

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210

Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0**41) 352-1200

Fax: (0**41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Fone: (0**11) 3932-0015

Fone/Fax: (0**11) 3932-0974 – CEP: 02.925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 4, 2000.

198 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00246

Consulta

Visando a solucionar impasse criado com a paralisação de obras de grande importância para a Administração Pública, é submetido à análise dos estudiosos o alvitre de se proceder à cessão do correspondente contrato administrativo, firmado por Órgão Estadual, em favor da Prefeitura Municipal, diante da seguinte situação fática: Prefeitura Municipal firmou com órgão público da esfera estadual convênio com finalidade de executar obras referentes à pavimentação e melhoramentos de via de ligação entre a malha viária municipal e o eixo rodoviário estadual, obras de inegável interesse local.

Decorrente desse convênio, o órgão estadual – a quem cabia a responsabilidade de executar as obras e os serviços objeto do compromisso convenial – promoveu licitação para contratar empresa a fim de executar o cometimento. Firmou-se tal contrato. Enquanto o Município se desincumbia da sua parcela de responsabilidades – promoção de desapropriações, realização de serviços consistentes na remoção de interferências, liberação da área das obras etc. – iniciou a empresa contratada pela Administração estadual os serviços e as obras para as quais se obrigou.

Contudo, após a execução de parcela correspondente a aproximadamente 52% do contrato, foi este interrompido, por ordem da

(1) Advogado, Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP.

segundo e de terceiro grau de complexidade (Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), estes subtetos jamais poderão ser destinados a carreiras específicas, ainda que sejam exclusivas de Estado, ainda que integrantes de um mesmo Poder. A antiga redação do art. 37, XI, que admitia a pluralidade de tetos remuneratórios, em cada grau de complexidade federativa, restou substituída pela previsão de um teto padrão para os três Poderes. Assim, caso se pretenda criar um subteto nos Estados e Municípios, hipótese não prevista expressamente na Reforma Administrativa, o seu valor necessariamente deverá ser único, fruto da iniciativa conjunta dos Poderes existentes em cada unidade federada, em respeito ao princípio da separação dos poderes e em conformidade com a previsão do art. 48, XV:

“Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre a fixação do subsídio dos Ministros do STF, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF”.

11. As normas incorporadas à CF/88 com a Reforma Administrativa dependem para aplicação aos Estados-Membros de revisão constitucional no âmbito estadual?

Regra geral, as normas previstas na Reforma Administrativa possuem aplicação imediata, mesmo porque tratam de matéria de distribuição de competência. As normas de eficácia condicionada, porque estabelecem deveres, prescindem, por sua vez, de revisão constitucional no âmbito estadual. O teto remuneratório, por exemplo, apesar de imediatamente inexecutável, se sujeita apenas à promulgação de lei de iniciativa conjunta da chefia dos três Poderes da União (dispositivo citado na resposta à questão número 10), independentemente do exercício do poder constituinte estadual.

12. Quais os critérios para a alteração dos subsídios fixados?

A Reforma Administrativa prevê que “os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio” (art. 39, § 6º), o que pressupõe o estabelecimento de um critério anual de alteração. Assim, anualmente, os valores do subsídio poderão ser modificados, observado sempre o princípio da irredutibilidade, ou mantidos.

Administração estadual, em virtude de inexistência de recursos por parte do Estado para fazer frente às obras, objeto do convênio.

Paralisado *sine die* o contrato, ficou a municipalidade privada da melhoria em apreço. Pior, restou impossibilitada a Administração municipal de promover, às suas expensas – o Município possui recursos suficientes pelo menos para realizar parcela das obras –, o cometimento em tela.

De fato, há contrato ainda vigente para executar a melhoria. Deste modo, a promoção de nova licitação, agora no âmbito municipal, poderia trazer à tona questionamentos jurídicos, principalmente por parte da empresa contratada pela administração estadual para realizar a empreitada.

O impasse está criado. As obras e os serviços não podem ser realizadas pela Administração estadual – vazia de recursos financeiros – nem pela Administração municipal – obstada juridicamente pelo direito da empresa contratada para o empreendimento.

Tal inusitada situação se agrava quando temos em conta não só o interesse público enredado na melhoria, mas também o fato de que o Município já despendeu recursos para fazer frente à grande parcela das suas responsabilidades previstas no convênio.

Diante deste quadro, formula-se a indagação: é juridicamente possível a cessão:

É juridicamente possível a cessão (ou sub-rogação) do contrato administrativo firmado por órgão da Administração estadual em favor de Prefeitura municipal a fim de que sejam concluídas obras objeto de convênio anteriormente firmado pelas duas pessoas jurídicas de direito público?

Nestes termos, tentaremos responder a ela analisando em princípio os aspectos jurídicos que imaginamos de enfrentamento necessário para o seu deslinde.

Parecer

I - Algumas Notas Sobre o caráter pessoal dos Contratos Administrativos

1. Perseguindo os elementos necessários ao equacionamento da questão, cumpre tecermos algumas considerações acerca dos Contratos Administrativos que, nos parecem, são de enfrentamento obrigatório no presente trabalho.

2. A primeira dessas notas nos obriga a perquirir o caráter finalístico, vinculado, que têm os contratos firmados pelo poder público.

Quando a Administração firma um contrato, o faz porque avalia existir um interesse coletivo em ver realizada uma obra, um empreendimento ou um serviço.

Como nos ensina LUÍS ENRIQUE CHASE, professor de Direito Administrativo da Universidade de Assunção do Paraguai:

“Cuando la Administración Pública debe realizar una obra de interés público, con un fin eminentemente estatal, usualmente formaliza un contrato con una persona física o jurídica, pública o privada. En este caso, se dice que está formalizando un contrato administrativo. (...)

El Estado tiene obligaciones fundamentales en cuanto a la asistencia, educación y bien estar del pueblo. Ante este imperativo tiene dos opciones: realizar por “si mismo”, por “administración” la obra y la prestación del servicio, o llamar a personas privadas solicitando su concurso y colaboración. Por ello se recurre el contrato administrativo y se acuerda con un particular la realización de una obra o la concessión de un servicio, cuya finalidad última sea, tal cual lo dijimos, satisfacer una necesidad pública” (in RDP 59-60, Jul./dez./1981, p. 37 e 43).

3. Sendo assim, uma vez decidida uma contratação, se põe imperativa a realização da obra ou do serviço, pois se a Administração a entendeu necessária num primeiro momento, somente

poderá retroceder, alterar este entendimento, demonstrando farta-mente a superveniência de motivo suficiente para esta mudança de posição.

Para MARIENHOFF, tal caráter é determinante para a própria definição do conceito de contrato administrativo. Afirma o célebre administrativista:

“El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo, o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas” (in *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1970, tomo III, p. 34).

Para tanto, visando a atender a essa necessidade, procede-se a uma seleção a fim de que um particular assumira essa execução, recebendo por isso.

4. É justamente para assegurar que a finalidade pública enredada na contratação se ultime plenamente que a lei determina que a Administração contratante – na seleção – deve avaliar acuradamente as condições particulares de cada interessado para levar a cabo as obrigações decorrentes do contrato. Isso se dá, primordialmente, na fase de habilitação das licitações públicas.

5. Portanto, a Administração – respeitando sempre o princípio da isonomia – separa dentre os interessados aqueles que têm condições de, com uma margem de segurança, bem executar aqueles cometimentos que alvitra. Tais exigências, inobstante, devem se prender estritamente à finalidade pública que se quer colimar com o contrato. É exatamente isso que vemos consignado no inc. XXI, *in fine*, do art. 37 da CF/88:

“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual

somente 'permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações'".

6. Ou seja, as exigências devem se referir estritamente àquele *quantum* necessário a assegurar para a Administração alcançar o bem ou o serviço de que a coletividade necessita.

É sob esse diapasão que se coloca o relativo caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos.

7. Como é cediço, contratos *intuitu personae* são aqueles em que são levadas em conta as características individuais de um contratante, impondo-se para este não só o cumprimento das obrigações, mas, sim, a execução exclusivamente por seu intermédio.

Como leciona DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE:

"No contrato *intuitu personae*, um dos contratantes tem em vista, ao contratar, certas qualidades particulares do outro. Essas qualidades podem referir-se a uma habilitação especial do co-contratante ou à confiança que este lhe inspire". (in *Do Contrato*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 220).

A proteção do caráter *intuitu personae* de alguns contratos – particularmente aqueles de obrigação de fazer (consagrada na lei civil pela norma inserida no art. 878 do CCB) é, em última instância, uma proteção do contratante, para que este não seja obrigado a aceitar o cumprimento da obrigação por outrem que não aquele com quem se pretendeu ao contratar.

8. Em termos da lei civil, a proteção ao caráter pessoal das obrigações de alguns contratos se põe como uma garantia de que a obrigação – nessas avenças – só poderá ser cumprida pela parte que tiver se comprometido a tanto. Ele decorre do fato de que, nas obrigações *intuitu personae*, as qualidades e habilidades pessoais do obrigado teriam sido condição *sine qua non* para o perfazimento do vínculo contratual.

9. Ou seja, quando um contrato tem por objeto uma realização que só possa ser levada a cabo pelo contratado ou que não tenha o

mesmo efeito ou o mesmo valor se realizada por outrem, estamos diante de uma obrigação *intuitu personae*. Como bem afirma o professor CAIO MÁRIO:

“(...) Se, pois, foi convencionado que só o devedor execute a prestação, não é o credor obrigado a aceitá-la de terceiros (CC, art. 878). Pode, ao revés, admitir-se que o objetivo do credor tenha sido obter a prestação em si, sem qualquer consideração quanto às qualidades pessoais do devedor, e, nesse caso, a obrigação cumpre-se desde que este, por si ou por outrem, realize o ato a que se obrigara. O exame das normas autoriza afirmar que a regra é a *fungibilidade* da prestação, pois que só expressamente a obrigação se contrai *intuitu personarum*. Normalmente, o credor visa à prestação em si mesma, e neste sentido o texto legal (Código de 1916, art. 878) é claro, não obstante passível de precedente crítica. Claro ele é quando diz que o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, “quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente”. Isto permite a todas as luzes uma *interpretação a contrário*: que, não havendo tal ajuste, há de contentar-se o *reus credendi* com a prestação executada anonimamente”. (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, vol. II, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 43-44).

10. Nestes casos, a lei desobriga o contratante a aceitar a obrigação se ela não for consumada pelo obrigado original. Desta feita, o contratante não é obrigado a anuir com a realização da obrigação por outrem.

Na verdade, entende-se neste caso que não se atingiu o escopo do contrato, não sendo exigível – por óbvio – a quitação da obrigação.

11. Contudo, nada afasta a faculdade de – em especial no campo do direito civil – a parte contratante “renunciar” ao caráter pessoal da obrigação, considerando que a obrigação foi suficientemente cumprida. Afinal, o caráter pessoal de uma avença privada é uma garantia da parte que contrata, garantia esta que pode ser

dispensada pelo particular se a prestação preencher a sua expectativa quando do perfazimento do negócio.

12. Já na seara administrativa o caráter *intuitu personae* decorre do fato de que – via de regra – a Administração só pode contratar quando proceder a uma seleção.

13. Havendo seleção, sempre se levará em conta a avaliação individual dos interessados. Porém, como visto acima, este exame dos interessados, que tem lugar na fase de habilitação, é uma garantia – irrenunciável enquanto tal – de que o contratado selecionado terá condições de levar adiante suas obrigações.

Aqui calha à fiveleta o escólio de JOSÉ ROBERTO DROMI:

“Em princípio, os direitos e obrigações emergentes do contrato da Administração em relação ao contratante particular são de caráter pessoal, *intuitu personae*, ainda que haja os *intuitu rei*.”

Celebrado o contrato, a Administração se resguarda na solvência econômica, moral e técnica de seu co-contratante, proibindo em princípio a transferência dos direitos contratuais, **salvo autorização ou pacto expreso**”. (*in La Licitación Pública*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 4ª Reimpressão, 1989, p. 53, tradução e sublinhados nossos; a importância dos grifos aflorará mais adiante).

Diferente não é a lição, entre nós, de 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 a confiabilidade da Administração no contratado”. (*in RDP* 62/122).

14. Em suma, essa **“atribuição pessoal”** nos contratos administrativos nada mais é do que uma segurança para a Administração de que se atingirá a finalidade pública colimada na contratação. Pois, afinal, é defeso ao poder público firmar contrato sem

ter a segurança de que o seu contratado reúne condições para executar plenamente o objeto deste contrato.

15. Essa vedação decorre inclusive de um outro traço fundamental dos contratos administrativos. Como **vetores para a consecução de interesses públicos**, estes contratos não podem ser interrompidos. Trata-se aqui de uma consequência do princípio da continuidade dos serviços públicos, que se reflete na execução dos contratos havidos com a administração.

Neste sentido, bastante aclaradora é a peroração de CARLOS ROBERTO PELLEGRINO, Professor da Universidade de Brasília:

“Há um vínculo indissociável entre a idéia de funcionamento regular e contínuo do serviço público, pedra angular de toda a teoria dos contratos administrativos, e regime especial de direito público; vale dizer, o contrato está de tal modo relacionado com o funcionamento do serviço público que enseja, pela própria natureza do serviço, o regime especial que derroga as regras de direito comum”. (*in* RDP, n. 92, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 137).

16. É também no desiderato de assegurar a continuidade e a execução dos contratos administrativos que a Administração exige dos seus contratados a prestação de garantias tanto para licitar como também, e principalmente, para contratar. Assim, ainda que o contratado selecionado não consiga dar cabo das suas obrigações, o poder público resguarda ao menos os interesses econômicos da coletividade, executando a garantia.

17. Dito de outro modo, a execução dos contratos administrativos deve ser mantida sempre. E justamente para assegurar esta continuidade é que se afasta do campo da vontade do particular a prerrogativa de transferir unilateralmente o contrato que tem com o poder público, sem submeter tal transferência à Administração contratante.

18. Sim, porque – diferentemente das avenças privadas – o caráter pessoal dos contratos administrativos independe de estipulação explícita. Ao revés, para a transferência ser possível, deverá ela ser acompanhada de aquiescência expressa da Administração,

que deverá – para tanto – avaliar as condições pessoais do eventual terceiro destinatário da transferência contratual.

JOSÉ ROBERTO DROMI esposa essa tese, sendo de grande valia trazê-lo à colação:

“Salvo que el contrato lo autorice ab initio, sin autorización expresa de la Administración el co-contratante no puede ceder o transferir los derechos y obligaciones emergentes del contrato o la cualidad de “parte” contratante respecto de las prestaciones recíprocas a cumplir, pra introducir un tercero en lugar suyo en la relación administrativo contractual, pues no hay “impersonalidad” en los contratos públicos”. (JOSÉ ROBERTO DROMI, in *La licitación pública*, 4ª reimpressão, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, p. 54).

19. Ou seja, apenas poder-se-á consumir a transferência do contrato entre particulares – ainda sim, se tal hipótese não estiver vedada pelo Edital – com a expressa anuência da Administração, a qual somente poderá ser concedida após a aferição das condições e qualificações daquele que sucederá o contratado original.

Para essa anuência a Administração deverá também ter em vista o princípio da isonomia, cuidando para que a transferência não viole direito de outro particular que – por exemplo – tenha participado do certame licitatório e obtido colocação imediatamente inferior à do adjudicatário.

20. De outra feita, é imperativo observar que o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos se refere, como visto, a uma característica concernente exclusivamente ao pólo passivo do contrato (v.g. ao contratado privado). Não se refere, nem a lei nem a doutrina, ao caráter pessoal do pólo ativo, a Administração.

E isso porque, como vimos, sendo esta característica pessoal dos contratos administrativos uma decorrência do processo seletivo que dá gênese ao ajuste, tal caráter dirá respeito, por óbvio, ao particular selecionado – que não pode ser substituído sob pena de se violarem as características pessoais do contratado – e não ao contratante, enquanto órgão integrante da Administração pública.

21. Em resumo dos argumentos desenvolvidos neste tópico, cremos ser possível afirmar que:

I) o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos decorre das garantias pessoais que são oferecidas pelo contratado quando da sua seleção;

II) tal caráter pessoal se faz presente, portanto, com relação ao contratante privado, garantindo que a Administração não será obrigada a aceitar a transferência dos contratos, independente da existência de cláusula expressa neste sentido;

III) a Administração, caso não seja vedado no Edital e no Contrato, poderá anuir com esta transferência se esta não for incompatível com o interesse público e com a continuidade do serviço público correlato ao contrato;

IV) se assim permitir a Administração, ela deverá levar em conta também as condições particulares daquele que sucederá o contratado original, cuidando de respeitar o princípio da isonomia, quando ela for cabível.

II – Possibilidade de Cessão do Contrato Administrativo

22. Vimos até agora que os contratos administrativos – via de regra – assumem, pela sua própria natureza, um caráter *intuitu personae* em relação ao particular contratado.

23. Por sua vez, a cessão de contratos, é sabido, constitui-se na substituição de um sujeito por outro, como titular da relação contratual. A este respeito, válido é o ensino de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO:

“A cessão da posição contratual produz uma sucessão a título particular na relação contratual, isto é, na relação da obrigacional complexa emergente de um contrato e não uma *renovatio contractus*”. (in **Cessão de Contrato**, 1985, Ed. Saraiva, p. 438).

24. Da confrontação destes apontamentos, um analista açado poderia concluir pela impossibilidade total da cessão em

contratos administrativos. Não cremos que tal conclusão se ponha com acerto.

25. Parece-nos, e aqui não cabe um aprofundamento sobre o tema, que 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 ultimização da execução; e finalmente V) se as cláusulas contratuais não proíbem expressamente a cessão.

Em suma, como já pudemos consignar em outros trabalhos, 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 encontramos alicerce no sólido conhecimento de MARCELLO CAETANO. O célebre administrativista português nos ensina que:

“Os contratos administrativos são concluídos *intuitu personae*, isto é, tendo em atenção as qualidades, idoneidade e garantias de certo e determinado indivíduo ou empresa.

Por isso, 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*.

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

É assim que:

1º. O contraente particular pode transferir voluntariamente, no todo ou em parte, as obrigações assumidas por virtude do contrato, para pessoa certa e determinada, quando a lei consinta e mediante autorização da Administração (trespasse, arrendamento, sublocação ou subconcessão).

2º. No caso de declaração judicial de falência ou insolvência do contraente particular o contrato não caducará se a Administração consentir que seja executado pelos credores” (*in Manual de Direito Administrativo*, – Tomo I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1970, p. 554).

26. Contudo, muito mais simples parece ser o caso da cessão entre órgãos da administração pública, ou seja, a sucessão de pessoas jurídicas de direito público no pólo do contratante. E é este o caso da questão em exame.

III – A Cessão Contratual em Tela

27. Vistas estas notas referentes à teoria geral dos contratos administrativos e aos requisitos que têm que estar preenchidos para possibilitar a cessão de um contrato regido pelo direito público, cabe agora analisar a hipótese de cessão contratual, objeto de indagação.

28. Em primeiro lugar, há que se lembrar que a cessão cogitada não se refere à substituição no pólo passivo do contrato, *v.g.* no contratado privado. Cuida-se aqui de transferência no pólo ativo, no contratante pessoa jurídica de direito público.

Sendo assim, parece-nos que o caráter *intuitu personae* que reveste, em regra e com as ponderações acima asseveradas, os contratos administrativos não se aplica ao caso em apreço. Afinal, recordamos que o caráter pessoal (e não personalíssimo) inerente a estas espécies de contratos advém fundamentalmente do fato de que tais avenças decorrem de procedimento licitatório no qual, via de regra, são analisadas as condições pessoais do ofertante.

Tratando-se de cessão do contrato entre agentes da Administração Pública (da mesma ou de diferente esfera), não emerge como

óbice o alegado caráter pessoal, salvo, é claro, se contra a cessão se insurgisse o particular contratado, hipótese que abordaremos adiante.

29. De mais a mais, lembramos que Lei Federal 8.666/93 deu à matéria dos contratos administrativos um tratamento que, praticamente, uniformizou as diversas esferas da Administração, ampliando o âmbito de abrangência da legislação de regência. A indistinção da matéria na lei federal pode ser ilustrada com a própria definição de Administração Pública por ela talhada, a qual vem consignada no inc. XI do art. 6º do dito estatuto:

“Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

...

XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII – Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

E em outro ponto, a citada legislação define o que entende por contrato administrativo, cuidando da matéria indistintamente para todos os órgãos integrantes da Administração Pública (e não se referindo, de forma estanque, à Administração, órgão concreto). Diz a lei:

“Art. 2º ...

Parágrafo único. Para fins desta Lei, considera-se **contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares**, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Vemos, portanto, que, ao tratar dos contratos administrativos, a legislação hoje vigente introduziu – com novidade em relação ao

regime anterior – um tratamento uniforme e comunicante entre os ajustes firmados nas diversas esferas do Estado, considerando como parte da mesma espécie todos os ajustes firmados pelo ente global – Administração Pública – que definiu de forma ampla, abarcando todas as esferas da federação.

Assim, o lume da legislação novel, não nos parece que o fato de cedente e cessionário pertencerem a distintas esferas administrativas da federação caracterize fator impeditivo da transferência em cogito pois, em última instância, o órgão estadual e a administração municipal integram o mesmo todo para efeitos da Lei 8.666/93, v.g. a Administração Pública. Em outras palavras, a cessão de contratos entre entes públicos de diferentes esferas da administração em nada diferirá da cessão entre órgãos de uma mesma esfera federativa, devendo a tal hipótese ser dado igual tratamento.

30. Tampouco soerga-se o argumento de que a cessão em tela feriria o princípio da vinculação ao edital da licitação. Ora, a alteração em cogito não acarreta nenhuma mudança substancial a ponto de adulterar as condições vigentes na licitação.

A participação municipal no cometimento (embora em bases um pouco diversas) já existia, pois que concomitantemente à contratação fora firmado o convênio aqui referido. Lembre-se que o convênio anteriormente firmado, com expressa autorização legislativa, atribuía responsabilidades para o Município relativas à empreitada, inclusive encarregando-o de realizar algumas melhorias e, ao depois, receber a obra e cuidar de sua manutenção.

De outra feita, argumentar que o fato de ser a Prefeitura e não o órgão estadual o ente a figurar como contratante traria alteração nas condições de financiamento do contrato e que, fosse este dado disponível à época da licitação, outros particulares poderiam ter se interessado, é argumento absolutamente insustentável.

Ao admiti-lo, teríamos que inquirar de ilegais todos os contratos para realização de obras que se alonguem por mais de um exercício orçamentário, pois nestes casos sempre é possível que o orçamento do segundo ano assegure recursos ou disponibilidades

financeiras que – se conhecidas no momento da licitação – também poderiam suposta e hipoteticamente interessar a outros particulares.

Dito de outro modo, pode-se afirmar que alterações referentes às disponibilidades orçamentárias para executar uma obra são freqüentes, comezinhas no devir da execução contratual. E tais alterações não significam de forma alguma modificação nas condições vigentes na licitação. Tanto é assim que a própria lei de licitações vigente (Lei 8.666/93) nem sequer considera como alteração de contrato o empenho de dotação orçamentária suplementar, indicando que estes casos devem ser formalizados através de simples apostilamento (CF/88, art. 65, § 8º do estatuto das licitações).

Aceita a tese, teríamos ainda a ilegalidade de qualquer contrato quando a correspondente dotação orçamentária indicada no edital fosse suplementada através de decreto do executivo, na medida em que aqui também incorreria a suposta “alteração de condição essencial do contrato” (*sic*).

Os exemplos trazidos parecem nos dar a exata medida da improcedência deste argumento. A eles pode-se apenas acrescentar que a situação ensejadora da cessão (inexistência de recursos no âmbito do órgão estadual inicialmente contratante) foi superveniente à licitação, não podendo, pois, a alternativa ora entabulada caracterizar alteração das condições vigentes à época da licitação.

31. De outra feita, a cessão de contrato administrativo entre órgãos públicos tem sido realizada com alguma contumácia no âmbito da Administração estadual, mormente quando há reestruturações administrativas e redefinições de competências de entes integrantes da sua estrutura. Tais transferências de contratos têm sido admitidas pelo E. Tribunal de Contas quando da apreciação da regularidade dos termos aditivos que lhes dão forma.

Analisando o TC 124222/33/88, a E. Primeira Câmara proferiu decisão assim ementada:

“Considerados regulares os termos de aditamento, o termo de cessão contratual com sub-rogação em direitos e obrigações e legais as despesas decorrentes, recomendando-

se à origem que celebre as prorrogações de prazo antes de vencido o prazo contratual” (DOE 07.08.90, p. 24 e 25).

Diverso não é o entendimento da E. Segunda Câmara:

“Considerado regular o termo de cessão contratual com sub-rogação em direitos e obrigações é legal a despesa decorrente”. (TC 82869/033/88, DOE de 20.03.91, p. 23, 24 e 25).

Este é também o teor, entre outros, dos Acórdãos proferidos nos TC’s 113214/033/88 (DOE 04.09.90, p. 102 e 103) 89972/033/88 (DOE 17.10.90, p. 31-33) e TC 22595/033/88 (DOE 24.01.95, p. 36).

32. Que não se assevere contra a alternativa aqui alinhavada com o fato de as decisões acima se referirem apenas a cessões entre órgãos da Administração estadual. Tal argumento cai por terra quando consideramos que – como visto no § 29 supra – a legislação vigente trata por Administração Pública, indistintamente todos os órgãos pertencentes às três esferas da federação.

Mas também, em se tratando de cessões e sub-rogações de contratos entre membros de diferentes entes da federação, podemos encontrar casos precedentes.

De fato, se formos pesquisar os Municípios que optaram pelo modelo de gestão de saúde semiplena no âmbito do Sistema Único de Saúde, SUS – ou seja, o modelo pelo qual a administração municipal assume integralmente a gestão do serviço público de saúde, incumbindo-se inclusive da gestão dos hospitais pertencentes à União e ao Estado – encontraremos vários casos de trespasse de contratos, firmados pelo Ministério ou Secretaria de Estado da Saúde, para serem geridos pela Administração Municipal.

As cessões de contratos ocorridas no âmbito da área de saúde, ao que se saiba, não têm encontrado resistências por parte das Cortes de Contas estaduais ou por parte do TCU.

33. Outro argumento que se poderia esgrimir – ao nosso sentir também sem sucesso – contra a alternativa em tela diria respeito à inexistência de expressa autorização na legislação para a cessão em cogitação. Não olvidamos que, no direito público, ao revés do

que ocorre no direito privado, não basta não estar vedado pela norma para estar permitido. É cediço que, para ser lícito à Administração um procedimento, deve-se ter na lei clara autorização para tanto. A regra é incontroversa.

Porém, ninguém imagina que todo e qualquer ato da pública administração tenha previsão autorizante específica. Para se apurar a licitude de um procedimento da administração deve-se ter em vista, por um lado, sua compatibilidade com as regras vigentes e, por outro lado, a adequação de tal iniciativa à finalidade da lei.

33.1. No caso concreto, basta um leve esforço hermenêutico para percebermos que a legislação aplicável – ou seja, a Lei Estadual 6.544/89 e a Lei Federal 8.666/93 – não consigna vedação ao trespasse em apreço. Tanto é assim que, como já dissemos anteriormente, a legislação federal fala uma única vez da cessão do contrato quando afirma ser ela ensejadora de rescisão do mesmo, se e somente **realizada pelo particular e sem a expressa anuência da administração.**

Ora, se a Administração pode até tornar lícita uma cessão contratual no pólo passivo do contrato administrativo, v.g. entre particulares (o que, como vimos, implica em alteração muito mais profunda no contrato, pois que o caráter pessoal dos ajustes administrativos se refere predominantemente àquele que realiza a prestação), tanto mais poderá promover a substituição da pessoa jurídica de direito público contratante, transferindo a responsabilidade pela contrapartida financeira à obrigação do particular, mas preservando o contrato dentro do âmbito da Administração Pública, conforme a definição do atual estatuto.

De outro lado, a Lei paulista (6.544/89 – art. 76, VI) só veda a cessão ou transferência do contrato entre particulares se isso afetar a boa execução da avença. E este não é o caso, muito ao revés, é aqui a cessão a única alternativa para que se retome a execução das obras.

33.2. Restaria apenas apreciar a matéria à luz das finalidades consagradas na legislação. É cediço e incontroverso que o regime legal norteador das licitações e dos contratos administrativos tem

duplo escopo: assegurar a plena satisfação do interesse público – com a consumação da melhor proposta para a realização de uma melhoria de desfrute coletivo – e a inarredável consagração do princípio da isonomia.

Na cessão contratual aventada, não se rompe ou arranha a isonomia. Até que a Administração estadual resolva rescindir o contrato hoje vigente – arcando com os improdutivos e ociosos, mas indesviáveis, custos de indenização ao particular – o único ente privado que pode consumir a melhoria é a empresa adrede contratada pelo órgão estadual. Afinal, tal empresa adquiriu este direito ao vencer licitação e ao ter para si adjudicado o objeto do certame.

Mais ainda, é esta empresa – e somente ela, por óbvio – quem já executou parcela substancial do empreendimento e quem mantém mobilizados equipamentos, pessoal e canteiro de obras. Não vislumbramos como a cessão em apreço, provocada pela superveniência da total ausência de recursos do Estado para honrar sua parcela financeira do empreendimento, poderia implicar na quebra da isonomia, haja vista que a retomada das obras só pode se dar com a empresa hoje contratada para tanto.²

De outro lado, quer nos parecer que a cessão em tela, antes de implicar numa afronta à finalidade da legislação, ergue-se como única forma de consumir o interesse público, ora consubstanciado na continuidade das obras.

34. Deveras. Diante da situação fática aqui trazida, barrar a possibilidade de cessão contratual em favor do Município implicaria em obstar a conclusão das obras. Afirmamos no início do presente trabalho que os contratos administrativos se caracterizam pelo seu traço estritamente finalístico, pois que eles só se justificam se estiverem adstritos à consecução de alguma finalidade pública.

(2) Claro está que a empresa contratada deverá ser consultada para anuir com a cessão contratual, o que, inclusive, alguns autores sustentam ser condição essencial para a validade do trespasse (Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO. *Cessão de Contrato*, 1985, Ed. Saraiva, p. 439).

No caso, tal finalidade se traduz nas obras viárias a serem realizadas dentro do perímetro urbano, ligando a cidade ao eixo rodoviário.

Não se pode interpretar a legislação de molde a criar um impasse que afronta ao interesse público. A única alternativa jurídica para a conclusão das obras parece ser a cessão contratual em tela.

Nem mesmo se o Município se dispusesse a transferir os recursos de que dispõe para que o órgão estadual desse andamento às obras isto seria possível. Afinal, segundo fomos informados, as dívidas desse órgão perfazem um valor extremamente expressivo, e qualquer disponibilidade financeira poderia ser abarcada pela exigência de obediência à ordem cronológica dos pagamentos, o que novamente faria paralisar as obras por falta de recursos. Dito de outro modo, o simples repasse de recursos pelo Município não garantiria a conclusão das obras.

Sendo esta a única forma de se retomar e dar andamento às obras, encontra ela respaldo no princípio da continuidade dos serviços públicos, consagrado na lei orgânica do município interessado, onde se determina que as obras públicas do município, quando iniciadas, não poderão sofrer solução de continuidade (v.g. interrupção) quando da troca de administração.

Se é verdade que a obra não é municipal, tampouco se pode descurar que a melhoria conta com aprovação legislativa, decorrente de lei municipal, que autorizou a assinatura de convênio específico para viabilizar a melhoria, autorizando inclusive a realização de despesas com recursos do Município para este fim.

Impedir a assunção do contrato pelo Município – existindo a aquiescência do órgão estadual e do contratado privado e havendo dotação específica no orçamento municipal – seria ao mesmo tempo espancar o interesse público e afrontar os princípios consagrados a própria lei de regência, bem como na legislação municipal.

É por este tanto que, à indagação, respondemos positivamente, afirmando ser plenamente possível e consentânea com a legislação reitora do contrato (Lei estadual 6.544/89) e das alterações de contratos administrativos (Lei 8.666/93 por força do seu art. 121

com redação dada pela Lei 8.883/94) a cessão do contrato em apreço em favor da administração municipal, sub-rogando-se esta nos direitos e nas obrigações assumidos pelo órgão estadual ora contratante. Como condição para tal trespasse, colocam-se a concordância do particular contratado e a existência de dotação específica na lei orçamentária municipal, pois que esta dotação deverá substituir aquela indicada nas condições especiais do contrato em tela.