

A LICITUDE DA CESSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E OPERAÇÕES SIMILARES E O MITO DO PERSONALISMO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

FÁBIO BARBALHO LEITE*

1. A questão — 2. A polêmica — 2.1. O tratamento doutrinário — 2.2. O tratamento jurisprudencial — 3. A letra da Lei — 4. O mito do personalismo dos contratos administrativos, a regra da licitação, o Princípio da Isonomia e o interesse público — 4.1. O mito do personalismo dos contratos administrativos e a regra da licitação — 4.2. O mito do personalismo dos contratos administrativos e o Princípio da Isonomia (cont.): a vitória na licitação como fator discriminatório justificador de tratamento jurídico desigual para o licitante vitorioso em relação aos demais licitantes derrotados ou administrados que não participaram da licitação — 4.3 O mito do personalismo nos contratos administrativos e a proteção do interesse público (cont.): derrogações do regime contratual comum — 5. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações aproximadas (cessão parcial, associação do contratado com outrem, transferência do contrato) — 6. Personalismo nos contratos privados e nos contratos administrativos: negativa desse atributo como caractere conceitual dos contratos administrativos — 7. Conclusões

* Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Professor de Direito Administrativo, Advogado.

1. A questão

Considerável e tradicional doutrina propugna para o contrato administrativo o atributo do *personalismo*¹. Não poucos doutrinadores afirmam ser o contrato administrativo por natureza personalíssimo ou produzido *intuitu personae*² e, daí, atribuem-lhe as conseqüências relevantes para a distinção desse caractere nos contratos, notadamente a interdição de operações como cessão, consórcio do contratado — obrigado a uma prestação *intuitu personae* — com terceiro para fins de execução contratual, bem como a subcontratação integral ou qualquer outro negócio jurídico que, em alguma medida, enseje a transferência do contrato.

Nesse sentido, o entendimento de ninguém menos que DIOGO FIGUEIREDO Moreira Neto, segundo quem: “(...) a capacidade civil não basta para a contratação com as pessoas jurídicas de direito público. Duas condições subjetivas, uma negativa, outra positiva, poderão ser exigidas. A condição negativa será o não estar impedido, o administrado, por inidoneidade, de contratar com a Administração. A condição positiva será o estar habilitado em licitação pública ou procedimento

1 O personalismo nos contratos é assim definido por Orlando GOMES (Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 12 ed., 1990, p. 89):

“Um contrato é ‘*intuitu personae*’ quando a consideração da pessoa de um dos contraentes é, para o outro, o elemento determinante de sua conclusão. A uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é de que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa pessoa. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato.

“(...) Geralmente, originam uma obrigação de fazer, cujo objeto é um serviço infungível, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela.

“Os contratos ‘*intuitu personae*’ têm essa qualidade por sua própria natureza, ou circunstancialmente. Contrato pessoal por sua própria natureza é aquele em que a pessoa dos contraentes, ou de um deles, tem de ser levada em conta, havendo sempre uma relação de causalidade. A necessidade de considerar a pessoa do outro contraente apresenta-se nessas condições quando, para a execução do contrato, entra o fator subjetivo de confiança ou a habilidade particular da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer. O contrato é acidentalmente pessoal quando, embora seja indiferente a pessoa de um dos contratantes, determinadas circunstâncias induzem as partes a transformá-lo num contrato ‘*intuitu personae*’.”

2 Nas palavras de Edmir Netto de ARAÚJO (Contrato Administrativo, São Paulo, RT, 1987, p. 51; negrito acrescido): “Contrato administrativo é o acordo de vontades opostas, realizado ‘*intuitu personae*’, consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos.” Também em Marcos CHAVES (Contrato Administrativo e Suas Características, in Revista de Direito Público, São Paulo, RT, n. 78, abril-jun/1986, pp. 110-115, citação à p. 111; negrito acrescido): “O contrato administrativo é sempre bilateral, e, em regra, foral, oneroso, comutativo e realizado ‘*intuitu personae*’. Ele é bilateral, pois, não é um ato impositivo da Administração; formal, pois se expressa por escrito e com requisitos especiais; oneroso, porquanto remunerado na forma convencional; comutativo, pois estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; ‘*intuitu personae*’, uma vez que exige a pessoa do contratante para sua execução.”

análogo, como estudaremos adiante. (...) Daí decorre ser, o contrato administrativo, personalíssimo, realizado 'intuitu personae', e vedada, em consequência a sub-rogação subjetiva."³

Mutatis mutandi, pela mesma trilha conceitual, chega-se também a asserir que: "A possibilidade de subcontratação total deve ser excluída, pois que o contrato administrativo, mormente o decorrente de licitação, é sempre 'intuitu personae'."⁴

Essa linha doutrinária atribui, assim, ao contrato administrativo consequências símeles às indicadas pela contratualística civil acerca dos contratos personalistas, consoante se nota com o cotejo do seguinte trecho de Orlando GOMES:

"A distinção entre contratos pessoais e impessoais reveste-se de importância prática em razão das consequências lógicas e intuitivas que decorrem da natureza personalíssima da obrigação, característica dos contratos pertencentes à primeira categoria.

*"De fato. Uma vez que essa obrigação é intransmissível, não pode ser cumprida por outrem. Por conseguinte, a morte do devedor é causa extintiva do contrato, pois os sucessores não poderiam executar prestação que era personalíssima. Pela mesma razão, o contrato 'intuitu personae' não pode ser cedido. A substituição do devedor importaria celebração de novo contrato. É claro que essas consequências só se afirmam em relação ao contratante cuja atividade pessoal é elemento determinante do contrato."*⁵.

Na defesa da tese tradicional⁶ que se vem de expor, usa-se ainda a remissão à Lei Federal n. 8.666/93, art. 78, VI, aferrando-se ao texto legal como se o mesmo lhe desse fundamento jurídico positivo. A propósito, é o teor do referido dispositivo legal:

"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

"(...);

"VI — 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, não admitidas no edital e no contrato;"

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 11 ed., p. 119)

4 BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos Administrativos*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 104.

5 *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 12 ed., 1990, pp. 89-90. Nesse sentido conquanto mais breves, entre outros. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, vol. I, 3 ed., 1992, p. 291; Silvio RODRIGUES, *Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, vol. 2, 24 ed., 1996, pp. 35-36.

6 O qualificativo "tradicional" não tem aqui nenhuma referência negativa ou de qualquer modo depreciativa, serve apenas para identificar a tese que se considera mais difundida a respeito do personalismo dos contratos administrativos.

Todavia, com respeitável *venia*, é de se desconfiar da sustentabilidade dessa posição. Desde já não parece claro que o art. 78, VI da Lei n. 8.666/93 a secunda. Antes o contrário: o que uma primeira leitura do dispositivo em tela evidencia é restar ensejado (não imposto) ao agente público competente rescindir contrato administrativo em que o contratado efetue uma das operações ali arroladas, caso a mesma não tenha sido admitida no instrumento convocatório e no contrato pertinentes.

A exegese gramatical isolada, entretanto, não é sustento para nenhuma opinião consistente sobre o assunto. É o caso adiante de pôr a questão em face de contexto argumentativo mais amplo e substancial. Haverá, então, oportunidade de ver que o *personalismo* do contrato administrativo, pelo menos nos moldes em que considerável parcela da doutrina o vê, corresponde mais a um desvio de perspectiva ou a uma hipertrofia conceitual. Certamente, vale afirmar o personalismo contratual para algumas avenças administrativas, *mas, refletindo-se dentro em breve sobre o tema, não há como estendê-lo a um caractere genérico e imanente a todos os contratos administrativos.*

Cabe, entretanto, já deixar lançada a tese que, logo, logo, pretende-se ver devidamente fundamentada: *a cessão de contrato administrativo, a associação do contratado com outrem na execução de uma avença administrativa, a transferência contratual e operações símiles são negócios jurídicos lícitos, conquanto obviamente constrangidos à observância de certos requisitos (como, aliás, a generalidade dos atos jurídicos).*

A demonstração disso é adiante feita a partir de uma operação paradigmática — a cessão de contrato administrativo —, a qual, por qualificar-se com consequências mais radicais (quando comparada aos demais negócios jurídicos elencados no art. 78, VI da Lei de Contratos Administrativos) no que atina com a identidade do pólo contratual ocupado pelo particular em avenças administrativas, ensejará que, uma vez cabalmente fundamentada sua licitude, possa-se concluir o mesmo em relação a outros negócios símiles que tenham repercussões mais estreitas. A esses, portanto, a conclusão partirá do argumento *a majori ad minus*, sintetizado na oração “*quem pode o mais, pode o menos*”, o qual certamente precisará, ele próprio, de devida justificação para ser operado.

Foquemos, então, o debate acerca da licitude da cessão de contrato administrativo.

2. A polêmica

Oportuno um esclarecimento do que seja *cessão de contrato* e seus requisitos de validade no Regime Jurídico Geral dos Contratos (aplicável supletivamente aos contratos administrativos, cf. Lei n. 8.666/93, art. 54, *caput*⁷). Valhamo-nos para

7 “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

tanto da exposição de Maria Helena DINIZ, Titular da Cátedra de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

“A cessão de contrato é, segundo Silvio RODRIGUES, a transferência da inteira posição ativa e passiva, do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída.

“A cessão de contrato possibilita a circulação do contrato em sua integridade, permitindo que um estranho ingresse na relação contratual, substituindo um dos contratantes primitivos, assumindo todos os seus direitos e deveres.

“(…)

“Efetivar-se-á a cessão de contrato somente e se:

“1º) O contrato transferido for bilateral, isto é, de prestações correspectivas (...);

“2º) O contrato for suscetível de ser cedido de maneira global (...);

“3º) Houver transferência ao cessionário não dos direitos como também dos deveres do cedente;

“4º) O cedido consentir, prévia ou posteriormente, pois uma vez que a cessão de contrato implica, concomitantemente, uma cessão de crédito e uma cessão de débito, a anuência do cedido será indispensável para a eficácia desse negócio, sob pena de nulidade⁸ (...) *Isto é assim porque para o cedido é muito importante a pessoa do cessionário, que passará a ser seu devedor.*

“5º) Se observarem os requisitos do negócio jurídico, ou seja, capacidade das partes, objeto lícito e forma legal.”⁹

Definido o instituto da cessão de contrato, tem-se que a questão imediatamente em causa versa sobre sua licitude ou não quanto ao contrato administrativo.

2.1. O tratamento doutrinário

Sobre o tema incide acalorada polêmica doutrinária. Uns a têm como inadmissível¹⁰. Em venerável doutrina, há ambigüidade (não afastada má compreensão do

8 Logo, dir-se-ia melhor validade do negócio.

9 *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, Vol. 2, 8 ed., 1994, pp. 356-357.

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 11 ed., p. 119; Jessé Torres PEREIRA JUNIOR, *Comentários à Lei das Licitações e*

subscritor deste trabalho)¹¹. Entre os que a admitem, uns, mais restritamente, condicionam-na à previsão autorizativa editalícia e contratual¹²; outros, mais permissivos, condicionam-na à autorização presente no ato de cessão, geralmente mediante anuência aposta no instrumento de cessão¹³ ou ainda à necessidade de alguma razão específica bastante no caso concreto¹⁴; outros, bem mais permissivos, vêm como requisito específico apenas a ausência de vedação editalícia e contratual¹⁵. Todos os que são favoráveis à licitude da operação concordam com a necessidade da anuência da Administração para o ato e condicionam essa anuência ao atendimento das

Contratações da Administração Pública, Rio de Janeiro, Renovar, p. 459. Conquanto focado na hipótese de concessão de serviço público, por manejar argumentação extensível a outros contratos administrativos, essa também parece ser a posição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 13 ed., 2001, pp. 640-641, posição que se repete na 14ª edição de seu curso, pp. 649-650.

11 Caio TÁCITO (*Contrinistrativos*, in *Temas to Público*, Rio de Janeiro, Renovar, Vol. I, 1997, pp. 617-635, especialmente p. 634), ao defender que “*O contrato administrativo é realizado ‘intuitu personae’, importando obrigação pessoal a ser cumprida pelo próprio contratante.*”, parece inscrever-se no coro dos contrários à licitude da cessão de contrato administrativo, entretanto, no período imediatamente seguinte ao anteriormente citado, afirma: “*Qualquer subcontrato deverá estar previsto no contrato ou termo aditivo, como no caderno de encargos ou instrução de serviço.*” Ora, as afirmações parecem contradizer-se, pois, a subcontratação importa necessariamente na execução do escopo contratual por terceiro ainda que mantida a responsabilidade integral do contratado principal. A subcontratação, uma vez admitida, nega o personalismo da avença administrativa. É ambígua, portanto, a posição do emérito professor.

12 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, 5 ed., Saraiva, 545-546; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, 14 ed., São Paulo, p. 255; Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 6 ed., p. 562; Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 4 ed., 2000, p. 265; Edimir Ferreira de FARIA, *Curso de Direito Administrativo Positivo*, Belo Horizonte, 3 ed., 2000, p. 336; Leon Frejda SZKLAROWSKY, *Subcontratação e Cessão de Contrato Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar/FGV, n. 214, out-dez/1998, pp. 145-158, especialmente conclusões ns. 6 e 7, p.157.

13 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. (*Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1981, pp. 51-52), o qual condiciona a cessão apenas à autorização expressa da Administração Pública para o ato; Carlos S. de BARROS JUNIOR (*Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 50), o qual condiciona a cessão à anuência explícita da Administração contratante e à permanência da responsabilidade solidária integral do cedente quanto ao escopo contratual. Conforme anota Leon Frejda SZKLAROWSKY (*op. cit.*, p. 148), essa também seria a posição de Adílson Abreu DALLARI, *mas em face do Decreto 73.140, de 9-11-73*: “*‘desde que haja prévia aquiescência da Administração, não há por que impedir-se a transferência de contrato realizado com esta, mesmo que com dispensa de licitação, pois, ‘in casu’, nem se propõe a questão da licitação’* (cf. *Cadernos FUNDAPE*, publicação da Fundação do Desenvolvimento Administrativo, n. 11, de julho de 1985, pp. 27 a 38).”

14 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*, São Paulo, RT, 1986, pp. 33-34.

15 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, in *A Cessão de Contrato Administrativo entre Estado e Município como Alternativa para Evitar a Interrupção de Obras Públicas*, in *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, NDJ, ano XIII, n. 3, mar./2000, pp. 146-147

exigências editalícias de habilitação ou pré-qualificação pelo candidato a cessionário.¹⁶

2.2. O tratamento jurisprudencial

O tema é de escasso tratamento pela jurisprudência — ao menos, pelo que se pôde constatar por pesquisa própria. Dessa escassez, decorre não se poder identificar uma segura tendência exegética neste ou naquele sentido. Sem embargo, nas manifestações encontradas não se deparou com nenhuma posição *apriorística* contra a licitude da cessão de contrato administrativo.

Dois julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região admitem a licitude da cessão de contrato administrativo. Um, *a contrario sensu*, ao julgar legítima a rescisão de contrato administrativo face a sua cessão pelo contratado sem anuência da Administração e estando essa hipótese prevista contratualmente como ensejadora da rescisão¹⁷. Outro, sem expressar restrição, toma como lícita e atribui-lhe cabíveis

16 PEREZ, Marcos Augusto. (*Contrato Administrativo. Cessão de contrato. Possibilidade*, in Genesis. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, Genesis, n. 12, jun-mar/1997, pp. 93-105) sugere a origem da inspiração da doutrina administrativa brasileira em propugnar pela natureza personalíssima do contrato administrativo, creditando tal entendimento a uma importação ligeira das manifestações da doutrina administrativa francesa (as quais, de seu lado, constituem em sua maior parte em uma tentativa de sistematização das decisões do Conselho de Estado francês). Nas palavras do publicista (excerto extraído à p. 97 do texto referido):

"Pois nos parece que a caracterização dos contratos administrativos que em regra faz a doutrina nacional enquanto contratos 'intuitu personae', seja mais um dos itens desse 'pacote' importado quase que irrefletidamente do Direito Administrativo francês que não se coaduna totalmente com o Direito Positivo brasileiro.

"Ora, é comum que a contratualística administrativa francesa exponha o tema ressaltando o 'poder' excepcional, exorbitante do direito comum, que a Administração Pública possui de exigir que a execução do contrato se dê pessoalmente pelo contratado. Dessa forma o escólio de Jean-Claude RICCI:

'L'administration détient (...) le pouvoir d'exiger l'exécution personnelle du contrat par le cocontractant. Le cocontractant choisi doit exécuter personnellement le contrat.' — Cf. Droit Administratif, Paris, Hachette, 1996, p. 78.

"Entretanto, como veremos a seguir, no Brasil o direito positivo e mais precisamente os diplomas legais reitores da contratação em tela (...) evidenciam senão a inexistência desta característica — o caráter intuitu personae dos contratos administrativos — uma grande flexibilização de seu conteúdo e restrição de seu alcance.

"Justifica-se, dessa forma, a parca ou quase inexistente abordagem da doutrina brasileira acerca da cessão de contrato administrativo Emprestada do direito alienígena, sem grande reflexão sobre as regras do direito interno (...), a noção do contrato administrativo como 'pacto intuitu personae' afastou-nos como que por atavismo do tema da cessão do contrato administrativo, tida de maneira simplista como possibilidade distante do regime jurídico administrativo."

Merecendo confirmação por pesquisa doutrinária mais extensa (trabalho o qual, sendo próprio de estudo monográfico de maior fôlego, é aqui contornado, visto ademais não ser necessário à reflexão adiante expendida e, em rigor, prescindível enquanto fundamento das conclusões deste estudo), a hipótese é interessante e faz sentido.

17 "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE PERMANÊNCIA E USO DE ÁREA PÚBLICA. HANGAR. INFRAERO. INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR. CONCESSÃO.

efeitos no caso concreto (cessão de contrato administrativo em que cedente e cessionários são entes administrativos federais e o cedido ente federativo)¹⁸.

Um terceiro, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é interessante por circunscrever em torno de contrato administrativo (tendo como objeto cessão de uso de bem público) cuja *cessibilidade* jamais espantou e sempre foi, inclusive, considerada inscrita como direito patrimonial do particular contratante (no julgado, é justamente repreendida atuação, consistente no impedimento de cessão do contrato pelo particular, por parte de estatal prestadora do que, à época, ninguém duvidava ser o serviço público de telefonia fixa): tratam-se dos contratos de cessão de direito de uso de linha telefônica ao tempo da total estatalidade do setor¹⁹.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foram encontrados dois julgados. Um, reconhecendo validade à restrição expressa de companhia telefônica à transferência de contrato de telefonia celular, enseja concluir, *a contrario sensu*, que, não fosse a vedação expressa, a transferência do contrato considerado

1. *É cabível a rescisão de contrato de concessão de uso se o instrumento assinalar esta possibilidade no caso de cedência ou transferência a terceiros de direitos ou obrigações ajustadas.*

2. *Inaplicabilidade ao caso do disposto no artigo 27 da Lei 8.987/95, específico ao regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal.*

3. *Invalidade do instrumento particular de cessão de contrato de concessão de uso de bem pertencente ao patrimônio público.*

4. *Ausência do requisito 'fumus boni iuris'. Agravo improvido."*

(TRF 4 R., Ag. Inst. 199804010510488/PR, 3 T., Rel. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 28.07.1999, p. 249;)

18 "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ATRASO NO PAGAMENTO DAS FATURAS. LEGITIMIDADE PASSIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. Tanto a União como o Estado de Santa Catarina são entes legítimos para figurar no pólo passivo da demanda, pois a primeira foi sucessora do INAMPS, sendo da sua responsabilidade o repasse das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações assumidas com a autora, nos termos do Convênio SUDS nº 01/88 — fl. 633 e, por outro lado, as guias de autorização e pagamento foram emitidas pelo MPAS. Quanto ao Estado de Santa Catarina, sua legitimidade está no fato de haver termos de sub-rogação de contrato de fls. 656, 676 e 688. Deve, por isso, responder pelo ônus pactuado inicialmente, tendo em vista a cessão realizada pelo extinto INAMPS em seu favor.

2. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido da inicial, pois mesmo não havendo previsão contratual, deve ser paga correção monetária quando do atraso no pagamento de faturas de prestação de serviços face a desvalorização ocorrida na moeda devida ao fenômeno inflacionário.

3. *Apelações e remessa oficial improvidas."*

(TRF 4 R., Apelação Cível 9604573195/SC, 3 T., Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, DJ 23.06.1999, p. 827;)

19 "CESSÃO DE CRÉDITO — Uso de linha telefônica — Transferência negada pela concessionária — Negativa fundada em portaria do Ministério das Comunicações — Inadmissibilidade — Edição posterior ao contrato administrativo firmado com o assinante, com disposição expressa admitindo a transferência do uso do terminal telefônico — Ofensa a direito adquirido que contém inegável cunho econômico vinculado ao patrimônio do titular — Cominatória visando à efetivação da transferência procedente" (TJSP, Apelação Cível 123.944-2, 9ª Câm. Cível, Rel. Des. Lair Loureiro, in Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, Vol. 638, dez./1988, p. 96).

como administrativo seria lícita²⁰. Outro, expressamente admitindo a cessão de contrato de concessão, em hipótese de objeto inusitado: concessão de exploração de serviço de automóveis para aluguel²¹.

Na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o posicionamento é incerto, havendo notícia de julgados favoráveis à licitude da cessão de contrato administrativo, desde que admitida no edital e no contrato sua possibilidade²², bem como contrários à licitude da operação²³.

Em rigor, é lícita a cessão de contrato administrativo, observadas certas condições que pouco adiante são expostas. Nada obstante, face à polêmica doutrinária registrada, cumpre lobrigar sobre as razões subjacentes ao seu difundido caráter personalíssimo. Por essa análise, veremos que a opinião doutrinária desfavorável assenta-se mais em hipertrofia conceitual sobre esse caractere.

3. A letra da Lei

Fosse o caso de se preferir pelo açodamento e poder-se-ia dar à questão quase que imediata resposta. Bastaria uma compreensão literal, *a contrario sensu* do texto legal, especificamente o art. 78, VI da Lei nº 8.666/93:

20 “LINHA TELEFÔNICA. CELULAR. CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO. TRATANDO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, PODE A CONCESSIONÁRIA IMPEDIR, POR CLÁUSULA CONTRATUAL, A LIVRE CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO, PRINCIPALMENTE SENDO CESSIONÁRIA EMPRESA QUE EXPLORA MERCADO PARALELO DE VENDA E REVENDA DE LINHAS TELEFÔNICAS. ESGOTAMENTO DE MATÉRIA DE MÉRITO. A LIMINAR QUE ESGOTA MATÉRIA OBJETO DA AÇÃO AJUIZADA ESTA INADMITIDA EXPRESSAMENTE EM LEI (ART-1, § 3º, DA LEI N-8.437/92). AGRAVO PROVIDO.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 596245530, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, JULGADO EM 05.03.97, fonte www.tj.rs.gov.br)

21 “MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. EXTINÇÃO DE CONCESSÃO PÚBLICA. EXEGESE DOS ART-4 E 5 DO DECRETO EXECUTIVO 440/84 QUE DISCIPLINOU A EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE AUTOMÓVEIS DE ALUGUEL. ATENDIDOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA A TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO, IMPEDE-SE RECONHECER A ILEGALIDADE DO ATO DA MUNICIPALIDADE QUE EXTINGUIU O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.” (REEXAME NECESSÁRIO Nº 599477700, PRIMEIRA CÂMARA DE FÉRIAS CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, JULGADO EM 21.10.99, fonte www.tj.rs.gov.br)

22 Nesse sentido, registra Leon Frejda SZKLAROWSKY (*op. cit.*, p. 155), seriam os julgados exarados nos TC 56480/033/88, TC 23495/026/92 e TC 67764/033/88.

23 TC-783/003/96. Do voto condutor do Conselheiro Relator Antônio Roque CITADINI, é representativo o seguinte excerto (fl. 142 dos autos): “Não menos relevante a questão relativa à cessão parcial de direitos e obrigações da obra feita pela Coesa Ltda., com a anuência da Prefeitura, a empresas estranhas ao procedimento licitatório e às exigências lá estipuladas, configurando verdadeiras contratações diretas em total afronta às normas legais.” Que normas legais seriam essas, entretanto, não é informado pelo i. Conselheiro.

“Art. 78. *Constituem motivo para rescisão do contrato:*

“(…)”;

“VI — *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, não admitidas no edital e no contrato;*”

Inexistentes quer disposições do instrumento convocatório do certame precedente ao contrato, quer cláusulas contratuais proibitivas da cessão contratual ou da associação do contratado com outrem, segue-se, em face da disposição legal supra, a conclusão da licitude dessas operações, as quais ficam condicionadas, especialmente, ao explícito acordo do cedido — a Administração contratante —, o qual, de seu lado, pressupõe a avaliação satisfatória da condição do candidato a cessionário perante as exigências editalícias de habilitação. E mais: beira o nonsense tomar-se isoladamente esse dispositivo como fundamento oposto à operação em casos em que ausente vedação editalícia e contratual.

Essa resposta, entretanto e como avisado, resente-se de uma fundamentação frágil, vez que lastrada em método exegético reconhecidamente limitado (interpretação literal a *contrario sensu*), donde ser insatisfatória. Contudo, seja permitida a ousadia de dizer que várias opiniões doutrinárias desfavoráveis, chegando à conclusão oposta a deste trabalho, partem de premissa exegética semelhante, senão mais frágil.

De fato, muitos daqueles refratários à licitude das operações em causa o mais das vezes indicam como sustento juspositivo de sua opinião o mesmo dispositivo legal *supra* transcrito — como explicitamente outrora o fazia Marçal JUSTEN FILHO²⁴ —, sem, entretanto, sequer dar mais detida atenção para o fato de que a prescrição legal mais facilmente aparenta ser permissiva e, portanto, justamente contrária à tese da vedação absoluta da cessão contratual ou da associação do contratado com outrem, entre outras, no ensejo da execução contratual.

In medius, virtus. O sábio brocardo parece ainda avisar: desconfiai sempre das respostas absolutas, vazadas em afirmações categóricas, quando mais emitidas a passo ligeiro.

Investiguemos melhor o problema.

24 “O inciso VI arrola diversas situações, que possuem alguma proximidade entre si. Como exposto, o contrato administrativo tem natureza personalíssima, que não pode ser frustrada através da transferência total ou parcial da execução dos deveres impostos ao contratado.

“(…)”

“Também se apanha a associação provisória ou temporária, como se passa no caso de consórcio. Ainda quando o consórcio seja admitido, as empresas consorciadas deverão comparecer à licitação já nessa condição (art. 33). Não se admite o consórcio subsequente, em hipótese alguma.”, *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 6 ed., p. 561. Mais adiante, haverá oportunidade de conferir o entendimento atual (9ª edição) do festejado autor.

4. O mito do personalismo dos contratos administrativos, a regra da licitação, o Princípio da Isonomia e o interesse público

Os que advogam a impossibilidade jurídica da cessão de contrato administrativo e outras operações aproximadas sustentam sua tese precipuamente sobre o que entendem ser um caractere conceitual dessa espécie de ato jurídico: seu personalismo ou sua natureza *intuitu personae*²⁵.

Sendo o personalismo do contrato administrativo exposto como decorrência do fato do contratado ter sido escolhido mediante procedimento licitatório, fica oportunizado vislumbrar as razões mais fundas consideráveis como lastro para essa opinião. Por ela, o contrato administrativo teria natureza personalíssima para que assim restassem garantidos o atingimento daqueles mesmos fins que dão a ratio *do procedimento licitatório*:

- i) a satisfação do interesse público instrumentado por um dado contrato administrativo, o que requereria (a) a permanência daquela empresa que, tendo sido minuciosamente auditada no certame precedente ao contrato, comprovou perante a Administração ter aptidão para executar (garantia da exequibilidade contratual) o escopo contratado, bem como (b) interditaria que parcela ou a integralidade do escopo fosse cedida ou de alguma forma tivesse sua execução transferida a outrem;²⁶

25 “O contrato administrativo é sempre bilateral, e, em regra, formal, oneroso, comutativo, e realizado ‘intuitu personae’. Com isto se afirma que (...) é ‘intuitu personae’ porque exige a pessoa do contratado para sua execução. Dentre desses princípios, o contrato administrativo requer (...) cumprimento pessoal da obrigação assumida pelo contratado para com a Administração.”, Hely Lopes MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 12 ed., p. 1999, p. 173. Sem embargo de nossa admiração pelo saudoso administrativa, fosse sustentável nos categóricos termos em que colocada essa posição e ficaria sem explicação a usual possibilidade da subcontratação, a qual, ainda que permanecendo o contratado original na avença, permite a execução do escopo diretamente por terceiro. E sobre a licitude da subcontratação, ninguém atina de pô-la em dúvida em face do explícitos termos autorizadores da Lei n. 8.666/93, art. 72 (“O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”). Verdade, todavia, que o próprio Hely mitiga essa posição ao admitir a cessão contratual da avença administrativa condicionada à anuência da Administração contratante que deve aferir a capacidade do cessionário (cf. excerto adiante citado).

26 Nesse sentido, aponta o comentário de Carlos S. de BARROS JÚNIOR (*Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 51): “A condição de contrato ‘intuitu personae’ é da natureza do contrato administrativo. O contratante privado é escolhido em razão de suas qualidades pessoais (capacidade, honorabilidade, solvabilidade), em regra devidamente apuradas em processo de licitação.” Em mesma linha, José dos Santos CARVALHO FILHO (*Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 9 ed., 2002, p. 151): “Possui a relação jurídica do contrato administrativo algumas peculiaridades próprias de sua natureza. Assim é que esse tipo de contrato se reveste das seguintes características: (...); 3) confiança recíproca (*intuitu personae*), porque o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela Administração, isso sem prejuízo de sua responsabili-

ii) a observância do Princípio da Isonomia, impedindo-se que venha a contratar com a Administração Pública alguém que não participou do processo administrativo instituído para ensejar equânimes oportunidades de contratar com o Estado.²⁷

Se assim o é e em nenhum momento é diminuída em nada a relevância de se curar e homenagear esses bens/valores/fins jurídicos, reconheça-se, a partir de uma

dade legal e contratual (art. 72, do Estatuto).” Também José Augusto Delgado: “*O fato do pacto ser intuitu personae é decorrente do processo seletivo que, em regra, adota a Administração. Quando escolhe a parte, o faz sobre critérios de capacidade e de idoneidade, por ser a ela confiado interesse público de alta relevância. Na execução, portanto, a fidelidade a tal característica encerra confiabilidade da Administração no contratado (Execução e Extinção dos Contratos Administrativos, in Revista de Direito Público, São Paulo, RT, n. 62, abril-jun/1982, pp. 122-131, citação encontrada à p. 122). De seu lado, Arruda ALVIM (Sucessão em Contrato Administrativo, in Mandado de Segurança e Direito Público, São Paulo, RT, 1995, pp. 311-322, excerto à p. 317), correlacionando a precedência de licitação e a alegada natureza intuitu personae dos contratos administrativos, aceita a cessão contratual nesse gênero de avença em hipóteses excepcionais: “Inegável que os procedimentos licitatórios têm em vista criar condições para a realização de um contrato nas melhores condições possíveis, do ponto de vista do interesse público. Portanto, inafastável é a regra de que o caráter ‘intuitu personae’ apareça de forma nítida nos contratos realizados com a Administração. Assim é evidente o caráter absolutamente excepcional das cessões no âmbito dos contratos administrativos, tendo em vista justamente o caráter ‘intuitu personae’ de que nitidamente se revestem. Por isso, tem-se que as hipóteses em que podem ocorrer são razoavelmente restritas e bastante especiais.”*

27 *Mutatis mutandi*, esse fundamento encontra-se subjacente ao seguinte excerto de Roberto Ribeiro BAZILLI (*Contratos Administrativos, ...*, p. 104): “Ademais, admitir-se a subcontratação total seria institucionalizar a burla à exigência da licitação, na medida em que pessoas não participantes do certame executariam o contrato pelo total, deixando a condição de coadjuvantes do contratado vencedor.” O admirável Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 13 ed., 2001, pp. 640-641, posição mantida na 14ª ed.), tratando da cessão de contrato de concessão, expõe argumentos extensíveis (nas suas implicações objetivas, sem que com eles concorde este trabalho) à generalidade dos contratos administrativos: “Tendo sido visto que a concessão depende de licitação — até mesmo por imposição constitucional — e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração. Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro — sujeito, este, pois, que de direito, não se credenciou, ao cabo de uma disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição”. Também focado no contrato de concessão, mas argumentando com suposta afronta ao “princípio da licitação”, Benedicto PORTO NETO (*Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8987/95, Conceitos e Princípios*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 134) é contrário à licitude da cessão do contrato de concessão, salvo na hipótese do cessionário ser uma Sociedade de Propósito Específico criada pelo licitante vencedor do prévio certame. Lúcia Valle FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2 ed., 1995, p. 347), conquanto algo ambígua em considerar os contratos administrativos por natureza *intuitu personae* ou não, correlaciona o atributo do *personalismo* com a regra da licitação.

apreensão teleológica do Direito²⁸, *ser mais razoável considerar que, se em uma dada hipótese, tais bens jurídicos não se encontram minimamente desprestigiados, a cessão contratual, a associação do contratado com outrem no seio da relação contratual da avença administrativa e outros negócios afins constituem operações lícitas.*

Essa conclusão requer primeiramente o conserto de um desvio de perspectiva. Tal desvio está em conceber que a cessão de um dado contrato administrativo a um terceiro que não teria participado do procedimento licitatório respectivo seria um atentado ao Princípio da Isonomia.

Em rigor, não é. Vejamos porquê.

4.1. O mito do personalismo dos contratos administrativos e a regra da licitação

Antes de mais nada, esclareça-se um mal-entendido. Não se pode afirmar se mais nem menos que a contratação feita pelo Poder Público, ao se preceder de certame, opera-se considerando-se, *como aspecto prevalecente*, condições pessoais do contratado. Isso não é verdade ao menos para grande número de contratos administrativos, *notadamente aqueles originados de licitações do tipo menor preço (Lei n. 8.666/93, art. 45, § 1º, I). Ora, nesses certames, é mui comum que, objetivamente verificadas as condições de cada licitante em face de exigências impessoais postas no instrumento convocatório, vários licitantes sejam considerados habilitados (e, portanto, considerados como aptos a dar exequibilidade para o escopo contratual e concernente interesse público) e, passando-se à fase de proposição e julgamento das propostas, será vencedor e terá a si adjudicado o objeto licitado aquele que tiver ofertado a melhor proposta (melhor preço, no exemplo aventado).*

Daí, a identificação daquele que será contratado pela Administração mediante prévio certame — na numeroso caso da licitação do tipo menor preço — *não se dá exatamente* devido a caracteres pessoais do licitante vencedor, mas, *sim*, pelo objetivo e impessoal *discrímen* consistente no fato de sua proposta comercial ter sido a melhor. Vale uma ilustração. Num certame do tipo menor preço, ultrapassada a fase de habilitação com, imaginemos, dez licitantes habilitados, entre eles, para a Administração licitante, *não* haverá qualquer preferência ou distinção quanto aos seus caracteres individuais ou pessoais; *quanto a esse aspecto eles são entre si indiferentes ou idênticos para a Administração.* A essa, se o edital exigia, entre outros requisitos, p. ex., a comprovação de expertise na construção de um conjunto habitacional popular com 500 unidades residenciais, atendido esse requisito por todos os licitantes habi-

28 Será atendida assim a lição hermenêutica de Carlos MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 18 ed., 1999, pp. 151-152), segundo quem “*Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma ensfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.*”.

litados *é-lhe insignificante* se um licitante cumpriu tal exigência editalícia com um conjunto habitacional popular de 502 unidades e outro o fez com um conjunto de 1500 unidades. Nos tipos de certame em consideração (menor preço), atendidos os requisitos editalícios pelos licitantes habilitados, diferenciá-los-á apenas sua proposta, a qual é um dado objetivo e impessoal: *contratada, pode preservar-se independentemente da identidade subjetiva do contratante particular.*

Isso não infirma que a identidade da pessoa do contratado — na medida em que sobre ele incide a responsabilidade pela execução do escopo contratual — é de grande relevância, mas, daí não decorre ser ela sempre a causa²⁹ do próprio contrato. Naqueles contratos firmados com escolha da proposta pelo crivo do menor preço, a causa — o principal elemento considerado para a escolha da proposta a ser contratada — é a vantagem para a Administração contratante que singulariza uma proposta como ótima em face das demais.

O contrato administrativo atrela-se, pois, não propriamente à pessoa do contratado (o qual, o mais das vezes em certames do tipo menor preço, não é considerado o único capaz de dar exequibilidade ao escopo contratual: todos os licitantes habilitados o são), mas, sim, à objetividade da proposta vencedora. E sobre esta é que a Constituição (CF, art. 37, XXI) e a Legislação (Lei n. 8.666/93, art. 65) constróem mais estreitos limites a sua alteração.

Daí em diante (sempre tendo em mente como paradigma os contratos em que a técnica não tenha sido fator elementar de escolha da proposta), mantidas as garantias de exequibilidade do escopo contratado (as quais — sendo objetivas — não são apanágio exclusivo de um único sujeito de direito), mais relevante a preservação das condições substanciais originalmente firmadas na proposta vencedora.

Por conseguinte, não é porque produzidos ao cabo de certame que os contratos administrativos são firmados tendo como *causa prevalecente* a individualidade do contratado. O requisito da precedência de licitação, como regra genérica, não rende aos contratos administrativos em geral o atributo do personalismo. Render-lhes-ia o Princípio da Igualdade?

4.2. O mito do personalismo dos contratos administrativos e o Princípio da Isonomia (cont.): a vitória na licitação como fator discriminatório justificador de tratamento jurídico desigual para o licitante vitorioso em relação aos demais licitantes derrotados ou administrados que não participaram da licitação

É certo que se poderia falar em afronta à isonomia, se as operações em tela (cessão contratual e símiles) ocorressem sem a Administração contratante averiguar se o pretendente a cessionário satisfaz as exigências de qualificação previstas no instrumento convocatório do certame precedente ou, em caso de contratação direta ou quejando, no instrumento de convocação do contratado. Ainda que, nesse caso, mais do que afronta à isonomia, mais flagrante enquanto vício jurídico ensejador da invalidação do negócio dessarte havido, seria a afronta ao cânone da indisponibili-

²⁹ No sentido empregado por Orlando GOMES, citação supra.

dade do interesse público, visto não se encontrar na órbita de disposição do agente administrativo a opção por omitir esse crivo imprescindível para salvaguarda mínima da exequibilidade do escopo contratual e, assim, do interesse público instrumentado pela contratação.

Todavia, ressalvada essa hipótese, em verdade, nada há que impeça considerar que, mediante um certame, põe-se em disputa entre os interessados o ingresso em uma situação jurídica presumivelmente³⁰ favorável: a saber, a de contratante com a Administração Pública. Nesse diapasão, o vencedor de um certame, ao ter para si adjudicado o contrato licitado e formalizado o respectivo instrumento, conquista para si — tem ingresso em seu patrimônio jurídico — uma situação jurídica específica: a de contratado com o Poder Público em uma específica avença e, de conseguinte, a titularidade dos direitos e deveres concernentes. Dessa forma, o vencedor de um certame adquire, mediante um procedimento isonômico (a licitação), o direito a se desigualar dos demais: ter para si adjudicado o objeto licitado e, uma vez contratado pela Administração Pública, beneficiar-se com a situação jurídica favorável, síntese dos direitos e deveres que lhe cabem enquanto titular de um dos pólos contratuais em uma certa avença administrativa.

Oportuna, aqui, a magistral lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que, em obra das mais luminosas da doutrina publicista nacional — “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” —, ao dissertar sobre parâmetros para o crivo de constitucionalidade da legislação perante o Princípio da Igualdade, indica como um dos requisitos para observância do referido cânone a existência de uma correlação lógica (poderíamos falar em correlação razoável) entre o tratamento diferenciado atribuído a dados sujeitos e o fator considerado para discriminá-los. São as irretorquíveis palavras do Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, as quais sem dificuldades podem ser estendidas ao tema sob análise:

“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de uma correlação lógica entre o fato erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.”

30 A razão do advérbio está no risco ínsito, ainda que em mínimas proporções, a todos os contratos bilaterais onerosos. Esse risco pode ser minimizado, mas jamais completamente afastado. As regras de proteção da equação econômico-financeira do contrato administrativo, se constituem forte garantia contra a eventualidade de prejuízo ao particular contratado, também não afastam o risco desse prejuízo, dado dependerem de decisões, administrativas ou judiciais, cujo conteúdo pode ser antecipadamente expectado em dado sentido (a partir das expectativas ofertadas pelos textos constitucionais e legal), mas não precisamente conhecido. Falando em outra sede, Adilson Abreu DALLARI (*Aspectos Jurídicos da Licitação*, São Paulo, Saraiva, 4 ed., 1997, p. 116; negrito acrescido) pondera com agudez e realismo: “Em todo negócio pode e deve haver um certo risco. Não há como eliminar totalmente os riscos mediante rigorosos critérios de habilitação. O que se deve fazer é redigir cuidadosamente o contrato, estipulando com precisão e clareza as obrigações das partes, e fixando as responsabilidades pelo inadimplemento. A busca de uma segurança inexistente não deve impedir o regular funcionamento da máquina administrativa em detrimento do bem-estar da sociedade.”

“(…) Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.

“(…)”

“Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.”³¹

Ora, a situação de vencedor de um certame é, ela própria, situação jurídica peculiar, diferenciada, justificando-se racional e juridicamente o tratamento normativo específico para mesma em face do prévio procedimento (licitação) desenvolvido para a ela se chegar. Esse procedimento garantiu a observância do princípio da isonomia e, findo, ensejou o tratamento discriminatório: obviamente não se tratam de forma assemelhada, no que atina com a contratação licitada, aquele licitante vencedor do certame e aqueles outros que não na ganharam ou sequer dela participaram.

Alcançada por idôneo processo jurídico essa situação de desigualdade a que corresponde a posição de contratado com a Administração Pública em uma dada avença administrativa, *o direito dela* (que iniludivelmente é um bem jurídico) dispor — p. ex., alienando-a ou atraindo outrem (empresa a que se consorcia o particular contratado) ao mesmo polo contratual que ocupa — *constitui apanágio direto desse mesmo 'status' de desigualdade*. Consubstancia-se ainda aí a observância da igualdade, uma vez que se tratam os desiguais (o contratado original e seus concorrentes que perderam no certame precedente à contratação) desigualmente na medida de suas desigualdades (um adquiriu lúdima e isonomamente a situação jurídica correspondente a um polo contratual em uma avença com a Administração; outros, não).

Se não serve o Princípio da Isonomia como fundamento para considerar vedadas a cessão de contrato administrativo e outras operações aproximadas (ao contrário, essas operações podem bem ser consideradas implementações da isonomia à medida que constituem disposição negocial de quem isonomamente — mediante certame — teve ingressado em seu patrimônio a situação jurídica de contratante da Administração em uma determinada avença), há que se procurar outro fundamento, desta feita idôneo, para sustentar uma restrição ao que, doutro modo, deveria ser entendido como direito de disposição patrimonial do particular contratado pela Administração.

4.3 O mito do personalismo nos contratos administrativos e a proteção do interesse público (cont.): derrogações do regime contratual comum

Não fosse aí um contrato administrativo e a alienação desse bem jurídico (a situação jurídica de titular de direitos e deveres economicamente apreciáveis cons-

31 *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, RT, 2 ed., 1984, pp. 47-48.

tituídos mediante contrato) ou sua disposição contratual (a exemplo do ocorrente em hipótese de cessão contratual) — à exceção de hipótese de personalismo do escopo³² ou restrição a sua transferência clausulada por acordo mútuo³³ —, seriam tidas como implicações normais do direito de disposição do próprio patrimônio por seu titular, condicionado unicamente à aceitação do possível cedido³⁴.

Seriam. Porém, tratando-se de um contrato administrativo, certamente podem e surgem derivações do regime contratual comum impostas pelo interesse público — o mesmo princípio/valor/bem jurídico que fundamenta a própria existência de um regime jurídico peculiar para os contratos administrativos em geral³⁵.

Sendo o regime jurídico definidor dos contratos administrativos informado pela necessidade de se atribuir a esse gênero contratual peculiaridades jurídicas que garantam a consecução do interesse público instrumentado mediante tais avenças³⁶, cabe perguntar se a transferência do contrato administrativo poderia pôr este último em risco. Caso não, impossível usar-se o interesse público instrumentado pelo contrato administrativo como fundamento para impedir ou condicionar a cessão de contrato administrativo.³⁷ Caso sim, há que se verificar ainda se o risco ao interesse

32 Isto é, aqueles escopos contratuais que são avançados, considerando-se precipuamente a *autoria* da execução contratual, como tipicamente o são contratos de encomenda de obras de arte ou de serviços advocatícios em que subjacente relação de confiança.

33 A bilateralidade contratual certamente ainda impõe que o ingresso de um terceiro na relação contratual se dê dependente de consenso entre as partes originais da avença.

34 Tal como se passa no Regime comum do instituto, consoante requisitos arrolados por Maria Helena DINIZ (v. nota *supra*). Ver também Sílvio RODRIGUES, op. cit., pp. 311-319.

35 Como ilustração, vale por todos Carlos Ari SUNDFELD (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 204): “Os contratos administrativos em sentido estrito estão marcados, portanto, pela autoridade de que desfruta a Administração nas suas relações com os particulares, como instrumento para a persecução do interesse público. Ela se expressa, segundo terminologia consagrada no direito francês, onde o tema se desenvolveu, nas cláusulas exorbitantes ou derogatórias do direito comum, assim entendidas as estipulações que, se inseridas em contratos privados, seriam impossíveis, inválidas ou ao menos impróprias.”

36 Ensina Caio TÁCITO (*Contrato Administrativo*, in *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, Vol. I, 1997, pp. 617-635, excerto extraído à p. 619): “Nos contratos administrativos, prevalece o interesse público (pressuposto da utilidade pública do objeto do contrato) sobre o interesse privado. O princípio da igualdade entre as partes, que importa na regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante, ou seja, o poder de modificação unilateral da obrigação (regra da mutabilidade do contrato). (...) A peculiaridade da prerrogativa consiste em que o agravamento da obrigação de fazer, dentro da escala do contrato, independe, em princípio do consentimento do contratante privado, entendendo-se como cláusula implícita do ajuste. Por esta forma, a obrigação pactuada adquire um teor dinâmico e flexível, dentro do âmbito e da finalidade do contrato administrativo, de forma a garantir a continuidade do serviço público e a plena satisfação do interesse coletivo.”

37 É assim operado o Princípio da Proporcionalidade, sobre o qual, com precisão e estilo costumeiros, ensina Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 14 ed., 2002, p. 93): “Este princípio enuncia a idéia — singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada — de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para

público ocorrerá sempre e não poderá ser afastado senão pela vedação peremptória do ato; ou, ainda que sempre existente o risco (mesmo porque o risco de inexecução contratual não é anulado pelo crivo de aptidão feito no certame, mas apenas consideravelmente diminuído), se o mesmo pode ser afastado e como. Se tal for viável, claramente a transferência de contrato administrativo ou sua cessão ou o consórcio do contratado com outrem serão atos de licitude condicionada ao atendimento de certos requisitos.

5. *A licitude da cessão de contrato administrativo e operações aproximadas (cessão parcial, associação do contratado com outrem, transferência do contrato)*

A resposta objetiva soa como única: sim, a entrada de um nova pessoa jurídica na posição de particular contratado em uma avença administrativa (mediante cessão contratual ou associação do contratado com outrem, etc.) pode pôr em risco a consecução do interesse público instrumentado por tal contrato. *Mas não sempre, nem necessariamente.* O risco ao interesse público é afastável, aferindo-se se o candidato a cessionário ou a eventual composição consorcial produzida ao cabo da operação de associação satisfazem exigências (jurídicas, fiscais, técnicas e econômicas) exigidas no edital do certame que precedera a contratação.

Sendo positiva a resposta, há que se concluir que a eventual nova composição do pólo contratado pela Administração, sendo tão ou mais qualificada que aquela originalmente contratada, dá à Administração Pública, tutora do interesse público instrumentado por um dado contrato, a mesma garantia de exequibilidade contratual e consecução do interesse público ofertada pelo contratante original.

Obviamente aqueles contratos com escopos de execução personalíssima — por exemplo, contratos de serviços advocatícios ou apreciações técnicas especializadas, apresentações artísticas, encomendas de obras de arte e, a princípio, contratos decorrentes de certames do tipo *melhor técnica* (no qual a especialidade da técnica contratada e apropriada pelo contratado é nota central³⁸ para a avença administrativa) — não ensejam substituição do contratado ou mesmo subcontratação (no que atina com a execução do escopo *personalíssimo*), dado que tais operações importariam na própria frustração do objeto contratual. (Possível, todavia, excepcionalmente haver a cessão com contratos frutos de licitações do tipo *melhor técnica*, imaginando-se a

cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.”

38 Com melhor precisão técnico-jurídica: causa, conforme anotado por Orlando GOMES, consoante nota de rodapé *supra*.

viabilidade da operação desde que o candidato à cessionário adquira — por negócio jurídico comum — a técnica de propriedade do original contratado, o que tanto mais restará facilitado se responsáveis técnicos do original contratado ingressam, por qualquer instrumento jurídico lícito, no quadro de pessoal *lato* do candidato a cessionário. Nessa situação imaginária, bem se vê, há garantia para a Administração contratante que a solução técnica por ela contratada será a empregada, restando protegida assim a exequibilidade do escopo original.)

Desde já inexistente qualquer risco se o cedente, mantendo-se em estado de perfeita satisfação aos requisitos habilitatórios exigidos no edital, permanece no pólo que originalmente ocupava (consorciando-se com um terceiro) ou, de qualquer modo, mantém-se responsável solidário pela integralidade do escopo contratual. Aqui, não comparece risco alguma ao interesse público, pois, a garantia de que o mesmo originalmente se valia pelo contrato, no mínimo (caso em nada contribua o cessionário ou a empresa que se associou ao original contratado), inalterada.

Outra hipótese em que o risco é também afastado está no caso do candidato a cessionário ofertar condições de satisfação das exigências habilitatórias, e assim de exequibilidade do escopo contratual, tão boas ou melhores que aquelas dispostas pelo contratado original.

Donde juntarem-se ao argumento literal *a contrario sensu* retirado da leitura do art. 78, VI da Lei n.º 8.666/93, razões substanciais de maior tomo para considerar que, se não vedada pelo edital e pelo contrato administrativo concernente, nem for o caso de personalismo na execução do escopo³⁹, a cessão de contrato administrativo e outras operações assemelhadas são negócios jurídicos lícitos. A propósito, em favor da licitude de cessão de contrato administrativo, Floriano de Azevedo MARQUES NETO, louvado na doutrina de Marcello CAETANO, já teve oportunidade de averbar:

“(...) a cessão do contrato, mesmo que no pólo do contratado particular é possível desde que conte com a expressa anuência da Administração contratante. E esta anuência, como todo ato administrativo, deverá ser motivada.

“Ou seja, para concordar com a cessão de um contrato, a Administração terá que observar se: i) inexistente norma legal vedando a cessão para aquele contrato em especial; ii) se o objeto do contrato permite a cessão; iii) se o certame licitatório que antecedeu a contratação não oferece óbice; iv) se o cessionário reúne as condições pessoais para assegurar a continuidade e a últimação da execução; e finalmente v) se as cláusulas contratuais não proibem expressamente a cessão.

“(...) esposamos a tese de que a cessão nos contratos administrativos é plenamente possível, desde que não colida com qualquer uma das condições supra expostas. E o fazemos com grande tranqüilidade, na medida em que

³⁹ O que se daria em hipóteses de contratação direta por inexigibilidade face à especialização técnica ou singularidade do objeto, cf. Lúcia Valle FIGUEIREDO, Op. Cit., 33-34.

encontramos alicerce no sólido conhecimento de Marcello CAETANO. O célebre administrativista português nos ensina que:

'Os contratos administrativos são concluídos 'intuito personae', isto é, tendo em atenção as qualidades, idoneidade e garantias de certo e determinando indivíduo ou empresa.

'Por isso, é uma regra consagrada na nossa legislação administrativa e sancionada pela jurisprudência a de que os contratos devem ser executados pela própria pessoa com quem foram concluídos.

*i)'Esta regra é, porém, completada por outra: a execução do contrato pode prosseguir por outra pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestação não tiverem por objecto serviços de carácter pessoal e a Administração consinta na substituição'."*⁴⁰

Reforça essa opinião, a explícita possibilidade de cessão direta de concessão, exemplo consabidamente dos mais clássicos de contrato administrativo, nos termos do que reza a Lei n. 8.987/95, art. 27:

"Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

"Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o 'caput' deste artigo, o pretendente deverá:

"I — atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

"II — comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor."

Em favor da tese aqui abraçada, vem ainda o escólio perspicaz de Marcos Augusto PEREZ:

"Verifica-se, então, que o apregoado carácter pessoal dos contratos administrativos não implica necessariamente vedação absoluta de transferência de parte das obrigações contratuais (subcontratação) ou de cessão propriamente dita do pólo contratual. Não há vedação, mas condicionamento. Ou seja, dado o regime jurídico publicístico que orienta a contratação administrativa, a cessão de contrato ou a mera subcontratação se operam dentro de certos parâmetros jurídicos ditados pela lei administrativa. Parâmetros

⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *in A Cessão de Contrato Administrativo entre Estado e Município como Alternativa para Evitar a Interrupção de Obras Públicas*, in Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, NDJ, ano XIII, n. 3, mar./2000, pp. 146-147.

*estes um pouco mais restritivos, é bem verdade, do que os do regime jurídico privado, mas de forma alguma impeditivos da utilização dos institutos jurídicos em relevo.”*⁴¹

Desse teor também o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES, de quem se transcreve o seguinte excerto:

*“Vale dizer que, na cessão ou transferência de contrato, formalizada mediante ‘Termo de Cessão’, (...), que só pode ser feita a quem atenda às ‘exigências relacionadas com a capacidade e idoneidade do cessionário, sob todos os aspectos previstos no edital da licitação (...), permanece na íntegra o ajuste anterior, salvo quanto ao contratado original — cedente — que é substituído pelo novo — cessionário — no momento de sua formalização. O ‘Termo de Cessão’ (ou de ‘Sub-rogação’) é, portanto, apenas o instrumento pelo qual o cedente transfere e o cessionário assume as responsabilidades, as obrigações e os direitos oriundos do contrato, com a anuência e interveniência da Administração. (...)”*⁴²

O recurso à doutrina estrangeira calha para firmar bem a tese de que o personalismo não é um caractere imanente do conceito de contrato administrativo, dependendo, em verdade, de seu tratamento no direito positivo (no direito positivo brasileiro esse personalismo não é acolhido como regra geral dos contratos administrativos). Por todos, a pena ilustre de José Roberto DROMI:

*“Salvo que el contrato lo autorice ab initio, sin autorización expresa de la Administración el concontratante no puede ceder o transferir los derechos y obligaciones emergentes del contrato o la cualidad de ‘parte’ contratante respecto de las prestaciones recíprocas a cumplir, para introducir un tercero en lugar suyo em la relación administrativo contractual, pues no hay ‘impersonalidad’ en los contratos públicos.”*⁴³

Ora, lícita a cessão de contrato administrativo — o que não duvidamos —, tanto mais tranqüilo concluir em favor da licitude da associação do contratado com outrem, notadamente quando se passa como no caso concreto, no qual essa operação aumenta a garantia da exequibilidade do escopo contratual e, portanto, em mesma medida, melhor assegura a consecução do interesse público atendido pelo contrato em comento.

A propósito, o *atual* entendimento de Marçal JUSTEN FILHO acerca do art. 78, VI da Lei n. 8.666/93, no que atina com à associação do contratado com outrem, corrobora nossa exegese:

41 “*Contrato administrativo. Cessão de contrato. Possibilidade*”, Op. cit., p. 99; negrito acrescido.

42 *Estudos e Pareceres de Direito Público*, São Paulo, RT, Vol. VII, 1983, p. 72.

43 *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 54.

“A hipótese legal abrange, primeiramente, a associação formal e típica. Assim, por exemplo, o contratante não pode conferir, para formação do capital social de uma nova sociedade, os direitos derivados do contrato administrativo, sem que tal seja autorizado pela Administração Pública.

“Também se apanha a associação provisória e temporária, como se passa no caso de consórcio. Como regra, as empresas consorciadas deverão comparecer à licitação já nessa condição (art. 33). Não se admite o consórcio subsequente, a não ser que seja admitido pela entidade contratante. (...)”⁴⁴

Em síntese, a licitude da cessão de contrato administrativo depende da soma dos seguintes requisitos: (i) a ausência de previsão proibitiva no edital e no instrumento convocatório; (ii) compatibilidade com o objeto contratual (o qual não pode ser de execução personalíssima, como, p. ex., um parecer jurídico); (iii) a aquiescência do ente contratante, a qual está condicionada (iii.a) ao atendimento das exigências editalícias de habilitação ou pré-qualificação por parte do candidato a cessionário, averiguada por juízo vinculado e (iii.b) à inexistência de empecilho de conveniência e oportunidade em face do interesse público, verificada por juízo discricionário.⁴⁵ Sobre a configuração desse segundo pressuposto para a anuência da Administração contratante com a cessão do contrato administrativo, cabe lembrar que, tocando com interesses patrimoniais legítimos do particular contratado e com o interesse público (que, como sabido, não é livremente disponível⁴⁶), a consideração da conveniência e da oportunidade quanto ao interesse público em favor ou desfavor da cessão contratual deve ser motivada e pautada pelos Princípios da Razoabilidade,

44 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 9ª ed., 2002, p. 537; sublinhado acrescido.

45 O rol *supra* coincide com aquele elaborado por Floriano de AZEVEDO MARQUES (*Contratos Administrativos: A Possibilidade Jurídica da sua Cessão de Titularidade à Luz do Interesse Público*, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 13, out-dez/1995, pp. 191-213, especialmente p. 203): *O caráter pessoal dos contratos administrativo não significa de forma alguma a possibilidade de se proceder às cessões da titularidade deste. Não. O que se coloca é que, dependendo do contrato, essa cessão poderá se efetivar desde que com expressa anuência da Administração contratante. Essa anuência, como todo ato administrativo, deverá ser motivada. Ou seja, para concordar com a cessão de um contrato, a Administração terá que observar se: i) inexistente norma legal vedando a cessão para aquele contrato em especial; ii) se o objeto do contrato permite a cessão; iii) se o certame licitatório que antecedeu a contratação não oferece óbice; iv) se o cessionário reúne as condições pessoais para assegurar a continuidade e a ultimate execução; e finalmente v) se as cláusulas contratuais não proíbem expressamente a cessão.* Porém, difere-se aqui da posição de AZEVEDO MARQUES, ao não se reconhecer o *personalismo* como peculiaridade imaneente à natureza dos contratos administrativos.

46 A indisponibilidade do interesse público pelo agente público, em verdade, ficaria melhor nomeada como “disponibilidade condicionada do interesse público”, o que efetivamente ocorre e é necessário, pois a própria administração de um interesse — qualquer que seja sua natureza — exige a tomada de decisões (disposição), não somente sobre *meios* para seu resguardo, como também não raro quanto à definição específica de seu próprio conteúdo em dado contexto.

da Proporcionalidade e da Finalidade. Trata-se de discricção administrativa, a qual, por definição, é limitada⁴⁷. Em suma, a decisão administrativa favorável ou desfavorável à cessão contratual deve fundar-se sobre fundamentos consistentes para legitimação da apreciação parcialmente discricionária.

Quadra, ademais, lembrar d'outros limites de ordem genérica (condicionantes da licitude de todo ato jurídico), como a (i) ausência de propósito de lesar o patrimônio público, (ii) a inexistência de simulação ou fraude contra terceiro, (iii) a ausência de instituição de vantagem indevida para quaisquer das partes, inclusive os agentes públicos que avalizem a cessão do contrato administrativo etc. A presença desses requisitos, entretanto e por óbvio, longe está de significar que a associação do contratado administrativo com outrem seria vedada a princípio, nem muito menos ilícita. Tratam-se aí apenas e tão-somente de requisitos de validade, tal como usual para a generalidade dos atos jurídicos lícitos. Os atos jurídicos lícitos não o são em absoluto nem no vazio, mas, sim, em face de um dado ordenamento jurídico, porquanto atendidos dados requisitos ali previstos. *Toda licitude é condicionada, enfim.*

6. *Personalismo nos contratos privados e nos contratos administrativos: negativa desse atributo como caractere conceitual dos contratos administrativos*

Contratos pessoais ou *intuitu personae* do direito privado são aqueles que têm por objeto obrigação *de fazer* personalíssima ou infungível, a qual pode se dar “*em virtude de convenção das partes ou pela própria natureza do negócio realizado.*”⁴⁸. Por tal atributo — decorrente da natureza da obrigação ou de disposição explícita das partes (o que, antes explicitamente previsto no CC/1916, art. 878, restou inserto na autonomia contratual pelo novo CC, art. 421) — os contratos pessoais ou *intuitu personae* não podem ser cedidos ou, de qualquer modo, ter transferida a execução da prestação personalíssima. Entretanto e por óbvio, na hipótese de contratos tornados *intuitu personae* não pela natureza de seu objeto, mas pelo consenso dos contratantes, superveniente manifestação bilateral em contrário lhe retira esse caractere e o libera à circulação jurídica.

Donde, o chamado personalismo dos contratos (no direito privado) impede definitivamente, e com independência da vontade das partes, a cessão contratual e operações assemelhadas *apenas quanto àquelas avenças cuja prestação (de fazer) seja personalíssima e, assim, contratada tendo como causa a consideração das qualidades próprias e insubstituíveis do contratado responsável por sua execução.*

47 Para aprofundamento do conceito de discricção administrativa e seu controle, ver, por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, Malheiros, 2 ed., 1993, especialmente o Capítulo I.

48 WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos*, São Paulo, RT, Vol. II, 14 ed., 2000, p. 46. O autor exemplifica com casos clássicos: encomenda de pintura artística e contratação de causídico para defesa oral.

De qualquer modo, notemos que o *personalismo* dos contratos privados não se caracteriza absolutamente pela necessidade de anuência do pretendido contratante cedido para que tenha validade a cessão contratual. Tirante a hipótese dos contratos pessoais pela natureza da prestação contratada (para os quais não faz sequer sentido a discussão sobre cessão contratual), *a validade da cessão contratual, independentemente do contrato ser pessoal devido à restrição estipulada pelas partes ou impessoal, dependerá da concordância do contratante que se pretende ceder*⁴⁹. Assim, em regra, mesmo quanto aos contratos impessoais, a cessão contratual exige a anuência do pretenso cedido. Excepcionam-se dessa necessária anuência aqueles contratos cuja livre circulação decorreria de disposição legal; esses, todavia, alcançam uns poucos, segundo rol exemplificativo formulado por Dimas de Oliveira CESAR⁵⁰.

49 Em monografia de fôlego sobre a Cessão de Contrato (*Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 432) Carlos Alberto da Mota PINTO expõe: “A cessão de contrato é o meio jurídico tendo por finalidade a circulação da relação contratual, isto é, a transferência ‘ex negotio’ do conjunto de posições ativas e passivas criadas por um contrato. Há uma transmissão da referida relação de uma das partes contratuais (cedente) para um terceiro (cessionário) com o consentimento do outro contraente (cedido). Produz-se, pois, a entrada contratual de um terceiro na posição de parte contratual do cedente, isto é, na titularidade da relação contratual ou, na terminologia da lei portuguesa (art. 424º do Código Civil), da posição contratual. Para a produção deste efeito é imprescindível o acordo do outro contraente originário: o cedido. Este acordo pode manifestar-se num momento simultâneo, posterior ou mesmo anterior ao acordo das duas outras partes.” PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, XXIII, 1958, pp. 409-412) considera o consentimento do pretenso contratante cedido como requisito de eficácia da transferência, entendendo que mesmo sem esse acordo, “O que resta do negócio jurídico entre o figurante que queria sair e o que se prestava a entrar na relação jurídica fundamental é o que se conclui dos termos do negócio jurídico. Se é de entender-se que persiste, os atos do outorgado são atos em nome do outorgante e, para adimplemento, é interessado, no sentido do Código Civil, art. 930. É absurdo dizer-se que, faltando o consentimento do figurante permanente, o negócio jurídico é inexistente. É, no tocante à liberação do outorgante e, pois, no tocante à transferência, ineficaz.” Distintamente, tem-se que, para os contratos administrativos, o consentimento da Administração contratante com a cessão contratual é verdadeiro requisito de validade do negócio jurídico em causa, haja vista a imprescindibilidade para resguardo do interesse público (nesse aspecto, indisponível) de que seja averiguado o atendimento por parte do candidato a cessionário das exigências editalícias habilitatórias. Observado isso, concorda-se com a opinião do venerável jurista quanto ao entendimento de que, mesmo ausente o consentimento ou presente expressão manifestação contrária ao negócio por parte da Administração contratante, não seguirá a completa ausência de sentido jurídico para o acordo eventualmente firmado entre o contratante que pretendia sair da avença administrativa e aquele que pretendia nela entrar. Em atenção aos arts. 170 (“Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”) e 184 (“Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”), pode, a depender das cores do caso concreto, o acordo originalmente firmado como cessão de contrato administrativo, em face da negativa de anuência da Administração contratante, restar com o conteúdo de uma simples cessão de crédito.

50 *Apud* Sílvio RODRIGUES, *op. cit.*, p. 315.

A necessidade da anuência do eventual futuro contratante cedido para que se aperfeiçoe a cessão contratual, possibilitando àquele a avaliação sobre o negócio em causa preservar ou não o atendimento dos seus legítimos interesses relacionados com a contratação (juízo materialmente pressuposto a sua manifestação em favor ou desfavor da operação), atende à segurança jurídica, à boa fé e à simetria dos contratantes nas relações contratuais, respectivamente, (a) assegurando às partes a certeza da identidade daquele que ocupa o pólo contratual oposto, (b) impedindo a burla ao cumprimento das obrigações contratuais mediante alienação da posição contratual à sorrelfa da ciência da parte cedida e (c) preservando o bilateralismo instrumentador (mas não como meio único e nem sempre eficaz) do trato equitativo das partes contratantes.

Considerando o que exposto como condicionantes da licitude da cessão de contratos administrativos, essa operação e outras símiles (associação do contratado com outrem, transferência do contrato, subcontratação, cessão parcial), em sede de avenças administrativas, passar-se-iam muito diferentemente do que descrito em sede de contratos privados?

Diferentemente, sim, mas não muito. De fato, do que vimos no final do tópico anterior, dentre os requisitos de validade da cessão de contrato administrativo, apenas se apresentam como peculiares a essa espécie contratual a (i) inexistência de vedação no instrumento convocatório e no contrato (se existente vedação, pode-se ainda cogitar que, em hipóteses excepcionais estreitamente vinculadas à objetiva demonstração de ser a melhor opção posta à consecução do interesse público, a Administração contratante poderia proceder à alteração contratual, anuindo com a cessão do contrato⁵¹) e (ii) a necessária *objetividade* (refletida nos requisitos formais e materiais da *motivação*) na demonstração de que a exequibilidade contratual e correlato atendimento do fim público assistido pela avença restam assegurados uma vez aperfeiçoada a cessão da avença administrativa.

Essas peculiaridades, entretanto, além de não impedirem afirmar a licitude da cessão de contrato administrativo, não justificam considerar-se tais contratos como *intuitu personae* por natureza, pois, a principal (senão única) conseqüência jurídica desse atributo — a vedação à cessão contratual ou operações similares — acabamos de ver não se operar, em regra, com os contratos administrativos (a não ser na hipótese de contratos com escopo de execução *personalíssima*, o que, *todavia, passa-se identicamente no direito privado*). E mais: a cessão de contratos administrativos opera-se muito assemelhadamente ao que se passa com a mesma operação em contratos privados, distinguindo-se a primeira apenas por duas restrições peculiares. A distinção, entretanto, é perfeitamente descrita como *um condicionamento mais restritivo* para os contratos administrativos no que atina com sua circulação (cessão contratual e operações aproximadas), sendo, mais que ocioso, falso daí afirmar uma alentada natureza *intuitu personae* dessas avenças, pois estar-se-ia

51 O rigor com que deve ser *objetiva e detidamente* justificada, no caso concreto, uma tal operação é intenso, pois, voltado aí a afastar qualquer indício de *desvio de poder e conseqüente quebra da isonomia*.

aludindo a um conteúdo de regime jurídico que, consoante visto, não incide (e a comparação com o fenômeno da cessão contratual nos contratos privados revelou-o bem).

7. Conclusões

A cessão de contrato administrativo é operação lícita, sem embargo de sujeita a restrições mais intensas que o ocorrente com os contratos privados. Ela é condicionada ao atendimento dos seguintes requisitos: (i) a ausência de previsão proibitiva no edital e no instrumento convocatório; (ii) compatibilidade com o objeto contratual (o qual não pode ser de execução personalíssima, como, p. ex., um parecer jurídico); (iii) a aquiescência do ente contratante, a qual está condicionada (iii.a) ao atendimento das exigências editalícias de habilitação ou pré-qualificação por parte do candidato a cessionário e (iii.b) à inexistência de empecilho de conveniência e oportunidade em face do interesse público.

Tais requisitos são peculiares (e mais restritivos) a essa operação. A par deles, certamente põem-se outros impostos à generalidade dos atos e negócios administrativos, como a (i) ausência de desvio de poder, (ii) a não instituição de vantagens indevidas para quaisquer das partes (inclusive, agentes públicos ou terceiros por estes indicados), (iii) a inexistência de simulações ou fraude a terceiros etc.

O referido juízo discricionário de conveniência e oportunidade, como todos do gênero, limita-se pelo crivo em face dos Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade (relevantíssimo para, pela lógica do razoável, equacionar a proteção e a consecução do interesse público com o exercício de legítimos interesses patrimoniais do particular contratado referidos com a alienabilidade de sua posição contratual) e da Finalidade.

A um espírito impressionável poderia, talvez, assomar como argumento consistente contra a licitude da cessão de contrato administrativo a alegação de que tal negócio deixaria a porta aberta para a quebra da seriedade das propostas comerciais em certames, a ampla comercialização das posições de contratado nos contratos administrativos e desvios afins. Um tal discurso certamente terminaria, em fecho retórico de ouro, dizendo que a cessão de contrato administrativo agride assim à moralidade administrativa. Esse argumento, todavia, não passa de uma falácia.

Ora, todo *ato jurídico legalmente considerado como lícito* pode, no caso concreto, ser realizado com algum vício de legalidade. Toda forma legal lícita em abstrato pode ser, no caso concreto, pervertida em seu uso. Por exemplo: ninguém duvida que a desapropriação é um ato administrativo lícito (previsão constitucional e legal); por outro lado, em nenhum momento essa licitude *em abstrato* é negada pela ilicitude revelada em uma desapropriação realizada como instrumento de perseguição política. A ilicitude do uso de uma forma jurídica *no caso concreto não é* assim argumento bastante para sustentar a ilicitude dessa forma *em abstrato*. Em raciocínio mais direto: *não é porque se traficam entorpecentes via aeroporto que o estabelecimento e a prestação dos serviços aeroportuários seriam ilícitos!...*

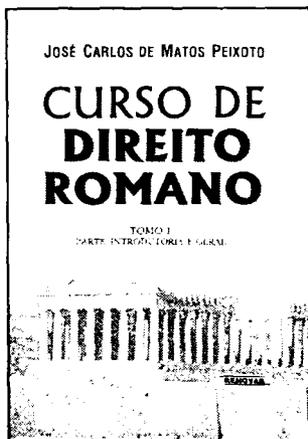
Lícita a cessão de contrato administrativo, tanto mais tranqüilo afirmar a licitude de operações similares, conquanto menos intensas em seus efeitos, como a subcontratação (que conta com explícita previsão legal: Lei n. 8.666/93, art. 72), a cessão parcial e o consórcio do contratado com terceiro, submetidas todas aos mesmos requisitos apontados para a cessão contratual. No dizer dos brocardos, *quem pode o mais, pode o menos*⁵², e, é certo que a cessão parcial, a subcontratação, a transferência do contrato, a associação do contratado com outrem aproximam-se da cessão de contrato administrativo naquilo que mais relevante para a discussão em pauta: o ensejo para que terceiro que não tenha participado do certame licitatório execute escopo do contrato administrativo ou de alguma forma tenha sua situação jurídica alterada ao se relacionar com o objeto do mesmo.

Os contratos administrativos não são *intuitu personae* por natureza conceitual. Podem sê-lo, em dados casos, pela natureza de seu escopo (obras artísticas, pareceres jurídicos, contratações de empresas especializadas etc.) ou, independentemente do conteúdo do escopo, por *expressa* determinação da Administração contratante, seja no instrumento convocatório do certame, seja no instrumento contratual (e o particular, aderindo a tal contrato, terá ocasionado que seu personalismo decorra da bilateralidade contratual, algo, senão idêntico, muito aproximado ao que ocorre em vários contratos *privados* de adesão). Essa eventualidade decorre, assim, ou da natureza da prestação contratada ou de cláusula contratual *não necessária*; não, pois, da natureza jurídica do contrato administrativo. Em sua generalidade, os contratos administrativos têm apenas sua circulação (cessão contratual e operações aproximadas) mais condicionada ou restringida que a dos contratos privados. E essas afirmações, como visto, não se contradizem.

52 Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 18 ed., 1999, p. 245), sempre ele, nos dá o esteio hermenêutico para tanto: "In eo quod plus est semper inest et minus: 'Quem pode o mais, pode o menos' (Literalmente: "Àquele a quem se permite o mais, não deve se negar o menos." 'No âmbito do mais sempre se compreende também o menos). O último brocardo justifica o argumento a *majori ad minus*, que aplica às partes a regra feita para o todo, e julga lícito, ou exigível, o menos quando o texto autoriza, ou obriga, ao mais. (...) Os dois argumentos, a *majori ad minus* e a *pari*, seguem processo inverso do a contrario: são mais fecundos e de emprego mais freqüente. Descoberta a razão íntima e decisiva de um dispositivo, transportam-lhe o efeito e a sanção aos casos não previstos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos aos do texto."

Curso de Direito Romano

José Carlos de Matos Peixoto



Trata-se de obra que se inclui entre as clássicas da nossa literatura jurídica, e que serviu de livro fundamental para a formação de inúmeras gerações de estudiosos do direito. Merece ser lida por todos aqueles que pretendem aprofundar seus conhecimentos jurídicos, para o que são indispensáveis sólidas noções de história do direito, especialmente do direito romano.

Ref. 0137
Form. 16x23

Encadernado 412 págs.
1997 4^a ed.

Curso de Organização Judiciária

José de Souza Gama

Esta obra é de grande utilidade para o estudioso do Direito, pois trata dos temas mais relevantes da disciplina. Para ser bem sucedido em sala de aula, concurso público e exame de ordem, será preciso dominar, conhecer profundamente, a estrutura do CODJERJ e do REGIMENTO INTERNO DO TJ, sabendo onde estão e o assunto tratado em cada livro, título, capítulo e seção.



Ref. 0174
Form. 16x23

Cartonado
1998

756 págs.