, a empresa contratada passou de fornecedora de serviços a mera intermediária, com o agravante de que os novos serviços foram subcontratadas por um valor de 48,9% inferior ao original. (Acórdão 834/2014, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho). Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União assim se pronunciou: “Acórdão 10397/2021 Segunda Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer). Contrato Administrativo. Superfaturamento. Subcontratação. Dano ao erário. Quantificação. Preço de mercado. Na subcontratação total do objeto, em que a empresa contratada atua como mera intermediária entre a Administração e a empresa efetivamente executora (subcontratada), o superfaturamento deve ser quantificado em função dos preços de mercado e não, simplesmente, pela diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos à subcontratada.” (Boletim de Jurisprudência nº 370). Em sentido diametralmente oposto, contudo, vejamos: “Acórdão 3002/2021 Segunda Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer). Responsabilidade. Contrato administrativo. Subcontratação. Débito. Quantificação. A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de pessoa interposta entre a administração pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é situação ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa

*uma*, pelo que o superfaturamento não se presume, se comprova. *A duas*, porquanto o conceito é extremamente incerto: a mera existência de intermediadora significaria, necessariamente, superfaturamento? No mínimo, a intermediadora tem custos gerenciais e assume riscos de inexecução parcial ou total. Além disso, não é qualquer pessoa jurídica que tem interesse em contratar com a Administração, por razões amplíssimas que vão desde o risco de aplicação de cláusulas exorbitantes ao recebimento por precatórios em caso de inadimplemento. De toda sorte, preço tem moralidade? Um exemplo simbólico é a taxa de intermediação de alguns sítios eletrônicos. A instituição foi considerada legal pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>104</sup>. Por isso, a preocupação não é razoável e pode ser facilmente suprida pela definição do critério do menor preço ou do maior desconto para fins de julgamento.

*Por fim*, outro risco é referente à eventualidade da empresa criar uma pessoa jurídica fantoche para fins de participação em procedimento licitatório, quando foi suspensa do direito de licitar com a administração Pública, ou ao caso em que a própria Administração se vale dessa empresa de fachada para, em verdade, direcionar a licitação para a escolha para terceiro.

*Por um lado*, a questão se resolve pelo fato de a vencedora da licitação ter que cumprir os requisitos editalícios de habilitação. A viabilidade de subcontratar não dispensa a principal contratada de cumprir a série de requisitos legais e contratuais de habilitação e capacitação técnica (ao menos, 75%). O que deixa de ser importante, contudo, é a forma como entrega o produto ou o resultado de contratação mais vantajoso pela Administração. *Por outro lado*, vedar a subcontratação não é medida suficiente ou mesmo necessária para impedir que direcionamentos ou abusos de forma aconteçam. Naturalmente, não se deve interpretar o direito pelas suas patologias. Ao contrário, devem ser repensadas as formas de fiscalização e o controle das eventuais subcontratações – *ou terceirizações pela contratada* – que venham a ocorrer. Abuso de forma constatado, a

---

contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral. Pelo débito respondem, em regime de solidariedade, a empresa contratada e os gestores que permitiram a subcontratação total.” (Boletim de Jurisprudência. Sessões: 2 e 3 de março de 2021). Também: “Acórdão 8220/2020 Primeira Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno

Dantas) Responsabilidade. Contrato administrativo. Subcontratação. Débito. Quantificação. A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de interposto entre a Administração Pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é irregularidade ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral.” (Boletim de Jurisprudência nº 321, sessões: 28 e 29 de julho de 2020).

<sup>104</sup> STJ - REsp: 1737428 RS 2017/0163474-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/03/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2019



Administração pode repelir a subcontratação e aplicar severas sanções ao contratado principal ou, ainda, estender as sanções para o grupo societário constituído pelos mesmos sócios que sofreram a sanção contratual e recriam outra empresa tão somente para poder participar da licitação ou de sua terceirização. Essa foi a solução trazida pelo art. 160, da Lei de Licitações. Vejamos:

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Assim, todo o problema circunda, em verdade, na capacidade fiscalizatória do Poder Contratante e das diligências realizadas para fins de averiguação acerca do uso eficiente e de boa-fé da subcontratação.

Por isso, uma boa alocação desses riscos, com uso da ferramenta da matriz de riscos<sup>105</sup> (art. 22) pode evitar ou amenizar as consequências de eventual fraude.

Por isso, o arcabouço sistêmico da lei reforça a nova interpretação que se deve dar ao art. 122, da Lei nº 14.133/21, no sentido de consagrar o princípio à livre subcontratação, admitida limitações, desde que previamente justificadas, em cada caso concreto, sobre parcela especificamente definida do contrato.

## 5. CONCLUSÃO

Desde a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 e da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 329 e RE nº 958.252-MG), a terceirização de todas

---

<sup>105</sup> A matriz de risco é uma técnica de gerenciamento de risco e segurança em projetos que é frequentemente manejada para dar suporte à tomada de decisões. Evidências anteriores para argumentar que matrizes de risco mal projetadas ou utilizadas de forma inadequada resultam em aumento da incerteza e, potencialmente, em efeitos adversos nos contratos públicos. Num projeto de infraestrutura de grande magnitude, por exemplo, isso pode ser catastrófico, tanto do ponto de vista do interesse público (*Value for Money*) quanto do privado. JÚNIOR; Flávio Germano de Sena Teixeira; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Matriz de risco e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas. R. bras.de Dir. Público –RBDP | Belo Horizonte.

as etapas do processo produtivo (atividades meio e fim) é constitucional, a permitir maior dinamismo e eficiência alocativa no mercado privado. Contudo, essa ampla permissibilidade tem sido inibida no mercado quando o contrato principal é oriundo de uma contratação pública. Isso porque, acredita-se que os contratos administrativos são celebrados *intuitu personae*, a rechaçar a livre subcontratação.

No entanto, o *intuitu personae* tem origem exatamente onde a Administração realiza uma escolha sem prévia procedimentalização objetiva, guiada pela liberdade contratual, plena discricionariedade e características subjetiva do contratado. Dessa sorte, diante de um procedimento em que há escolha impessoal e objetivo do resultado da contratação mais vantajosa, não há escolha em razão da feição subjetiva da contratada. Esse entendimento, adiantado pela doutrina, também foi consagrado em jugado do Supremo Tribunal federal (ADI 2946).

Dessa forma, a subcontratação, que se inspira na “*sous-traitance*”, relativa à viabilidade de terceirizar as partes do objeto do contrato, com nova redação dada pelo art. 122, da Lei nº 14.133/2021, merece interpretação à luz da eficiência e de um olhar pragmático. Isso porque, não há, na dinâmica atual do mercado, motivos econômicos, jurídicos ou literários para se distinguir a terceirização no mercado privado ou no mercado público de contratações, e limitar ou vedar, de antemão, a subcontratação.

Pelo contrário, o precitado art. 122 deve estar em consonância com os demais vetores interpretativos da lei, em atenção à livre concorrência e competitividade (art. 5º), à vedação de ingerência indevida na gestão interna das empresas (art. 48) e à eficiência, calcada no paradigma do *resultado* de contratação mais vantajosa (art. 11, inciso I). A licitação, bem como a execução contratual, deve garantir o maior número de competidores interessados naquele mercado, abraçando todos os modelos de organização empresarial, e descartar previsões editalícias que constituam uma intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

Assim, da interpretação sistêmica e literal do art. 122, é possível se extrair um princípio jurídico, a permitir a livre subcontratação, dispensada a prévia autorização editalícia ou contratual, bem como a rechaçar uma limitação ou vedação abstrata e geral, arraigadas em falsas premissas ou mimetismo institucional. A livre contratação, contudo, poderá ser previa e especificamente limitada, vedada ou condicionada no edital, desde que de forma proporcional e devidamente justificada, ponderado, no caso concreto, a parcela do objeto que não se poderá subcontratar.

Os riscos e incertezas da subcontratação – que também ocorrem em razão de sua vedação – precisam ser analisados de um ponto de vista sistêmico, não só para enfrentar a problemática afeta à aplicação do princípio da livre subcontratação, mas para reforçá-lo, principalmente num mercado em que há cada vez menos interessados a contratar com a Administração Pública. Assim, a lei previu a possibilidade de fiscalizar a capacidade técnica da subcontratada (art. 67, § 9º e art. 122, § 2º), como também a desconsideração administrativa da personalidade jurídica (art. 160), a reforçar os argumentos de que prevalece uma livre subcontratação. Os princípios licitatórios não podem servir de subterfúgio para favorecer a seleção, no mercado, de empresas com porte suficiente para prescindir da terceirização e desconsiderar as demais que, enfatiza-se, atuam legitimamente ao terceirizar toda ou parte de suas finalidades.

É dizer, conferir celeridade, eficiência e agilidade nas contratações públicas não pode decorrer de situações de excepcionalidade. Essa deve ser uma regra.

## 6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

### **Documentos:**

<https://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/estados-brasil-mortes-casos-media-movel/>

### **Legislação Franca:**

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068498/>. Acesso em 14/07/2022.

Code de la Commande Publique. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000037701019?etatTexte=VI GUEUR&etatTexte=VIGUEUR\\_DIFF](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019?etatTexte=VI GUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF). Acesso em 14/07/2022.

### **Jurisprudência francesa:**

CE, 15 avril 1996, voir

CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827.

### **Jurisprudência da CJUE:**

CJUE 5 avril 2017, Borta, aff. C-298/15. Ver também CJUE, 22 oct. 2015, aff. C-425/14, Impresa Edilux et SICEF, ECLI:EU:C:2015:721, CJUE, 5 avr. 2017, aff. C-298/15, Borta, ECLI:EU:C:2017:266.

CJUE 10 octobre 2013, Swn Costruzioni de Mannoichi Luigino, aff. C-94/12, pt 31.

Arrêt du 5 avril 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, points 54 et 55). CJUE, 26 septembre 2019, Vitali SpA, n°C-63/18.

Arrêt du 18 mars 2004, « Siemens et ARGE Telekom », affaire C-314-01.

CJCE, 18 mars 2004, Siemens AG Ostereich, aff. C-314/01.

CJUE, 26 sept. 2019, aff. C-63/18, Vitali SpA c/ Autostrade per l'Italia SpA, ECLI:EU:C:2019:787

**Jurisprudência Nacional:**

TCU, Acórdão nº 2.992/2011, Plenário, TC-008.543/2011-9, Rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.

TCU, Acórdão 2060/2006, Plenário.

TCU, Acórdão 2002/2005, Plenário. Rel. Min.

TCU, Acórdão 2002/2005 Plenário (Voto do Ministro Relator).

TCU. Acórdão 3.002/2021, 2ª Câ., rel. Min. Marcos Bemquerer.

TCU, Acórdão 1.151/2011. 2ª Câ – Plenário.

TCU, Acórdão nº 8.220/2020, 1ª Câ. Min. Bruno Dantas.

STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946-DF. STF - ADI: 2946 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 30/07/2003, Data de Publicação: DJ 05/08/2003 PP-00050.

STF - RE: 839950 RS, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/04/2020

STF - RE: 760931 DF, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 26/04/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/09/2017.

STJ - Recurso Especial nº 468191.

Parecer n. 00012/2020/CNMLC/CGU/AGU. Disponível em:  
<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/PARECER-12-2020-CNMLC-CGU->

[MODELOS-COVID-MPV-961-E-EC-106-2020-APROVADO-PELO-CGU.html .pdf](#)

Acesso em 12/07/2022.

Parecer Referencial da AGU. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/conjur/demandas-judiciais/banco-de-pareceres-referenciais/pareceres-referenciais/2021/parecer-referencial-n-00011-2021-conjur-ms-cgu-agu.pdf>. Acesso em 12/07/2022.

Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Disponível em: [https://portal.teu.gov.br/data/files/C3/80/40/80/8100371055EB6E27E18818A8/Destinacao\\_utilizacao\\_recursos\\_publicos\\_situacoes\\_emergenciais.pdf](https://portal.teu.gov.br/data/files/C3/80/40/80/8100371055EB6E27E18818A8/Destinacao_utilizacao_recursos_publicos_situacoes_emergenciais.pdf). Acesso em 12/07/2022.

Projeto de Lei nº 6.814 de 03 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>.

### **Bibliografia:**

AKOKA, Fanette. *Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique*. LPA 02 sep. 2019, n° 147f3, p.9. Disponível em: <https://www.actu-juridique.fr/administratif/le-contrat-de-concession-dans-le-patrimoine-genetique-de-la-commande-publique/#>. Acesso em 13/07/2022

AJJOUR, Muhannad. *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français* | mai 2016.

ALIBERT, Thierry. “*L'intuitus personae*” dans la concession de service public : un principe en mutation ?. In *La Revue administrative* 43e Année, No. 258 (NOVEMBRE DECEMBRE 1990), pp. 507-512 (6 pages) Published By: Presses Universitaires de France. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40782458>. Acesso em 13/07/2022

ALMEIDA, Fernando Menezes Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*.– 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN 978-85-309-4881-8. Versão Ebook.

\_\_\_\_\_. *O princípio da eficiência*. In *Revista De Direito Administrativo*, 237, 1–6. 2004. <https://doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44361> Acesso em 14/07/2022.

\_\_\_\_\_. *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.

BACONNIER, Stéphane. *Précis du droit de la commande publique: Marchés publics - Concessions Broché* – Livre grand format, 9 octobre 2019. 6ème Édition. Editeur : Le Moniteur.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. ISBN 978-65-5518-066-4.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Julia. *The role of risk in Regulatory Processes. Printed from Oxford Handbooks Online*. Oxford University Press. 2018.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores*. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2017. p.114-138

CARVALHO, Victor Aguiar de. *A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 16, nº 186, p. 65-74, junho 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo:Atlas, 2019. Versão Ebook.

CERRA, Aline Lamon Aline; MAIA, Jonas Lúcio; ALVES FILHO, Alceu Gomes; NOGUEIRA, Edemilson. Cadeias de suprimentos de montadoras dos setores automobilístico e de linha branca – Uma análise comparativa por meio de estudos de caso. In *Gest. Prod.*, São Carlos, v. 21, n. 3, p. 635-647, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gp/a/BYTzT3MTRqtKzDHVBYtqVtJ/?lang=pt>. Acesso em 12/07/2022.

COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. New York. Oxford University Press, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores - Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública*. In. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (vol. 65), 2010. p. 95 a 114.

GARCIA, Flávia Amaral. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos de polêmicas*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 26ªed., 2009.

GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. *Droit du service public*. Montchrestien, 4ème éd. 2011.

JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* In *Revista brasileira de Direito Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014. Disponível em



[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19207/A\\_intervencao\\_do\\_TCU\\_sobre\\_editais\\_de\\_li.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19207/A_intervencao_do_TCU_sobre_editais_de_li.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 12/07/2022.

JÚNIOR; Flávio Germano de Sena Teixeira; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. *Matriz de risco e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas*. R. bras.de Dir. Público – RBDP | Belo

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1353.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. – 10ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórica metodológica do dever constitucional de eficiência. In *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 14, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; 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. 23, mar./abr. 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro* / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. – 42. ed. / atual. Até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo : Malheiros, 2016

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo*. Malheiros Editores: São Paulo, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. A futura Lei de Licitações: o desafio de sua interpretação autônoma A nova lei de nada adiantará se lida com os olhos no passado. In *Jota*, publicação em 23/02/2021, às 11:22. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-publicistas-23022021>. Acesso em 11 de julho de 2022.

\_\_\_\_\_. *O contrato administrativo como instrumento de governo. In Estudos de Contratação Pública*, volume I. Org: GONÇALVES, Pedro Costa. Coimbra Editora: Coimbra, 2013, p. 05/18.

MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávia Amaral. *O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios*. In: Revista de Contratos Públicos. n.o 21. (setembro, 2019).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREIRA, Caio Mária da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. III. Contratos*. 1ª Edição Eletrônica. 2003. Versão E-book. p.227, 246, 255.

REIS, Rodrigo; PEREIRA, Bruno. *Remuneração vinculada à performance do parceiro privado*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.) *Parcerias Público-Privada: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SEN, Falguni. & SHIEL, Michael. (2006). *From business process outsourcing (BPO) to knowledge process outsourcing (KPO): Some issues*. *Human Systems Management* 25 (2006) 145–155.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações* / Marcos Juruena Villela Souto. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

\_\_\_\_\_. *Função Regulatória*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 13, Salvador, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo em 2006: entre papéis e negócios*. In <https://www.conjur.com.br/2006-dez->

[21/direito\\_administrativo\\_oscila\\_entre\\_papeis\\_negocios?pagina=3](#). Acesso em 12/07/2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011.

TRIMUA, Arthur Lilas. *La concession : éléments de renouveau d'une catégorie contractuelle*. In revue: Droit. Université de Poitiers, 2018. Français. ffNNT : 2018POIT3007ff. fftel-02648627f. p. 280. Disponível em <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02648627/document>. Acesso em 13/07/2022.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. (1998). *Subcontratação e cessão de contrato administrativo*. Revista De Direito Administrativo, 214, 145–158. <https://doi.org/10.12660/rda.v214.1998.47272>. Acesso em 14/07/2022.

VALLEUR, Francis. *L'intuitus personae dans les contrats, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne*, 1938, p. 7, no 1.

VORONOFF, Alice; MAURITY, Soraya Noura y. *Terceirização e responsabilidade subsidiária do Estado Os efeitos negativos de um 'minimalismo' judicial enviesado*. In Jota. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/terceirizacao-e-responsabilidade-subsidiaria-do-estado-17032019>. Acesso em 12/07/2022.