

**Título :** AS NOVAS FRONTEIRAS DA SUBCONTRATAÇÃO NA ERA DA LEI Nº 14.133/21  
**Autor :** Rafael Costa  
**Autor :** Letícia Franco

## **AS NOVAS FRONTEIRAS DA SUBCONTRATAÇÃO NA ERA DA LEI Nº 14.133/21**

### **RAFAEL COSTA**

Procurador do Estado do Paraná. Professor e palestrante em Licitações e Contratos administrativos. Doutorando em Direito pela UFPR. Autor de Livros.

### **LETÍCIA FRANCO**

Assessora na Procuradoria Consultiva de Obras e Serviços de Engenharia da PGE/PR. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Legale. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UNIBRASIL.

### **1 - INTRODUÇÃO**

Com a entrada em vigor da Lei 14.133/21, que revogou a Lei 8.666/93, observamos uma transformação significativa no cenário normativo relacionado à subcontratação em contratos administrativos.

No paradigma anterior, o Tribunal de Contas da União (TCU) sustentava a impossibilidade de subcontratar partes consideradas tecnicamente relevantes, que poderiam ser exigidas como condição para participar da licitação por meio de requisitos de qualificação técnica.

Contudo, a nova legislação, notadamente o parágrafo 1º do art. 122, promove uma mudança substancial ao requerer a apresentação de documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado. Além disso, o parágrafo 9º do art. 67 emerge como um elemento crucial, possibilitando a apresentação de atestados relacionados ao potencial subcontratado na qualificação técnica, com um limite de até 25% do valor total do objeto.

Essa perspectiva legal desafia o entendimento anterior de que partes consideradas tecnicamente relevantes não podiam ser subcontratadas. Diante da obsolescência do paradigma sustentado no âmbito da Lei nº 8.666/93, surge a necessidade imperativa de estabelecer critérios que orientem a Administração na decisão sobre quais parcelas contratuais podem ou não ser autorizadas para subcontratação.

Este artigo visa esclarecer a modificação legislativa relativa à subcontratação, evidenciar a incompatibilidade da interpretação anterior diante do novo modelo legal e, por último, apresentar uma perspectiva pela qual a Administração deve sustentar suas decisões sobre as partes suscetíveis de serem subcontratadas.

### **2 - A SUBCONTRATAÇÃO NA LEI 8.666/93**

A revogada Lei nº 8.666/93, ao tratar da subcontratação nos contratos administrativos (art. 72), determinava que durante a execução do contrato, o contratado poderia, sem prejudicar suas responsabilidades contratuais e legais, delegar a terceiros a realização de partes específicas da obra, serviço ou fornecimento, desde que respeitasse os limites estabelecidos pela Administração em cada situação.

A interpretação do dispositivo, que era comumente adotada e difundida pela doutrina, consistia na proibição inexorável de subcontratar integralmente a obra ou serviço, pois os contratos firmados com a

Administração Pública eram personalíssimos. Dessa forma, a pessoa, ainda que jurídica, vencia a licitação devido às suas características evidenciadas no cumprimento das exigências de qualificação técnica. Portanto, terceirizar a totalidade do serviço ensejaria uma burla às exigências de habilitação.

Nesse contexto, é relevante mencionar o entendimento estabelecido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em diversas manifestações <sup>2</sup>, as quais classificam como irregular a prática de transferir integralmente a execução do contrato para outra empresa, sem a participação ativa da contratada original na realização do serviço.

Ademais, no contexto do regramento da Lei nº 8.666/93, o TCU se manifestava no sentido de que nem todas as partes poderiam ser objeto de subcontratação <sup>3</sup>. A premissa fundamental era de que as partes do serviço que demandassem qualificações técnicas específicas deveriam ser executadas estritamente pelo contratado. Por outro lado, partes menos complexas ou de menor valor (e, precisamente por isso, não sujeitas a requisitos de qualificação técnica) poderiam ser subcontratadas, desde que houvesse autorização prévia da Administração, conforme estipulado no edital e contrato.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União estabeleceu precedentes que apontam que a exigência de qualificação técnica deveria se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado, posto que a exigência para as demais parcelas, segundo o TCU, restringiria a competitividade, bem como afronta o art. 30, da Lei nº 8.666/1993 e, por consequência o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República <sup>4</sup>. Outrossim, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União <sup>5</sup>:

(...) é inadmissível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a necessidade de comprovação de capacidade financeira ou técnica pela licitante contratada.

Assim, a interpretação decorrente das decisões no contexto da Lei nº 8.666/93 era a de que a exigência de qualificação técnica se restringiria às parcelas de maior relevância e valor significativo da licitação, bem como seria vedada à subcontratação de tais parcelas. Em outras palavras, não era permitido subcontratar partes consideradas tecnicamente relevantes, mesmo que as empresas indicadas para a subcontratação atendessem aos requisitos de qualificação técnica.

Contudo, a lógica estabelecida na Lei nº 8.666/93 sofreu alterações na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), conforme veremos a seguir.

### **3 - A SUBCONTRATAÇÃO NA LEI 14.133/21:**

O *caput* do art. 122 da Lei nº 14.133/21 não trouxe mudanças significativas, mantendo as diretrizes já estabelecidas na antiga Lei para a subcontratação durante a execução do contrato. Segundo o texto, o contratado tem permissão de subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, desde que respeite os limites autorizados pela Administração. Por sua vez, o parágrafo 2º confere ao regulamento ou edital de licitação o poder de vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

Outro ponto relevante diz respeito aos casos de contratações por inexigibilidade no que tange os serviços técnicos especializados de natureza predominante intelectual. Nestes casos, fica proibida a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade, conforme entendimento do art. 74, §4º da Lei nº 14.133/21. Esta disposição visa garantir a integridade e a conformidade no processo de contratação por inexigibilidade dos serviços técnicos especializados de natureza predominante intelectual, assegurando que a escolha do fornecedor ou prestador de serviço justificado como único capaz de atender às necessidades da Administração seja preservada.

Contudo, o artigo 102 da Lei nº 14.133/21 trouxe uma exceção (que não havia no regramento da Lei nº 8.666/93) quanto à impossibilidade de subcontratação integral do objeto. Ele estabelece que, na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital pode exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia. Além disso, o dispositivo prevê a possibilidade de a seguradora, em caso de inadimplemento por parte do contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato. Nesse contexto, o art. 102, inciso III, dispõe que a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato,

total ou parcialmente, quebrando o paradigma da impossibilidade irrestrita de subcontratação total <sup>6</sup>.

A alteração mais relevante encontra-se no parágrafo 1º do art. 122 e exige que o contratado apresente à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado.

Essa disposição deve ser interpretada com certa parcimônia. Entendemos indevida a exigência de demonstração de capacidade técnica, para a empresa subcontratada, exceto quando esta exigência foi estabelecida como requisito de habilitação técnica, durante o certame <sup>7</sup>. E, ademais, só se deve exigir do subcontratado, as qualificações técnicas da parcela delegada.

Sobre o dispositivo, o que atrai mais a atenção é que o entendimento esposado no âmbito do regramento passado, de que não era permitido subcontratar partes consideradas tecnicamente relevantes passíveis de qualificação técnica, não merece mais acolhimento por disposição expressa do novo diploma normativo. As partes mais complexas e relevantes de um empreendimento podem ser objeto de subcontratação e pode ser exigida a qualificação do subcontratado.

Em reforço, o parágrafo 9º do art. 67 possibilita a apresentação de atestados relacionados ao potencial subcontratado na qualificação técnica, com um limite de até 25% do valor total do objeto. Em outras palavras, isso indica que, no mínimo, 25% da parte mais complexa do objeto, sujeita à exigência de qualificação técnica, podem ser exigidas exclusivamente do subcontratado. Hipótese essa que já era defendida por Floriano Marques Neto no âmbito das concessões administrativas:

A questão posta aqui, porém, não é a da admissibilidade da subcontratação (embora com ela tangencie). A questão está em saber se um edital de licitação pode admitir, como forma de comprovação da capacidade técnico-operacional (da empresa e não do seu pessoal), a apresentação de atestados por parte de empresa não licitante nem integrante de consórcio, que na condição de subcontratado especialista assuma compromisso com a execução do empreendimento sob a responsabilidade do licitante, na hipótese de sagrar-se ele vencedor da disputa. Mais do que admissível, tal prescrição me parece ser absolutamente recomendável à luz do regime público das licitações.<sup>8</sup>

Contudo, surge a necessidade premente de estabelecer critérios para balizar a tomada de decisão da Administração sobre quais parcelas contratuais devem ser autorizadas ou não para subcontratação.

É possível argumentar que a interpretação mais alinhada com a Lei 14.133/21 indica a necessidade de realizar uma análise de mercado, no contexto de um Estudo Técnico Preliminar <sup>9</sup>, para compreender as particularidades do setor específico diante do fator "aumento da competitividade", o que justificaria a decisão de subcontratar ou não uma parcela específica do contrato.

Por exemplo, se for prática comum no mercado analisado que uma empresa execute diretamente todos os serviços necessários, a subcontratação de parte desse contrato pode não ser justificada. Por outro lado, se for habitual nesse segmento que as empresas subcontratem serviços específicos, a subcontratação pode potencialmente ampliar a concorrência.

Exigir que uma empresa execute integralmente o serviço, mesmo que na prática do mercado ele seja frequentemente subcontratado, restringirá a competição do certame, uma vez que várias empresas podem não conseguir atender a todas as necessidades contratuais. Esse posicionamento já foi abordado em manifestação do TCU <sup>10</sup> e também é o entendimento de Marçal Justen Filho <sup>11</sup>, vejamos:

A subcontratação pode representar inclusive um fator de ampliação da competição. Há certas atividades dotadas de especialização, complexidade e onerosidade diferenciada. Impor a sua execução de modo necessário pelo próprio contratado pode resultar na redução do universo de possíveis licitantes. Permitir a subcontratação em tais casos é justificado pelas mesmas razões que legitimam a participação de empresas em consórcio.

Isso se torna mais evidente quando o art. 67, § 9º, da Lei 14.133/21, que permite que as empresas apresentem atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado. Tal permissão ocorre em razão da possibilidade de determinado segmento esteja operando sob o regime de monopólio. Dessa forma, permitir que as empresas responsáveis pelo contrato possam contratar a mesma empresa para um dos

serviços exigidos amplifica a concorrência, aumentando, assim, o potencial de que sejam firmados acordos contratuais mais vantajosos para a Administração Pública.<sup>12</sup>

#### 4 - CONCLUSÃO

A antiga restrição normativa que proibia a subcontratação de partes tecnicamente relevantes e sujeitas a qualificação técnica não encontra respaldo no novo arcabouço legal. A atual conjuntura possibilita a subcontratação das partes mais complexas e cruciais de um projeto, marcando uma transformação significativa.

No entanto, emerge a urgente necessidade de estabelecer critérios nítidos que guiem a Administração na decisão de quais porções contratuais podem ou não ser autorizadas para subcontratação. Nesse contexto, destaca-se a relevância de conduzir uma análise de mercado para compreender as nuances do setor em pauta, especialmente no que concerne ao "incremento da competitividade", fundamentando, assim, a escolha de subcontratar ou não uma parte específica do contrato.

Caso seja uma prática generalizada no mercado em análise que uma empresa execute diretamente todos os serviços necessários, a subcontratação de parte desse contrato pode carecer de justificção. Em contrapartida, se for recorrente nesse setor que as empresas terceirizem serviços específicos, a subcontratação tem o potencial de fomentar a concorrência.

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed., atual. / por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. SÃO PAULO: Malheiros, 2000, p. 200.

<sup>2</sup> Acórdão 2089/2014 Segunda Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho), Acórdão n.º 2189/2011-Plenário, TC-005.769/2010-8, rel. Min. José Jorge, 17.08.2011.

<sup>3</sup> Acórdão 5807/2011-Segunda Câmara (Prestação de Contas, Relator Min. Raimundo Carreiro).

<sup>4</sup> Acórdão TCU nº 1771/2007 – Plenário; Acórdão TCU nº 170/2007 – Plenário; Acórdão TCU 517/2012 – Plenário.

<sup>5</sup> Acórdão TCU nº 3144/2011 – Plenário.

<sup>6</sup> No contexto da nova lei de licitações, a cláusula de retomada (também conhecido como *Step in right* ou *performance bond*) permite que a seguradora assuma a conclusão do contrato caso o tomador do seguro (contratante) não cumpra suas obrigações ou fique inadimplente. Essa cláusula do *step in right* é uma medida para garantir a continuidade dos contratos públicos e minimizar os impactos negativos causados por eventual inadimplência por parte do contratante original. Conforme estabelecido no artigo 101 da nova lei de licitações, a administração detém o direito de exigir um seguro-garantia com cláusula de retomada obrigatória no caso de inadimplência por parte do contratante. Além disso, os incisos II e III do referido artigo preveem a possibilidade de a seguradora subcontratar a conclusão do contrato – uma vez que a mesma não possui expertise na área de construção – e, em relação aos valores pendentes de pagamento pela administração, permitem que os respectivos empenhos sejam realizados em nome da seguradora ou em nome de terceiros indicados por ela para a conclusão do contrato. Essas disposições visam assegurar mecanismos que promovam a continuidade e a conclusão dos contratos públicos, mesmo diante de eventuais situações de inadimplência, oferecendo maior segurança às partes envolvidas.

FORTINI, Cristiana; DE AMORIM, Rafael Amorim. Obras públicas inacabadas e seguro-garantia: qual a sua importância e o que esperar da nova Lei de Licitações. Belo Horizonte: A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, n. 82, 2020, p. 87-127; e também em FIUZA, Eduardo. Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas. In: SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo. Marcos Regulatórios no Brasil: É Tempo de Rever Regras?. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

<sup>7</sup> HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. rev. Ampl. E

atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 713. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021. p. 625.

<sup>8</sup> Marques Neto, F. de A. (2004). A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos. Revista De Direito Administrativo, 238, 121–130. <https://doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44065>

<sup>9</sup> O estudo técnico preliminar (ETP) é o documento que materializa a fase preparatória explicitando o interesse público envolvido e os melhores caminhos para solução do problema, de forma a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação (Art. 6, XX, da Lei nº 14.133/21). Portanto, o estudo técnico preliminar consubstancia a fase de planejamento, para delimitar todos os possíveis percalços e deve atestar, ou não, a viabilidade do empreendimento sob os aspectos técnico, ambiental e econômico

<sup>10</sup> Nesse mesmo sentido o entendimento do Tribunal de Contas da União : (...) a cláusula 12, § 4.º, da minuta do termo de contrato..., vedou, de forma indevida, a subcontratação do fornecimento de bancos de capacitores série - o que restringiu o caráter competitivo da licitação apenas aos fornecedores e/ou fabricantes do equipamento –, quando poderia tê-la permitido mediante exigência de comprovação de capacidade técnica de empresas que viessem a ser subcontratadas, no tocante à gestão e execução de obras ou serviços análogos. em afronta ao disposto no art. 78, caput, e § 1º, da Lei 13.303/2016" (Acórdão 2.021/2020, Plenário, rel. Min. Ana Arraes).

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1350.

<sup>12</sup> FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v.01 p. 623.

**Como citar este texto:**

COSTA, Rafael; FRANCO, Leticia. As novas fronteiras da subcontratação na era da Lei nº 14.133/21. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 mar. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.