

A SUBCONTRATAÇÃO EM CONTRATOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

SUBCONTRACTING IN PUBLIC CONTRACTS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL



Data de submissão: 20.03.2025

Data de aceite: 22.04.2025

Izabella Lima Diniz

Pós-Graduada *latu sensu* em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Dom Helder. Advogada.

Luísa Santos Paulo

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra e bacharel em Direito pela mesma universidade. Advogada.

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza *intuitu personae* do contrato administrativo; 3. A subcontratação no ordenamento brasileiro; 4. A subcontratação na legislação portuguesa; 5. Semelhanças e diferenças da subcontratação entre Portugal e Brasil; 6. Conclusão; Referências.

Resumo: Este artigo analisa a subcontratação em contratos públicos, comparando os regimes jurídicos do Brasil e de Portugal. A subcontratação é apresentada como alternativa para promover a eficiência e economicidade na administração pública. Embora sujeito a críticas, é um mecanismo regulamentado em ambos os países, com foco na primazia do interesse público e no fomento a micro e pequenas empresas. No Brasil, a Lei nº 14.133/2021 trouxe inovações significativas, estabelecendo a subcontratação como a regra, permitida a menos que haja vedação expressa no edital, e exigindo a comprovação da capacidade técnica do subcontratado. Em Portugal, o Código dos Contratos Públicos (CCP) também permite a subcontratação, mas a recusa por parte da administração deve ser devidamente motivada por receio de incumprimento. As principais diferenças residem na abordagem da autorização/recusa e no grau de discricionariedade concedido à administração pública. Nota-se, em ambos os ordenamentos, uma tendência à relativização da natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, priorizando a execução eficiente do objeto. O estudo compara essas convergências e divergências, oferecendo uma perspectiva sobre as inovações e desafios na aplicação da subcontratação.

Abstract: This article analyzes subcontracting in public contracts, comparing the legal frameworks of Brazil and Portugal. Subcontracting is presented as an alternative to promote efficiency and cost-effectiveness in public administration. Although subject to criticism, it is a regulated mechanism in both countries, with an emphasis on the primacy of the public interest and the promotion of micro and small enterprises. In Brazil, Law No. 14,133/21 introduced significant innovations, establishing subcontracting as the general rule, permitted unless expressly prohibited in the public notice, and requiring proof of the subcontractor's technical capacity. In Portugal, the Public Contracts Code (Código dos Contratos Públicos – CCP) also allows subcontracting, but any refusal by the administration must be properly justified, typically based on concerns of non-performance. The main differences lie in how authorization/refusal is handled and the degree of discretion granted to public authorities. In both legal systems, there is a clear trend toward reducing the weight of the *intuitu personae* nature of administrative contracts, with a focus on the efficient execution of the contractual object. This study compares such convergences and divergences, offering insight into the innovations and challenges surrounding subcontracting in public procurement.

Palavras-chave: subcontratação; contratos públicos; eficiência administrativa; Lei nº 14.133/2021; Brasil; Portugal.

Keywords: subcontracting; public contracts; administrative efficiency; Law No. 14,133/2021; Brazil; Portugal.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto em que os interesses econômicos vigentes pressionam os entes da administração pública a realizarem ações de forma cada vez mais econômica e eficiente, bem como da necessidade de intervenções do poder público que fomentem a competitividade dos Estados, a subcontratação emerge como alternativa viável para o fomento da efetividade e economicidade dos contratos firmados pela administração.

Defensores da prática, tal como Soraya Maurity,¹ sustentam que a exigência de internalização de todos os serviços, em virtude de vedação da terceirização de atividades necessárias à consecução do contrato, inibiria a eficiência alocativa dos contratados. Em especial em contratos de grande vulto e complexidade, o repasse inevitável desse aumento de custo nos preços oferecidos à administração acabaria por afetar o princípio da primazia do interesse público. Por outro lado, seus críticos, tal como Ariely Valério,² afirmam que a transferência do contrato administrativo para um terceiro, sem que esse tenha sido aprovado pelo crivo do processo licitatório, implicaria um risco substancial de a atividade prestada não estar de acordo com os parâmetros e requisitos da administração, prejudicando o interesse público.

De toda sorte, independentemente de posições contrárias ou favoráveis, a subcontratação encontra previsão nos ordenamentos jurídicos no mundo todo. No Brasil, a subcontratação é regulamentada principalmente pela Lei nº 14.133/2021, por meio do seu art. 122, que estabelece as diretrizes para sua utilização nos contratos públicos. Outros países, ademais, compreendem a subcontratação como forma válida e eficiente de aumentar a produtividade e efetividade dos contratos administrativos, cabendo aqui um exercício de comparação dos tratamentos conferidos ao instituto para avaliar como a Nova Lei de Licitações e Contratos nº 14.133/2021 (NLLC) avançou em suas disposições.

Elencando-se como contraponto comparativo a legislação de Portugal, em virtude das similaridades jurídicas entre os dois países, percebe-se que ambos os países se dedicam a normatizar o instituto da subcontratação em seus referidos ordenamentos, tendo como norte a primazia do interesse público e a necessidade de garantia da manutenção da proposta mais vantajosa à administração. Ademais, é curioso também notar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a subcontratação possui um viés de fomento às atividades de micro e pequenas empresas, abrindo o mercado para a concorrência entre empresas menores. Contudo, existem diferenças na visão da subcontratação entre os dois países que apontam para uma evolução do instituto na doutrina brasileira, diferenças essas que merecem uma exploração mais detida, de modo a viabilizar uma análise holística das novidades em subcontratação inseridas pela NLLC.

Nesse contexto, o presente estudo destina-se a identificar confluências e divergências entre os regimes jurídicos de subcontratação em contratos públicos do Brasil e de Portugal, acrescentando ao debate sobre a eficiência e a segurança jurídica na utilização da subcontratação como instrumento de execução contratual.

1 MAURITY, Soraya Nouira Y. O princípio da livre subcontratação: uma interpretação do art. 122 da Lei nº 14.133/2020 à luz da administração por resultados. **Revista de Contratações Públicas – RCP**, n. 22, p. 169-195, set. 2022.

2 RIGUEIRA, Ariely Valério; OLIVEIRA, Douglas Luís De. A inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado. **Revista Ciência Dinâmica**, v. 19, n. 2, p. 1-18, 2021.

2 NATUREZA *INTUITU PERSONAE* DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O conceito de contrato baseia-se na premissa de que duas partes, por meio de um entendimento mútuo e com objetivos convergentes, podem celebrar um acordo no qual uma se obriga a cumprir certas responsabilidades e a outra assume a obrigação de fornecer a contraprestação correspondente. Dessa forma, o contrato, de maneira geral, surge da ideia de que as partes envolvidas têm a liberdade de estabelecer as condições, os direitos e deveres que regerão sua relação, fundamentadas em seus interesses individuais e no princípio da livre manifestação de vontade. Essa é a base do contrato privado, em que a liberdade contratual é o elemento central, sendo restrita apenas pela legislação, pelos preceitos morais e pelos bons costumes.

Contudo, os contratos que são celebrados pela administração pública possuem tratamento notoriamente diferenciado pelo ordenamento. A administração não contrata para fomentar seus interesses particulares, mas sim estabelece relações contratuais na busca pela realização do interesse público. Nesse sentido, os contratos administrativos estão, via de regra, sujeitos a normas e processos especiais previstos pelas legislações sobre contratação pública, que acabam por restringir a liberdade negocial entre as partes e atribuem à relação contratual uma natureza estritamente vinculada e regulamentada.

Conforme bem esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro,³ os contratos celebrados pela administração pública dividem-se, quanto ao regime jurídico, em duas modalidades principais: os contratos de direito privado, como a compra e venda, a doação e o comodato, que são regidos pelo Código Civil, mas parcialmente derogados por normas de direito público; e os contratos administrativos, que, por sua vez, se subdividem em duas categorias – aqueles tipicamente administrativos, sem correspondência no direito privado, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público; e aqueles que, embora tenham paralelo no direito privado, se submetem a regime de direito público, a exemplo do mandato, do empréstimo, do depósito e da empreitada.

Em virtude das restrições estabelecidas pela legislação brasileira aos contratos administrativos, alguns pontos sobre a sua natureza merecem destaque. Em especial, a natureza *intuitu personae* desses contratos. Em suma, durante muito tempo, questionava-se se os contratos administrativos seriam *intuitu personae* – ou seja, firmados apenas com aquela pessoa que se sagrou vencedora de um processo licitatório e, portanto, não passível de ser cedido ou ter seu executor substituído sem que haja a descaracterização do contrato – ou se, lado outro, o mais importante seria concluir o objeto contratado, a fim de atender ao interesse público. Nesse caso, sendo possível que esses contratos sejam cedidos ou subcontratados, uma vez que a pessoa quem está executando o objeto não é o principal, mas sim a execução da avença.

Nesse sentido, percebeu-se uma evolução doutrinária sobre o tema. Há quem ainda entende o contrato administrativo como de natureza *intuitu personae*, uma vez que decorre da relação de confiança entre a administração pública e o contratado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ ensina que todos os contratos administrativos que exigem licitação possuem natureza *intuitu personae*, ou seja, são celebrados com base nas condições pessoais do contratado, avaliadas durante o processo licitatório. Essa característica justifica a restrição à subcontratação e à transferência do contrato, salvo quando expressamente permitidas no edital e no contrato. Tais limitações reforçam a vinculação do contratado à boa execução do objeto.

Entretanto, e à medida que se avançou, no cenário internacional, a ideia do contrato administrativo enquanto fomento à atividade econômica e incentivadora de determinados setores prioritários e es-

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

4 *Ibidem*.

tratégicos, a natureza personalíssima do contrato realizado pela administração pública passou a ser tensionada por alguns doutrinadores.

Egon Bockmann Moreira⁵ oferece uma reflexão crítica sobre a ausência do caráter *intuitu personae* nos contratos administrativos, aduzindo que, se diversas empresas competem entre si, oferecendo o mesmo valor a ser repassado à administração, o caráter personalíssimo do contrato perde sua fundamentação. Isso se deve ao fato de que, quando várias empresas possuem a experiência técnica necessária para a execução do objeto da licitação, mas a seleção é feita com base no critério do preço mais vantajoso, fica evidente que não há um vínculo *intuitu personae*. Nesse contexto, a escolha não depende de atributos pessoais ou exclusivos de uma única empresa, mas sim da conveniência e da eficiência econômica para a administração pública.

Tal posicionamento, ademais, foi corroborado em julgamento recente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), estabelecendo um novo marco da compreensão dos contratos administrativos e sua característica *intuitu personae* no ordenamento brasileiro. No bojo da ADI nº 2.946/DF,⁶ o Supremo entendeu que a característica personalíssima do contrato administrativo refletiria uma transposição meramente mecânica do Direito Administrativo francês. Em seu ponto mais fulcral, o julgado estabelece que o ponto do contrato administrativo é a manutenção da proposta mais vantajosa da administração, independentemente da identidade do contratado, desde que mantidas as condições licitadas e que se certifique que quem assuma o contrato também possa cumprir com as obrigações pactuadas. Conforme se vê:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido. 1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* "reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente" (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005). 2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato. (...) (ADI 2946, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09-03-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 17-05-2022 PUBLIC 18-05-2022)

Ressalta-se que a ADI nº 2.946/DF concluiu pela ausência de caráter personalíssimo nas contratações públicas, reconhecendo a possibilidade de cessão dos contratos. Trata-se, portanto, de importante referência para afirmar que, em regra, os contratos firmados pela administração pública não possuem

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

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado no DJe nº 095, de 18 maio 2022.

natureza *intuitu personae*. Tal característica somente se verifica em situações excepcionais, quando a identidade do contratado for determinante para a execução do objeto, como ocorre, por exemplo, na contratação de serviços advocatícios.

Em Portugal, o conceito de contrato administrativo está consagrado no artigo 178 do Código do Procedimento Administrativo (CPA)⁷ e no artigo 280 do Código de Contratos Público (CCP), que o define como o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa.

Complementarmente, o professor José Manuel Sérvulo Correia⁸ descreve o contrato administrativo como um processo próprio de agir da administração pública que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas coletivas da administração ou entre a administração e os particulares.

Ademais, em Portugal, os contratos administrativos não são, em regra, de natureza *intuitu personae*. A característica *intuitu personae* – na qual a identidade do contratado é essencial para a execução do contrato – é excepcional e se aplica apenas quando a prestação contratual exige qualidades pessoais específicas do contratado. Sara Matos⁹ traz reflexões sobre o tema da natureza *intuitu personae* do contrato administrativo em Portugal, especialmente quando se fala em contrato de subcontratação.

A autora fundamenta que a vedação à subcontratação deve ser interpretada de forma restritiva, aplicando-se apenas quando estiver claramente demonstrado que o contrato foi celebrado em razão das qualidades pessoais do contratado. Nesses casos, a subcontratação comprometeria a essência da relação contratual, pois transferiria a execução para terceiro que não detém as características que motivaram a adjudicação. Ainda assim, Sara Matos destaca que tais situações são excepcionais no regime jurídico português, uma vez que o CCP adota um modelo de contratação pública que privilegia a objetividade, a concorrência e a execução eficiente dos contratos, não sendo comum a escolha do contratado com base em critérios pessoais. Vejamos:

Reporta-se essa à relação *intuitu personae* em que se fundou o contrato. Não cabendo neste ponto um desenvolvimento da noção de *intuitus personae*, refira-se que essa se reconduz, frequentemente, às capacidades, à idoneidade, qualidades ou características do co-contratante que hajam sido determinantes na adjudicação. Apenas quando essas sejam patentes, isto é, apenas quando o contrato haja sido concluído tendo-as em consideração, estaremos perante casos em relação aos quais se deva excluir, nos termos das referidas disposições do CCP, a admissibilidade da cessão ou da subcontratação. O que, sem dúvida, abrangerá apenas um número tendencialmente circunscrito de contratos.

Revela-se, na verdade, o art. 316.º e o regime que aí se configura, bastante favorável à cessão e à subcontratação, devendo clarificar-se, que a noção de *intuitus personae* é bastante delimitada e em nada se confunde com o princípio de execução pessoal dos contratos, o qual tem um âmbito e um sentido normativo próprio.¹⁰

Diante do exposto, observa-se que a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, embora historicamente reconhecida e defendida por parte da doutrina, tem sido relativizada tanto no cenário

7 PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro. Aprova o Código do Procedimento Administrativo. **Diário da República**, 1.ª série, n.º 264, 15 nov. 1991.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro. Aprova o Código dos Contratos Públicos. **Diário da República**, 1.ª série, n.º 20, 29 jan. 2008.

8 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

9 MATOS, Sara Younis Augusto De. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

10 *Ibidem*, p. 25.

brasileiro quanto no português, com base em uma compreensão mais pragmática e orientada à eficiência da contratação pública.

A tendência contemporânea, consolidada em julgados relevantes como a ADI nº 2.946/DF no Brasil e nas disposições do Código dos Contratos Públicos em Portugal, é a de limitar o reconhecimento dessa característica às hipóteses em que a pessoa do contratado efetivamente constitui elemento essencial para o cumprimento do objeto contratual. Assim, a regra passa a ser a admissibilidade da cessão e da subcontratação, desde que mantidas as condições da licitação e assegurado o interesse público, reafirmando o caráter instrumental dos contratos administrativos e privilegiando a execução eficiente e impessoal do objeto pactuado.

3 A SUBCONTRATAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A subcontratação no âmbito do Direito brasileiro foi inicialmente normatizada de forma direta pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986,¹¹ que permitiu que partes de obras ou serviços fossem subcontratadas, desde que respeitados os limites estabelecidos pela administração pública. Esse marco legal também introduziu penalidades para casos de subcontratação total ou realização sem autorização prévia, visando ao maior controle e à fiscalização sobre o processo.

Somente em 1967 que o Decreto-Lei nº 200¹² introduziu os primeiros princípios administrativos modernos e incluiu, pela primeira vez, a obrigatoriedade de licitações para contratações públicas. Apesar disso, foi com o Decreto-Lei nº 2.300/1986¹³ que a subcontratação foi normatizada diretamente, permitindo que partes da obra ou serviço fossem subcontratadas até os limites admitidos pela administração. Essa regulamentação também introduziu penalidades para subcontratações totais ou realizadas sem autorização prévia, promovendo maior controle sobre o processo.

Posteriormente, a Lei nº 8.666/1993¹⁴ ampliou e detalhou as normas relacionadas à subcontratação, mantendo sua permissão, mas com restrições mais claras. Essa legislação consolidou princípios fundamentais, como transparência e eficiência, sendo reconhecida como um avanço significativo no combate à corrupção e na modernização das práticas administrativas.

As inovações no sistema de subcontratação continuaram com a Lei nº 14.133/2021,¹⁵ que trouxe mudanças importantes ao modernizar as regras de licitações e contratos. Entre as novidades, destacam-se a possibilidade de comprovar a qualificação técnica por meio de atestados de subcontratados em partes específicas do contrato e a eliminação da rescisão contratual como penalidade por subcontratação. Essas alterações refletem uma evolução no sentido de flexibilizar e aprimorar o processo, sem perder de vista a necessidade de controle e responsabilização.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 trouxe, no art. 122, §1º, a necessidade de o contratado apresentar à administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente. Essa exigência legal reforça a preocupação do legisla-

11 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 17673, 25 nov. 1986 (Publicação Original).

12 BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Organiza a Administração Federal. **Diário Oficial da União**, seção 1, suplemento, p. 4, 27 fev. 1967 (Publicação Original).

13 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300/1986, *op. cit.*

14 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 8269, 22 jun. 1993 (Publicação Original).

15 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. **Diário Oficial da União**, seção 1, edição Extra – F, p. 1, 1 abr. 2021 (Publicação Original).

dor em garantir que a execução parcial do contrato, mesmo quando delegada a terceiros, mantenha os padrões técnicos e de qualidade exigidos pela administração.

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

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

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não se estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível subcontratado. Para isso será imprescindível que a Administração avalie requisitos que atestem a regularidade no exercício das atividades da subcontratada. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados.¹⁶

Além disso, vale ressaltar que a contratada continuará obrigada a cumprir suas responsabilidades legais e contratuais, ainda que haja subcontratação, considerando que o subcontratado não estará vinculado diretamente à administração. Ao contrário, o subcontratado vincula-se exclusivamente à contratada, que, por sua vez, permanecerá a cargo de todas as obrigações advindas da contratação. Nesse sentido completa o professor Justen Filho:¹⁷ “A subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante.”

Assim, quem responde pelos atos e omissões do subcontratado perante a administração ainda é o contratado. Nessa perspectiva, Jessé Torres Pereira Junior defende ainda na vigência da Lei nº 8.666/1993 que: “Na subcontratação, a contratada incumbe terceiro de realizar partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração, sem exonerar-se das responsabilidades decorrentes do contrato.”¹⁸

Atualmente, no Direito brasileiro, embora a subcontratação mantenha um vínculo com o contrato administrativo principal, ela é tratada como um acordo entre as partes envolvidas – a administração pública e o contratado principal. Dessa forma, princípios do direito privado, como a liberdade contratual, a autonomia das partes e a possibilidade de negociação livre das cláusulas, aplicam-se a esse acordo, desde que não conflitem com as disposições e exigências do contrato administrativo original.

No entanto, apesar de a subcontratação ser, em grande parte, regida pelo regime jurídico do direito privado, ela não perde sua conexão com o interesse público e as obrigações decorrentes do contrato administrativo. As partes gozam de liberdade para ajustar os termos do contrato de subcontratação, mas devem sempre respeitar os limites e objetivos do contrato administrativo principal, bem como as normas da legislação pública vigente. Essa dualidade reforça a importância de equilibrar a flexibilidade da subcontratação com a necessidade de garantir a transparência, a eficiência e o cumprimento do interesse público.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 566-567.

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

18 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 489.

Diante dessas considerações, conclui-se que a subcontratação no sistema jurídico brasileiro está condicionada ao cumprimento de requisitos específicos. Entre eles, destacam-se a prévia autorização da administração pública, a justificativa da contratada quanto às razões da subcontratação, a motivação e presença do interesse público, a especificação no edital ou contrato do percentual permitido para subcontratação (com vedação da subcontratação total), a comprovação da idoneidade do subcontratado por meio da apresentação de documentação adequada e a manutenção das responsabilidades da contratada em relação ao cumprimento do objeto contratual pela subcontratada. Esses requisitos visam assegurar que a subcontratação seja utilizada de forma responsável e alinhada aos princípios da administração pública.

4 A SUBCONTRATAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Em Portugal, a regulamentação da subcontratação em contratos públicos está prevista principalmente no Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei nº 18/2008),¹⁹ que incorporou as diretrizes da União Europeia, como a Diretiva 2014/24/EU.²⁰ O CCP trouxe regras detalhadas para a subcontratação, exigindo autorização contratual expressa e garantindo maior controle sobre a qualificação técnica e financeira dos subcontratados. Atualmente, a prática é amplamente aceita, desde que observadas as condições estabelecidas no contrato e respeitados os princípios de transparência e igualdade.

Ainda, em Portugal, o regime jurídico da subcontratação deve estar alinhado à Lei nº 41/2015, de 3 de junho,²¹ que introduziu alterações significativas no CCP. Essa lei transpôs para o ordenamento jurídico português as Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, ajustando os princípios e normas aplicáveis às contratações públicas para atender às exigências europeias de transparência, concorrência e eficiência. No contexto da subcontratação, a Lei nº 41/2015 estabelece regras específicas que reforçam a supervisão e o controle por parte da entidade adjudicante, especialmente no que diz respeito à qualificação dos subcontratados e à execução das suas obrigações contratuais.

O que se vislumbra do texto legal é que a subcontratação em Portugal é permitida quando não houver restrições contratuais específicas, conforme disposto no artigo 316 do Código de Contratos Públicos, e desde que sejam respeitadas determinadas condições, dispostas nos artigos 318 em diante.

Nesse contexto, o debate sobre a subcontratação em Portugal se afasta da sua possibilidade ou não e parte para um momento posterior, em que se reflete sobre a natureza jurídica desses contratos de subcontratação. Estudiosos como João Filipe Graça defendem que a inclusão de um regime jurídico de direito público não altera a natureza do contrato firmado entre as partes privadas, que permanece sendo um acordo de direito privado. Nessa perspectiva, embora o contrato contenha normas de origem pública, ele continua a ser tratado como um contrato regido pelo direito privado, com base em princípios como a liberdade contratual e a autonomia das partes.

João Filipe Graça²² expõe que os contratos de subempreitada não podem ser considerados contratos administrativos. Isso ocorre porque a natureza administrativa do contrato de empreitada de obras públicas não se transfere para o contrato de subempreitada, em virtude do princípio da relatividade das relações obrigacionais. Esse entendimento permanece válido, mesmo quando os contratos de subem-

19 PORTUGAL. Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. Aprova o Código dos Contratos Públicos. **Diário da República**, 1.ª série, nº 20, 29 jan. 2008.

20 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à contratação pública e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 94, p. 65–242, 28 mar. 2014.

21 PORTUGAL. Lei nº 41/2015, de 3 de junho. Procede à primeira alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n. 15/2002, de 22 de fevereiro. **Diário da República**, 1.ª série, nº 107, 3 jun. 2015.

22 GRAÇA, João Filipe. Subcontratação e regime jurídico da atividade de construção. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 3-4, p. 639-669, dez. 2021.

preitada fazem referência, para casos omissos, às disposições que regulam o contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos:

Tendo como base o pressuposto referido, necessária será também a conclusão de que, nos contratos de subempreitada, a regra geral (dado que podem existir entidade privadas a celebrarem contratos no exercício de funções materialmente administrativas), é que não existe o envolvimento de nenhum contraente público(64), nos termos do art. 3.º do CCp. por outras palavras: em regra, não se verifica a existência de um sujeito jurídico que atue no “exercício de um poder de autoridade ou no cumprimento de deveres administrativos com vista à realização do interesse público”(65). Neste sentido, a posição sustentada pela jurisprudência é que os contratos de subempreitada não podem ser qualificados como contratos administrativos(66). De facto, a natureza administrativa do contrato de empreitada de obras públicas não se comunica ao contrato de subempreitada, desde logo por força do princípio da relatividade das relações obrigacionais, entendimento que não é alterado mesmo nos casos em que existe uma remissão, prevista nos contratos de subempreitada, para a integração de casos omissos, para as disposições que regulam o contrato de empreitada de obras públicas no CCp.²³

Por outro lado, outra corrente – por exemplo, Sara Matos – entende que esses contratos devem ser considerados administrativos, mesmo quando celebrados entre particulares, uma vez que estão relacionados a funções materialmente administrativas e ao interesse público. Nesse sentido:

(...) para assinalar que tendo vindo estes contratos a ser considerados pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, como contratos de direito privado, há já algum segmento da doutrina a defender, particularmente no que se refere ao contrato de subempreitada¹²², que esse deve ser considerado contrato administrativo, não obstante seja celebrado entre particulares (o empreiteiro e o subempreiteiro), posição esta para a qual propendemos, essencialmente por estar em causa uma actuação no exercício de funções materialmente administrativas.²⁴

Um aspecto relevante sobre a subcontratação em Portugal diz respeito à discricionariedade da administração pública em relação à sua autorização. Conforme o artigo 317 do Código dos Contratos Públicos, a administração só pode recusar a subcontratação ou negar sua autorização durante a execução do contrato quando houver fundado receio de que a subcontratação aumente o risco de incumprimento das obrigações contratuais. Embora existam discussões sobre se a aceitação da subcontratação seria um ato vinculado, não há dúvidas de que a recusa da subcontratação não pode ser imotivada, devendo ser justificada com base em critérios objetivos e no interesse público. Essa abordagem reforça a importância de equilibrar a flexibilidade da subcontratação com a necessidade de garantir o cumprimento das obrigações contratuais e a proteção do interesse público.

5 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DA SUBCONTRATAÇÃO ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Como supracitado, a subcontratação de contratos públicos no Brasil é regulada principalmente pela Lei nº 14.133/2021, que estabelece limites claros e detalhados sobre as condições de subcontratação, incluindo os tipos de serviços que podem ser subcontratados e a quantidade de subcontratados que podem ser envolvidos. Em Portugal, a subcontratação é regulada pelo Código dos Contratos Públicos, especificamente pelo Decreto-Lei nº 18/2008, que fornece diretrizes gerais e impõe maior ênfase na necessidade de autorização formal e documentação comprobatória do subcontratante.

²³ *Ibidem*.

²⁴ MATOS, Da admissibilidade da cessão da posição contratual..., *op. cit.*, p. 41.

O que se observou é que a principal diferença entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal no que se refere à subcontratação em contratos públicos está na necessidade de autorização por parte da administração e no conceito de ser contrato administrativo ou de direito privado. No Brasil, tem-se o entendimento de que se trata de um contrato privado enquanto, em Portugal, há correntes que defendem tratar-se de um contrato administrativo.

Quanto à autorização expressa, atualmente, a subcontratação sempre será permitida, exceto se o edital trouxer vedação. É importante ressaltar que a Lei nº 8.666/1993 entendia que a subcontratação só seria permitida se a administração trouxesse essa hipótese no edital, conforme o art. 77, VI. Essa visão refletia uma postura mais restritiva, na qual a subcontratação era tratada como uma exceção, dependente de autorização explícita.

No entanto, com o advento da Lei nº 14.133/2021, houve uma mudança significativa nesse entendimento. Isso porque o art. 122 estabeleceu a subcontratação como regra, sendo sempre permitida, exceto quando a administração vedar. Isso sugere que a subcontratação, que antes era excepcional e dependia de autorização prévia, pode se tornar mais comum e passível de simples comunicação à administração.

Em Portugal, assim como ocorre na Lei nº 14.133/2021, é permitida a subcontratação em contratos públicos, tendo a negativa por parte da administração de ser devidamente motivada. Ou seja, a subcontratação é permitida *a priori*, e a administração só pode recusá-la se apresentar justificativas fundamentadas, como o aumento do risco de incumprimento das obrigações contratuais. Essa abordagem reflete uma postura mais flexível e menos discricionária por parte da administração pública portuguesa, assim como se percebe na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se, portanto, que o Direito brasileiro avançou em direção a uma perspectiva mais alinhada com a adotada em Portugal, passando de uma proibição da subcontratação sem autorização expressa para uma permissão mais ampla, na qual o silêncio da administração pode ser interpretado como aceitação. No entanto, o sistema brasileiro ainda concede maior margem de discricionariedade à administração. Enquanto em Portugal a negativa de subcontratação exige motivação, no Brasil o art. 122, §2º, da Lei nº 14.133/2021 permite que a administração restrinja a subcontratação por meio do edital de contratação.

Enquanto em Portugal o direito subjetivo à subcontratação é do particular, sendo necessário que a administração apresente motivações específicas e claras dentro das possibilidades legais de restrição a esse direito, no Brasil a restrição da subcontratação se encontra dentro do escopo do juízo de conveniência e oportunidade da administração pública, cabendo ao particular, caso entenda cabível, comprovar a ilegalidade da restrição posta pelo ente público no caso. Essa diferença revela que, embora o Brasil tenha evoluído no sentido de flexibilizar a subcontratação, ainda mantém um controle mais rígido e discricionário por parte da administração.

Ademais, enquanto a jurisprudência brasileira tem reconhecido que o contrato administrativo não é necessariamente *intuito personae*, focando-se na garantia da proposta mais vantajosa, o entendimento em Portugal é de que a subcontratação não altera o contrato principal, sendo permitida por se tratar de um contrato de natureza privada incidental ao contrato principal. As diferenças entre os dois sistemas residem no fato de que a legislação portuguesa permite a subcontratação *a priori*, com a possibilidade de negativa apenas quando devidamente motivada, enquanto a legislação brasileira, apesar de ter avançado com a Lei nº 14.133/2021, ainda permite restrições imotivadas por parte da administração. Ou seja, o Brasil tem se aproximado do entendimento de Portugal, mas ainda há nuances em cada ordenamento. Essa distinção e semelhança refletem abordagens distintas em relação ao equilíbrio entre flexibilidade e controle na execução de contratos públicos.

6 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo analisar a subcontratação em contratos públicos, comparando os regimes jurídicos do Brasil e de Portugal. Em um contexto de busca por maior eficiência e economicidade na administração pública, a subcontratação emerge como alternativa viável, especialmente em contratos complexos, embora enfrente críticas relacionadas a riscos e prejuízos ao interesse público.

A análise evidenciou uma evolução doutrinária e jurisprudencial em ambos os países no que tange à natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Tradicionalmente vista como personalíssima e restritiva à subcontratação, essa característica tem sido relativizada. A tendência contemporânea, refletida em julgados como a ADI nº 2.946/DF no Brasil e nas disposições do Código dos Contratos Públicos em Portugal, prioriza a manutenção da proposta mais vantajosa e a execução eficiente do objeto contratual, desde que o subcontratado possua capacidade para cumprir as obrigações e o interesse público seja assegurado. A natureza *intuitu personae* é reconhecida apenas em situações excepcionais em que a identidade do contratado é essencial.

No Brasil, a subcontratação evoluiu desde regulamentações iniciais até a Lei nº 14.133/2021, que modernizou as regras e consolidou sua permissão, salvo vedação expressa no edital. A nova lei exige a comprovação da capacidade técnica do subcontratado e mantém a responsabilidade do contratado principal perante a administração. Embora regida em parte por princípios de direito privado no que tange ao acordo entre contratado e subcontratado, a subcontratação não perde sua conexão com o contrato administrativo principal e o interesse público. Requisitos como autorização prévia, justificativa, motivação, especificação no edital ou contrato, comprovação de idoneidade e manutenção das responsabilidades são cruciais.

Em Portugal, a subcontratação é regulada principalmente pelo CCP, que alinha o ordenamento com as diretrizes da União Europeia. A subcontratação é permitida por padrão, e a recusa por parte da administração deve ser devidamente motivada, baseada em fundado receio de incumprimento contratual. Existe um debate doutrinário sobre a natureza jurídica do contrato de subcontratação em Portugal, com algumas correntes defendendo que, mesmo entre particulares, ele pode ter natureza administrativa devido à sua ligação com funções materialmente administrativas e o interesse público, enquanto outras o consideram um contrato de direito privado, mantendo-se a natureza administrativa restrita ao contrato principal.

A comparação entre os dois países revelou convergências e divergências significativas. Ambos os ordenamentos priorizam o interesse público e buscam estimular a participação de empresas subcontratadas. Contudo, a principal diferença reside na abordagem da autorização/recusa. Enquanto em Portugal a subcontratação é a regra, exigindo motivação para a negativa, o Brasil, apesar de ter avançado com a Lei nº 14.133/2021 ao inverter a lógica (permitida exceto se vedada), ainda permite que a administração restrinja a subcontratação no edital sem necessidade de justificativa detalhada nesse momento, concedendo maior discricionariedade. Essa diferença aponta para uma potencial evolução na doutrina brasileira, aproximando-a do modelo português em alguns aspectos, mas mantendo peculiaridades.

Em suma, a subcontratação em contratos públicos é um instituto dinâmico, em constante evolução, que busca conciliar a eficiência administrativa com a segurança jurídica. O estudo comparado entre Brasil e Portugal, notadamente à luz das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, demonstra a complexidade e a importância de alinhar a flexibilidade na execução contratual com a necessidade de garantir o cumprimento das obrigações e a primazia do interesse público, contribuindo para o debate sobre a sua utilização como instrumento de execução contratual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 2.926, de 18 de fevereiro de 1862. Regulamenta disposições relativas ao direito público. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, v. 1, pt. II, p. 126, 1862 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1862-2926.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.536, de 3 de abril de 1922. Regulamenta o funcionamento de diversos serviços públicos. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 1, p. 62, 1922 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1922-4536.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Organiza a Administração Federal. **Diário Oficial da União**, seção 1, suplemento, p. 4, 27 fev. 1967 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1967-0200.htm. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 17673, 25 nov. 1986 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1986-2300.htm. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estabelece normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, p. 2745, 23 mar. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 8269, 22 jun. 1993 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. **Diário Oficial da União**, seção 1, edição Extra – F, p. 1, 1 abr. 2021 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2021/l14133.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.288. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/>. Acesso em: 28 abr. 2025.

FREITAS, Rafael Vêras De. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, v. 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

GRAÇA, João Filipe. Subcontratação e regime jurídico da atividade de construção. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 3-4, p. 639-669, dez. 2021. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2021/ano-81-vol-iiiiv-juldez-2021/>. Acesso em: 6 jan. 2025.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Dialética, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2024.

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

MATOS, Sara Younis Augusto De. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

MAURITY, Soraya Noura Y. O princípio da livre subcontratação: uma interpretação do art. 122 da Lei nº 14.133/2020 à luz da administração por resultados. **Revista de Contratações Públicas – RCP**, n. 22, p. 169-195, set. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

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

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PORTUGAL. Lei nº 41/2015, de 3 de junho. Procede à primeira alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro. **Diário da República**, 1.ª série, nº 107, 3 jun. 2015. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/LinkAutoComplete?Diploma-LegisId=67377968>. Acesso em: 30 abr. 2025.

PORTUGAL. Código dos Contratos Públicos (CCP): Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. **Diário da República**, 1.ª série, nº 20, 29 jan. 2008. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/18-2008-539509>. Acesso em: 30 abr. 2025.

RIGUEIRA, Ariely Valério; OLIVEIRA, Douglas Luís De. A inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado. **Revista Ciência Dinâmica**, v. 19, n. 2, p. 1-18, 2021.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Subcontratação e cessão de contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 145, 1 out. 1998. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/613>. Acesso em: 5 jan. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à contratação pública e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 94, p. 65–242, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 30 abr. 2025.