

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
MARIANA MACHADO DA SILVA**

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA SUBCONTRATAÇÃO: COMPREENDENDO OS
FATORES POSITIVOS E NEGATIVOS DOS CONTRATOS DE
SUBCONTRATAÇÃO**

**RUBIATABA/GO
2022**

MARIANA MACHADO DA SILVA

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA SUBCONTRATAÇÃO: COMPREENDENDO OS
FATORES POSITIVOS E NEGATIVOS DOS CONTRATOS DE
SUBCONTRATAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Marcus Vinicius Silva Coelho.

**RUBIATABA/GO
2022**

MARIANA MACHADO DA SILVA

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA SUBCONTRATAÇÃO: COMPREENDENDO OS
FATORES POSITIVOS E NEGATIVOS DOS CONTRATOS DE
SUBCONTRATAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Marcus Vinicius Silva Coelho.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 28 / 06 / 2022

Marcus Vinicius Silva Coelho
Orientador / Especialista em Direito Público
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Fernando Hebert De Oliveira Geraldino
Examinador / Especialista em Direito Público
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Francinaldo Soares De Paula
Examinador / Mestre em Administração
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico este trabalho por inteiro a minha família, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos bons, ruins, nas noites sem dormir me esperando e torcendo para que eu chegasse bem em casa, para aqueles que mesmo sem demonstrar ficam felizes com o meu sucesso, que sabe o quanto é difícil as estradas, as noites mal dormidas, os perigos e medos.

Mais principalmente para aqueles que não acreditavam que eu chegaria até aqui, isso foi uma das coisas que meu deus me deu mais forças para lutar pelo meu objetivo com garra e determinação, sem abaixar a cabeça para obstáculos que me foram dados, e se hoje estou onde estou e porque eu tive um Deus que sempre me cobriu de proteção para que eu não desistisse de tudo que tenho conquistado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que fez com que eu tivesse forças suficientes para que meus objetivos fossem alcançados, durante todos os esses anos 5 anos, 1.776 dias, 254 semanas, 58 meses de luta.

Ao meu esposo Adair e minha filha Laura que estiveram ao meu lado por esses longos 5 anos me apoiando e ajudando a não desistir frente as dificuldades, ao meu pai Alair que me ajudou financeiramente para que o meu sonho fosse realizado.

A minha mãe Maria José, meus avos Agenor, Santana e Ana que sempre me apoiaram e me ajudaram nessa jornada, ao meu pai de criação Joceli que me sempre esteve ao meu lado desde os 3 anos de idade me educando e ensinado.

Ao meu professor e orientador Marcus Vinicius pela paciência por aturar minhas crises de ansiedade, pela orientação excepcional dada a mim durante todo o processo de desenvolvimento e finalização do trabalho e todos os professores que tive a oportunidade de adquirir aprendizado e sempre os levarei por toda minha vida.

E com uma enorme emoção que deixo meus sinceros agradecimentos por ter compartilhado momentos extremamente importantes para minha vida profissional.

RESUMO

O objetivo da pesquisa é estudar a questão da subcontratação em contratos celebrados com o poder público, destacando quais as responsabilidades do contratado para com o poder público, diante de atos praticados pelo subcontratado. Pretendeu-se entender, portanto, os efeitos jurídicos da subcontratação, verificando se ela é ou não vantajosa para o titular de contrato com o ente da administração pública. Para o desenvolvimento da temática se utilizou do método hipotético-dedutivo, utilizando-se de artigos, livros, revistas, doutrinas, jurisprudências, principalmente aquelas provenientes do Tribunal de Contas da União, e outros trabalhos publicados disponíveis na internet. Após a abordagem do tema, alcançou-se o seguinte resultado: a subcontratação será possível dentro dos limites legais, em caso de previa disposição contratual ou editalícia, ou ainda, diante da ausência de disposição previa, da aceitação formal pela Administração Pública. Emerge-se que em todo o caso, o titular do contrato com o poder público, ficará responsável por todos os atos do subcontratado, mesmo que não tenha concorrido para isso.

Palavras-chave: Administração Pública. Contrato. Licitação. Subcontratação.

ABSTRACT

The objective of this work is to study the issue of subcontracting in contracts entered into with the government, highlighting the responsibilities of the contractor towards the government, in view of acts performed by the subcontractor. It was intended, therefore, to understand the legal effects of subcontracting, verifying whether or not it is advantageous for the holder of a contract with the public administration entity. For the development of the theme, the hypothetical-deductive method was used, using articles, books, magazines, doctrines, jurisprudence, especially those from the Federal Court of Auditors, and other published works available on the internet. After addressing the topic, the following result was achieved: subcontracting will be possible within the legal limits, in case of prior contractual provision or notice, or even, in the absence of prior provision, of formal acceptance by the Public Administration. It emerges that in any case, the holder of the contract with the government, will be responsible for all acts of the subcontractor, even if he has not contributed to this.

Keywords: Public Administration. Contract. Bidding. Subcontracting.

Traduzido por Fulano de Tal titulação formação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art	Artigo
Nº	Número
P.	Página
TCU	Tribunal de Contas da União

LISTA DE SÍMBOLOS

§ Parágrafo

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	1
2.	DO PROCESSO NECESSÁRIO PARA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	3
2.1	NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PROCESSO LICITATÓRIO	3
2.2	DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PELAS LEIS Nº 8.666/93, 10.520/02 E 12.462/11	7
2.3	DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO	12
3	DA CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO	14
3.1	CONCEITO E NOÇÕES GERAIS	14
3.2	CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS E ALTERAÇÃO CONTRATUAL	18
3.3	HIPÓTESES DE RESCISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	21
4	DAS CONSEQUENCIAS DO CONTRATO DE SUBCONTRATAÇÃO E DA RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CONTRATO COM O PODER PÚBLICO	24
4.1	DA SUBCONTRATAÇÃO.....	24
4.2	VANTAGENS E DESVANTAGENS DA SUBCONTRATAÇÃO EM CONTRATO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	31
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	34

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei nº 8.666/93, permitiu-se que partes de determinada obra ou serviço sejam objeto de subcontratação até o limite legal, dada a concentração, racionalização e especialização de atividades. A norma trouxe algumas inovações, que a princípio necessitam de melhores interpretações para sua correta aplicação ao caso concreto, admitindo que a contratada, realize a subcontratação de partes do objeto, sem que com isso se exima de suas obrigações e responsabilidades como contratada. A subcontratação é um negócio jurídico que vem ganhando grande destaque junto às indústrias brasileiras.

Partindo, do tema elencado, origina-se o seguinte problema de pesquisa: “no que tange aos efeitos jurídicos da contratação, pode-se afirmar que se trata de prática vantajosa ou desvantajosa à titular de contrato com o ente da administração pública?”.

Ato contínuo, surgem duas hipóteses possíveis para se chegar a uma solução ao problema proposto: a prática é vantajosa à titular do contrato, que reduz seus custos na contratação de pessoal habilitado para a prestação dos serviços ou realização da obra, centralizando seus esforços junto a uma única empresa; e, a prática é desvantajosa, já que a titular do contrato, assume a responsabilidade por serviços executados por outra empresa, passando a ter, portanto, uma dupla responsabilidade, uma quanto a parcela da obra ou serviço que não pode ser subcontratado tendo em vista a limitação legal, e a responsabilidade pelos serviços prestados e pela parte da obra executada pela subcontratada.

No que se refere aos objetivos, tem-se que o objetivo geral da pesquisa é estudar o contrato de subcontratação propriamente dito, verificando seus pontos positivos e negativos. Ao passo que os objetivos específicos são: estudar as normas gerais de contratação com a administração pública; destacar as regras de formação, execução e finalização de um contrato de subcontratação; e, por fim, relatar as possíveis consequências, benefícios e malefícios decorrentes da contratação.

No desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á do método hipotético dedutivo, por meio do qual, partindo de duas premissas válidas, se alcançará um resultado particular. Isto posto, diante das hipóteses apresentadas no momento inicial, descobrir-se-á utilizado o método retro, se a subcontratação é vantajosa ao titular de contrato com a administração pública, ou se trata de condição que pode desencadear desvantagens, tendo em vista sua responsabilização pelos atos da subcontratada. Para o desenvolvimento do conteúdo se utilizará de artigos, livros,

revistas, doutrinas, jurisprudências principalmente aquelas provenientes do Tribunal de Contas da União, além de outros trabalhos já publicados e disponíveis na internet. O problema proposto será resolvido a partir do estudo detalhado do tema, possibilitado pela pesquisa aos instrumentos elencados.

A escolha do tema se justifica, em função da existência de questionamentos acerca da viabilidade do contrato de subcontratação, de forma a aferir se é ou não vantajoso ao titular de contrato com a administração pública subcontratar dentro dos limites legais, parcela de obra ou serviço objeto de contrato inicial. Compreender o que será trabalhado, importa no reconhecimento da melhor maneira de se executar um contrato administrativo, apontando as vantagens e desvantagens da subcontratação para a titular de contrato com a administração pública e esclarecendo sobre todas as obrigações decorrentes do pacto.

Finalizado o estudo, perceberá que a subcontratação será possível desde que haja prévia disposição contratual e editalícia, ou em sua ausência, diante da permissão por parte da Administração Pública, em todo caso, o contratado, ficará responsável por todos os atos praticados pelo subcontratado, sendo irrelevante o fato de ter agido ou não em conjunto com este para o evento.

Para alcançar tal resultado, empreendeu-se um estudo detalhado do tema, ao longo de três capítulos. No primeiro capítulo, analisou-se o processo preliminar necessário para a contratação com a Administração Pública, destacando as noções gerais acerca do processo licitatório, as modalidades de licitação previstas pelas Leis nº 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11, bem como a nova lei de licitação. No segundo capítulo estudar-se-á o processo de contratação com o poder público, aferindo-se primeiramente as noções gerais acerca dos contratos com o Poder Público e após, as regras de subcontratação. No terceiro capítulo, verificar-se-á as consequências do contrato de subcontratação e da responsabilidade do titular do contrato com o Poder Público.

2. DO PROCESSO NECESSÁRIO PARA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para contratar com o Poder Público, é necessário que se siga uma série de normas procedimentais, as quais se descumpridas tornam irregular o contrato eventualmente formulado. Antes que seja contratada a pessoa física ou jurídica, deverá passar obrigatoriamente por prévio processo licitatório, salvo os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Diante disso o presente capítulo pretende entender como se dá o processo prévio de contratação com a administração pública, iniciando da avaliação do processo de licitação propriamente dito, passando pelas suas modalidades e, por fim, avaliando o conteúdo da nova Lei de Licitações. A importância de estudar o pretendido, se encontra no fato de serem necessários estudos introdutórios, para se entender como é efetivado o processo de contratação com administração pública, para que seja possível descobrir posteriormente como se dará a subcontratação, bem como suas vantagens e desvantagens.

Para o desenvolvimento da pesquisa se utilizou de doutrinas, artigos, leis e outros instrumentos de pesquisa disponíveis em sites confiáveis da internet, que pudessem auxiliar na solução do problema da pesquisa. O capítulo foi dividido em três itens, no primeiro trabalhará, questões gerais acerca do processo licitatório, no segundo se avaliará as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, tratando adicionalmente do Pregão, modalidade prevista na Lei nº 10.520/02 e no terceiro tratará da Lei nº 14.133/2021, conhecida como nova Lei de Licitações.

2.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PROCESSO LICITATÓRIO

Como introduzido anteriormente, para se formalizar um contrato com o Poder Público, imprescindível, a adoção de processos prévios para assegurar a legalidade do ato. Para a análise e discussão do assunto serão utilizadas doutrinas, artigos, e disposições da Lei nº 8.666/93 e da Constituição Federal.

Como observa Carvalho Filho (2014) a Administração Pública, exerce uma atividade multifacetária e complexa, com olhares voltados ao interesse público e para alcançá-lo, ela precisa se valer de bens e serviços oferecidos por terceiros, razão pela qual se faz necessário firmar contratos para tanto. Não poderia a lei deixar como único critério para a

escolha do fornecedor, a vontade do administrador, porque, seria fácil prever quem seria contratado e daria margem a escolhas improprias, o que prejudicaria a própria Administração Pública. A licitação, portanto, veio para controlar esses riscos, sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, onde várias pessoas oferecem suas propostas, e como consequência, permite a escolha da proposta mais vantajosa a Administração Pública.

Segundo o disposto na citação acima, a Administração Pública exerce atividades múltiplas e complexas, voltadas ao interesse público e para atingir tal interesse necessário que se valam do apoio de terceiros, fornecedores de bens ou serviços, ou executor de obras. O administrador não poderia por estar a cargo de atender os anseios da comunidade que administra, optar por fornecedor específico, por isso, a lei traz alguns critérios para a escolha deste, possibilitando a escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público.

Considera Mello (2013) que ao contrário dos particulares, que podem livremente adquirir, alienar, locar bens, contratar pessoas para a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para que faça a contratação necessita adotar um procedimento prévio rigorosamente determinado e preestabelecido em lei, a esse procedimento, atribui-se o nome de licitação. A licitação é em breves palavras um certame em que as entidades governamentais promovem a disputa entre os interessados e escolhe a proposta mais vantajosa e conveniente ao Poder Público.

Como explica o autor, ao contrário do que acontece com os particulares, que podem escolher quem desejam contratar, o Poder Público, para adquirir, alienar, locar bens, contratar obras ou serviços, deverá adotar procedimentos prévios, disponíveis em lei. Ao procedimento dá-se o nome de licitação, que nada mais é do que o processo destinado a promover a disputa entre os interessados e escolher a proposta mais vantajosa ao ente. Verbera Di Pietro (2014, p. 373):

Ao falar-se em procedimento administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

Nos termos da citação retro, quando se fala em procedimento administrativo, se refere ao conjunto de atos preparatórios objetivando a contratação de bens, serviços e a execução de obras. A licitação é o procedimento onde se integram atos e fatos tanto do licitante, quanto da Administração, para a formação da vontade contratual. A Administração contribui com o edital ou convite, com o recebimento das propostas e documentos de habilitação, com a classificação dos licitantes, com a adjudicação do objeto, além dos atos pós certame, como o julgamento de recursos, a revogação ou anulação do procedimento, e demais atos. O licitante contribui, com a retirada do edital, o oferecimento da proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de impugnações ou recursos.

A licitação é um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública. A razão de existir dessa exigência reside no fato de que o Poder Público não pode escolher livremente um fornecedor qualquer, como fazem as empresas privadas. Os imperativos da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato (MAZZA 2014, p. 346)

Como indica a citação acima, a licitação é um procedimento obrigatório que precede a celebração do contrato com a Administração Pública. A razão do procedimento licitatório reside no fato de que o Poder Público não pode escolher por vontade própria quem irá contratar. O processo é pautado nos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que informam como deverá ser a atuação do Poder Público.

Consoante o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93 a licitação se dispõe a garantir a plena observância do princípio constitucional da isonomia, assim como a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sendo processada e julgada com estrita observância aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e a outros que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Por meio da licitação, o Poder Público abre a todos os interessados que atendam as condições preestabelecidas no instrumento convocatório a possibilidade de apresentar propostas para o fornecimento de bens ou serviços, bem como a execução de obras que procurem atender o interesse público (DI PIETRO, 2014). Nessa senda, ao manifestar o

interesse de contratar a Administração Pública abre aos interessados a oportunidade de apresentar suas propostas e comprovar que atendem as condições estabelecidas no instrumento convocatório.

No momento em que a Administração convoca os interessados para participar da licitação, ela estabelece as condições para a participação da mesma e as normas e obrigações para a celebração do contrato. Ao comparecer ao certame o licitante declara a aceitação a todos esses termos, justamente por isso se afirmar que o edital é a lei da licitação e como consequência, a lei do contrato. Após publicado o edital, nem a Administração pode alterar as condições de participação e contratação, nem o particular pode apresentar proposta e documentação divergente ao exigido no instrumento convocatório, sob pena de ser desclassificado ou inabilitado (DI PIETRO, 2014).

Completa o autor que assim que a Administração Pública convoca os interessados, ela fixa critérios de aceitação de proposta e habilitação, após aquele momento ela já não poderá alterar as condições de participação e contratação, nem o licitante poderá apresentar proposta e documentação que não atenda ao solicitado no instrumento convocatório, pois se apresentados em desacordo, gerarão sua desclassificação ou inabilitação.

Corroborando o art. 37, inc. XXI do texto constitucional que salvo os casos especificados na legislação, tanto as obras, quanto os serviços, as compras e as alienações serão contratados mediante processo de licitação que assegure aos concorrentes igualdade de condições, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas todas as condições efetivas da proposta, nos termos legais, o qual somente poderá admitir as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis para garantir o cumprimento das obrigações por parte do contratado (BRASIL, 1988).

Com efeito, a obrigação de licitar abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, o que foi objeto de expressa menção pelo art. 117 da Lei nº 8.666/1993. Ademais, estão obrigadas a realizar licitação pública as entidades integrantes das Administrações indiretas dos entes federativos, ou seja, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (AMORIM, 2017, p. 27).

Com efeito, a obrigação de licitar abrange a todos os órgãos administrativos, incluídos os três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, o qual fora mencionado pelo art. 117 da Lei nº 8.666/93. Ademais, são obrigadas a licitar as entidades integrantes das Administrações indiretas dos entes federativos,

o que engloba, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mistas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Amorim (2017) anuncia que a etapa interna do procedimento se desenvolve na seguinte sequência: requisição da área ou unidade interessada; estimativa do valor da contratação; autorização da despesa; elaboração do edital e seus anexos; análise da minuta do instrumento convocatório pela assessoria jurídica; publicação do aviso de licitação e divulgação do edital.

Em resumo a licitação é um procedimento administrativo prévio a contratação e obrigatória a todos os entes administrativos. Sua obrigatoriedade reside no fato de não poder o responsável por administrar o ente público, escolher quem contratar por vontade própria. Todo o processo será sustentado nos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público. O estudo aqui desenvolvido serve de suporte para que se compreenda o que irá estudar a seguir neste e nos próximos capítulos, é a base para que se entenda como se chegou à solução do problema. Nos próximos itens irá se avaliar as modalidades licitatórias previstas em lei, particularmente a Lei nº 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11 e a Lei nº 14.133/21, que veio para alterar a norma anterior.

2.2 DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PELAS LEIS Nº 8.666/93, 10.520/02 E 12.462/11

Após abordar como se dá a fase preparatória do processo de licitação, pretende o presente item explicar brevemente quais as modalidades licitatórias previstas nas Leis nº 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11 e suas principais particularidades. Para que isso seja possível, se utilizará de doutrinas, leis, artigos, e outros documentos que possam ajudar no desenvolvimento do estudo aqui pretendido.

Como salienta Gasparini (2004) modalidade de licitação é a forma específica de se conduzir um procedimento licitatório, sendo que o valor estimado para contratação será usado para a seleção da modalidade. Não seguem a regra supradita, o pregão, o concurso e o leilão, pois essas modalidades não se encontram vinculadas a valores. Todas as modalidades têm um procedimento determinado, modo de formalização processual e prazos.

As modalidades de licitação estão previstas em sua grande parte no art. 22 da Lei nº 8.666/93, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Existindo,

ainda, outras duas modalidades fora do supra referido diploma, o pregão regulamentado pela Lei nº 10.520/02 e o Regime Diferenciado de Contratação previsto na Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 1993; BRASIL, 2002; BRASIL, 2011).

A concorrência é aberta a todos os interessados que comprovem os requisitos mínimos de qualificação, na fase inicial de habilitação preliminar. É adequada para contratações de grande vulto. A norma estabelece duas faixas de preço: uma para obras e serviços de engenharia, e outras para compras e serviços. Se o contratante for um consórcio público, as faixas de valor serão alteradas: o dobro diante de consórcio formado por até três entidades federativas e o triplo no caso de um número superior de pactuantes. Os valores alterados por meio do Decreto nº 9.412/18, são de mais R\$ 3.300.000,00, para obras e serviços de engenharia e mais R\$ 1.430.000,00 para outras compras e serviços (BRASIL, 1993; CARVALHO FILHO, 2014; BRASIL, 2018).

A circunstância de envolver valores elevados explica o fato de a concorrência ser a modalidade formalmente mais rigorosa. Na concorrência, o intervalo mínimo entre a publicação do edital e a entrega de envelopes é de quarenta e cinco dias corridos, para os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço, ou trinta dias corridos, para o tipo menor preço. Independentemente do valor da contratação, a concorrência é obrigatória nos seguintes casos: 1) compras e alienações de imóveis; 2) concessões de direito real de uso; 3) licitações internacionais; 4) contratos de empreitada integral; 5) concessões de serviço público; 6) registro de preços (MAZZA, 2014, p. 362).

Por envolver valores mais elevados, como analisado na citação anterior, a modalidade é um tanto, quanto, mais rigorosa. O intervalo mínimo, para essa modalidade, é de quarenta e cinco dias corridos nos tipos melhor técnica ou técnica e preço e trinta dias, para o tipo menor preço, contados entre a publicação do edital e a entrega dos envelopes. A concorrência será obrigatória, independentemente do valor da contratação, nos seguintes casos: compras e alienações de imóveis; concessões de direito real de uso; licitações internacionais; contratos de empreitada integral; concessões de serviço público; e, registro de preços.

A tomada de preços é aplicada no caso de interessados previamente cadastrados que atendam todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior a data agendada para o certame. É menos formal que a concorrência em razão de se destinar a contratações de vulto médio. Entretanto, é menos amplo o círculo de divulgação da licitação, tendo em vista que da concorrência só irão participar interessados previamente cadastrados ou que comprovem as condições de cadastro antes da data destinada ao recebimento das propostas (BRASIL, 1993; CARVALHO FILHO, 2014).

Os valores alterados por meio do decreto nº 9.412/18, são de até R\$ 3.300.000,00, para obras e serviços de engenharia e até R\$ 1.430.000,00 para outras compras e serviços. O intervalo mínimo entre o edital e a entrega dos envelopes de proposta e habilitação é de trinta dias corridos nos tipos melhor técnica ou técnica e preço e de quinze dias corridos no tipo menor preço (BRASIL, 2018; MAZZA, 2014).

Há quem entenda que a faculdade de se inscreverem licitantes não cadastrados deve ser exercida mediante apresentação dos documentos à Comissão encarregada do cadastramento, de modo que esse procedimento correria paralelamente ao da tomada de preços. Esse entendimento não parece aceitável, primeiro porque nem todos os órgãos públicos possuem registro cadastral e, nesse caso, teriam que ficar dependendo do procedimento de cadastramento realizado em outro órgão ou entidade, segundo porque a realização de procedimento paralelo poderia contribuir para retardar inutilmente o procedimento da licitação. Por isso, a melhor solução consiste em exigir que os documentos sejam apresentados perante a própria Comissão encarregada da tomada de preços, principalmente nos órgãos que não possuam registro cadastral próprio (DI PIETRO, 2014, p. 416).

Como destaca o autor, existem aqueles que entendam que a faculdade dos licitantes não cadastrados se inscreverem deve ser exercida com a apresentação dos documentos a Comissão encarregada pelo ato, paralelamente ao certame. Tal entendimento de acordo com o doutrinador não se mostra aceitável, tendo em vista que primeiro, todos os órgãos públicos possuem registro cadastral, e, portanto, no presente caso, teriam que ficar dependentes de procedimento de cadastramento realizado por outro órgão ou entidade, e segundo, porque, a realização do procedimento paralelamente ao processo de licitação, poderia retardar seu andamento. Isto posto, a melhor opção seria exigir que os documentos sejam apresentados a comissão designada para a tomada de preços, principalmente nos casos de órgãos que não possuam registro cadastral próprio.

O convite será realizado entre interessados do ramo pertinente ao objeto, escolhidos e convidados em no mínimo três interessados, estendendo a participação aos que manifestarem interesse com antecedência de 24 horas antes da data agendada para o recebimento das propostas. O procedimento adotado para o convite é sem dúvidas o que rende maior ensejo para os atos de improbidade de alguns administradores. Mesmo assim permite uma certa mobilidade e maior celeridade no processo de seleção das propostas.

O formalismo é mais tênue no convite, a exigência documental é mitigada, e o prazo entre a expedição da carta-convite e o recebimento das propostas é de cinco dias. O convite será

adotado em obras e serviços de engenharia de até R\$ 330.000,00 e para outras compras e serviços de até R\$ 176.000,00 (BRASIL, 1993; CARVALHO FILHO, 2014; BRASIL, 2018).

No que se refere a possibilidade de continuar a licitação no caso de não comparecimento de pelo menos três convidados, o Tribunal de Contas da União, entendeu que para a regularidade do processo licitatório, é imprescindível que se apresentem, no mínimo, três licitantes, devidamente qualificados para o ato. Não se obtendo essa quantia mínima, é impositiva a repetição do ato, mediante a convocação de outros possíveis interessados, garantindo-se, nesse aspecto, a legitimidade do certame (DI PIETRO, 2014).

O concurso se presta a seleção de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante premiação ou remuneração dos vencedores. O prêmio ou remuneração, só poderão ser pagos ou entregues ao autor do projeto que apresentar a Administração os direitos patrimoniais e que permita a utilização de seu trabalho de acordo com sua livre conveniência. Se o projeto, porventura, se referir a obra material tecnológica, não passível de qualquer privilégio, a cessão dos direitos irá abranger o fornecimento de todos os dados, documentos e demais elementos informativos que se refiram a tecnologia de concepção, desenvolvimento, aplicação e fixação de qualquer natureza (BRASIL, 1993; CARVALHO FILHO, 2014).

É fundamental não confundir essa modalidade de licitação com o concurso para provimento de cargo, que também é um procedimento administrativo seletivo, mas sem natureza licitatória. Outra característica diferencial do concurso é que constitui a única modalidade de licitação em que a comissão especial não precisa ser composta por agentes públicos, admitida a participação de técnicos e especialistas habilitados a julgar os concorrentes, ainda que não pertencentes aos quadros da Administração Pública. É o que prescreve o art. 51, § 5º, da Lei n. 8.666/93: “No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não” (MAZZA, 2014, p. 364).

Consoante a citação retro, é importante que não se confunda a modalidade de licitação em questão, com o concurso público para provimento de cargos, que também é um procedimento administrativo de seleção, mas que não possui natureza licitatória. Outra característica que a diferencia é que esta modalidade licitatória a comissão especial não precisa ser necessariamente composta por agentes públicos, sendo permitida a participação de técnicos e especialistas aptos a julgar os concorrentes, ainda que estes não pertençam aos quadros da Administração Pública.

O leilão, é a modalidade de licitação destinada a venda de moveis inservíveis a administração, bem como para a alienação de imóveis. O intervalo mínimo entre o edital de

leilão e a entrega das propostas é de quinze dias corridos, e o critério de julgamento será o maior lance ou oferta. É uma licitação que exige uma divulgação mais ampla. Ademais, é necessário que antes que seja dada publicidade ao processo, os bens devem ser devidamente avaliados (BRASIL, 1993; MAZZA, 2014; CARVALHO FILHO, 2014).

O leilão poderá ser realizado por leiloeiro oficial ou servidor designado pela Administração. Encerrado o processo, os bens arrematados serão pagos a vista. Com o pagamento, os bens serão imediatamente entregues a quem os arrematou. Poderá se houver previsão editalícia, pagar-se apenas percentual do valor, nunca inferior a 5% do valor de avaliação, ficando o arrematante obrigado a pagar o restante em prazo previamente fixado, sob pena de perder a favor da Administração o valor já recolhido (CARVALHO FILHO, 2014).

O pregão poderá ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns. A título de esclarecimento bens e serviços comuns, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser definidos de forma objetiva em edital, utilizando-se de especificações usuais de mercado. Destarte, o pregão que possui procedimento mais simplificado e menor prazo de publicação, *in casu*, oito dias úteis entre a publicação do edital e o recebimento das propostas, e que garante maiores vantagens no que se refere a contratação por valores menores, com o processo de inversão de fases, poderá ser aplicado para contratação de bens e serviços comuns, mais simples, passíveis de descrição objetiva (BRASIL, 2002).

O pregão permite propostas melhores, por lances verbais ou virtuais, apresentadas pelos licitantes em sessão pública, na fase de julgamento que ocorrerá antes da fase de habilitação. Quanto ao pregão eletrônico, tem-se que será efetuado por meio da utilização de recursos tecnológicos. Seu procedimento segue as mesmas regras do pregão comum, destacando-se por ocorrer sem a presença física do pregoeiro e dos licitantes, haja vista que todas as comunicações serão realizadas por via eletrônica (GASPARINI, 2006; MEIRELLES, 2006).

O regime diferenciado de contratação, por fim, é aplicável apenas a licitações e contratos necessários a realização de: Jogos Olímpicos e Paraolímpicos; Copa das Confederações; obras de infraestrutura e contratação de serviços para aeroportos; ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde; obras e serviços de engenharia destinados à construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública; obras e serviços de engenharia para melhoria da mobilidade urbana ou ampliação da infraestrutura logística; contratos formulados com quem fora impedido de licitar ou contratar com a Administração Pública em razão do

cometimento de algum ato contra esta; ações em órgãos e entidades dedicados a ciência, tecnologia e inovação (BRASIL, 2011) o que e isso?.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, tem como objetivos: ampliar as condições de eficiência das contratações públicas, bem como a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias na procura de uma melhor relação entre custos e benefícios no setor público; o incentivo a inovação tecnológica; e, por fim, assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, assim como a seleção da proposta mais vantajosa a administração pública (BRASIL, 2011) o que e isso?.

Em resumo, existem de acordo com as Leis nº 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11, as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão e regime diferenciado de contratação. Cada qual tem suas particularidades, regras de aplicação e processamento próprios, como suficientemente analisado no decorrer do presente item. No próximo item, pretende-se, destacar as principais mudanças, apresentadas pela Lei nº 14.133/21, também conhecida como nova lei de licitação.

2.3 DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO

Em 2021, foi promulgada a Lei nº 14.133/21, que reformou a Lei nº 8.666/93, e cuja aplicabilidade, se dará gradualmente nos 2 anos após sua publicação. Ela trouxe novos limites, acresceu e excluiu modalidades. Portanto, importantíssimo, estudar a supradita norma, antes de se entender como será realizada a subcontratação, decorrente de contrato administrativo celebrado com a administração pública. Para o desenvolvimento do estudo, se utilizou de artigos, doutrinas, leis e outros instrumentos de pesquisa que tratem de forma específica sobre a questão.

Como aduz Toledo (2021) a nova Lei de Licitações veio para substituir a antiga Lei Geral, qual seja, Lei nº 8.666/93, bem como as leis de pregão e do regime diferenciado de contratação, Leis nº 10.520/02 e 12.462/11, respectivamente. Mesmo que tenha sido publicada em 1º de abril do ano de 2021, esta nova lei ainda convive com as leis supramencionadas, mencionando prazo de dois anos, ou seja, abril de 2023, para a revogação das leis anteriores. Neste período a Administração poderá optar pela aplicação de quaisquer destas, devendo a escolha constar expressamente no instrumento convocatório, sendo vedada a combinação das leis antigas com a nova.

Uma das grandes inovações da nova Lei de Licitações refere-se as modalidades de licitação, prevendo a norma cinco delas: o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão, e agora o diálogo competitivo. Extinguiu-se a tomada de preços e o convite previstos na Lei nº 8.666/93. O diálogo competitivo, destina-se a contratação de obras, serviços e compras, onde a Administração Pública realiza diálogos com interessados previamente selecionados por critérios objetivos, no intuito de desenvolver uma ou mais alternativas que sejam capazes de atender aos seus anseios, devendo os licitantes apresentarem proposta final com o encerramento dos diálogos (TOLEDO, 2021).

Toledo (2021) anuncia, ainda, que no que se refere as fases de licitação, não houve grandes mudanças, a fim de solucionar severas discussões doutrinarias existentes na legislação anterior. As fases licitatórias, portanto, são as seguintes: preparatória; divulgação do edital; apresentação de propostas e lances; julgamento; habilitação, que poderá se adiantar a apresentação de propostas e julgamento, desde que haja previsão detalhada no instrumento convocatório; recursal; e, homologação. Outro ponto de atenção, é que as licitações serão realizadas via de regra na forma eletrônica.

Em suma, a nova lei de licitação trouxe significativas mudanças em relação as modalidades de licitação, tratando especificamente de cinco, quais sejam: o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão, e agora o diálogo competitivo, excluindo as demais, não contempladas pela Lei. Embora tenha sido publicada em abril, sua vigência definitiva se dará em abril de 2023, momento em que todas as demais normas serão revogadas. Até lá a administração poderá optar pela norma que deseja aplicar.

Dito isto, o capítulo a seguir, pretende abordar os contratos administrativos propriamente ditos, avaliando, especialmente, a condição da subcontratação, de bens, serviços e obras, por titular de contrato com o Poder Público.

3 DA CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Como abordado no capítulo anterior, exige-se como pré-requisito à contratação com o poder público de processo administrativo prévio, preferencialmente por vias licitatórias, apresentando a norma protetiva as causas de dispensa e inexigibilidade. Neste capítulo, será tratado, portanto, os contratos com o Poder Público, apresentando noções gerais sobre a temática, como conceito, características, formalidades, cláusulas obrigatórias, alteração e rescisão, para que após no último capítulo se analise as regras e efeitos da subcontratação.

Todos os tópicos elencados, partirão de uma pesquisa bibliográfica, formada por noções encontradas em livros, artigos e outras fontes de pesquisa disponíveis na internet, além de consulta a legislação competente, particularmente, Lei nº 8.666/93.

Para uma perfeita explanação do assunto, dividiu-se o presente em três subtítulos, tratando o do conceito e noções gerais sobre os contratos administrativos, passando pelas cláusulas obrigatórias e possibilidade de alteração contratual, aqui destacada a alteração para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e após verificando as hipóteses legais de rescisão do contrato.

Ao final do estudo aferir-se-á que os contratos celebrados pela Administração Pública possuem regras próprias, que lhe garantem uma posição de supremacia no ato, e isso decorre do interesse almejado por ela, que é atender aos anseios da população. Dentre essas regras, encontra-se a limitação da subcontratação, que terá limites fixados pela Administração Pública e obrigatoriedade de cumprimento e reparação de danos pelos atos da subcontratada.

3.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Antes de se comentar sobre as cláusulas necessárias em todos os contratos administrativos, necessário fazer uma análise prévia do que sejam os contratos administrativos, partes contratantes e finalidade jurídica. O estudo que aqui se pretende contribuirá para se entender posteriormente o que seja a subcontratação e quais seus reflexos nos contratos administrativos.

Costa (2021) introduz que contrato pode ser conceituado como a manifestação de vontades recíprocas entre duas pessoas, dando origem a uma relação jurídica bilateral, na qual

será estabelecido o interesse dos contratantes com base na vontade proveniente do consenso entre eles.

Alexandre (2016) acrescenta que os contratos administrativos são aqueles que apresentam como característica primordial, as chamadas cláusulas exorbitantes, que dão ao Poder Público certas prerrogativas, colocando-o em uma posição de superioridade, perante a outra parte do contrato. Segundo a Lei de Licitações e Contratos, o Poder Público tem os seguintes privilégios: modificar os contratos de forma unilateral, para melhor atender os interesses públicos, respeitados nesses casos os direitos do contratado; rescindir unilateralmente o pacto, nos casos especificados no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93; fiscalizar a execução dos contratos; aplicar as sanções que entender necessárias em caso de inexecução total ou parcial do ajuste; nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente, bens moveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto contratado, quando for necessária apuração administrativa de faltas contratuais, assim como os casos de rescisão (ALEXANDRE, 2016).

Os contratos administrativos, são aqueles celebrados com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de alguma finalidade específica, seguindo o regime jurídico de direito privado. São aqueles em que existe um ajuste entre órgãos ou entidades de Administração Pública, celebrado mediante acordo de vontades, para a formação de um vínculo e estipulação de obrigações a ambas as partes (DI PIETRO, 2012; BRASIL, 1993).

Assim, definimos o contrato administrativo em sentido estrito como o contrato (isto é, o vínculo sinalagmático e obrigatório, consensualmente estabelecido) administrativo (isto é, submetido ao sistema de direito administrativo) celebrado entre a Administração – ou quem lhe faça as vezes – e terceiros, em que: a) a determinação exata do objeto é feita posteriormente à sua celebração, por atos administrativos unilaterais; b) as pretensões da Administração se materializam em decisões auto executórias; e c) é intangível o equilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecido (Sundfeld, 1995, p. 214).

Em consonância com o que indicou o autor o contrato administrativo é aquele celebrado entre a Administração e terceiros, devendo determinar exatamente seu objeto, as pretensões executórias e o equilíbrio econômico-financeiro dos valores definidos em momento prévio.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, geralmente os contratos administrativos, não regulamentados por normas de direito público, entretanto, a casos em que os são, por normas de direito privado, a exemplo dos contratos de seguro, financiamento e

locação em que a Administração Pública venha a ser a locatária, e aqueles em que a Administração venha a ser a usuária do serviço público, nesses casos será possível aplicar as normas de direito privado, observadas as regras gerais da Lei de Licitações (BRASIL, 2010) o que e isso?.

Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado. As características da estruturação empresarial conduzem à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada. Não por acaso, o art. 62, § 3º, I, alude a seguro e a financiamento. Ambos os contratos são objeto de regulação estatal muito estrita, subordinando-se a exploração profissional dessas atividades a regras severas, inclusive para evitar a diferenciação de tratamento entre os clientes diversos (FILHO, 2014, p. 701).

Salienta o autor na citação retro que é preciso se reconhecer que para se ter por satisfeitas certas demandas do Poder Público é imperativo que este se utilize de mecanismos que pertencem ao regime privado. As características negociais dos contratos administrativos tornam impossível a aplicação de normas de direito público, pois isso acarretaria na supressão de regime e de mercado.

No momento em que a Administração figura na relação contratual, a doutrina, reconhece contratos de direito privado formalizados com o poder público, os também chamados contratos semipúblicos, como contratos administrativos, regidos por normas de direito privado, mas ostentando caráter público, com todas as prerrogativas que lhes são concernentes (COSTA, 2021).

Os contratos públicos são usualmente classificados em: contratos de colaboração, que é aquele usado para a contratação de serviços, aquisição de bens e execução de obras; contratos de atribuição, que são aqueles que a Administração dá ao contratado vantagens ou direitos; contrato de serviço, onde há a delegação da prestação de um serviço público ao contratado; contratos de compra e venda, que por sua vez prevê a aquisição de bens moveis; contrato de obra, que é aquele cujo objeto é a construção, reforma ou ampliação de determinada obra do poder público; contrato de gestão, que é o ajuste celebrado pelo Poder Público em regime de parceria com o contratado.

Por fim, contrato de concessão que por sua vez, é aquele que transfere ao particular por meio de remuneração indireta e por prazo previamente estipulado a realização de determinada obra pública, para que esta seja realizada por conta e risco do contratado. Pode

ocorrer a concessão de obra pública, serviço público e uso de bem público (JUNQUEIRA, 2014; JUSTEN FILHO, 2012). Alexandre (2016) acrescenta ainda os contratos de consórcios e convênios, diferenciando-os:

Consórcios são ajustes celebrados por pessoas da mesma esfera de governo, isto é, entre Municípios ou entre Estados-membros, objetivando alcançar metas comuns, como por exemplo, a construção de um açude que beneficie dois Municípios. Já os convênios são ajustes em que o Poder Público estabelece, com pessoas de diferentes esferas de governo ou com entidades privadas, associação para o alcance de objetivos comuns.

Destarte, consórcios são pactos celebrados por pessoas do governo, ou seja, pactos entre Municípios ou entre Estados, almejando metas em comum e que leve a benefício da população de todos. Convênios por seu turno são ajustes estabelecidos entre diferentes esferas do governo para mútua cooperação em representação a interesses comuns.

O regime de execução definido no contrato, será relacionado a estratégia de contratação fixada. Ademais se houver previa previsão editalícia, poderá a Administração vir a exigir garantia pela execução das obras, serviços e compras. As modalidades de garantias que podem ser prestadas são: caução em direito ou títulos, seguro garantia e fiança bancária. O contratado terá liberdade de optar por qualquer delas acaso lhe seja exigido (LATIF, 2007; DINIZ, 2013).

Consoante o art. 67 da Lei de Licitações, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante designado pela Administração Pública, sendo permitida, inclusive, a contratação de terceiros para lhe dar assistência e subsidiá-lo de informações pertinentes a tal atribuição. A despeito disso, a administração designa um de seus servidores para acompanhar e fiscalizar o adimplemento do contrato, em data anterior ao início de sua vigência, devendo o fiscal ter conhecimento pleno dos termos contratuais e das condições dispostas no edital e seus anexos, para que consiga assim identificar eventuais problemas na execução do objeto contratado (BRASIL, 1993; ALEXANDRE, 2016).

Em suma, contrato administrativo é a formalização de um pacto entre a Administração e o executor de determinado serviço, obra ou fornecedor de bens. No instrumento serão estabelecidos os direitos e obrigações necessários ao seu fiel cumprimento. São pactos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas, que tenha por finalidade atender a algum projeto público e que tem como característica primordial as chamadas cláusulas exorbitantes que colocam o Poder Público numa posição de superioridade.

Como anunciado pelo Tribunal de Contas da União, aos contratos administrativos são aplicados geralmente normas de direito público, entretanto, a casos em que é admitida a aplicação de regras de direito privado, como é o caso dos contratos de seguro. Isto posto o próximo item intenciona abordar quais são as cláusulas obrigatórias do contrato administrativo, além de estudar a possibilidade de alteração contratual.

3.2 CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS E ALTERAÇÃO CONTRATUAL

Conhecidas as noções gerais dos contratos administrativos, tem-se como objetivo do presente item, explorar quais são as cláusulas obrigatórias nos contratos administrativos, bem como apresentar a possibilidade de alteração contratual. Mostrando que por tratarem de interesse público, garante-se certos benefícios ao Poder Público no ato de contratação.

Os contratos administrativos no sentido estrito estão marcados, portanto, pela autoridade de que desfruta a Administração nas suas relações com os particulares, como instrumento para a persecução do interesse público (...) são aqueles contendo, implícita ou explicitamente, cláusulas que, num contrato de direito privado, seria impossível, inválidas ou impróprias, porque informadas pelo princípio da autoridade SUNDFELD, 1995, p. 204).

Os contratos, são marcados como indica o autor, pela autoridade desfrutada pela Administração pública em sua relação com particulares, pois se torna verdadeiro instrumento para a persecução do interesse público, sendo assim, os contratos administrativos portam implícita ou explicitamente, clausulas que em um contrato privado seriam impossíveis, invalidas ou consideradas improprias, pois são eivadas de autoridade.

Ademais, Junqueira (2014) inicia que os contratos administrativos têm por obrigação estabelecer de modo preciso e claro as condições para sua execução, devendo ser expresso em clausulas os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, de acordo com o processo administrativo prévio, a eles vinculados.

De acordo com o art. 55, da Lei nº 8.666/93, é imperativo que os contratos administrativos contenham as seguintes cláusulas: objeto e suas especificações; regime de execução ou forma de fornecimento; preço e condições para pagamento; prazos de execução; crédito que suportará a despesa; garantias de execução nos casos em que as exigem; direitos e obrigações das partes; causas de rescisão; reconhecimento dos direitos da Administração; condições de importação, quando for o caso; vinculação do termo ao edital ou ato de dispensa

e inexigibilidade; legislação aplicável; obrigação do contratado manter durante a vigência do pacto todas as condições de habilitação e qualificação exigidas em momento inicial (BRASIL, 1993) o que e isso?.

Quanto ao prazo, tem-se algumas observações importantes que devem ser feitas. A duração ou prazo de vigência é o tempo estabelecido pelas partes para que o contrato produza seus efeitos. Via de regra, os contratos têm de acordo com o art. 57, da Lei nº 8.666/93, prazo de vigência atrelado ao exercício orçamentário respectivo, que coincide com o ano civil nos termos do art. 34 da Lei nº 4.320/64, ressalvados os casos de serviços de natureza continua (COSTA, 2021; BRASIL, 1993; BRASIL, 1964) o que e isso?.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, para que determinado serviço seja considerado como continuo é preciso que vise atender a uma necessidade pública de forma permanente e continua, que deve se dar por mais de um exercício financeiro, para que assim assegure a integridade do patrimônio público, como também o funcionamento das atividades públicas, já que sua interrupção poderia vir a comprometer a prestação de um serviço público relevante ou o cumprimento de uma missão institucional (BRASIL, 2017).

A Advocacia Geral da União, estabelece, ser possível a fixação de prazo indeterminado a contratos administrativos em que o Poder Público venha a ser o usuário de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica, água e esgoto, além de serviços postais monopolizados pelos Correios e pactos firmados com a Imprensa Nacional (BRASIL, 2011). Sobre a vigência, ainda, anuncia Justen Filho (2014, p. 608):

Para ou fins ora estudados, a vigência consiste no período de tempo durante o qual um contrato administrativo se apresenta como obrigatório para as partes. A eficácia significa a potencialidade de produção de efeitos do contrato. Quando a lei estabelece que a publicação é condição de início de eficácia do contrato administrativo, isso acarreta que a própria vigência não se inicia antes da publicação. Isso não equivale a afirmar que a vigência se inicie na data da publicação. Até é possível que a vigência se inicie em data posterior à publicação. Basta que o contrato preveja o início de sua vigência para momento futuro, dando-se a publicação com uma certa antecedência. Ressalve-se que a cláusula contratual que fixar o início de vigência de modo incompatível com a regra do art. 61, parágrafo único, deverá ser interpretada adequadamente. Enquanto não se produzir a publicação, não pode ter início a vigência. É possível afirmar, por isso, que a data da publicação prevalecerá sobre a redação formal do instrumento contratual se esta fixar início de vigência em momento anterior à publicação do extrato na imprensa.

Assim como explora o autor, a vigência é nada mais, nada menos que o período em que o contrato continua a gerar direitos e obrigações às partes. A norma assevera que a publicação é o ato que lhe dá eficácia, o que não quer dizer que a vigência se inicia apenas com

a publicação do ato, mas enquanto não se der a publicação não correrá o prazo de vigência. Sendo assim, afirma o autor que a publicação prevalece sobre a redação do instrumento de contrato que fixar início de vigência em momento anterior a data de publicação do contrato.

Ato contínuo, consoante o texto legal os contratos administrativos poderão vir a ser alterados nos seguintes casos: quando houver alteração do projeto ou de suas especificações, para melhor adequação técnica; quando for necessário a alteração do valor em virtude de alteração significativa de seu objeto, sendo nesse caso observados os limites legais de 25% sobre o valor atualizado do contrato, para acréscimos e supressões em obras, serviços e compras e de 50% para os casos de acréscimos quantitativos em reformas de edifícios ou equipamentos (BRASIL, 1993) o que e isso?.

Poderão ser realizadas também, por acordo das partes a alteração contratual que verse sobre: substituição de garantia de execução quando se mostrar conveniente; quando for necessária a modificação de regime de execução de obra ou serviço, assim como a forma de fornecimento, em razão de verificação técnica de impossibilidade de aplicação dos termos contratuais prévios; quando for imprescindível a modificação da forma de pagamento pelo contratado, por alguma circunstância superveniente, sendo em todo caso mantido o valor inicial contratado com atualizações, vedada a antecipação de pagamento sem que haja o efetivo fornecimento de bens, ou a execução de serviços e obras; quando é preciso restabelecer a relação de equidade entre as partes para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do pacto (BRASIL, 1993) o que e isso?.

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada. O mesmo se passará quando atenuados ou amenizados os encargos do contratado [...] significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originalmente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração (JUSTEN FILHO, 2004, p. 630).

Especificadamente acerca da alteração contratual para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro verbera o autor na citação acima que é direito do contratado ter o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, o que significa dizer que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração previamente fixada para restaurar a situação originária,

de modo que o contratado não arque com encargos mais onerosos e receba a remuneração justa pelo objeto contratado.

Destarte, os contratos administrativos deverão conter necessariamente o objeto e todas as características a ele concernentes; o regime de execução ou a forma de fornecimento dos bens ou serviços; o preço e suas condições de pagamento; o prazo de execução do pacto; o crédito utilizado para suportar a despesa; a garantia de execução caso haja; os direitos e obrigações das partes; as causas de rescisão contratual; o reconhecimento dos direitos do Poder Público; as condições de importação, nos casos em que for aplicada; a vinculação ao instrumento convocatório ou processo de dispensa ou inexigibilidade que lhe deu origem; a legislação aplicável; e, por fim, a obrigação do contratado manter durante toda a vigência do pacto as condições de habilitação e qualificação já lhe exigidas no ato da contratação.

Ademais, verificou-se ser possível a alteração dos termos contratados, quando isso se mostrar conveniente para as partes, quando for necessária a substituição da garantia de execução ou forma de fornecimento, quando necessária a alteração da forma de pagamento, ou quando forem necessários ajustes para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Dito isto, pretende-se trabalhar no item a seguir as hipóteses de rescisão dos contratos administrativos.

3.3 HIPÓTESES DE RESCISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Após os passos iniciais de estudo do conceito e noções gerais, cláusulas obrigatórias e possibilidade de alteração dos contratos administrativos, imprescindível que se faça uma breve análise acerca das hipóteses de rescisão contratual, segundo a norma que o regulamenta. Tal estudo é importantíssimo para a solução do problema da pesquisa, vez que a lei elenca como uma das hipóteses de rescisão, a subcontratação total ou parcial do objeto contratado, sem prévia previsão contratual.

Nos termos da Legislação Administrativa, a rescisão contratual pode se dar de três maneiras: por acordo entre as partes, desde que isso seja conveniente para a administração pública; quando a administração diante do descumprimento de cláusulas contratuais por parte do contratado, caracterizada pela lentidão na execução do contrato, paralização, ou por interesse público, decide por si só por ato unilateral e devidamente motivado colocar fim ao contrato; e, por fim, quando a decisão provém de ato judicial transitado em julgado (BRASIL, 1993) o que e ?.

Extrai-se do art. 78, da Lei nº 8.666/93 que são motivos para a rescisão contratual: o não cumprimento ou o cumprimento irregular das cláusulas dos contratos, das especificações, projetos ou dos prazos estabelecidos; a lentidão no cumprimento do objeto contratado; o atraso injustificado no início do fornecimento dos bens, serviços ou execução de obra; a paralização do fornecimento ou da execução sem justificativa e nem previa comunicação a Administração Pública; a subcontratação total ou parcial do objeto contratado, bem como a associação, cessão ou transferência, total ou parcial, fusão, cisão e incorporação, sem previa permissão no ato convocatório ou no contrato; o desatendimento as determinações do responsável por acompanhar sua execução (BRASIL, 1993).

São também causas de rescisão contratual segundo o mesmo dispositivo legal: o cometimento reiterado de falhas durante a execução do pacto; a decretação de falência ou insolvência civil do contratado; a dissolução da sociedade ou o falecimento do titular do contrato; a alteração social ou a modificação da finalidade ou estrutura da empresa, que venham a prejudicar a execução do contrato; razões de interesse público, altamente relevantes e de amplo conhecimento, devidamente justificadas e determinadas pela autoridade máxima Administrativa e disposta em processo administrativo prévio; a supressão por parte do poder público, que leve a modificação do valor contratado além do limite autorizado por lei (BRASIL, 1993).

Além das já apresentadas, são causas, de rescisão contratual: a suspensão da execução do contrato por ordem direta da Administração, por prazo superior a 120 dias, exceto em casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, como também por repetitivas ordens de suspensões que juntas somam igual prazo, independente do pagamento de indenizações sendo assegurado ao contratado o direito de suspender o adimplemento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; por atraso superior a 90 dias de pagamentos devidos ao contratado pela execução do objeto do pacto, ou parcela destes que já foram recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna e guerra, sendo assegurado ao contratado, o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que haja a normalização da situação (BRASIL, 1993).

São, outrossim, causas de rescisão contratual: a não liberação por parte do Poder Público de área, local ou objeto imprescindível para a execução do contrato, no prazo ajustado, como também a não liberação de fontes materiais dispostas no projeto inicial; e, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, que tenha sido devidamente comprovada e que por sua natureza impeça a execução do contrato.

Conforme visto, muitos motivos podem levar a uma rescisão contratual, o que causa desgaste entre as partes e despesa extra à administração, além do tempo excedido para a execução do objeto licitado. É muito importante, portanto, que, no momento de elaboração das cláusulas contratuais, sejam incluídas, com bastante critério, as obrigações do contratante e do contratado e que a fiscalização seja efetiva e eficaz (ALEXANDRE, 2016, p. 37).

Nessa perspectiva a rescisão de contrato pode se dar em muitos casos, seja por ato da administração ou do contratado. Sabendo que os contratos administrativos visam o bem de toda a população é imperioso se ter uma certa cautela no momento da elaboração das cláusulas contratuais, para que estas sejam incluídas com bastante critério, no que diz respeito as obrigações do contratante e do contratado e permitindo uma fiscalização efetiva e eficaz. Em sendo assim, procurará abordar a seguir o que é a subcontratação, em quais hipóteses é autorizada, assim como suas consequências jurídicas para o titular do contrato com a Administração Pública.

4 DAS CONSEQUENCIAS DO CONTRATO DE SUBCONTRATAÇÃO E DA RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CONTRATO COM O PODER PÚBLICO

Estudado nos capítulos anteriores, como se dará o processo prévio da contratação com o poder público, assim como, será efetivada o instrumento de contrato, tecendo esclarecimentos acerca das cláusulas obrigatórias, e das prerrogativas garantidas por lei ao Poder Público, procurará analisar no presente capítulo, o que é a subcontratação e em quais casos poderá o titular de contrato com a Administração Pública, subcontratar, ressaltando suas responsabilidades diante da efetivação do contrato secundário.

A pesquisa aqui realizada se trata de pesquisa bibliográfica, onde se utilizou de leis, livros, artigos, e outros trabalhos publicados, para o desenvolvimento do assunto. Para o completo entendimento da temática, o capítulo foi dividido em duas partes, na primeira, explicará o que é a subcontratação, como se dará a subcontratação em contrato com o poder público e em quais casos poderá ser realizada, após em um segundo momento, irá abordar a responsabilidade do titular do contrato com a Administração Pública, junto ao contrato de subcontratação.

Com o estudo, ver-se-á que a subcontratação se trata de um contrato secundário, no qual o titular do contrato principal atribui a terceiro algumas de suas obrigações perante o contratante. Sendo subcontratação em contrato celebrado com o Poder Público, salienta-se que esta só se dará com a expressa concordância deste, permissão que haverá de ser transcrita no instrumento convocatório ou no instrumento contratual. Ao subcontratar o titular de contrato com o poder público, permanece responsável pela integralidade do objeto contratado, sendo responsável, ainda, por todos os atos da subcontratada. Sabendo disso, passa-se a discutir os pontos mais detalhadamente.

4.1 DA SUBCONTRATAÇÃO

Antes de conhecer quais são as responsabilidades do titular de contrato com a Administração Pública, na subcontratação, deve-se entender do que se trata esse instituto, e quando poderá ser efetivado, tendo em vista, a existência de limites legais expressos, quando se trata do Poder Público. Se trata de uma pesquisa bibliográfica, consolidada na pesquisa a

doutrinas, artigos, leis e outros trabalhos já publicados na área e que sejam capazes de dar sustentação ao que se pretende.

Subcontratação é um conceito que vem do inglês, chamado de “outsourcing”, que descreve o que acontece quando uma empresa é contratada para executar um serviço, porém ela não detém o conhecimento técnico para a realização de todas as etapas do processo. Por isso, nessas ocasiões, a empresa utiliza os serviços de um terceiro, ou seja, busca um fornecedor de fora (outsourcing), faz uma subcontratação. Dessa maneira, a empresa se concentra em fazer aquilo em que é especializada contando com a ajuda remunerada de um fornecedor. Isso garante que o produto ou serviço vai ser entregue na maior qualidade possível para o consumidor final, já que todas as partes envolvidas fazem aquilo que são especialistas (BRASIL, 2021, *online*).

Como explorado no Portal de Compras Públicas, o termo subcontratação tem origem na palavra inglesa “outsourcing”, que diz respeito ao que acontece quando uma empresa contratada para a execução de determinado serviço, não possui o conhecimento técnico para a execução de todas as etapas do objeto do contrato. Nesse caso, a empresa se utiliza de um terceiro, o subcontratado. Assim, a empresa se empenha em executar a parte do objeto que corresponde a sua especialidade, deixando outra parte a cargo da subcontratada. Isso tudo garante que o produto ou serviço venha a ser entregue da melhor forma possível, tendo em vista a existência de um especialista para cada parte do objeto.

Utilizando-se das noções no Direito Civil, convém destacar que o subcontrato é um contrato novo, ou seja, o subcontrato não é o mesmo contrato efetivado na relação jurídica anterior, e não é nem mesmo uma continuação dessa relação. Muito pelo contrário, o subcontrato implica em uma nova relação jurídica, autônoma a relação da qual a mesma se deriva, muito embora, diga-se de passagem, mantenha com esta um vínculo de subordinação. Portanto, o subcontrato, é um contrato derivado, subordinado e dependente do contrato principal, uma vez extinto o primeiro, a mesma consequência será dada ao segundo. (OLIVEIRA, 2016).

Outra particularidade do contrato de subcontratação é que é necessária sua posteridade em relação ao contrato principal, ou seja, deve ser posterior a efetivação deste. Regra geral, o contrato de subcontratação só poderá existir após finalizado o primeiro contrato do qual deriva. Entretanto, observa-se que alguns subcontratos podem ser redigidos anteriormente ao contrato principal, uma vez que contenham em seu conteúdo cláusula suspensiva, considerando que ele só virá a existir se o contrato principal for concluído (OLIVEIRA, 2016).

Por exemplo, imagine-se que uma construtora X já saiba de antemão que o governo de um estado Y vai licitar uma obra pública de construção de uma estação de metrô. Sabendo das necessidades e especialidades da obra, essa construtora subcontrata com a construtora Z especializada em estruturas metálicas, sob a condição de que o subcontrato só terá existência, validade e eficácia se a construtora vencer a licitação e tiver a autorização do poder público de subcontratar parte da obra. Nesse caso, apesar de redigido o subcontrato antes do contrato base, aquele somente existirá caso este venha a ser concluído, daí que, ainda nessas circunstâncias, o subcontrato vem posteriormente ao contrato-pai (OLIVEIRA, 2016, p. 07).

Levando o contrato de subcontratação pra área de direito público, o autor, exemplifica, a situação de validade de contrato de subcontratação, dizendo que o contrato de subcontratação prévio ao contrato principal, só terá validade se o neste caso contratante, vencer a licitação e tiver por parte da Administração, a autorização de subcontratar parte do objeto.

Dessa forma, mesmo que redigido o contrato secundário antes de realizado o contrato base, o subcontrato só existirá, caso o contrato principal venha a ser concluído, o que leva a afirmação que até mesmo confeccionado em momento anterior, o subcontrato vem a se tornar valido após o contrato principal.

Ademais, Oliveira (2016) destaca mais algumas características importantes do subcontrato, que é a identidade de tipo negocial e a identidade de objeto do subcontrato que se dá em relação ao contrato do qual se deriva. O que quer dizer que o contrato secundário deve necessariamente possuir a mesma natureza jurídica negocial presente no contrato base.

Assim, por exemplo, ao se falar em um contrato de locação, o subcontrato não pode ter natureza distinta dessa espécie contratual, ou seja, não pode se tratar de um subcontrato de cessão de uso. Se existe locação, o subcontrato, quando existir, deve ter por objeto, a sublocação, de forma a se aplicar o mesmo regime típico da locação a ambos os contratos.

O mesmo se aplica a identidade do objeto, sendo que o objeto é a referência pela qual se baseia o interesse das partes. Se porventura o subcontrato venha a possuir objeto diferente do disposto no contrato principal, não estará se falando em subcontrato propriamente dito. Todos os direitos e obrigações devem ser projetados parcialmente no objeto do subcontrato, qualquer criação ou adição das características essências do objeto, descaracterizam a subcontratação (OLIVEIRA, 2016).

Nessa perspectiva a legislação prevê uma série de requisitos que devem constar expressamente nos instrumentos de contrato, buscando salvaguardar o interesse público, tendo em vista sua supremacia, frente ao interesse dos particulares, estabelecendo especialmente condições que assegurem a execução regular do objeto.

Ato contínuo, explica Oliveira (s/d) o que é isso? que a subcontratação é um instituto decorrente dos contratos administrativos, e que tem por finalidade transferir parte da obra ou do serviço a ser executado, a um terceiro, estranho ao contrato.

Em verdade, esse terceiro, executará a parcela do contrato em nome do titular do contrato com a administração pública, continuando este último com todas as obrigações e responsabilidades legais e contratuais, tendo em vista a inexistência de qualquer tipo de relação entre a contratante do contrato original e a subcontratada.

Regra geral, não se admite a subcontratação nos contratos públicos, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas nos editais de licitações e nos próprios instrumentos de acordo. A ideia da subcontratação é permitir que o licitante vencedor execute os serviços mais especializados mediante a contratação de terceiros, porém, sob sua responsabilidade. Permite-se, inclusive, que os licitantes se habilitem na licitação com a apresentação de atestados daquelas empresas que subcontratará, desde que se comprometam a firmar contrato, exclusivamente, com aquela empresa. Nesse sentido, a validade da subcontratação depende da prévia autorização pelo órgão contratante por escrito e assinada por quem detém competência para firmar aditivo. Tal temática é regulada pelos arts. 72 e 78, inc. VI, da Lei nº 8.666/1993. A subcontratação sem autorização, configura falta grave e deve ser punida mediante rescisão de contrato, conforme o art. 78 da Lei nº 8.666/1993. O gestor do contrato deve, entretanto, considerar que, embora não previsto no edital e no contrato, em virtude do crescente processo de terceirização, é comum a subcontratação, devendo haver certa flexibilidade na interpretação dos dispositivos legais que regulam este instituto (FERNANDES, 2019, *online*).

Consoante a citação retro, pela regra não se admite a subcontratação em contratos celebrados com o poder público, entretanto, se houver disposição editalícia ou contratuais, poderá a contratada, subcontratar, parte dos serviços ou da obra objeto do pacto. A ideia principal da subcontratação é permitir que a titular de contrato com o poder público contrate serviços mais especializados para a execução de parte do objeto do contrato, sem com isso se eximir de suas responsabilidades contratuais.

Admite-se, inclusive, que os licitantes apresentem na própria licitação atestados das empresas que virá subcontratar, desde que se comprometam, desde então, se comprometa a subcontratar apenas aquela empresa.

Ademais, de acordo com o autor, a subcontratação depende de prévia autorização do órgão contratante, sendo que a subcontratação sem autorização, configura-se como falta grave, sujeita a rescisão de contrato. Ato contínuo, o gestor do contrato, verificadas as particularidades do caso, deverá considerar que embora não haja previsão editalícia ou

contratual, pelo crescente processo de terceirização, é comum a subcontratação, de modo que deverá haver uma certa flexibilidade na aplicação das normas que regulam este instituto.

A subcontratação, portanto, não poderá ser concretizada sem autorização previa do órgão contratante, a sua realização sem autorização resulta em rescisão contratual e as regras aplicáveis a subcontratação serão por ele enumeradas. Acrescenta Mendes (2011, p. 962):

No caso da cessão parcial, a concordância deve ser realizada, como regra, na fase de planejamento e deve constar no edital, mas é possível, de forma excepcional, que ela seja concedida na fase contratual, mesmo não prevista em edital. Nesse último caso, deve haver situação relevante que justifique tal possibilidade. (...) Ressalta-se que não se deve concluir que a cessão parcial (subcontratação) não autorizada no edital e a cessão total estão absolutamente proibidas. É preciso dizer, no entanto, que a admissão da subcontratação não prevista no edital e da cessão total são possibilidades que dependerão de condições especiais. Simplesmente considerar a proibição como algo absoluto não parece ser a melhor solução jurídica.

O autor completa que caso haja a cessão parcial do objeto contratual, a concordância deverá ser realizada em regra, na fase de planejamento e deve constar no edital, podendo ser possível, excepcionalmente, que seja expressa na fase contratual, mesmo sem prévia disposição em edital, devendo neste caso, existir situação relevante que justifique o fato.

Para Serpa (2017), o contrato, projeto básico ou termo de referência, como anexos do edital, deverão fixar os limites de subcontratação, não podendo isto ser realizado após o processamento do certame, isso porque a subcontratação constitui-se como importante regra que caso não seja cumprida poderá levar a rescisão do contrato.

Insta ressaltar, que a possibilidade ou não de subcontratação, interfere de maneira significativa na apresentação das propostas, já que as empresas devem considerar em suas planilhas de custos, a parcela que será executada por si e a parte que será subcontratada.

Destaca-se que a subcontratação em valor superior ao fixado, à revelia do contratante e por preços consideravelmente inferiores aos pactuados com a Administração Pública, desnaturam todas as condições previstas no procedimento licitatório, configurando-se como fraude à licitação (BRASIL, 2019) o que isso?. Assim, o fato de se subcontratar parcela significativa dos serviços ou obra objeto de contrato com o Poder Público, leva a desconfiar acerca da regularidade do processo licitatório, quando os preços são bem inferiores aos dispostos no contrato, ou seja, a Administração Pública, poderia ter contratado por preço inferior, e não o fez, configurando situação de fraude a licitação.

Consoante o Portal de Compras Públicas, no mundo das licitações a subcontratação se presta a permitir que o licitante vencedor execute os serviços de forma mais especializada,

mediante a contratação de terceiros as suas expensas. Inclusive, é perfeitamente possível, que os licitantes se habilitem em licitações públicas se utilizando de atestados das empresas com que irão subcontratar, desde que se comprometam previamente a firmar contrato exclusivamente com aquela empresa.

Ressalta-se que existem algumas regras para que a subcontratação seja possível, devendo o edital, possuir necessariamente, as seguintes regras de forma clara e objetiva: motivação e presença do interesse público na subcontratação; necessidade de autorização prévia da administração; especificação das razões do serviço a ser subcontratado e o prazo desejado; especificação do percentual máximo permitido para a subcontratação, que normalmente perfaz a ordem de 30% do objeto (BRASIL, 2021) o que e isso?.

Ademais, a subcontratação só poderá acontecer caso a empresa contratada pela administração atenda as seguintes condições: comprovação da capacidade técnica do subcontratado, a qual será avaliada e juntada aos autos do procedimento que deu origem ao contrato original; a empresa vencedora da licitação não poderá realizar a subcontratação com qualquer pessoa física ou jurídica, com quem tenha vínculo de caráter técnico, comercial, econômico, financeiro, trabalhista ou civil, com pessoas pertencentes aos quadros da administração pública, e que sejam responsáveis pela realização do certame e fiscalização do contrato (citação) qual autor ?.

Recordando que a administração poderá vedar, restringir ou estabelecer novas regras para a subcontratação (BRASIL, 2021) o que e isso?. Gasparini (2007) acentua que a demanda cada vez maior de comodidades e utilidades por parte dos administrados, bem como a constante assunção do Estado em relação as atividades que antes eram cabíveis aos particulares, aliada a falta de recursos específicos para o atendimento de todos, indistintamente, tem se tornado menos operante os esforços diretos da Administração Pública para propiciar a população serviços bons ou adequados.

O que quer dizer o autor é que a cada dia que passa tem sido mais frequente a entrega da atribuição do atendimento dos interesses públicos a particulares, por meio de licitações e contratos administrativos.

Para que essa manutenção da titularidade estatal do serviço público se materialize, não sendo meramente nominal, permanecendo ainda as características de serviço público, a Lei Federal nº 8.987/95 determinou a necessidade de licitação para os institutos da concessão e permissão. Permite-se apenas a transferência da execução de um serviço a um particular, que passa a prestá-lo sob normas e sob controle estatal. No entanto, essa norma vem permitindo a prática do trespasse da titularidade e da execução desses serviços

para terceiros estranhos à Administração, que não participaram das licitações. Assim, ao vencedor da licitação é possível transmitir a prestação do serviço a um terceiro, sob os riscos de não estarem em conformidade às exigências da Administração Pública (VALENTE e SOUZA, 2018, p. 195).

Como verberam os autores na citação acima, para que se mantenha a titularidade estatal do serviço público, para que permaneçam suas características é extremamente necessário que a transferência da execução se dê por meio de procedimento licitatório. Podendo o vencedor da licitação, transmitir a prestação do serviço a um terceiro, sob sua conta e risco.

Ratifica-se em todo caso, a necessidade de anuência do poder público para que a subcontratação possa vir a ser realizada. Entretanto, necessário mencionar que para que haja a subcontratação, em razão das normas constitucionais e interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, entende-se que seria necessária a realização de concorrência, para que possa se ter um maior controle da atividade do particular e garantia de que o objeto será entregue conforme contratado, tornando efetivo os direitos dos cidadãos (VALENTE e SOUZA, 2018).

Como destacado no Portal de Contas Públicas a subcontratação é um instrumento de grande utilidade no mundo das licitações, especialmente quando se fala na contratação de serviços. A afirmação se dá pelo fato de que muitas vezes é necessário que a empresa vencedora de um certame licitatório realize a subcontratação para conseguir executar parte da obra ou serviço.

Mas é necessário deixar claro que a subcontratação será realizada atendendo a algumas regras específicas, dando especial atenção ao fato de que a subcontratação só poderá ser realizada de forma parcial. Deste modo, a subcontratação deverá servir somente como aliada para que a empresa ganhadora da licitação entregue o objeto contratado, e não para entregar propriamente o objeto.

Na subcontratação, ocorre, então, uma espécie de “terceirização”, um contrato de direito privado, permanecendo a relação jurídica de concessão imutável. Não se forma, pois, vínculo ou relação jurídica de qualquer natureza entre o poder concedente e o terceiro contratado, conforme se pode depreender do artigo 25, § 2º, e 31 da Lei n.º 8.987. No caso da subcontratação, não será exigida licitação, porque ela não incidirá sobre a atividade principal do objeto concedido, ficará adstrita às cláusulas regulamentares estipuladas para a concessão e, finalmente, porque a contratação não eximirá o concessionário de responsabilidade, nem formará qualquer vínculo do terceiro contratado com a Administração, conforme já salientado (LANIUS, 2000, p. 68).

Na subcontratação como se verifica na citação retro, acontece um tipo de terceirização, se trata de um contrato de direito privado e permanesse imutável a relação jurídica de concessão. Não se forma qualquer tipo de vínculo entre a Administração Pública e o subcontratado. No caso da subcontratação não se exige licitação previa, porque ela não incidirá sobre a atividade principal do objeto contratado, ficando adstrita as cláusulas que regulamentam a concessão, assim, a contratação de um terceiro para a execução de parte do objeto, não exime o titular do contrato de suas obrigações e responsabilidades perante o Poder Público.

Um ponto que deve se destacar para é que subcontratação e terceirização não se trata do mesmo instituto, embora bastante confundidos, existe uma diferença entre os dois. Enquanto na subcontratação, se dará a contratação de profissionais terceirizados por empresas que intermediam os serviços, na terceirização se busca oferecer mão de obra que mantém suas próprias equipes capacitadas para a execução das tarefas, diz respeito processos que podem ser organizados pela própria equipe internet da terceirizada.

Satisfeito o estudo aqui pretendido e verificado que a subcontratação é a transferência a terceiro alheio a relação jurídica principal, de parte da execução do objeto. E em se tratando de subcontratação em contrato com o Poder Público, além de sua anuência previa será necessário o atendimento de requisitos que o órgão mesmo virá a estabelecer, especialmente no que concerne ao percentual do objeto que poderá ser subcontratado

Aferindo-se também que a subcontratação não exime o titular de contrato com a administração de suas obrigações e responsabilidades, irá concluir o estudo monográfico com a avaliação das vantagens e desvantagens da subcontratação em contrato celebrado com a Administração Pública.

4.2 (DES)VANTAGENS DA SUBCONTRATAÇÃO EM CONTRATO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Realizadas as considerações necessárias acerca da subcontratação com o poder público, pretende-se oportunamente elaborar um estudo acerca das vantagens e desvantagens do instituto. Se trata de um estudo bibliográfico, realizado por meio da consulta a artigos, revistas e demais trabalhos divulgados sobre o assunto e disponibilizados na internet.

Por fim, destaca-se que a subcontratação desencadeia uma série de vantagens e desvantagens, as quais passa a se discriminar. Dentre as vantagens estão: a atribuição de tarefas

e procedimentos burocráticos, liberando parcela do tempo que despenderia a isso, bem como seus recursos humanos e técnicos; o subcontratado é que será responsável pela manutenção do maquinário e soluções de imprevistos; possibilidade de exploração de novas oportunidades no mercado nacional e internacional; redução dos custos operacionais; aumento da satisfação do beneficiado, em função da maior rapidez, eficácia e produtividade; acesso a tecnologias atualizadas e dispendiosas (BRASIL, 2020) o que e isso?.

A principal vantagem da subcontratação para o poder público é que o pagamento dos subcontratados não é de responsabilidade da administração. Como vimos, para fazer uma subcontratação durante uma licitação, é preciso que a empresa licitante entregue certificados de qualificação técnica por parte da empresa que vai subcontratar. O poder público, nesse caso, tem como única responsabilidade verificar o atestado da empresa e nada mais. Todo o contrato, pagamento e outras questões ficam por parte da empresa vencedora da licitação.

Como esclarecido pelo Portal de Compras Públicas (2022) a principal vantagem da subcontratação para o poder público encontra-se no fato de que o pagamento dos subcontratos não está a cargo da administração, e como visto anteriormente para que a licitante vencedora venha a subcontratar ela precisa entregar certificados que comprovem a capacidade técnica da empresa que deseja subcontratar, nesse caso o poder público tem como atribuição exclusiva verificar os atestados da empresa e nada mais. Todo o pagamento e outras burocracias ficam ao encargo da empresa vencedora do certame licitatório.

Outras vantagens além da falta de responsabilização do poder público pela contratada é que a empresa que subcontrata pode focar seus recursos financeiros e operacionais naquilo que a sua equipe faz de melhor, não gastando recursos com serviços paralelos, que podem ser executados de maneira mais eficiente por uma empresa especializada na área. Outra vantagem é a rapidez na execução do objeto (BRASIL, 2021). O que e isso?

A outra grande vantagem da subcontratação para o poder público é que a administração não responde pelo adimplemento ou inadimplemento contratual da empresa subcontratada. Entretanto, existem algumas exceções a essa regra, e elas estão descritas na Lei Complementar no 123 de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte no país. [...] em alguns casos, a administração pública poderá exigir que os licitantes façam a subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte. Nesses casos, e somente nesses casos, então, o poder público passa a responder também pela inadimplência ou adimplência da subcontratada (BRASIL, 2021, *online*).

Destarte, como visto anteriormente, e ratificado no parágrafo acima, via de regra, a administração não responderá pelo adimplemento ou inadimplemento da subcontratada, podendo excepcionalmente ser responsabilizada quando vier a exigir que a subcontratação seja realizada com microempresas ou empresas de pequeno porte, portanto, nesse caso e somente nesse caso, passa a responder pelo adimplemento ou inadimplemento da subcontratada.

As desvantagens, são as seguintes: a má qualidade do serviço prestado pela subcontratada ou a falta de equipamentos inovadores desta, podem prejudicar o negócio e a reputação da empresa que a contratou; riscos associados a necessidade de troca de informações, por vezes confidenciais; dificuldades na integração de diferentes sistemas e procedimentos internos de ambas as empresas; obstáculos internos inerentes a conciliação de estratégias, que podem levar a conflitos de interesses; perda do controle e crescente dependência do subcontratado (BRASIL, 2020).

Dito isto, mesmo diante de algumas desvantagens, é certo que a subcontratação pode auxiliar sobremaneira o titular do contrato com o Poder Público, no momento da execução da obra ou serviço, o qual muito embora, ficará responsável por todos os atos da subcontratada, tem uma maior flexibilidade na execução do pacto, e redução dos custos operacionais, já que não terá que adquirir seus próprios equipamentos, por exemplo. A administração pública, também ganha, tendo em vista a redução do tempo de entrega da obra ou serviço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como verificado ao longo do estudo a legislação administrativa autoriza a subcontratação de parte do fornecimento de bens ou serviços, bem como de parte de execução de obra, dentro dos limites legais, e caso haja previa autorização do Poder Público, não podendo o titular de contrato subcontratar sem a anuência administrativa prévia.

Em linhas prévias constatou-se que para que seja concretizado, o processo de contratação com o Poder Público, demanda processo administrativo prévio na forma de licitação ou de dispensa e inexigibilidade de licitação, quando permitido. Verificou-se após que para que possa haver subcontratação, deverá se adotar preferencialmente a licitação na modalidade concorrência, que é mais burocrática e de onde se exigirá garantia de execução do pacto.

A subcontratação possibilita que a execução de parte específica do objeto seja realizada ou entregue de forma mais eficiente por empresa especializada no ramo competente, o que acelera sua execução, além de deixar o Poder Público isento de qualquer responsabilidade quanto ao pagamento da empresa. Essas são sem dúvidas vantagens que estimulam a subcontratação.

Entretanto, o instituto possui também suas desvantagens, pois ao subcontratar o titular do contrato com a administração, permanece com todas as obrigações contratuais inalteradas, respondendo, inclusive, perante a administração por todos os atos da subcontratada, ou seja, é ela que se responsabiliza pela execução ou inexecução do objeto pela empresa que subcontratou.

Portanto, tem-se por atingidos os objetivos da pesquisa, bem como chegou-se a uma resposta para o problema monográfico, qual seja: “No que tange aos efeitos jurídicos da contratação, pode-se afirmar que se trata de prática vantajosa ou desvantajosa à titular de contrato com o ente da administração pública?”, chegando-se a seguinte resposta: se trata de uma prática vantajosa, que viabiliza uma execução mais rápida e eficiente, já que possibilita a subcontratação de empresa especializada no ramo competente, de modo que o titular do contrato não precisa realizar altos investimentos para a capacitação de pessoal ou crescimento da empresa para atingir área que não é ponto principal de seu interesse.

Há de se salientar que houve uma certa dificuldade para se desenvolver um estudo acerca das vantagens e desvantagens da subcontratação em contrato celebrado com o Poder

Público, existindo poucos estudos na área, entretanto, com empenho restou por satisfeito o intento da pesquisa. Oportuno dizer, que após o estudo chegou-se a uma resposta surpreendente ao problema, haja vista, que considerando a responsabilização da contratada pelos atos da subcontratada, esperava-se que as desvantagens fossem maiores que as vantagens.

Considerando, o que fora exposto, a necessidade de novas pesquisas sobre o assunto e sua ampla aplicação em casos concretos, interessante que se realizem novos estudos a partir do abordado, a fim, de que se tragam maiores informações acerca da temática, partido do abordado nesse trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Deborah Mithya Barros. **Licitações e contratos**. 2016. Disponível em: < <https://capacitacao.ana.gov.br/conhecerh/bitstream/ana/2104/1/Licita%20e%20contratos%20-%20Livro.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2021.

_____. **DECRETO Nº 9.412, DE 18 DE JUNHO DE 2018**. Disponível em:< https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/26370034/do1-2018-06-19-decreto-n-9-412-de-18-de-junho-de-2018-26369935>. Acesso em: 23 nov. 2021.

_____. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017**. Disponível em:< https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. **LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. **LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2021**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. **PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS. Subcontratação: o que é, condições e consequências**. 2021. Disponível em:< https://www.portaldecompraspublicas.com.br/novidades/subcontratacao-o-que-e-condicoes-e-consequencias_1196#:~:text=Subcontrata%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20um%20conceito%20que,todas%20as%20etapas%20do%20processo.>. Acesso em: 14 mar. 2022.

COSTA, Diogo Godinho Ramos. **Contratos Administrativos**. 2021. Disponível em:< <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6160/3/M%C3%B3dulo%20%20-%20Contratos%20administrativos.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Braulio Gomes Mendes. **Os regimes de empreitada na Lei nº 8.666/93 e os critérios para sua adoção: parâmetros do TCU e da doutrina**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 2013. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37311/os-regimes-de-empreitada-na-lei-no-8-666-93-e-os-criterios-para-sua-adocao-parametros-do-tcu-e-da-doutrina>> . Acesso em: 23 nov. 2021.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Subcontratação em patamar superior ao permitido contratualmente pode configurar fraude à licitação**. 2019. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/73958/subcontratacao-em-patamar-superior-ao-permitido-contratualmente-pode-configurar-fraude-a-licitacao>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Diógenes. **Pregão presencial**. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUNQUEIRA, Daniela Cerri. **Licitações e contratos da administração pública**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em:< <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/licitacoes-e-contratos-da-administracao-publica/>> . Acesso em: 23 nov. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10 ed. São Paulo. Dialética, 2004.

_____, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LANIUS, Danielle Cristina. **Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos**. 2000. Disponível em:< <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/608/r147-06.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

LATIF, Omar Aref Abdul. **Contrato administrativo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 41, 2007. Disponível em:< <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/contrato-administrativo/>> . Acesso em: 23 nov. 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed., 2006. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, André Furtado de. **Considerações iniciais acerca da construção unitária da teoria geral do subcontrato**. 2016. Disponível em:< http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.05.PDF>. Acesso em: 03 mar. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª edição. São Paulo. Malheiros, 1995.

TOLEDO, Fernanda de Almeida. **Algumas das principais mudanças trazidas pela nova Lei de Licitações**. 2021. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2021-out-03/toledo-algumas-principais-mudancas-lei-licitacoes>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

TOLEDO, Fernanda de Almeida. **Algumas das principais mudanças trazidas pela nova Lei de Licitações**. 2021. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2021-out-03/toledo-algumas-principais-mudancas-lei-licitacoes>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. Brasília: TCU, 2010.

VALENTE, Larissa Peixoto; SOUZA, Clara Santos. **Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação.** 2019. Disponível em:< https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EjNAN-H8_FAJ:https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/148990/150463+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 03 mar. 2022.