

A (im)possibilidade de cessão integral de contrato administrativo por acordo entre particulares

Maurício de Chateaubriand Lustosa Borges Pereira
Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-graduado em LL.M Litigation pela FGV Direito Rio

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa
Advogada da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UFAM

RESUMO

A finalidade do presente artigo é o estudo quanto à possibilidade de sub-rogação de um contrato administrativo entre particulares, por ausência de interesse ou capacidade do contratado em executar o objeto do contrato, à luz dos princípios da licitação, em especial o da vinculação ao edital, e dos preceitos doutrinários e julgados do Tribunal de Contas da União. A análise é realizada com base em um caso concreto e verídico, sem identificação das partes envolvidas, apresentando-se, por fim, após todas as ponderações cabíveis à hipótese, a solução mais balizada segundo a lei e a orientação jurisprudencial dominante dos órgãos de controle externo.

Palavras-chave: Cessão de contrato administrativo entre particulares. Princípio da vinculação ao edital. Impossibilidade como regra. Jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the possibility of subrogation of an administrative agreement between individuals, due to lack of interest or ability of the contractor to perform such contract, based on the principles of the Bidding, in particular the binding terms of the initial proposal stipulated by the State and doctrinal precepts and rulings of Brazil's National Court of Audit " Tribunal de Contas da União. The analysis is performed based on a concrete, real-life case without identifying the parties involved, presenting, finally, after all considerations to the hypothesis, the solution which is more appropriated to the law and the dominant jurisprudential orientation of external control agencies.

Keywords: Assignment of an administrative contract between individuals. Principle of the binding terms of the initial proposal. As a rule, that is impossible. Jurisprudence of Brazil's National Court of Audit " *Tribunal de Contas da União*."

Introdução

No presente trabalho serão discutidas algumas questões jurídicas que podem ocorrer em um processo licitatório cujo objeto seja de longo prazo de execução, os efeitos que um edital de licitação produz inexoravelmente no contrato que dele decorre, assim como o princípio constitucional do dever geral de licitar e suas implicações dentro do contexto proposto. Com efeito, trata-se de caso prático em que um determinado contratado pela Administração que não deseja ou não possui mais condições de continuar prestando o serviço licitado visa ceder a outrem sua posição contratual. Serão discutidas as implicações da situação em que esse contratado demonstre incapacidade ou desinteresse em executar, plenamente e a seu termo final, o objeto contratual.

Assim, o objeto do presente trabalho, que trata de alguns conceitos gerais – como o princípio da vinculação da Administração ao edital –, é mais especificamente a cessão integral de um contrato administrativo entre particulares – um que tenha sido vencedor de um certame licitatório e outro que não tenha qualquer relação com a Administração contratante. Busca discutir, em verdade, a pretensão de sub-rogação de tal contrato administrativo, para tanto expondo doutrina que aventa a questão e certos julgados do Tribunal de Contas da União que apreciaram a matéria em casos concretos.

1 Apresentação do caso gerador, seus atores e argumentos¹

Suponhamos que o município X tenha realizado licitação de obra pública, a qual foi vencida pela empresa A, tendo sido adjudicado seu objeto e assinado o respectivo contrato administrativo.

A obra foi suspensa por decisão liminar da Justiça, que foi instada a apreciar supostos vícios de legalidade do procedimento licitatório em ação promovida por empresa inabilitada no curso da licitação que, irresignada, recorreu ao Poder Judiciário.

Após quase dois anos, somente com a rejeição dos pedidos autorais e cassação da liminar concedida, a empresa A pôde reto-

¹ *O caso gerador relatado é uma livre adaptação descontextualizada e desidentificada de um caso concreto e verídico, porém aqui utilizado para fins meramente acadêmicos, sendo certo que nem todos os sujeitos, fatos e argumentos jurídicos aqui mencionados são aqueles presentes no caso original.*

mar o curso do cumprimento do contrato. Finalmente tendo obtido autorização para complementação das obras, manifestou desinteresse no adimplemento contratual e solicitou à prefeitura do município X que lhe autorizasse ceder o contrato administrativo à empresa Z, que por sua vez não participou da licitação, mas que havia demonstrado interesse na assunção das obrigações e direitos contratuais da empresa A.

O município X promove o apostilamento do pacto firmado com a empresa A, de forma a permitir a cessão do contrato administrativo, aceitando, assim, o pedido formulado.

Já o Ministério Público questiona a operação, uma vez que seu presentante considera que a concretização da cessão ensejará fraude por inobservância do dever de licitar, observando não haver qualquer previsão de cessão do contrato no edital que lhe deu origem, instaurando, assim, inquérito civil preparatório para uma eventual medida judicial a ser intentada contra todos os envolvidos – município e empresas.

Nesta etapa do trabalho serão analisados os atores envolvidos no caso gerador – a prefeitura do município X, a empresa A e o Ministério Público – e a forma de tratamento que deram à questão examinada, dando-se início com os argumentos da empresa A, com o intuito de facilitar o encadeamento de ideias, posto ser dela o pedido inaugural dos fatos em exame.

Após inaugurar o pedido administrativo, falará o município X e, com essa movimentação da máquina administrativa municipal que poderá acolher tal pleito, o Ministério Público. Adicionalmente, serão acrescidos os argumentos utilizados por cada um que embasaram seus respectivos entendimentos.

1.1 Empresa A

A empresa contratada argumenta que participou da licitação promovida pelo município X que teve por objeto a realização de obras de infraestrutura, as quais tiveram seu início suspenso por decisão liminar da Justiça Estadual, que havia sido instada a se manifestar acerca de supostos vícios havidos na condução do processo licitatório.

Do início da ação judicial – na qual foi concedida liminar determinando a suspensão de qualquer ato relativo ao contrato firmado entre o município X e a empresa A – até o momento de prolação da sentença de mérito – na qual foi reformada expressamente aquela decisão liminar – passaram-se aproximadamente dois anos.

Ressalta a empresa A que, nesse período, por força da decisão da Justiça Estadual, não houve a prestação de qualquer serviço à

prefeitura do município X, acarretando, de outro turno, a ausência de recebimento de qualquer parcela pecuniária que por aquele seria devida.

Em razão de a expectativa de cumprimento do contrato (para o qual havia se preparado quando do oferecimento de proposta no curso da licitação) ter sido frustrada diante da paralisação do andamento das obras em obediência à decisão liminar, a empresa A envidou esforços negociais em outras áreas, aplicando seus recursos humanos e materiais então ociosos em outros trabalhos.

Com esse redirecionamento das atividades da empresa, na ocasião em que a decisão liminar foi reformada a empresa A não conseguiu redirecionar seus elementos de produção de forma a conseguir cumprir o contrato com a municipalidade. Em um primeiro momento, chegou a entabular esforços para adimplir o compactado, mas seus recursos estavam imobilizados em outras frentes, o que levou seus administradores à conclusão de que não havia como cumprir o contrato a contento e em seu devido prazo.

Diante desses fatos incontornáveis, a empresa A, em contato com a empresa Z – não participe do processo licitatório –, vislumbrou a possibilidade de ceder a esta os direitos e deveres decorrentes do contrato firmado com o município X, com isso se esquivando do seu dever contratual de adimplir o pacto de forma satisfatória, o que, àquele momento, lhe era impossível.

Por serem ambas pessoas jurídicas de direito privado de cunho eminentemente empresarial, promoveram acordo entre elas e levaram ao conhecimento do município X a proposta de cessão do contrato firmado entre este e a empresa A à empresa Z, pugnando por seu acolhimento.

1.2 Prefeitura municipal – município X

O município X, após se desvencilhar da ação judicial que amarrava o curso do contrato – de forma a impedir seu início – firmado depois da licitação, teve a amarga tarefa de dar solução ao pedido da empresa A, já que uma obra necessária há anos permaneceria suspensa, desta feita em razão da alegada impossibilidade de atendimento pela contratada.

Importante frisar que o remédio jurídico concedido pela Lei 8.666/93 ao ente licitante – o da sanção administrativa contra a empresa contratada – não resolveria, de imediato, ainda que aplicado, a questão da necessidade de obtenção urgente do objeto contratual licitado.

Assim, ao receber o pedido de cessão do contrato em favor da empresa Z, o município X debruçou-se sobre o contrato a que se referia, tendo estudado suas cláusulas e constatado que não havia no edital e tampouco no instrumento contratual a proibição de cessão do mesmo a terceiro.

Por não existir expressa vedação de cessão do contrato, entendeu o município X que, com a sua concordância, o pacto poderia ser transferido a um terceiro, já que também a Lei 8.666/93 reconhecia como causa rescisória do acordo contratual somente “a cessão ou transferência, total ou parcial [...] não admitidas no edital e no contrato” (art. 78, inciso VI).

A linha decisória adotada pela municipalidade então se direcionou para a ausência de proibição da operação pretendida que, se restasse acolhida pelo ente contratante, seria tida como juridicamente válida.

Cumprir ser ressaltado que, de fato, o contrato era omissivo quanto à possibilidade de cessão. A única cláusula que tratava da matéria era reprodução fiel do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.

Ora, no entender do município X, se a Lei Geral de Licitações não obsta a cessão, nem o contrato o faz, há que se vislumbrar a possibilidade de acatamento do pedido.

Ato contínuo, de forma a se cercar de maior segurança jurídica e em respeito aos princípios administrativos que iluminam a licitação, o ente municipal entendeu por bem convocar os licitantes remanescentes para manifestar interesse em assumir o contrato. Face à negativa destes quanto à assunção da posição contratual, não vislumbrou óbice jurídico à cessão do contrato da empresa A à empresa Z, desde que esta provasse possuir os mesmos requisitos de habilitação que foram exigidos dos licitantes no momento próprio, lembrando-se, mais uma vez, que a empresa Z não participou da concorrência.

Uma vez conferidos os requisitos de habilitação da empresa Z, a prefeitura do município X anuiu ao termo de cessão de direitos e obrigações entre aquela e a empresa A, fazendo publicar em Diário Oficial a notícia do instrumento.

1.3 Ministério Público

O Ministério Público tomou ciência do contrato de cessão feito pela empresa A para a empresa Z no momento em que houve a publicação do ato avalizado pela municipalidade em Diário Oficial.

Dentro dos poderes investigativos que lhe é peculiar, o membro do *parquet* competente entende por bem instaurar inquéri-

to civil e solicita informações sobre o caso à prefeitura do município X.

No entender do MP, a investigação dos fatos ocorridos naquele processo administrativo é impositiva, já que a instituição é fiadora da lei, cabendo-lhe atestar se houve ferimento das regras atinentes à Lei Geral de Licitações em uma contratação já tão conturbada juridicamente e em tão pouco tempo após o deslinde da ação judicial sobre o mesmo objeto contratual, da qual participou como *custus legis*.

Com a vinda do parecer da assessoria jurídica da prefeitura, bem como do instrumento de cessão contratual e outros pertinentes ao caso, a promotoria vislumbra óbice jurídico àquela contratação, já que pautada na principiologia privatista segundo a qual o que não estivesse proibido pelo ordenamento restaria autorizado.

Ocorre que, em sede de direito público, em especial administrativo, o administrador deveria se pautar pelo princípio da legalidade e, portanto, atuar somente dentro da esfera e de limites em que estiver autorizado.

A convicção do membro do Ministério Público reside, portanto, na ausência de previsão de possibilidade de cessão tanto no edital como no contrato dele decorrente, o que deveria pautar a atuação do administrador. Além disso, entende que a cessão integral do contrato importa em fuga do dever geral de licitar, consagrado constitucionalmente.

Com base em tal linha de raciocínio, busca o MP obstar o prosseguimento daquele contrato já cedido, expondo ao administrador suas razões e permanecendo no aguardo do que será decidido pela prefeitura do município X, sendo certo que do inquérito civil poderá resultar nova ação judicial, caso não haja uma convergência decisória entre o administrador e o pensar do MP.

2 Doutrina e jurisprudência sobre a matéria

Para o estrito exame do caso gerador proposto, há de serem examinados os seguintes pontos: (i) a vinculação da Administração, no curso da relação contratual, ao edital que deu origem ao contrato; (ii) se existe e como se dá a cessão de um contrato administrativo; (iii) na hipótese de não ser possível realizar-se a cessão, de que forma deverá a Administração validamente proceder.

2.1 Da vinculação da Administração ao edital do certame

Um dos clássicos princípios comentados ao se tratar de licitação – o da vinculação ao instrumento convocatório – encontra-se

positivado no art. 3º da Lei 8.666/93² e sua importância é vital para o deslinde do caso gerador proposto, já que dele se extrai a lição de que a Administração fica adstrita, no processo licitatório, a tudo aquilo que tiver tratado e exigido no instrumento inaugural da fase externa da licitação, o edital.

Pode-se comparar o princípio em tela com aquele oriundo da teoria contratual de Direito Civil, *pacta sunt servanda*, pelo qual o contrato é lei entre as partes. Aqui, na seara administrativa, convém ser destacada a lição de Pereira Junior (2007, p. 63):

O da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições; o art. 41 da Lei 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao que se acha estritamente vinculada”, reconhecendo, no §1º, a qualquer cidadão, legitimidade “para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei”.

No mesmo sentido, porém de forma mais incisiva, ensina Carvalho Filho (2005, p. 203):

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O contrato que decorre da licitação obedece ao mesmo princípio, sendo certo que já foi dito que “o contrato administrativo [...] encontra-se visceralmente ligado em sua origem ao procedimento concorrencial, especificamente ao edital de licitação” (ALVIM, 2008, p. 204).

É própria do edital, entre outras, a tarefa de delimitar e estipular quais serão as cláusulas do contrato que será firmado ao fim de uma bem-sucedida licitação:

² “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua “lei interna”. Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar (art. 41) (MELO, 2008, p. 572).

Ao passo que os requisitos do edital se encontram previstos nos incisos do art. 40 da Lei Geral de Licitações, cabe mencionar que o mais importante para o presente enfoque é a exigência legal para que o instrumento convocatório tenha em seu bojo, como um de seus obrigatórios anexos, “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”, na forma do previsto no art. 40, parágrafo segundo, alínea III.

Em sendo um dos anexos do edital desde o momento da publicação deste, o contrato é de manifesta ciência de todos os atores envolvidos no procedimento licitatório, descabendo alterar sua natureza ou modificar suas cláusulas ao fim do certame, como se em sede privada se estivesse a negociar. Em geral, o contrato é um espelho de todas as exigências, obrigações e direitos constantes do edital.

Não se pode negar pleno acerto quanto às palavras de Alvim (2008, p. 204) no que tange à nulidade decorrente de desobediência do contrato ao edital que lhe deu origem:

Impõe-se, então, à vista das premissas aqui estabelecidas, a conclusão de que, constatada a existência de cláusulas ou disposições contratuais que se afastem do edital e da legislação aplicável, restam, essas cláusulas, inquinadas de nulidade, o que deve, observe-se mais uma vez, ser pela Administração reconhecido.

Desta forma, vê-se que o princípio em tela é de máxima importância à teoria e prática relativa ao tema licitação, sendo certo que através dele “se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 203).

2.2 Da cessão do contrato – hipótese cabível

O edital de uma determinada licitação pode prever o cabimento de cessão do contrato a que dá origem, regulando ou não as possibilidades e condições em que tal transferência se perfaz, tudo com base no entendimento que se dá ao disposto no artigo 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.

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** (grifo nosso).

Vê-se, assim, que o permissivo da possibilidade de cessão do instrumento contratual nasce com o próprio edital, não se cogitando uma alteração casuística da regra contratual concebida ainda na fase editalícia do certame.

Nessa linha de raciocínio, tem-se o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Contas da União (AC 1998/2008-Plenário):

3.5.2 – Situação encontrada:
INDÍCIO DE IRREGULARIDADE 5 – Subcontratação irregular de contrato.
[...]

O art. 78, inc. VI daquela Lei, também deixa claro que qualquer forma pela qual se opte pela transmissão de direitos e obrigações a outrem (subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão, incorporação), para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no instrumento convocatório quanto no contrato (grifo nosso).

Das lições de Justen Filho (2008, p. 773), extrai-se que a contratação com o particular através de procedimento licitatório deve-se à necessidade de selecionar-se, de forma isonômica e objetiva, a melhor proposta que atenda aos interesses fundamentais da Administração:

Se a Administração selecionou determinada proposta como a mais vantajosa, firmar contrato com outrem representaria infringir os interesses fundamentais – como regra. Afinal, haveria modificação no sujeito que executa o contrato, o que nem sempre asseguraria a identidade da prestação a ser executada. A modificação do sujeito se traduziria, eventualmente, em alterações no conteúdo da prestação. No final das contas, o Estado acabaria recebendo objeto distinto daquele selecionado através da licitação.

Por outro lado, haveria infringência ao princípio da isonomia. Um determinado sujeito acabaria sendo contratado sem o crivo prévio da licitação [...].

Mas a licitação não produz qualquer espécie de vínculo subjetivo de confiança entre as partes do contrato administrativo [...]. Trata-se, mais propriamente, de observância quanto a outros princípios jurídicos, característicos do Direito Constitucional.

Como, então, coadunar tais ensinamentos com o artigo 78 da Lei Geral de Licitações? Estaria equivocado o renomado autor ou equivocada a lei? A resposta vem das palavras seguintes, pelas quais é lecionado que não se trata de uma contratação absoluta e imutavelmente rígida, permitindo, sim, alterações, tanto objetivas quanto subjetivas: “se a prévia licitação não impede a modificação das prestações contratuais, então também não pode ser obstáculo a modificações no âmbito dos sujeitos contratados” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 774).

Tendo por base o aqui transcrito dispositivo legal, bem como calcado em uma evolução de sua própria jurisprudência³, o Tribunal de Contas da União já entendeu pela possibilidade, sob certas condições, de modificação subjetiva em contratos administrativos:

Jurisprudência do TCU

Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja anuência expressa da Administração à continuidade do contrato (Acórdão nº 634/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

Com efeito, é interessante a transcrição do seguinte julgado proferido pela Corte de Contas (AC 3400/2011 - Segunda Câmara), no qual fica clara a evolução de seu entendimento da matéria em apreço:

[...]

13. A propósito, ainda que não mencionada na análise técnica, alerta para árdua discussão jurisprudencial, no âmbito desta Corte, sobre a matéria cessão (ou sub-rogação) de contratos, sobre a qual já tive a oportunidade de discorrer em diversos processos. Assim é que pondero sobre a evolução jurisprudencial no Tribunal, representada pelos julgados a seguir, o último deles decorrente de apreciação em processo de minha relatoria: Decisão nº 420/2002, Acórdão nº 1.108/2003 e Acórdão nº 634/2007, todos do Plenário.

³ Segundo descrição evolutiva de entendimento e julgados feita por Justen Filho (2008, p. 774-777).

14. Na Decisão nº 420/2002 (Rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti), o Tribunal firmou o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.

15. Posteriormente, no Acórdão nº 1.108/2003, prolatado em sede de consulta formulada pela Câmara dos Deputados, esta Corte evoluiu seu posicionamento para responder ao consulente que é possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

- i. tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93;
- ii. sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação; e
- iii. sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.

16. Na mesma linha do Acórdão nº 1.108/2003, acima mencionado, em que o Tribunal Pleno prolatou o Acórdão nº 634/2007, acompanhando voto da minha lavra, no sentido da ampliação da possibilidade de alteração subjetiva de contrato cuja contratada passou por cisão, incorporação ou fusão, para casos em que, ainda que não expressamente prevista no edital e no termo do contrato tal possibilidade, a contratada tenha passado por um desses processos e desde que:

- a. sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original;
- b. sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato;
- c. não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e
- d. haja anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.

[...]

Pela leitura desse acórdão, vê-se que o TCU aceita, de forma condicionada, a cessão do contrato quando se trata de sub-rogação de contrato a empresa que tenha sucedido à inicialmente contratada pela Administração na hipótese de aquela ter passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, todos tratados no art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93. Isto é – e como se verá no tópico subsequente –, não é aceita como legal a cessão com sub-rogação de contrato a contratada que não tenha sofrido um desses proces-

sos de reorganização empresarial, nem tenha sido licitante participe no certame (Acórdão 634/2007, também aqui transcrito anteriormente).

Complementando, ainda, a decisão em tela, têm-se as seguintes lições acerca da inexistência de autorização em edital:

Não se afasta a aplicação do raciocínio antes desenvolvido em virtude da ausência de autorização expressa. A fórmula verbal consagrada na parte final do inc. VI do art. 78 deve ser bem interpretada. Quando a Lei se refere a modificações “ não admitidas no edital e no contrato”, isso não significa exigência da prévia e explícita autorização para substituição do sujeito. Interpretação dessa ordem conduziria, aliás, a sério problema prático. É que nenhum edital prevê, de antemão, a livre possibilidade de cessão de posição contratual. Nem teria sentido promover licitação e, concomitantemente, estabelecer que o vencedor poderia transferir, como e quando bem entendesse, os direitos provenientes da contratação. Essa não é a regra norteadora da contratação administrativa (JUSTEN FILHO, 2008, p.778-779).

Desta forma, além das hipóteses de cisão, fusão e incorporação – fora do tema delimitado para o presente trabalho –, somente se admite a cessão do contrato administrativo a uma das empresas que tenham sido licitantes do certame.

2.3 Da impossibilidade da cessão do contrato – solução pertinente

Fora as hipóteses já analisadas no tópico anterior, a transferência de um contrato administrativo por um contratado após o término da licitação encontra objeção pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja tomando-se por parâmetro o texto constitucional, seja tendo como base a legislação infraconstitucional.

Como a legislação exige a licitação como condição essencial para a contratação, admitir-se a cessão a um terceiro estranho ao certame que deu origem ao contrato é o mesmo que negar aplicabilidade ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que prevê a contratação “ mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

[...] a alteração subjetiva não pode ser instrumento de infringência ao princípio da isonomia. Significa que todos os que pretendiam disputar a contratação tiveram oportunidade de fazê-lo, através da licitação. Não se pode conceber que o sujeito que não poderia participar da licitação obtenha a condição de contratado através

de expedientes indiretos. Ou, então, haveria a possibilidade de frustração ao cumprimento de requisitos exigidos para participação na licitação. O cessionário poderia ser destituído dos requisitos necessários a participar da licitação, por exemplo. Outra hipótese seria justamente o oposto. A cessão funcionaria como instrumento de desconstituição das garantias necessárias à satisfação dos interesses fundamentais (JUSTEN FILHO, 2008, p. 778).

Perceba-se que a admissão de cessão de um contrato administrativo a um terceiro que sequer foi participante da licitação é o mesmo que contratar sem a observância desta, ou seja, importa em fuga do dever geral de licitar.

É esclarecedor acerca do atual entendimento do Tribunal de Contas da União o seguinte julgado (AC-7529/2010 – Segunda Câmara):

16. Ora, a sub-rogação plena, como operada, simplesmente substitui o juízo da Administração – único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório – pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe – agora sem qualquer critério e sem empecilhos – terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição do contratado. Esse sacrifício do princípio da eficiência por ato unilateral de pessoa alheia à Administração Pública – única constitucionalmente autorizada a laborar juízos nessa área – representa ato diretamente atentatório à eficácia e à própria validade do preceito constitucional. A mera anuência da Administração à sub-rogação contratual não substitui nem supre o juízo anteriormente formulado na escolha do contratado, em rigoroso procedimento licitatório.

17. A moralidade administrativa exige do agente público que conheça, respeite, aplique e preserve tudo o quanto a Constituição e a legislação infraconstitucional impuserem à sua ação. A aceitação, pela SEINFRA, da sub-rogação plena dos termos contratuais configura lesão direta à moralidade administrativa, por se traduzir numa opção 'de terceirização' do objeto licitado e fundamentalmente das responsabilidades a ele inerentes, desprezando, ou até burlando, os interesses administrativos cuja observância teria levado à contratação do licitante vencedor.

18. A supremacia do interesse público impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas, físicas ou jurídicas, que com eles mantenham eventual relação. A substituição do licitante vencedor por terceiro (e a Administra-

ção chegou ao licitante vencedor mediante análise de uma série de elementos, dentre eles capacidades técnica e econômica) despreza o interesse público que se concretiza no relacionamento entre a Administração e a licitante vencedora.

19. O **princípio da licitação** resta diretamente lesado, além do que já consta dos argumentos acima expendidos, pela substituição da empresa e proposta vencedoras por qualquer outra cujas qualificações técnica, jurídica, financeira e fiscal e os termos de sua proposta não tenham sido submetidos ao crivo do interesse público ou até mesmo apreciados, mas descartados, por insatisfatório, pelo Poder Público.

[...]

33. Entendimento contrário – admitir-se a transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações – cederia espaço à contratação direta. E esse movimento representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar.

[...]

35. **O resultado lógico-jurídico a que se chega a partir da análise desse quadro não admite, a toda evidência, que seja tolerada a substituição da figura da contratada quanto às responsabilidades que emergem do contrato** ou mesmo a divisão, de forma solidária, dessas responsabilidades (grifos nossos).

É importante que fique registrada posição do professor Marçal Justen Filho que vai muito além daquela apregoada pelo julgado acima, possivelmente indicando pensamento personalíssimo seu que não se sabe se será algum dia encampado pela jurisprudência pátria, pois se trata, como se percebe, de um salto muito grande com o que já foi autorizado pelo Tribunal de Contas da União. Veja-se o seguinte teor:

Reputa-se, respeitosamente, que os argumentos do personalismo do contrato administrativo, da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao resultado do certame não se afiguram como suficientes para respaldar a conclusão atingida. Mas, tal como anteriormente indicado, o contrato administrativo brasileiro não se configura como personalíssimo (excetuadas as hipóteses em que a identidade do licitante seja o motivo fundamental de sua escolha). Realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva. O que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora, com todas as garantias originalmente a si atribuídas. Se houver ampliação dessas garantias,

com a agregação de mais um sujeito para participar da execução e se ficar evidenciado que a Administração receberá precisamente o mesmo objeto que fora ofertado e deverá pagar o mesmo preço obtido na licitação, ficam vencidos (data venia) todos os argumentos invocados pelo TCU. Ou seja, não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada (JUSTEN FILHO, 2008, p. 775).

Fora essa posição com visão estritamente objetiva da contratação, voltando-se àquilo que já foi autorizado ou não como possível de ser cedido – pela ótica subjetiva – pela Corte de Contas Federal, há de ser esclarecido, afinal, como se procede no caso de impossibilidade de cessão do contrato administrativo.

A solução cabível, nessa hipótese, é somente uma: a rescisão do contrato, com necessário início de nova licitação (AC 618/2006-Plenário). Veja-se:

A cessão de contratos administrativos ao invés da rescisão do ajuste anterior e realização de novo certame constitui fuga ao dever geral de licitar. Por último, abordo a irregular cessão do contrato 001/2003 da empresa vencedora da licitação para outras três empreiteiras. A jurisprudência deste Tribunal tem rechaçado essa prática por parte da Administração Pública, tendo em vista que se trata de fuga ao dever geral de licitar. Ademais, procedendo-se a novo certame, pode-se alcançar preço mais vantajoso à Administração Pública. Destarte, o procedimento adequado, no caso concreto tratado nos autos, seria efetuar nova licitação para dar continuidade à obra, após a rescisão do contrato firmado com a empresa [...].

Outra não é a conclusão de Pereira Junior (2007, p. 783-784) acerca da hipótese em exame:

[...] Ao referir-se à subcontratação da execução do contrato e à cessão deste em caráter integral, o decreto-lei, antes, e a lei, agora, almejavam e querem, tão-só, prevenir-lhes a ocorrência, para dizer que, se, conquanto desautorizadas, acontecerem, constituirão motivo para a rescisão do contrato (e, pois, ineficácia do subcontrato ou da cessão). As normas não pretendiam, com a alusão, admitir que o edital ou o contrato pudessem prever a subcontratação e a cessão totais. Apenas acautelaram-se para que tal hipótese não ficasse alheia à consequência prevista para a subcontratação e a cessão parciais, que é a mesma: rescisão do contrato.

É a única interpretação que se compadece com os princípios constitucionais regentes da matéria, que restariam efetivamente alienados se norma infraconstitucional autorizasse a Administração a admitir, em seus editais e contratos, que terceiro alheio à competição licitatória pudesse substituir-se integralmente ao vencedor do torneio, por vontade da contratada. E é o que se infere da regra expressa no art. 50, parte final.

Conclusão

O escopo deste trabalho constituiu-se em projetar alguma luz sobre a questão da impossibilidade, desinteresse ou incapacidade de um contratado pela Administração em prestar de forma efetiva o objeto contratual para o qual foi contratado através de processo administrativo licitatório. Cabe ser lembrado que, por mais que existam penalidades administrativas a serem sempre aplicadas em tais ocasiões ao particular, estas não possuem o condão de fazer materializar de per si o adimplemento do contrato.

Tendo-se em mente que determinados contratos administrativos possuem como objeto uma obra de certa complexidade, ou uma prestação de serviço que se projeta por um lapso temporal de, por exemplo, 60 meses, há situações em que tanto a Administração deseja ter a obra concretizada ou o serviço prestado até seu termo final e a contento, como o contratado não deseja que lhe seja aplicada qualquer penalidade que possa vir a prejudicar sua boa imagem ou lhe gere alguma sanção que o impeça de contratar novamente com a Administração.

O caso gerador proposto não é uma situação fática tão hipotética assim: não raro casos como o exposto neste estudo ocorrem na prática administrativa, nas mais variadas esferas públicas – ou privadas –, sobre as quais se faz sentir os ditames da Lei Geral de Licitações. Uma solução que poderia ser tomada no caso de uma contratação de cunho eminentemente privado pode gerar inconformidade com o que diz a lei que pauta o atuar do administrador. E, por tal razão, na medida em que gera dúvida no gestor público, produz na mesma medida insegurança jurídica que pode resultar no prolongamento do prejuízo à efetividade administrativa.

Para as hipóteses como a relatada no item 2, o gestor deve ter plena ciência do que pode fazer ou deixar de fazer; se não com base no que entende a melhor doutrina e jurisprudência, ao menos com base nesta, já que aquela pode apontar caminhos que nem sempre serão trilhados pelos Tribunais apreciando situações análogas.

Com efeito, o gestor que decide de uma determinada maneira, mesmo que calcada em doutrina abalizada, pode vir a ter sua

conduta decisória reprovada pelos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União, nas matérias que lhes são afetas. Em razão da possibilidade real de reprovação de sua conduta, com penalização tanto do ente quanto do próprio administrador, é preferível que se siga a orientação jurisprudencial dominante em vez de inovar com base doutrinária, pois, ainda que defensável, pode demonstrar-se minoritária.

Com muita valia devem ser absorvidos os ensinamentos doutrinários aqui esposados, os quais quase que majoritariamente defendem a possibilidade, em hipóteses restritas, de cessão de um contrato administrativo, notadamente no caso de rearranjo empresarial (cisão, fusão e incorporação) ou quando a sub-rogação dá-se entre licitantes. Mesmo assim, é bom que se frise, somente é admitida em casos especiais, devidamente fundamentados e motivados, em que fique sopesado o interesse público e o atingimento, por essa via, do princípio da eficiência.

Para tais casos, deverá sempre ser verificado se a cessionária possui as condições de habilitação jurídica, fiscal e técnica que foram exigidas dos licitantes ainda na fase em que foi processada a licitação. Além disso, afigura-se correta a necessidade de previsão no edital e no contrato que dele decorre quanto à possibilidade de que aquela contratação administrativa admitirá no seu curso – verificados os requisitos já explicitados – eventual cessão.

O sistema jurídico brasileiro, em especial o administrativo, é, de forma consagradora, essencialmente positivista e legalista. Por tal razão, não se acredita que possa ser harmonizado, no sistema vigente, que a contratação de particulares para a prestação de serviços à Administração possua a mesma lógica do regime privado.

Com os ensinamentos aqui expostos, depreende-se que o princípio constitucional da licitação exerce uma força atrativa muito forte sobre a jurisprudência, da mesma forma que aquele infraconstitucional – e corolário da legalidade constitucional – de respeito e vinculação às regras editalícias.

Imagine-se que, mesmo com todas essas amarras legais, surjam notícias aos borbotões de fraudes dos mais variados tipos causadoras de imensos prejuízos aos cofres públicos. Não se pode confiar, por extrema ingenuidade, que o regime de direito público funcione tal como aquele privado, em especial com administradores que não possuem com a coisa pública o mesmo zelo que possuem com a sua própria – a ponto de dispensar tais amarras.

Por tal motivo e tendo-se ela como norte do pensamento defendido, acredita-se que segue bem a linha decisória do Tribunal de Contas da União ao reprovar as tentativas de cessão integral do

contrato administrativo por acordo entre particulares, entendendo-se que há, de fato, burla ao princípio legal do dever geral de licitar.

Respeita-se a lógica esposada nos breves ensinamentos de Marçal Justen Filho que afiguram como possível a defesa de cessão do contrato entre particulares, tal como exposto no item 2.3, pelos quais o renomado doutrinador discorda que o dever geral de licitar e o caráter personalista da contratação sejam impeditivos à cessão do contrato. Em que pese fazer sentido sua linha de pensamento no sentido de que não há no direito brasileiro – ao contrário do francês – o caráter personalista da contratação (JUSTEN FILHO, 2008, p. 771-773), colocar em prática sua tese acadêmica poderá representar uma pá de cal nas já turbulentas contratações administrativas.

Alinha-se aqui, com efeito, às decisões do Tribunal de Contas da União, especialmente aquela exposta no Acórdão 7529/2010 – Segunda Câmara, aqui transcrita em parte, que reafirma a jurisprudência da Corte de Contas no sentido de que restam feridos a supremacia do interesse público, o dever de licitar, a moralidade administrativa e, por que não, a isonomia e a própria legalidade, quando se cogita em cessão integral entre particulares (excetuando-se os casos de reorganização empresarial e de cessão entre licitantes, mesmo assim fundamentados no melhor atingimento do interesse público por tal via).

Em análise do caso gerador proposto com base em tais valiosos conceitos, tem-se que possui razão o Ministério Público ao buscar impugnar a cessão feita pela empresa A à empresa Z com o – o que é pior – aval do município X.

Em que pese buscar se entender a necessidade de a municipalidade conseguir de pronto a prestação do objeto contratual, o caminho da cessão integral/sub-rogação do contrato da empresa contratada pelo procedimento licitatório a uma terceira pessoa estranha àquela relação jurídica formada quando da licitação – a qual foi escolhida até mesmo pela própria empresa interessada em figurar como cedente – é muito tortuoso e espinhoso.

Conclui-se, assim, que a rescisão do contrato administrativo (com aplicação das devidas penalidades, é bom que reste claro) é medida que de fato se impõe, deflagrando-se nova licitação (ou até mesmo, de forma alternativa – e indesejada –, seguir pela saída da contratação emergencial) para buscar um particular que preste o serviço, ou seja, o fornecedor dos produtos necessários à Administração.

Referências

- ALVIM, Arruda. *Da adstrição do contrato administrativo ao edital de licitação (e as conseqüências do desatendimento a essa regra – algumas comparações com os princípios do direito privado)*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio (Coords.). **Licitações e contratos administrativos – uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário. Processo 003.972/2005-3. AC - 618/2006-P. Entidade: Município de Rio Branco/AC. Interessada: Procuradoria da República do Estado do Acre e Unidade técnica: SECEX-AC - Secretaria de Controle Externo - AC. Relator: Marcos Bemquerer. Julgado em 26 abr. 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2006&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=618>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. Tribunal de Contas da União, Plenário. Processo 011.299/2008-8. AC - 1998/08-P. Unidade: Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Interessado: Congresso Nacional. Unidade técnica: SECOB. Relator: André de Carvalho. Julgado em 10 set. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1998&anoAcordao=2008>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara. Processo 012.838/2003-9. AC 7529/2010. Entidade: Município de Santo Antônio de Jesus/BA. Interessados/Responsáveis: Álvaro Veloso Bessa e Antônio Wilson Botelho de Sousa. Unidade técnica: 7ª SECEX. Relator: André de Carvalho. Julgado em 07 dez. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&numeroAcordao=7529>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara. Processo 026.995/2008-3. AC 3400/2011. Entidade: Petrobras Distribuidora S.A - MME. Interessados/Responsáveis: Alberto Estevão da Silva, Alexandre José Meirelles Machado e outros 64 citados nominalmente. Unidade técnica: 9ª SECEX. Relator: Augusto Nardes. Julgado em 24 maio 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2011&numeroAcordao=3400>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 2. tiragem.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.