Número 24 – novembro/dezembro/janeiro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

POSSIBILIDADES DE TRANSFERÊNCIA A TERCEIRO DE CONTRATO PÚBLICO. LIMITES DA SUB-ROGAÇÃO E SUBCONTRATAÇÃO. A HIPÓTESE DO PAGAMENTO DIRETO DA ADMINISTRAÇÃO ÀS EMPRESAS SUBCONTRATADAS.

Carlos Pinto Coelho Motta
Professor de Direito Administrativo da PUC-MG. Autor de numerosos livros em Licitações e Contratos. Advogado.

Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Advogada especializada em Direito Administrativo. Consultoria e contencioso no atendimento de entidades públicas e empresas privadas.

1. Preâmbulo

Honrado pelo convite para apresentar esse tema, venho, como estudioso e aprendiz de Direito Administrativo Aplicado, aportar aos caros participantes um caso concreto extraído da minha experiência profissional. Essa vivência proporcionou interessante e oportuna reflexão a propósito – precisamente – das possibilidades efetivas de transferência a terceiro de contrato Público, bem como dos limites e condições impostos pelo direito positivo brasileiro às figuras jurídicas da *sub-rogação* e da *subcontratação*. A consulta na qual baseamos essa exposição proporcionou ainda – como necessário tributo à racionalização processual tão demandada pela complexidade da Administração Pública moderna – um estudo adicional acerca da possibilidade e vantagens práticas do pagamento direto efetuado pela Administração às empresas subcontratadas.

A consulta formulada a este expositor por uma empresa paraestatal ressaltava sua relevante missão institucional, calcada em lei específica, e devidamente registrada, sob a forma de metas governamentais e programas

finalísticos, nas leis orçamentárias federais. Tais programas, como é sabido, envolvem um conjunto de processos licitatórios acobertados por orçamento público, regidos basicamente pela Lei 8.666/93 (Lei Nacional de Licitações) e suas alterações, e vinculados à observância das orientações dos órgãos de Controle Interno e Externo, destacadamente o e. Tribunal de Contas da União.

Na referida estatal, encontravam-se em execução diversos contratos administrativos decorrentes de regular proceder licitatório, tendo por objeto a execução, sob o regime de empreitada por preço unitário, de importantes obras infra e superestruturais. A observação factual da equipe consulente, ao longo das execuções contratuais, apontava decisivamente para a necessidade de efetivar *subcontratações parciais*, nos moldes do permissivo do art. 72 da Lei n. 8.666/93. Tal providência teria como objetivos: (a) racionalizar a execução orçamentária, financeira e contábil; (b) conferir maior agilidade à gestão contratual de várias frentes de trabalho concomitantes; e (c) atender ao requisito legal de emprego de mão de obra, materiais e insumos existentes nos locais da execução (fomento, art. 12, IV da Lei 8.666/93).

Levantava-se, ainda, a hipótese de efetuar o pagamento dos valores referentes às subcontratações diretamente, pela Administração às subcontratadas, visando em especial evitar a elevação de custos de execução decorrentes de bi-tributação inerente ao regime tradicional de pagamento, efetivado pela empresa contratada às subcontratadas. Informava a equipe consulente que, tanto os editais de concorrência, como os instrumentos de regência das diversas contratações formalizadas, haviam já previsto a possibilidade de *subcontratação parcial* do escopo contratado, e do *pagamento direto ao subcontratado*. Indagavam, destarte, sobre a licitude e viabilidade jurídica de tais previsões.

2. O compartilhamento da execução do contrato público por terceiro.

Doutrinariamente, tanto em pareceres como em aulas e palestras, sempre perfilhamos a tese da validade do instituto jurídico da *subcontratação*, como medida de grande utilidade operacional no sentido do compartilhamento da gestão contratual, apenas limitado pelos condicionamentos expostos no art. 72 da Lei Nacional de Licitações.

O artigo 72 da Lei 8.666/93 trata da *subcontratação*, que é definida como o cometimento de obras, serviços ou compras a outra empresa que não a contratada originária, desde que devidamente autorizado pelo contratante. Existe aparente contradição entre esse artigo (que permite a subcontratação, dentro de limites) e o art. 78, VI, que inclui a subcontratação (assim como a associação, a cessão, a fusão, a cisão ou incorporação), entre as hipóteses de *rescisão* contratual.

Para o deslinde dessa aparente contradição, há que focalizar previamente a concepção do contrato administrativo como *intuitu personae*, porquanto concretizado em função de um licitante específico detentor de

condições jurídicas, técnicas, financeiras e fiscais, em virtude das quais foi formulada a "melhor" oferta nas condições do edital. Essa constatação inicial e irrefragável não significa que *outra pessoa não possa compartilhar a execução contratual*, em nome da agilidade e eficiência do desempenho e, obviamente, desde que não haja prejuízo à Administração.

Nessa linha, cabe trazer a referência doutrinária, de extrema precisão técnica, da lavra do emérito Marcelo Caetano:

> "Os contratos administrativos são concluídos *intuitu personae*, isto é, tendo em atenção as qualidades, idoneidade e garantias de certo e determinado indivíduo ou empresa.
> Por isso os contratos devem ser executados pela própria pessoa com quem foram concluídos.
> Esta regra é, porém, completada por outra: a execução do contrato pode prosseguir por pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestações não tiverem por objeto serviços de caráter pessoal e a Administração consinta na substituição, tendo em conta as exigências legais relacionadas com a capacidade e idoneidade do cessionário ou sucessor.
> Assim, o contraente particular *pode transferir* voluntariamente, no todo ou em parte, as obrigações assumidas por virtude do contrato, para pessoa certa e determinada, quando a lei consinta e mediante *autorização da Administração* (trespasse, arrendamento, sublocação ou subconcessão)". (Grifos nossos)[1]

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles, em vários pontos de sua vultosa obra, deixa clara sua posição de que o contrato é "pessoal", mas não "personalista", admitindo a sub-rogação, a cessão, e a subcontratação, em nome da competência na execução, e sempre submetida à aprovação da Administração contratante:

> "Modernamente, a complexidade das grandes obras e a diversificação de instalações e equipamentos dos serviços públicos exigem a participação de diferentes técnicos e especialistas, o que fica subentendido nos contratos desse tipo; o que se veda é o traspasse de encargos contratuais a terceiros, com liberação do contrato original, *sem prévia anuência da Administração* (Lei 8.666, art. 78, VI)." (Grifos nossos).[2]

Um dos pressupostos de todo contrato administrativo é a *previsibilidade*, que, aliás, constitui premissa básica do planejamento. Entretanto, é certo que o horizonte de execução contratual não é totalmente ou absolutamente previsível. Observe-se que uma das mais respeitadas correntes da teoria do planejamento, na atualidade, é o chamado planejamento "situacional",

[1] CAETANO. Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 237.
[2] MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 189.

que leva em conta a interveniência de fatores aleatórios, e amplia as margens de incerteza nas avenças públicas, justificando a afirmativa do clássico Gaston Jèze, segundo o qual "toda teoria que não se acomoda aos fatos leva em si mesma sua condenação."[3]

A subcontratação pertence, pois, à esfera das *contingências administrativas*. Lembra Lúcia Valle Figueiredo, citando Juan Manuel Teran, que "nas doutrinas dominantes afirma-se que os atos jurídicos são queridos, e os fatos, independentes da vontade".[4]

No direito comparado, a Comunidade Européia, na Directiva 2004/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, adota a subcontratação, exigindo transparência, nos termos de seu art. 25:

> "No caderno de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar, ao proponente que indique na proposta qual é a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratantes propostos. Esta indicação não interfere na questão da responsabilidade do operador económico principal."

Sobre o tratamento dado ao tema do direito comparado, em países como a Espanha, a Argentina, e na Comunidade Européia, há importantes referências a merecerem registro, tanto legislativas[5] quanto doutrinárias.[6] A mais recente doutrina brasileira reflete o desenvolvimento atual do tema.[7]

---

[3] JÈZE, Gaston. *Los principios generales de derecho administrativo*. Trad. Garcia Oviedo. Madrid: Reus, 1928, p. 20-21.

[4] TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*, p. 121-122, citado e traduzido por FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 335. Nesta linha, vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público.,* vol. XI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 90-91.

[5] Real Decreto Legislativo 2/2000, 16 de junho. *Contratos de las administraciones públicas*. Madrid: Civitas Biblioteca de Legislación, 6. ed., 2001, p. 134.
"115. Subcontratación – 1. Salvo que el contrato disponga lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado diretamente por el adjudicatario, podré este concertar con terceros la realización parcial del mismo. 2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los seguientes requisitos: a) Que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista. No obstante, para los contratos de carácter secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación. b) Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 por 100 del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50 por 100 del importe de adjudicación. c) Que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 99.4 para las relaciones entre Administración y contratista. 3. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los

pliegos de cláusulas administrativas particulares y los términos del contrato, 4. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con persona inhabilitadas para contratar de acordo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20, con excepción de su letra *k*), de la presente Ley o que estén incursas en la suspensión de clasificaciones."

Código de Contratos Públicos de Portugal, Decreto-lei 10/2008.

Artigo 316.º Âmbito - Na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato, são admitidas a cessão da posição contratual e a subcontratação, nos termos do disposto nos artigos seguintes. [...] Artigo 320.º Recusa de autorização à subcontratação - Observados os limites previstos no artigo 317.º e sempre que o potencial subcontratado se encontre habilitado e reúna as capacidades técnica e financeira, nos termos previstos nos artigos anteriores, o contraente público apenas pode recusar a subcontratação no contrato ou negar a sua autorização na fase de execução quando haja fundado receio de que a subcontratação envolva um aumento de risco de incumprimento das obrigações emergentes do contrato. Artigo 321.º Responsabilidade do co-contratante - Nos casos de subcontratação, o co -contratante permanece integralmente responsável perante o contraente público pelo exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais.

[6] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 10. ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 759.

"La legislación de contratos del Estado admite la posibilidad de las cesiones de contratos y de los subcontratos con carácter general (arts. 114 y 115 LCAP).

La *cesión* del contrato implica la sustitución de la persona del contratista a todos los efectos, de forma que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente (art. 114.3 LCAP). Propiamente hablando se trata de una verdadera novación del contrato por cambio de la persona de una de las partes. Así la calificaba con acierto el artículo 52 del Reglamiento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, ahora derrogado por la LCAP (disposición derrogatoria única, apartado 1.*b*): 'En las subastas será admisible la novación por cesión de los derechos del adjudicatario a otras personas.' Así lo indica también la exigencia de escritura pública que impone el artículo 114.2.*d* LCAP.

En el subcontrato, sin embargo, no hay tal subrogación. Los subcontratistas quedan obligados solamente frente al contratista principal, que sigue sendo plenamente responsable ante la Administración por la totalidad de la obra, servicio o suministro (art. 115.3 LCAP).

Tanto la cesión como el subcontrato constituyen excepciones a la regla general del carácter personalísimo de los contratos administrativos, en cuya conclusión es fundamental la consideración de las cualidades del contratista. Por esa razón, su procedencia está expresa y precisamente limitada por la Ley. […]

La cesión está sujeta a la autorización expresa y previa de la Administración contratante. Tiene, pues, carácter esencial, ya que sin ella no puede operar siquiera la sustitución de la persona del contratista que la cesión pretende. En el supuesto del subcontrato, la autorización, antes preceptiva, se ha sustituido por el artículo 114.2.a LCAP por una comunicación escrita a la Administración del subcontrato a celebrar con indicación de las partes del contrato a ejecutar por esta vía, salvo para los contratos de carácter secreto o reservado, y aquéllos cuya ejecución haya de ir acompañada de medidas de seguridad especiales en los que será exigible siempre la autorización previa."

DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 54-56.

"La cesión del contrato. Intransferibilidad contratual. Excepción. – Salvo que el contrato lo autorice *ab initio*, sin autorización expresa de la Administración, el co-contratante no puede ceder o transferir los derechos y obligaciones emergentes del contrato o la cualidad de 'parte' contratante respecto de las prestaciones reciprocas a cumplir, para introducir un tercero en lugar suyo en la relación administrativo contractual, pues no hay *'impersonalidad'* en los contractos públicos. [...]

El *subcontrato* difere de la *cesión*; en el primero, el co-contratante de la Administración sigue siendo el responsable directo de la ejecución contractual. El subcontratista no se convierte en parte del contrato principal, ni sustituye al co-contratante de la Administración. El subcontrato sólo tiene en cuenta la ejecución por un tercero de una fracción o de un elemento del objeto del contrato principal.

Mientras que en la cesión del contrato, el cesionario ingresa en la relación contractual primitiva en calidad de parte sustituyente; en la figura del *contrato derivado*, también denominado *subcontrato*, el subcontratante o subcontratista no integra la relación básica, por el contrario, se forman dos

A subcontratação – prevista já no Decreto 2.300/86, cujo texto foi repetido na Lei n. 8.666/93 – encontra-se, hoje, definitivamente *absorvida* **e** *incorporada* à práxis administrativa brasileira; sua aceitação e licitude evidenciam-se na evolução do instituto na própria legislação nacional, como se comentará pontualmente adiante.

O fato é que o caráter *intuitu personae* do contrato público não é rígido ao ponto de engessar variações eventualmente possíveis, vantajosas e necessárias quanto à figura do contratado originário, admitindo-se no direito pátrio, a teor do que se observa em outros países, a possibilidade da execução contratual compartilhada com terceiro, como ocorre no caso da subcontratação.

3. Subcontratação e sub-rogação

Indagar-se-ia, por conseguinte, de que forma (ou formas) poderia a execução do contrato ser compartilhada ou assumida por outrem, que não o próprio contratado adjudicatário.

Os institutos que viabilizam essa tese são a *subcontratação*, expressa nos termos do art. 72 da Lei 8.666/93; a *sub-rogação*, tratada no art. 346 do Código Civil – aplicável supletivamente ao contrato público, nos termos do art. 54 da LNL; e a *cessão*, delimitada pelo art. 78, VI, da mesma LNL. O aludido inciso VI faz menção expressa a várias alternativas virtualmente intervenientes no contrato: "a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação". Abre-se assim o leque de institutos jurídicos aptos a amparar a formalização da assunção do contrato por terceiro, podendo dar justa causa à rescisão apenas quando "não admitidas no edital e no contrato"

Quanto à figura específica da *subcontratação parcial*, objeto da consulta que serviu de base para a presente exposição, não enseja maiores dificuldades interpretativas, tendo sido prevista no art. 62 do Decreto-lei 2.300/86 e, a seguir, perfilhada pelo art. 72 do atual Estatuto das licitações e contratos, Lei

---

relaciones o situaciones jurídicas diferentes: una *originaria* o primigenia, el contrato base y otra *derivada* o subcontrato.
Empero, la subcontratación autorizada por la Administración, le otorga al subcontratista acción direta contra la misma."

[7] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290.
"O subcontrato – muito comum no contexto de empreitadas, fabricação e fornecimento de produtos industrializados, arrendamento e locação etc. – e o contrato-base do qual deriva são exemplos de contratos coligados já há muito conhecidos e praticados no mundo, tendo inclusive sido objeto de interessantes monografias, algumas das quais propugnam por uma teoria geral dos subcontratos. (Nota 530 – Vide Pedro Romano Nartinez, *O subcontrato*, cit., p. 19, citando Baccigalupi, *Appunti per uma teoría del subcontratto*, *RDComm*, v. 41, p. 181 e s., 1943, e Lópes Vilas, El subcontrato; Grasso, Il subcontratto.) Trata-se de coligação necessária e unilateral, pois o subcontrato é dependente do contrato-base, mas não o contrário. A invalidade e ineficácia do contrato-base propagar-se-ão necessariamente ao subcontrato, mas a invalidade e ineficácia deste não afetarão normalmente aquele."

8.666/93, que o substituiu. A letra legal expressamente autoriza que, em cada caso, possa a Administração flexibilizar a execução do objeto contratado, mediante sua subcontratação parcial a terceiro, observadas, é certo, determinadas cautelas visando a segurança na prestação da obrigação contratada, sem risco para a Administração.[8] A jurisprudência corrobora tal afirmativa:

> "A subcontratação de empresas por parte da vencedora do certame não se afigura ilegal, porque prevista e autorizada na legislação atinente à espécie."[9]

Com efeito, com pequenas alterações redacionais de natureza superficial, o instituto da subcontratação tem figurado ininterruptamente em nosso direito público, condicionado apenas à previa anuência da Administração.

Pontue-se que, na Lei 8.666/93, a literalidade do art. 72 (especificamente autorizativo da subcontratação parcial), ao prosseguir o paradigma do Decreto-lei 2.300/86 (art. 62), não submete o uso do instituto à previsão editalícia ou contratual. Apenas menciona o limite admissível pela Administração. Descortina-se, então, uma amplitude interpretativa que pode até mesmo prevalecer sobre a leitura mais restrita da norma, resultante da combinação entre os arts. 78, VI e 72 da Lei de licitações.

> Evidencia-se, pois, na Lei em vigor, a *anuência da Administração* como ato fundamental na formalização da subcontratação, uma vez que retrata a inexistência de prejuízo ao interesse e ao erário públicos, sob os aspectos técnico e financeiro, que se pressupõem devidamente avaliados pela contratante, por ocasião da subcontratação. A autorização prévia tem por finalidade, justamente, que a Administração verifique as condições da empresa que executará parte do contrato, quer se trate ou não de anterior licitante – mesmo que a responsabilidade permaneça recaindo, a final, sob a própria contratada original, conforme determina o texto legal. Tal anuência, a nosso ver, possui clara similitude com a *consensualidade.*

Outrossim, a legislação supracitada não faz mais que explicitar, em palavras semelhantes, a *discricionariedade* deferida à Administração, mediante análise caso a caso, para autorizar a subcontratação de segmentos da execução do objeto contratado – observadas, é certo, determinadas cautelas visando a segurança na prestação da obrigação contratada, e evitando riscos para a Administração.

Nestes termos, a providência é absolutamente lícita e não constitui fraude ao procedimento licitatório (como possam pretender alguns analistas), mas

---

[8] Quanto às cautelas a serem observadas na subcontratação, nos termos do art. 72 da LNL, vide TCU, Acórdãos 1529/2006, 1112/2006 e 521/2007. Doutrinariamente vide FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle*. Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 90; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer. *BDA* n. 4, 1997, p. 423; RIGOLIN, Ivan Barbosa. Subcontratação. *FCGP*, ano 6, n. 71, nov. 2007, p. 7-11.

[9] TRF 1ª. Região, ApCv 2005.01.00053271-0-DF, *FCGP* n. 51, mar. 2006, p. 6944.

possui amplo e sólido suporte legal e doutrinário. Não custa ressaltar que na subcontratação *não há sub-rogação*, ficando os subcontratados obrigados somente frente ao contratado principal – o qual, consoante anterior citação de Enterría, "segue sendo plenamente responsável ante a Administração pela totalidade da obra, serviço, ou fornecimento". Com efeito, é o que resguarda expressamente a Lei n. 8.666/93 no art. 72, que permite a subcontratação "sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais" do contratado.

Por outro lado, o conceito de *cessão contratual* implica diferente conotação, não se tratando de *execução compartilhada*, mas sim da *transferência total da execução da obrigação* a terceiros. Derivado do latim *cessio*, de *cedere* (ceder, traspassar), designa o contrato pelo qual a pessoa cedente transfere a outra, cessionária, créditos ou direitos de que seja titular. O cessionário é então o substituto ou *sub-rogatário* do cedente ou sub-rogante, podendo exercer todos os direitos e ações que competiam a este sobre o objeto da cessão.

Portanto, embora ambos os institutos (cessão e subcontratação) visem a transferência da execução do contrato administrativo, o conceito de cessão contratual distingue-se profundamente daquele de subcontratação e não há como confundi-los. A cessão possui extensão jurídica e factual mais abrangente do que a subcontratação, operando-se entre a Administração e o cessionário, e gerando transferência integral, com *sub-rogação total*, de direitos e deveres. Já a subcontratação preserva e enfatiza a *responsabilidade exclusiva* do contratado originário, que, por expressa determinação legal (art. 72 da LNL), *não se transfere* ao subcontratado. Dada a importância dessa distinção, cabe reiterar e sintetizar sua explicitação, para abater qualquer dúvida:

- no instituto da *cessão de contrato*, substitui-se integralmente, para todos os fins e efeitos, o contratado da Administração, assumindo o cessionário todas as obrigações e direitos inerentes à execução contratual, como se fora o próprio contratado original, ou seja, sub-rogando-se integralmente em tudo, e para todos os efeitos legais;

- no instituto da *subcontratação*, o subcontratado assume uma parcela da execução contratual, permanecendo o contratado originário como responsável pelo resultado, e, portanto, mantendo intactas suas obrigações e direitos inerentes à execução contratual.

Por tal motivo é que a subcontratação é contrato efetivado entre as empresas, comparecendo a Administração na condição de *anuente*. Isto porque a subcontratada assume parte da execução contratual em nome e no interesse direto da contratada originária, que comparece, então, na condição de sua contratante, *sem trespasse de direitos e obrigações à Administração.*

Artigo1 4. Permissivo legal, estrutura jurídica e condicionantes da legalidade do pagamento direto à subcontratada

Entretanto, apesar da subcontratação consistir em relação jurídica de direito privado, estabelecida entre particulares mediante *prévia anuência* da Administração; e apesar de manter o contratado originário todos os seus direitos e obrigações perante o Poder Público, há certamente um ponto de convergência de interesses e direitos do contratante originário e seu subcontratado, em relação à Administração Pública: a *origem dos recursos* que, a final, remunerarão ambos.

Observa-se que a estrutura tradicional de remuneração da subcontratação – que pressupõe, num primeiro momento, pagamento da Administração a seu contratado, e, num segundo momento, deste a seu subcontratado – vem gerando discussões e inconvenientes, em especial no tocante à bi-tributação que enseja, e à amplamente conhecida providência adotada pelas empresas para evitar seus efeitos, identificada na constituição de *sociedade em conta de participação* para operar a subcontratação, neste caso, sem anuência prévia da Administração, com riscos ao contratado originário, e em prejuízo da atestação a que a subcontratada faria jus legitimamente.

O problema se resume ao seguinte: em razão das naturais e inevitáveis obrigações tributárias a que se submeterão subcontratada e sua subcontratante (pelas mesmas razões ou fatos geradores, em relação a um mesmo objeto), ou seja, em razão da bi-tributação que o pagamento da subcontratada pela subcontratante impõe, em alguns casos as empresas optam por *não formalizar* a subcontratação nos termos do art. 72 da LNL, solucionando a questão mediante constituição de Sociedade em Conta de Participação (SCP) com vistas à execução contratual compartilhada.[10]

Essa prática da subcontratação efetivada pela via transversa da sociedade criada para tais fins pode até ser lícita sob o aspecto do direito comercial, mas tem conseqüências deletérias sob o aspecto do direito público. De um lado, resta desprestigiada a Administração Pública e violada a Lei de Licitações. De, outro, restam prejudicadas todas as empresas envolvidas no negócio: (a) as subcontratadas, que deixarão de obter a atestação técnica relativa ao escopo contratual por elas efetivamente executado; (b) as contratadas originárias, que

[10] José Edwaldo Tavares Borba (*Direito societário*. 9. ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 93-95) explica que, muito embora incluída no título do Código Civil que trata das sociedades, faltam à chamada *sociedade em conta de participação* o patrimônio próprio, a personalização e a plurilateralidade que caracterizam essencialmente as sociedades. Na SCP, um ou mais "sócios participantes" fornecem recursos a serem aplicados por um operador, designado como "sócio ostensivo", em fins convencionados. O operador aplica tais recursos em nome próprio, e eventual falência incidirá apenas sobre ele. O objetivo final é, via de regra, obter capital de risco para um empreendimento determinado. Sua constituição não exige formalidades (v. art. 992 do C.C.); sua utilização cresce na área de incorporação imobiliária e, em outros países, em fundos de investimento.

ficam sob o risco de rescisão contratual e da aplicação de medidas punitivas por parte da Administração.

Como se diz no popular: pior a emenda do que o soneto.

Nesse contexto, soluções jurídicas lícitas vêm em socorro da distorção observada nas subcontratações.

Conforme comentado, as subcontratações detêm efetiva relevância factual na atualidade, em especial nos contratos de obras. Na moderna engenharia, em razão da dimensão e diversidade de parcelas que compõem o escopo contratual, cada vez mais as empresas necessitam da colaboração de diversos executores, buscam parceiros e exercem a gestão de seus serviços no âmbito do contrato. Um exemplo habitual é a construção de prédios por empreitada, com subcontratação de módulos especializados como sistema de ar condicionado, colocação de vidros, sistema de elevadores etc. Tais contingências fortalecem cada vez mais o instituto da subcontratação, que deve ser objeto de disciplina mais definida, a fim de superar eventuais dificuldades.

Nesse cenário é que vem tomando corpo a discussão sobre a possibilidade de *pagamento direto* pela Administração ao subcontratado, providência essa, objeto de com previsão editalícia e contratual pela empresa consulente.

A abordagem do tema parte necessariamente da distinção bem nítida dos seguintes conceitos:

- A subcontratação é o *instituto jurídico* previsto na legislação de direito público (art. 72 da LNL), que legitima um terceiro (subcontratado) a executar parte do escopo contratual, mediante prévia anuência do Poder Público; portanto, a subcontratação tem natureza obrigacional quanto às parcelas do escopo contratual a serem executadas pelo subcontratado. Regra geral, o subcontratado é remunerado pelo subcontratante, que é indicado no empenho ou ordem de serviço como beneficiário integral dos valores devidos pela Administração por força do contrato administrativo.

- O pagamento direto é uma *pactuação*, uma cláusula específica de natureza obrigacional financeira, tendo como obrigado a Administração Pública e, como beneficiário, o subcontratado; trata-se de previsão apta a viabilizar uma relação direta, estritamente limitada ao pagamento pela Administração a esse terceiro, com a finalidade de eliminar problemas como a bitributação, a conseqüente elevação de custos e a necessidade de adoção de expedientes tais como constituição de sociedade em conta de participação. Tudo isso sem prejuízo

das regras da subcontratação, em especial a preservação das responsabilidades legais e contratuais do contratado originário.

A nosso ver, o tema do *pagamento direto* deve ser discutido na doutrina e na jurisprudência sob o aspecto do *direito adquirido pelo credor*, tendo por base os *títulos e documentos comprobatórios* do respectivo *crédito*. É o que diz o art. 63 da Lei 4.320/64, que elenca a documentação necessária a amparar os pagamentos feitos pela Administração Pública ao particular, seu contratado, selecionado por meio de regular proceder licitatório.

Nessa concepção, sob o aspecto legal, o *crédito total* relativo aos valores devidos pela Administração por força do contrato administrativo é, como dito, integralmente detido pelo contratado originário, beneficiário do empenho ou da ordem de serviço que lhe assegura o recebimento dos valores, nos termos do contrato. O art. 63 citado, indica a documentação necessária a aparelhar o direito do credor da Administração – sendo este, em princípio, numa interpretação restritiva e literal, especificamente aquele contratado por força de licitação.

Prevalece ainda, tradicionalmente, na subcontratação, que o subcontratado, meramente por força da relação jurídica decorrente da subcontratação, não passa a ter direito ao(s) crédito(s) relativo ao escopo que lhe foi cometido; ele detém tal direito perante seu subcontratante, que o remunerará com os valores decorrentes do empenho ou ordem de serviço. Nessa concepção, o contratado originário mantém a *responsabilidade integral* pela execução e, evidentemente, o *direito ao respectivo crédito*, também integral.

Em contraposição, constata-se no campo do direito administrativo atual uma nova corrente interpretativa plausível e mais consentânea com a realidade. Admite-se que os respectivos subcontratados *sejam remunerados diretamente pela Administração*, desde que observadas cautelas e condicionantes de legitimação para o pagamento (pela Administração) e recebimento (pelo subcontratado), sob regras estritas estabelecidas nos instrumentos editalício e contratual.

Trata-se de evidente e inegável *tendência evolutiva*. A possibilidade de pagamento direto a subcontratado vem persistentemente figurando nas maiores contratações no País, impondo-se como condição natural e necessária às já estabelecidas subcontratações – em que pesem as fortes resistências encontradas pelo Controle Externo, em especial o Tribunal de Contas da União.

E como era de se esperar, como decorrência de uma evolução natural, a própria legislação pátria veio em socorro da até então tímida previsão da providência do pagamento direto a subcontratado, trazendo um permissivo

expresso e disciplina definida do tema. O marco de tal inovação e da introdução legislativa do permissivo legal de pagamento direto ao subcontratado está identificado na Lei Complementar n. 123, de 2006. O § 2º do art. 48 articula-se com o inciso II do mesmo artigo para estabelecer que, caso seja exigida no edital a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte,

> "os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas".

Essa norma é reiterada no extenso art. 7º do Decreto 6.204/07, texto regulamentador do regime licitatório das micro e pequenas empresas, contido na LC 123/06; o § 6º do referido art. 7º repete a redação de seu paradigma, reafirmando a destinação direta dos pagamentos à empresa subcontratada.

Tais disposições guardam certa simetria (*mutatis mutandis*) com o art. 5º, § 2º, II, da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/04). Ao estabelecer as cláusulas necessárias do contrato de parceria, o dispositivo citado desta Lei admite prever, "adicionalmente", a possibilidade de "emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública."

Portanto, o pagamento direto propriamente dito não encerra novidade: vem sendo discutido e, em linhas gerais, recusado pelo TCU, mas se firmou com atualidade e realidade na prática da redação dos instrumentos convocatórios, e, em especial, na legislação contemporânea sobre contratações públicas.

Tivemos a oportunidade de comentar em ocasião anterior,[11] que o parágrafo único do art. 1º do Decreto 6.204/07 reflete essa visão ortodoxa do âmbito de aplicação do Decreto: segundo o texto estrito da norma, esta atingiria tão-somente a União e serviria apenas como modelo *consultivo* para os Estados e Municípios na elaboração de suas normas próprias. Nesse particular, permitimo-nos expressar entendimento mais amplo e flexível, haurido na prática interpretativa tradicional e já consolidado na área de licitações e contratos.

Tal prática, ao longo do tempo, vem reconhecendo que normas regulamentares que prosseguem normas gerais de licitação e contrato (art. 22, XVII da Constituição Federal) podem e devem ter efeito transitivo direto aos entes da Federação, efetivando um maior alcance nas esferas político-administrativas. Alinham-se inúmeros exemplos, como os Decretos 30/91, 449/92. 1.070/97, 3.555/00, 3.931/01, 5.450/07, entre outros.

[11] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Apontamentos ao regulamento licitatório das microempresas e empresas de pequeno porte – Decreto N. 6.204/0., *Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC*, Ano XIV, n. 166, dez. 2007, p. 1183; publicado também no *BLC* n. 6, 2008, p. 543-569.

Segundo essa linha genérica e benevolente de interpretação – aliás, perfilhada pelo STF em concretas manifestações[12] – os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem legitimamente seguir a regulamentação da União, no 'vazio legal' local, sem serem compelidos urgentemente a elaborar normas próprias.[13]

Contudo, cada qual no seu tempo, tais entes deverão traduzir a Lei segundo a respectiva realidade administrativa, como já o fizeram alguns,[14] no sentido de atender às peculiaridades e características que suscitam, via de regra, certa adaptabilidade em aspectos procedimentais.

Na mesma linha interpretativa, por óbvio, no sentido de que os arts. 42 a 49 da LC n. 123/06 constituem *normas gerais* de licitações e contratos, de natureza *ordinária,* porquanto emitidas por força da competência constitucional da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII CF/88), o Prof. Marçal Justen Filho tratou objetivamente do tema da abrangência da legislação sob foco, afirmando:

> "VI.2.1 – A natureza geral das normas sobre o tema
> A solução albergada no art. 47 da LC n. 123 reflete a determinação constitucional no sentido da titularidade pela União da competência privativa para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação. Isso significa que a Constituição reservou para os entes federativos a competência legislativa privativa para edição das normas específicas,
> Assim sendo, o art. 47 simplesmente veiculou normas gerais e amplas [...].
> Mais ainda, a questão apresenta relevância porque foi adotada solução tipicamente própria daquela espécie de lei complementar que não exaure a disciplina de um determinado tema, como acima já referido. Ou seja, pretendeu-se que os arts. 47 e 48 da LC n. 123 seriam o fundamento de validade de leis ordinárias veiculadoras da disciplina específica sobre o tema.
> O grande problema reside em que nenhum dispositivo constitucional previu a existência de lei complementar com essa configuração, tal como apontado ao início deste estudo. Ou seja, os dispositivos dos arts. 47 e 48 *não* têm natureza de lei complementar, ainda que tenham a aparência correspondente à figura.

---

[12] STF, Rp 1153/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ* n. 115-03, p. 1008, *DJ* de 25/10/85; vide ainda OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Interpretação dos arts. 42 a 49 do Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte. *FCGP*, ano 6, n. 69, 2007, p. 71-77.
[13] Sobre o tema do vazio legal, vide PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1*. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1973, p. 177; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14. ed., 1989, p. 107; TÁCITO, Caio. *Temas de direito público.* 2º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1300. BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 26 e 41.
[14] Até o momento verificam-se alguns exemplos, como o Município mineiro de Lagoa Santa (Decreto municipal 866/2007) e o próprio Estado de Minas Gerais (Decreto estadual 44.630/2007.

> Reiterando o que se afirmou anteriormente, a eficácia jurídica dos referidos dispositivos deriva da competência da União para editar lei ordinária veiculadora de normas gerais sobre licitação."[15]

Acerca da amplitude e natureza da disposição contida no art. 48 da LC 123/06, o mesmo preclaro autor identifica seu caráter de norma geral, transitiva direta, equivalente à lei ordinária:

> "1.4 – A Natureza Ordinária das Normas em Questão
> Essa longa introdução destina-se a evitar dúvidas sobre a circunstância de uma lei complementar ter disciplinado licitações administrativas. Visa a deixar claro que as referidas normas não têm regime jurídico próprio de lei complementar, mas valem como se fossem lei ordinária. Assim se passa porque a CF/88 não previu que essa matéria seria própria de lei complementar.
> Editou-se lei complementar por razões de natureza tributária. A CF/88 previu que o regime tributário específico e próprio das pequenas e microempresas seria definido por meio de lei complementar.
> Como se vê, o Congresso Nacional optou pela produção de um único diploma legislativo para disciplinar diversos ângulos do regime jurídico das pequenas e microempresas. Uma lei complementar era indispensável para estabelecer o tratamento *tributário* diferenciado e privilegiado. Mas a veiculação de regras sobre licitação teve por fundamento a norma do art. 22, inc. XXVII, da CF/88. Trata-se do dispositivo que reconhece competência privativa da União para veicular normas gerais sobre licitação e contratação administrativa.
> [...]
> Isso significa que as normas sobre licitação contidas na LC n. 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei n. 8.666/93 derivaria do princípio da posteridade ("a lei posterior revoga a anterior"), não em vista do princípio da superioridade ("a lei superior prevalece sobre a inferior") nem do da especialidade ("a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente").
> Logo, cabe adotar o tratamento hermenêutico próprio das leis ordinárias a propósito dos arts. 42 a 49 da LC n. 123."[16]

Assim, o art. 48 da LC n. 123/06 é uma norma geral sobre licitações, donde se conclui que a regra ali prevista, segundo a qual "os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas" estende-se igualmente a *quaisquer* empresas subcontratadas, na forma do art. 72 da LNL, e *não apenas* às micro e pequenas empresas focalizadas na lei complementar (mas na verdade ordinária no tocante ao regime licitatório-contratual, sob a ótica do art. 22, XXVII da Carta Magna).

---

[15] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 77.
[16] *Ibid.,* p. 16.

Isto porque, como visto acima, no que se refere às normas de natureza tributária, trata-se de lei complementar; mas no que se refere às normas atinentes às licitações e contratações públicas, trata-se, efetivamente, de *lei ordinária*, portanto, de norma geral. Nessa condição, o art. 48 da LC 123/06, na verdade inova e complementa o art. 72 da LNL, especificamente no que se refere ao permissivo legal de pagamento direto ao subcontratado com emissão de empenho.

Reforçando a aplicabilidade do art. 48 da LC 123/06 às empresas de grande porte na condição de norma geral, transitiva direta, adicione-se a argumentação ainda do Prof. Marçal quanto ao problema jurídico da discriminação entre pequenas e grandes empresas, em comentário ao art. 45. Segundo o autor,

> "No entanto, e rigorosamente, o mesmo fundamento que justifica a validade da solução prevista na LC 123 *impõe* a generalização do tratamento jurídico equivalente para todos os licitantes. [...]
> Estabelece-se um tratamento jurídico diferenciado entre os licitantes, fundado em critério discriminatório relacionado à sua condição econômica."[17]

Assim, é lícito afirmar que a destinação dos empenhos e pagamentos da Administração Pública diretamente às subcontratadas – prevista na Lei Complementar n. 123/06 e no Decreto Federal 6.204/07 – é uma norma geral de licitações e contratos, aplicável às empresas subcontratadas (quaisquer empresas, e não apenas às micro e pequenas empresas) na forma do art. 72 da LNL combinado com o art. 48, § 2º da LC 123/06.

Em obra prefaciada pelo Min. Marcos Villaça, Cláudio Altounian, jurista e técnico do TCU, afirma não ser admissível que "o órgão ou entidade pública realize pagamentos ou outras ações diretamente à subcontratada."[18] A nós parece, contudo, *data máxima vênia*, que o autor fundamenta seu entendimento na figura da *sub-rogação*, tratada nos arts. 346 a 351 do Código Civil – que não se confunde com a subcontratação tratada no art. 72 LNL.

Lembre-se que, conforme já tratado em tópico anterior deste trabalho, a subcontratação não se confunde e não possui a mesma extensividade de efeitos configurados na sub-rogação, nem mesmo no caso de pagamento direto ao subcontratado, situação perante a qual, como dito, a subcontratação não é alterada em seu regime jurídico. Com efeito, o pagamento direto ao subcontratado não elidirá a responsabilidade da contratada pela fiel execução contratual, já que tal responsabilidade permanece intocada, em se tratando de subcontratação, nos termos expressos do art. 72 da Lei n. 8.666/93.

---

[17] *Ibid*, p. 74.
[18] ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização.* Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 230.

Ainda, a formalização da subcontratação com previsão de pagamento direto à subcontratada, com anuência da Administração, é suficiente a se gerar *documento formal* em prol da legalidade do pagamento pela Administração a terceiro (o subcontratado). Nesse contexto, a documentação exigida do contratado originário, nos termos do art. 63 da Lei n. 4.320/64, necessária a legitimar e justificar o pagamento direto no âmbito da subcontratação, consistiria basicamente em: (i) contrato principal; (ii) contrato de subcontratação, com previsão de pagamento direto à subcontratada; (iii) respectivo termo aditivo devidamente publicado na Imprensa Oficial; (iv) o empenho (ou documento pertinente, conforme praxe das estatais) expedido a favor do subcontratado; (v) boletins de medição dos serviços visados pela subcontratante; e documentação afim, necessária à liquidação da despesa.

Destarte, a exigência do art. 63 da Lei 4.320/64 será regiamente atendida pelo subcontratado para fins de comprovação do crédito decorrente do empenho (ou documento pertinente, conforme praxe das estatais), no caso de pagamento direto ao subcontratado, mediante os instrumentos aptos a comprovar sua legitimidade (ou condição de credor da Administração) em relação ao crédito referente à parcela do escopo contratual por ele executada; ou seja, o subcontratado deterá instrumentos que legitimarão a Administração a pagar um terceiro, que não seu contratado originário.

Lembre-se, à margem, que: *primus*, o referido terceiro não lhe é estranho, mas sim um subcontratado autorizado; e, *secundus*, que o pagamento direto ao subcontratado (com base em empenho ou documento pertinente, conforme praxe das estatais) tem extensão *estritamente sob o aspecto financeiro*, ou seja, de remuneração – já que, por força de expressa disposição legal (art. 72 da LNL), as responsabilidades legais e contratuais jamais serão transferidas ao subcontratado, em razão do próprio regime jurídico do instituto.

Veja-se a redação do citado dispositivo da Lei n. 4.320/64, que *"Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal"*:

> "Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.
> § 1º. Essa verificação tem por fim apurar:
> I. a origem e o objeto do que se deve pagar;
> II. a importância exata a pagar;
> III. a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
> § 2º. A liquidação da despesa, por fornecimentos feitos ou serviços prestados, terá por base:
> I. o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
> II. a nota de empenho;
> III. os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço."

Portanto, é fácil observar que todos os elementos constitutivos e comprobatórios do crédito e, portanto, do direito do subcontratado, e da legitimidade da Administração à liquidação (direta) da despesa decorrente da subcontratação, junto ao subcontratado, restarão devidamente atendidos, porquanto a respectiva verificação de regularidade decorrerá da comprovação:

(a) da origem e do objeto que se deve pagar: escopo do contrato de subcontratação, com previsão de pagamento direto à subcontratada, além do respectivo aditivo ao contrato principal (atendimento aos incs. I dos §§ 1º. e 2º.);

(b) da importância a ser paga: nota fiscal / fatura e relatório de medições da subcontratada, atestados pela contratada principal, bem como documento hábil a legitimar a liquidação da despesa diretamente à subcontratada, emitido pela estatal (empenho, subempenho ou outro documento pertinente, conforme práxis das estatais), tudo vinculado aos documentos da subcontratação (atendimento aos incs. II dos §§ 1º. e 2º. e III do § 2º.);

(c) da identificação do subcontratado indicado no respectivo contrato de subcontratação (atendimento ao inc. III do § 1º.).

Alicerçada em tais condicionantes (e, até mesmo, em previsão legal assumida a partir da interrelação entre o art. 72 da LNL e o art. 48, § 2º da LC n. 123/06), a providência do pagamento ao subcontratado, com emissão direta de empenho, será lícita e não comportará questionamentos sob o aspecto de legalidade, seja à luz da legislação sobre contratações públicas, seja à luz da legislação sobre finanças públicas.

Assim, o terceiro terá condições de se equiparar ao contratado, para os fins da Lei n. 4.320/64; a Administração terá legitimidade para pagá-lo, sem o risco de violar as restrições do art. 72 LNL, no que se refere a não se estabelecer trespasse de obrigações ao subcontratado – tudo lastreado em documentação compatível, delimitadora e definidora da natureza e extensão das obrigações (operacionais e financeiras) assumidas entre as partes, Administração, contratado originário, na condição de subcontratante, e subcontratado.

O que não se deve admitir – conforme reiteradamente decidido pelo TCU – é o *trespasse* do contrato a terceiro com sub-rogação. Essa hipótese só se caracterizará diante de subcontratação *total* – e não a *parcial* expressamente permitida pelo art. 72 da LNL. Aliás, a redação da Lei (art. 78, VI) sob esse aspecto é confusa, pois não há como se interpretar uma subcontratação total, a não ser como *cessão integral* do contrato; nesse caso, independente do *nomen in iuris*, a subcontratação total acabará por ensejar uma cessão indesejada. A nosso ver, à luz do art. 72 LNL, para que seja genuinamente uma subcontratação, esta deverá ser sempre parcial, nos limites previamente admitidos pela Administração, e mantidas as responsabilidade legais e contratuais do contratado originário.

Não há que argumentar que o pagamento direto desfiguraria a subcontratação, gerando transferência de responsabilidade; definitivamente, tal relação não seria suficiente a operar tal condição, mesmo porque o art. 72 LNL não autoriza a hipótese.

Vemos, portanto, a subcontratação com pagamento direto como solução válida, lícita, representando otimização na dinâmica e na gestão contratual, e apresentando-se como instrumento apto à superação de patologias hoje injustificadamente observadas nas necessárias relações de subcontratação. Cumpre aduzir pertinente doutrina da Professora e Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> "Ao interpretarmos / aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento."[19]

5. Posicionamento do Tribunal de Contas da União quanto à matéria

Portanto, como foi visto, o pagamento direto ao subcontratado, vinculado à subcontratação, não implicará *cessão* (de contrato, de crédito ou de obrigações), e tampouco *sub-rogação* de contrato. A jurisprudência auxilia nessa distinção, alinhando-se várias decisões do TCU referentes a subcontratação com pagamento direto.

Em função das conhecidas críticas à técnica redacional do art. 78, VI LNL, que autoriza a transferência e o compartilhamento da execução contratual "às avessas", diversas decisões foram proferidas, algumas delas confusas e paradoxais, sobre o efetivo alcance dos dispositivos que amparam tais figuras legais.

No entanto, o assunto foi assentado a partir da célebre Decisão 420/2002 – Plenário, que se fixou como *leading case*, e na qual o d. Ministro Augusto Sherman CAVALCANTI refere-se, inicialmente, à *sub-rogação* (implícita a não-vinculatividade desta aos casos de subcontratação), no sentido de:

> "8.5 - firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a *sub-rogação* da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de

[19] STF, Recl 5.164-1, *DJ* de 19/06/07.

> forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93." (grifos nossos).[20]

E, acolhendo as razões do Parecer da lavra do i. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado, o d. Relator A. Sherman manifesta-se nitidamente favorável ao instituto da subcontratação, ressaltando que o que se veda é a transferência de obrigações, ou seja, a sub-rogação, conforme se observa:

> "32. A conclusão, que se faz imperativa, é que, de todas as espécies mencionadas no art. 78, inciso VI, a única *permitida* à luz da interpretação sistemática é a *subcontratação de parte do objeto contratado.* Qualquer outra forma que transfira, junto com a parcela subcontratada, as responsabilidades pela execução do objeto, é repelida.
>
> 33. Entendimento contrário – admitir-se a transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações – cederia espaço à contratação direta. E, esse movimento representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar.
>
> 34. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa sub-rogada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal.
>
> 35. O resultado lógico-jurídico a que se chega a partir da análise desse quadro não admite, a toda evidência, que seja tolerada a substituição da figura da contratada quanto às responsabilidades que emergem do contrato ou mesmo a divisão, de forma solidária, dessas responsabilidades." (grifo nosso).[21]

87. O d. Relator reporta-se, consistentemente, ao posicionamento do Prof. Lucas Rocha Furtado em caso similar precedente:

> "21. O Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, falando nos autos do TC 007.045/2001-2, levado à apreciação deste Plenário recentemente, manifestou que:

[20] Decisão 420/2002-Plenário.
[21] *Ibid.*

> 'A nosso ver, a Lei nº 8.666/93, em seus artigos 72 e 78, inciso VI, ao prever a possibilidade de subcontratação, reflete, entre outras coisas, preocupação do legislador em garantir a viabilidade de execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam o contratado de executar a totalidade de obra, serviço ou fornecimento.
>
> É regra de exceção, visto que o interesse da Administração é pelo cumprimento do contrato na forma originalmente avençada. Não é útil à Administração promover licitações em quantidade que extrapole ou que fique aquém daquilo que julga ideal para manter assegurado o interesse público, mas, também, não lhe é proveitoso permitir que a ausência de licitação comprometa a igualdade entre os potenciais concorrentes, sob pena de prejuízo de seus próprios interesses. Em outras palavras, a faculdade conferida à Contratada pelo artigo 72 da Lei nº 8.666/93 para subcontratar parte do objeto evita que a Administração venha a ter de promover outras tantas licitações como forma de complementar a execução do contrato. Por outro lado, a faculdade ali conferida também não deve servir à burla dos princípios inerentes a qualquer processo licitatório. [...]
>
> 29. Ainda nos autos do TC 007.045/2001-2, anotou o ilustre Procurador-Geral:
>
> 'De acordo com o que consta das citadas normas, nos é possível afirmar que **qualquer forma** (subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão, incorporação) pela qual se opte para transmitir direitos e obrigações a outrem:
>
> 1º) não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais;
>
> 2º) somente pode-se lançar mão de tais mecanismos se previamente autorizados pela Administração, para o quantitativo e para as partes do objeto contratado que essa especifique; e
>
> 3º) a previsão da transmissão de direitos e obrigações, para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no edital quanto no contrato.
>
> Cumpridas todas essas premissas, entenderíamos possível tal transmissão não fosse pelo fato de que o integral cumprimento de todas elas não permite o uso e a aplicação de outro instituto que não seja o da subcontratação."[22]

Em outro importante Acórdão, cite-se o alerta contido no voto do i. Ministro Ubiratan Aguiar quanto à comprovação da capacidade do subcontratado para desempenho das atividades a ele cometidas:

> "17. Concordo com o Ministro Benjamin Zymler, entretanto, quando ele ressalta que é imperioso que a empresa resultante da fusão,

[22] *Ibid.*

> cisão ou incorporação preencha os mesmos requisitos de habilitação exigidos inicialmente. O preenchimento desses requisitos resguarda a administração de possíveis problemas que poderiam ocorrer em cada um desses processos, como o comprometimento da saúde financeira da empresa, a perda da capacidade técnica para executar determinados serviços (no caso de uma cisão, por exemplo), ou a ausência de regularidade fiscal da empresa sucessora. Tal necessidade é, ate mesmo, uma conseqüência do art. 55, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, que estabelece que o contratado deve manter, durante todo o contrato, as condições de habilitação exigidas na licitação. Também é fundamental, como bem ressaltou o Ministro-Revisor, que o contrato seja mantido nas exatas condições em que foi originalmente ajustado."[23]

Ainda na Decisão 375/2002 – Plenário, cujos autos figuraram no contexto da Decisão 420/2002, chama-se atenção para o seguinte, no tocante ao pagamento direto:

> "De forma semelhante a emissão de faturas pela Subcontratada seguida de sua apresentação diretamente à Prefeitura caracteriza mais uma vez a transferência de responsabilidades típicas da Contratada que, em regra são transmissíveis a outrem sob pena de ferir princípio mor da subcontratação consistente na responsabilidade única da Contratada perante à Contratante, inclusive por atos e omissões da Subcontratada."[24]

De fato, à luz da Lei 4.320/64, poderia virtualmente configurar-se irregularidade, **caso** a efetivação de pagamento direto à subcontratada se processasse: (i) **desacompanhada** de lastro jurídico vinculado à subcontratação celebrada com interveniência da contratante; (ii) **desacompanhada** de ressalvas quanto à preservação das responsabilidades da subcontratante, nos termos do art. 72 LNL, entre outras cautelas adiante elencadas.

Nesse sentido, no Acórdão 502/2008 (ECT), o Relator Min. Ubiratan Aguiar condenou o pagamento direto ao subcontratado, porquanto realizado sem amparo legal, concluindo:

> "9.2.2 abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado, impossibilitando a realização de uma das fases da despesa, a saber, a liquidação, a qual deve ter por base o respectivo

[23] TCU, Acórdão 1108/2003 – Plenário, *DOU* de 25/08/03.
[24] TC 007.045/2001-2, Decisão 375/2002- Plenário, *DOU* de 26/04/02.

> contrato, ajuste ou acordo; a nota de empenho; e os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, conforme dispõe o art. 63, § 2º., da Lei 4.320/94."[25]

Portanto, o pagamento direto amparado na legislação já comentada, e, ainda, nas disposições contratuais, com processualização adiante sugerida em detalhe, a nosso ver supriria com segurança a deficiência e irregularidade tratadas no acórdão supra indicado, porquanto se estabeleceria uma relação jurídica entre Administração Pública e subcontratada, *estritamente* para os fins de pagamento, ressalvadas as responsabilidades da contratada originária**,** nos termos do art. 72 da LNL.

Com efeito, da forma como efetivado o pagamento direto no caso supra citado, analisado pelo TCU, realmente ressentiu-se a liquidação da despesa de documento apto a amparar o pagamento a um *terceiro* que, de fato, naquelas circunstâncias, não detinha legitimamente qualquer crédito perante a Administração, mas sim perante sua subcontratante.

O tema foi analisado pelo TCU ainda no Acórdão 448/2002 – Obras da BR 235, da relatoria do Min. Adylson MOTTA. No caso, conforme se observa da decisão, o Tribunal entendeu que se tratasse de sub-rogação disfarçada de subcontratação, porquanto extrapolou a mera obrigação ali prevista, de cessão de crédito, estabelecendo um indevido vínculo entre Administração e subcontratada. Afora as irregularidades observadas no caso, especificamente quanto à subcontratação, impõe-se uma nítida evidência: o que o Tribunal efetivamente condenou foi o fato de que a tal subcontratação gerara um vínculo contratual direto entre a Administração e a empresa, vedado na forma do art. 72 da LNL.

Sobre o tema observa-se ainda o Acórdão 282/2007 – Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos, da relatoria do Min. Marcos Vinicios VILLAÇA.[26] No Relatório e no voto, admite-se *não apenas a subcontratação, mas o pagamento direto ao subcontratado*, desde que previsto no instrumento convocatório; há referência à cessão de crédito, sempre invocando a necessidade de documento hábil a amparar a despesa, conforme a Lei n. 4.320/64. Vide:

> "50. Em síntese, a legislação impõe que a liquidação da despesa deve ser feita com base em contrato, ajuste ou acordo, ou seja, deve existir uma relação jurídica entre a Administração Pública e o credor.

[25] *DOU* de 14/03/08.
[26] Plenário, *DOU* de 09/03/07.

> ... não havendo relação jurídica entre a Administração Pública e a subcontratada (terceiro) não é possível haver liquidação da despesa e, consequentemente, o respectivo pagamento. [...]"[27]

De fato, havia irregularidade no pagamento direto nestes termos procedido, porquanto ressentiam-se as partes de título hábil a legitimá-lo**.** Tal deficiência sempre poderá ser suprida pela previsão de pagamento direto mediante emissão de empenho (ou documento pertinente, conforme praxe das estatais) em favor da subcontratada, nos termos do permissivo legal, e observadas as limitações do art. 72 LNL.

Cumpre portanto reiterar que o mero pagamento direto, nesses temos devidamente disciplinado, limita-se estritamente ao crédito da subcontratada, e *não* às demais condições do contrato, admitindo-se inclusive ressalvas explícitas no pertinente documento, (i) quanto à inocorrência de efeitos de sub-rogação e (ii) quanto à manutenção das obrigações da contratada originária perante a Administração.

No Acórdão ora examinado há registro de orientação da Zênite Consultoria Jurídica, em defesa da viabilidade do contratado proceder até "cessão de créditos" ao subcontratado (o que, aliás, não se cogitou no caso da consulta que serviu de ilustração ao tema), tornando-se assim possível o faturamento direto a terceiros. Registrando tratar-se de tema controvertido, a Consultoria citada sustenta que "cessão de crédito não é cessão de contrato", e que não há ilicitude em fazer a cessão de créditos em contratos administrativos, pois não existiria "qualquer hipótese de risco ou comprometimento do interesse público", nem transferência de deveres e responsabilidades do contratado. A referida equipe faz uma análise da Lei n. 4.320/64 e do Decreto n. 93.872/86, alegando que a exigência de "contrato, ajuste ou acordo" (§ 2º do art. 63 da Lei n. 4.320/64) para liquidação da despesa não quer dizer que ela somente possa ser realizada em favor de contratado direto. Defende que os "documentos comprobatórios de crédito" a que se refere o *caput* do art. 63 seriam os boletins de medição, os contratos de subempreitada e as notas fiscais do subcontratado, apresentados juntamente com o contrato principal.[28]

A referida Consultoria aplica as premissas expostas a um caso concreto então analisado, concluindo que "não há ilegalidade ou impropriedade na sistemática prevista no Edital e no contrato em relação ao pagamento direto a subcontratados. Seja sob a ótica do direito contratual, seja sob a ótica da legislação atinente à contabilização de despesas públicas, *não se vislumbra qualquer óbice jurídico à sistemática pretendida*." (grifos nossos).[29]

---

[27] Plenário, *DOU* de 09/09/02.
[28] Citado no Acórdão 282/2007, *DOU* de 09/03/07.
[29] *Ibid*.

Com efeito, **s**e a transferência de responsabilidades não decorre do texto legal que regulamenta a subcontratação, não há de decorrer do pagamento direto, observadas as devidas cautelas e ressalvas, em respeito ao interesse público tutelado.

Mais grave do que se admitir a tese do pagamento direto, é submeter-se à insegurança gerada por uma série de subcontratações veladas por detrás de sociedades em conta de participação. Muito mais prejudicial ao interesse público do que pagar diretamente àquele a quem ela própria admitiu assumir parcialmente a execução contratual, é a Administração sequer ter conhecimento formal da ocorrência da subcontratação. Assim, com amparo no permissivo legal ora indicado, e observada a estrutura jurídica e pressupostos apontados nesta razão, restariam superadas as anomalias apontadas pelo TCU nos acórdãos citados, versando sobre pagamento direto ao subcontratado.

Finalmente, no Acórdão 1595/2005 (Petrobrás, Rel. Min. Guilherme Palmeira), analisa o TCU a possibilidade de o edital e o contrato admitirem a subcontratação com pagamento direto, incluindo cautelas e critérios, recomendando a estatal a "reavaliar as compras de equipamentos e materiais, ou promover a sistemática do pagamento direto aos fornecedores, buscando reduzir os custos de aquisição."[30]

Ainda, quanto à aplicabilidade da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cabe citar o Min. Adylson Motta, no voto condutor do Acórdão 1915/2003, que apresenta com exemplar simplicidade, socorrido pela objetiva doutrina norte-americana, o alcance e as limitações da atuação do órgão julgador:

> "a principal função dos órgãos julgadores é decidir os casos concretos que lhe são submetidos, e não produzir doutrinas lastreadas em amplos princípios, vocacionados á aplicação de diversas outras situações que versam sobre temática afim. Como apropriadamente tem exortado o brilhante jurista americano Carl Sunstein, vamos decidir um caso de cada vez, limitando-nos a examinar as questões que são imprescindíveis à prolação de um juízo no tocante à matéria em exame (cf. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on ter Supreme Court*, Harvard University Press, 2001)."[31]

5. Sugestão prática para a processualização da subcontratação com pagamento direto

[30] *DOU* de 01/09/06.
[31] Acórdão 1915/2003, *DOU* de 23/12/03.

Portanto, pessoalmente, reiteramos entendimento favorável à subcontratação, tanto em nosso *Eficácia nas licitações e contratos*,[32] como em palestras e consultorias, sustentando o posicionamento de que o pagamento direto não impacta negativamente a legalidade da subcontratação, não ensejando sub-rogação contratual e liberação do contratado originário quanto a suas responsabilidades contratuais e legais.

Apresentamos, a seguir, sugestão de operacionalização e cautelas para a adoção das medidas sob estudo, que se apresentam como soluções de indiscutível viabilidade, além de realidade jurídica solidamente aceita no direito administrativo, com farto apoiamento legal e doutrinário. Assim, sugerimos que a subcontratação e o pagamento direto à subcontratada devem ser objeto de processualização conforme segue:

(a) o Contratado originário deve submeter à apreciação da empresa ou entidade pública Contratante o pedido de prévia anuência para subcontratação, com apresentação do(s) pretendente(s) subcontratado(s) e respectiva documentação (arts. 27 a 31 LNL);

(b) uma vez aprovado o limite da subcontratação, conforme critérios da Contratante, deverá a mesma ser autorizada por despacho da autoridade competente, com amparo em cláusula contratual autorizativa da providência;

(c) subcontratante e subcontratada deverão celebrar o *contrato de subcontratação*, no qual a Contratante comparecerá na condição de *interveniente anuente*, contendo todos os elementos de praxe, e, ainda,

(c.1) a previsão do pagamento direto ao subcontratado, dos valores referentes à parcela objeto da subcontratação;

(c.2) a ressalva expressa de que o pagamento direto não afeta a disciplina jurídica da subcontratação, conforme erigida no art. 72 LNL, não caracterizando sub-rogação, e reiterando-se que o Contratado principal permanece responsável pelo cumprimento de suas obrigações contratuais e legais perante a Contratante, limitando-se a referida disposição ao aspecto financeiro do contrato, estritamente nos limites e para os fins da subcontratação autorizada;

[32] 11. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 640-647, e p. 905-906.

(d) o Contratado originário e a empresa Contratante deverão formalizar *termo aditivo ao contrato*, cujo extrato deverá ser publicado na Imprensa Oficial, na forma da Lei, o qual terá por escopo a alteração contratual processada por via da subcontratação, com apostilamento da publicação do extrato no contrato (arts. 60, 61 e 65 LNL);

(e) formalizados tais instrumentos, a subcontratada processará o faturamento dos serviços diretamente à Contratante, mediante a apresentação da nota fiscal e demais documentos tratados na Lei n. 4.320/64, e nos seguintes termos:

(e.1) contrato principal, contrato de subcontratação e respectivo termo aditivo;

(e.2) nota fiscal / fatura, e comprovação efetiva da prestação dos serviços (relatório de medição ou documento equivalente, visado pela contratada principal);

(e.3) formalização pela Contratante do respectivo documento contábil correspondente ao empenho, a que se refere o inc. II, § 2º. do art. 63 (subempenho ou documento equivalente, "decotando" do empenho integral destinado à contratada principal, o valor a que fará jus a subcontratada), hábil a legitimar o pagamento do crédito da subcontratada diretamente pela Contratante;

(f) recebida a documentação, a Contratante efetivará a liquidação e pagamento da despesa, condicionados ao cumprimento das regras do art. 63 da Lei n. 4.320/64, acima indicadas, bem como à entrega de toda a documentação de praxe exigida pelas estatais para tanto, e nos termos do contrato (com comprovação da situação de regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e previdenciária, art. 71 da LNL e Enunciado 331 do TST);

(g) no momento da liquidação da despesa, deverá ocorrer o controle das exigências criadas, referentes à subcontratação com pagamento direto.

109. Nesse ponto, merece anotação e registro a Resolução n. 1023, de 30 de maio de 2008, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA, que dispõe sobre Anotação de Responsabilidade Técnica e o Acervo Técnico Profissional, a qual entrará em vigor em 1º. 01/10. Entre seus dispositivos relevantes destacam-se em especial: (i) o art. 33, que dispõe sobre a forma de registro da ART a que se obrigarão os profissionais no caso de subcontratação ou subempreitada e (ii) o art. 66, segundo o qual o atestado que referenciar serviços subcontratados ou subempreitados deve apresentar

anuência do representante legal da contratante originária ou ser acompanhado de documento que expresse essa anuência.

7. O pagamento direto no contexto do direito administrativo contemporâneo

Como foi visto, o regime jurídico dos contratos públicos permite que as partes encontrem formas adequadas para não onerar a contratação, sendo lícito o ato de anuência da Administração à subcontratação com previsão de pagamento direto ao subcontratado, como forma de reestruturação legítima da operação.

Enfim, cumpre observar que as soluções arrojadas e criativas têm sido apoiadas e mesmo disseminadas no contexto Direito Contemporâneo. As recentes tendências na evolução do Direito Administrativo caminham, cada vez mais, no sentido da flexibilização e adaptabilidade contratual em face da incerteza. Acurados estudos doutrinários sublinham esse vetor, presente tanto nos contratos de colaboração (prestação de serviços, realização de obras) como nos de atribuição (uso de bem público, etc.).

Nesse cenário, têm razão os autores norte-americanos Osborne e Gaebler em sua famosa exortação a "reinventar o governo ...", esquecer muitos dos antigos instrumentos de intervenção estatal na economia e incorporar formas de ação conjunta entre o público e o privado.[33]

Em atualizada linha teórica, Marcos Juruena Villela Souto atenta para a idéia de que "o contrato é a formatação jurídica casuística, de um conjunto de decisões econômicas e políticas". E acentua a importância do "juízo político e técnico sobre os interesses em jogo, as possibilidade econômicas das populações envolvidas, as alternativas de investimentos e sua rentabilidade". Por essa via, chega naturalmente ao basilar e já amplamente comentado conceito de eficiência:

> "É o bom atendimento de resultados esperados que vai traduzir a noção de eficiência. Tal princípio (da eficiência) não tem uma idéia fechada, representando a síntese de otimização de vários outros princípios, em função de um determinado objetivo – parâmetro de avaliação do dever da boa administração.
> Isso leva à revalorização dos princípios como normas jurídicas.
> Reconhecida a impossibilidade de o legislador alcançar todos os fatos da vida moderna por meio da generalidade da lei, cada vez mais se faz uso de conceitos jurídicos indeterminados, a serem

[33] OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo*. Brasília, MH Comunicação, 1997.

> interpretados diante do caso concreto, reforçando o papel do princípio como parâmetro para a interpretação desses conceitos."[34]

Finalmente, o autor destaca o processo de interpretação e valoração atribuído, como poder-dever, ao administrador público:

> "A eficiência se atinge no resultado que procura conjugar e ponderar todos os interesses envolvidos, num processo de valoração, à luz dos princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico e pela sociedade. Essa valoração representa a essência da atividade administrativa.
> Surge, então, em novo desafio, a partir do reconhecimento dessa nova realidade, de que a lei confere poderes para atendimento de uma finalidade, mas nem sempre todos esses parâmetros de atuação ou de resultados são explicitados de modo expresso em seu texto, fruto, exatamente, desse distanciamento do legislador (genérico) em relação à complexidade dos fatos numa sociedade plural."[35]

O eminente jusfilósofo e publicista, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em recentíssimo livro, discorre sobre a arte da interpretação e consigna, apropriadamente, que a aplicação do Direito é muito mais rica do que a mera aplicação da lei como entendida pelo positivismo jurídico. Assinala a atual demanda de "uma séria reflexão sobre a necessidade de *aggiornamento* não apenas da ordem jurídica, como também de sua *hermenêutica* aplicativa."[36] E prossegue:

> "Esse cuidado se impõe muito a propósito de uma persistência ainda observada da interpretação caracteristicamente positivista, exageradamente formalista e estritamente atrelada ao conceito de legalidade por subsunção, estranhamente refratária aos acelerados progressos do Direito Público contemporâneo.
>
> A boa *hermenêutica*, contudo, deve ser a doutrinariamente atualizada, para evitar que se interprete o novo com olhos no espelho retrovisor, para usar uma imagem intuitiva."[37]

Nesse contexto, as soluções que, embora em princípio aparentemente arrojadas, se apresentem como lícitas, devem ser acolhidas e aplicadas, observadas as cautelas pertinentes, face ao princípio da juridicidade e aos desenvolvimentos do direito administrativo contemporâneo.

---

[34] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 34.
[35] *Ibid.*, p. 37.
[36] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 25.
[37] *Ibid.*, p. 25.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Possibilidades de Transferência a Terceiro de Contrato Público. Limites da Sub-rogação e Subcontratação. A Hipótese do Pagamento Direto da Administração às Empresas Subcontratadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-CARLOS-MOTTA-ALECIA-BICALHO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.