



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## **A cessão da posição contratual entre entes públicos nos contratos administrativos**

*The assignment of the contractual position between public entitites in administrative contracts*

Rafael Costa Santos

**Resumo:** Em um contexto de superação do paradigma da legalidade estrita, tendo em vista os impactos da constitucionalização do direito administrativo, visa o presente estudo, suportado pela possibilidade de aplicação subsidiária dos institutos de direito privado aos contratos administrativos, à investigação acerca da viabilidade da utilização do instituto da cessão da posição contratual entre entes públicos nos contratos administrativos, bem como da compatibilidade do referido instrumento com os princípios gerais do direito administrativo.

**Palavras-chave:** constitucionalização do direito administrativo; legalidade estrita; contratos administrativos; cessão da posição contratual; sub-rogação

**Abstract:** In a context of overcoming the paradigm of strict legality, in view of the impacts of the constitutionalisation of administrative law, the objectives of this study are, supported by the possibility of subsidiary application of private law instruments in public administrative contracts, to research the feasibility to exchange the assignment of contractual positions between public entities in administrative contracts, as well as its consistence with the general principles of administrative law.

**Keywords:** constitutionalisation of administrative law; strict legality; administrative contracts; assignment of contract ; assignment of contractual position; subrogation

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7n1p152-174>

## **A CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL ENTRE ENTES PÚBLICOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

*Rafael Costa SANTOS\**

*Sumário: 1 Introdução; 2 A superação do paradigma da legalidade estrita; 3. A aplicação supletiva das regras de direito privado nos contratos administrativos; 4 O instituto da cessão de posição contratual e os contratos administrativos; 5 Compatibilidade da cessão de posição contratual entre entes públicos e os princípios gerais de direito administrativo; 5.1 Compatibilidade da cessão de posição contratual e o caráter personalíssimo dos contratos administrativos; 5.2 Compatibilização da cessão da posição contratual entre entes públicos e as regras de licitação de entidades federativas distintas; 5.3 Compatibilização da cessão de posição contratual entre entes públicos e a dotação orçamentária de entidades distintas 6 Requisitos para que seja possível a cessão da posição dos contratos administrativos entre entes públicos; 7 Conclusão; 8 Referências Bibliográficas*

### **1. Introdução**

A cessão da posição contratual é instituto de larga utilização no âmbito do direito privado. Trata-se da possibilidade, a partir de novo pacto entre os contratantes, de que um deles seja substituído por terceiro que não fazia parte do ajuste original.

Não existe autorização expressa para utilização do instituto no âmbito dos contratos administrativos, no que tange à transmissão da posição contratual entre entes públicos. Contudo, existem hipóteses factuais em que o impedimento para utilização do referido instrumento jurídico, no âmbito dos contratos públicos, poderia acarretar danos financeiros e obstar a persecução dos direitos fundamentais pela Administração Pública. Tais episódios são de fácil visualização quando entes públicos são extintos e figuravam em contratos de serviços imprescindíveis para a coletividade, ou em ajustes para execução de obras de grande relevância.

A rescisão dos respectivos contratos, sem que eles pudessem ser transferidos para a entidade pública herdeira das competências do ente extinto, poderia implicar na obstrução da continuidade dos serviços prestados em favor da coletividade. Por outro lado, a realização de licitação com intuito de executar serviço inacabado, por

---

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais(2010) e especialização em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais(2018). Atualmente é Procurador Do Estado da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

prestadora que não estava familiarizada com o projeto e as peculiaridades de um complexo serviço de engenharia, é temerária, e não desejosa.

Sendo assim, é imprescindível o estudo e a investigação da cessão da posição contratual com enfoque na possibilidade de sua utilização, entre entes públicos, no âmbito dos contratos administrativos. Para uma análise pormenorizada do instituto em tela será necessário abordar o arquétipo da legalidade estrita no âmbito do direito público; analisar as hipóteses de autorização legal para utilização de institutos típicos do direito privado nos contratos administrativos; expor o conceito e a formulação da figura da cessão da posição contratual no âmbito do direito administrativo, e, ainda, investigar a compatibilidade da transmissão da posição contratual entre entes públicos e os princípios gerais do direito administrativo.

## **2. A superação do paradigma da legalidade estrita**

A simplificação do brocardo “que somente é possível no direito administrativo o que está previsto expressamente em lei”<sup>1</sup>, não se coaduna com os princípios gerais do direito administrativo, nem mesmo com a constitucionalização dessa seara do Direito.

Para Carlos Bastide Horbach, o objeto de um determinado ramo do direito é o conjunto de fenômenos regulado por suas normas, e “é correto afirmar que seu objeto tem variado no tempo e varia igualmente no espaço”. Ou seja, “o âmbito de incidência do direito administrativo atual é diverso daquele do início do século XX.” Esclarece, ainda, que sobre o paradigma do individualismo liberal e do Estado de direito, o direito administrativo tem sua natureza ligada “à delimitação jurídica dos meios e confins da atividade da Administração Pública, buscando garantir a esfera de liberdade dos administrados” (HORBACH, 2018, p.767).<sup>2</sup>

Contudo, sob o paradigma do Estado Social intervencionista, permitiu-se o rompimento com uma análise literal das regras, e passou-se a abarcar uma análise principiológica e valorativa do direito. Tal fenômeno é resultado de mutações profundas no âmbito do direito (BARROSO, 2016, p.46-50). Entretanto, percebe-se que tais

---

<sup>1</sup>Ao abordar acerca da legalidade Hely Lopes afirma que “Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, 2015, p. 92).

<sup>2</sup> “con ello nació la parte general del derecho administrativo. esta nueva senda se inició en 1895-96 con la publicación del manual de Otto Mayer, que contiene la exposición clásica del derecho administrativo del estado de derecho liberal. su principal objetivo es la sujeción de la actividad administrativa de intervención a los límites propios del estado de derecho, valiéndose para ello de los institutos de la reserva de ley y del acto administrativo (como acto jurídico de intervención)” (MAURER, 2012. p. 3 e 4).

transformações, muitas vezes, são ignoradas no âmbito dos estudos do direito administrativo brasileiro.<sup>3</sup>

Neste contexto, a doutrina aponta para um avanço do conceito de legalidade: a juridicidade, apresentada com um conceito maior, que extrapola a compreensão tradicional da legalidade estrita vinculando a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas à lei (OLIVEIRA, 2018, p. 81 e 82).

A Constituição passa a ser o vetor fundamental do agir administrativo. “Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores” (BINENBOJM, 2008, p.14 e 15).

Nas Palavras Roberto Barroso:

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem. (BARROSO, 2016, p.49)

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, reconstrói o conteúdo do conceito de legalidade administrativa. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, segundo a lei, quando essa for constitucional, mas pode, também, encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (BINENBOJM, 2008, p. 15).

Sintetiza Lucas Rocha Furtado:

Vê-se que do contexto histórico em que se formou o Direito Administrativo aos dias atuais muito foi feito e construído em relação à teoria do Estado, sobretudo no que diz respeito ao dever de realização dos direitos fundamentais e em relação aos princípios gerais do direito.

---

<sup>3</sup>“Mas todas essas modificações não ingressaram integralmente no direito administrativo. O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade socio-política que á muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. Talvez se possa encontrar aí uma das causas das dificuldades do próprio direito constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo direito administrativo. É necessário constitucionalizar o direito administrativo. (...) (JUSTEN FILHO, 2005, p.13)”.

O regime jurídico administrativo não restringe, hoje, ao exame da lei. Sendo ele o ramo do Direito Público que fixa os princípios e as regras que pautam a atuação das atividades administrativas do Estado, e considerando que a função do Estado Democrático é a de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos” conforme consta do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, todas as normas jurídicas e, em especial, as de direito Administrativo, devem ser interpretadas a partir dessa ótica; o Estado existe para realizar o bem-estar da sociedade, para atender às necessidades da população, enfim, para ser instrumento de realização dos direitos fundamentais (FURTADO, 2016, p. 21-22).

Dessa forma, não se necessita sempre da mediação legislativa entre a Administração e a Constituição, para que o Poder Público busque mecanismos para concretização dos direitos fundamentais. Tendo em vista os fundamentos axiológicos os quais passaram a fazer parte preponderante da tomada de decisões pela Administração Pública, bem como a leitura constitucional do direito administrativo, constata-se a superação do paradigma da legalidade estrita. Nesse contexto, cabe à Administração Pública realizar esforços para concretização das suas competências constitucionais, mesmo que a conduta a ser executada não esteja expressamente prevista em lei, porém, é necessário que a via escolhida esteja concatenada com os preceitos da Constituição Federal e seja adequada para a concretização dos direitos fundamentais.

### **3. A aplicação supletiva das regras de direito privado nos contratos administrativos**

A teoria clássica dos contratos privados foi elaborada no contexto histórico da “Era da codificação” (tendo como maior referência o código de Napoleão). O paradigma jurídico do referido arcabouço jurídico é sustentado pelos valores do Estado liberal de Direito, em que o Estado cumpria um papel abstencionista de proteger a propriedade privada e a liberdade (BACELLAR FILHO, 2007, p.166).

Dessa forma, o direito contratual é marcado pela autonomia da vontade, que “surge como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica” (NETO, DOS SANTOS, 1988, p.213)

No que tange aos contratos públicos, o direito brasileiro adotou a teoria dos contratos administrativos desenvolvida no direito Francês, que é consubstanciada pela presença das cláusulas exorbitantes, que asseguram à Administração uma posição de supremacia sobre o particular (ABBUD, 2013, p. 412).

Conforme Wassila Caleiro, os traços característicos dos contratos administrativos, de acordo com a doutrina brasileira, podem ser assim resumidos:

O desnivelamento das partes frente à Administração; a presença da autonomia da vontade somente perante o particular; a incidência da cláusula *rebus sic stantibus*, oposta à *pacta sunt servanda*; a presença da competência de instabilizar o vínculo para adequar a prestação do serviço, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público; e por fim, a competência administrativa de sancionar a fiscalização e execução do contrato. Possuem, portanto, lógica específica em relação àqueles regulados exclusivamente pelo direito privado (...)(ABBUD, 2013,p. 414).

Nesse sentido, a principal diferença entre os contratos privados e os contratos atrelados ao regime público seria a presença das cláusulas exorbitantes, que conferem à Administração Pública certas prerrogativas, e elevam a entidade pública a uma posição superior, e não de igualdade, na relação jurídica contratual.

De acordo com o entendimento da doutrina majoritária, a Administração Pública pode figurar em dois tipos distintos de contratos. Àqueles regulados pelo regime de direito Público (os contratos Administrativos) e outros regulados predominantemente pelas regras de direito privado (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 377-379).

Veja os ensinamentos de Cretella Júnior:

Os contratos celebrados pelo Estado ou são públicos, abrigando cláusulas atípicas derogatórias e exorbitantes do direito comum (concessão de serviço público, utilização privada de bem público, realização de obras e trabalhos públicos), submetendo-se, nesse caso, a regime jurídico de Direito Público, ou são privados, sujeitos às normas prescrita pelo Direito Civil (compra e venda, locação, fornecimento, realização de obras e trabalhos sob regime de empreitada comum). Em qualquer destes casos, a Administração figura como parte da relação jurídica contratual, ora ocupando posição vertical, usufruindo então os privilégios e prerrogativas, decorrentes de entidade detentora de “potestades públicas”, o que lhe garante aquela singular colocação, ora ocupando posição horizontal, tratando com o particular no mesmo plano, com ele nivelando-se, perdendo então grande parte daquelas prerrogativas, oriundas de sua condição específica de poder público (CRETELLA JÚNIOR, 1999. p. 76).

Ocorre que, em relação aos contratos predominantemente privados, o §3º, do Art. 62, da Lei Geral de Licitações, expressamente determina que seja aplicado, no que couber, o regime jurídico de direito público e, especialmente, as cláusulas exorbitantes (art. 55, 58, 61, que tratam, entre outras, das hipóteses de alteração, rescisão unilateral, fiscalização e aplicação de sanções), que, como já explanado, seriam a di-

ferença fundamental entre os contratos privados e os administrativos celebrados pela Administração Pública.

Por outro lado, no âmbito dos contratos regidos pelo regime público, o Art. 54 da Lei 8666, de 1993, possibilita a aplicação supletiva dos “princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”<sup>4</sup>.

Nessa linha de raciocínio, parcela da doutrina afasta a rígida dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração. “Refuta-se essa tese sob o argumento de que todo contrato celebrado no âmbito da função administrativa deve ser qualificado como administrativo” (NIEBUHR, 2015. p. 792).

O que diferencia os contratos celebrados pela Administração é exatamente a presença do ente público, determinado pela carta constitucional à perseguição dos interesses fundamentais. É porque o interesse a ser tutelado no contrato celebrado pela Administração transcende os interesses meramente particulares, que o ordenamento jurídico oferece tratamento diferenciado para estas relações, derivadas do regime jurídico-administrativo (NIEBUHR, 2015. p. 792).

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado:

Ora, se é a presença dessas potestades que caracteriza o contrato administrativo, cláusula que possibilitam, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello à Administração Pública “instabilizar” seus contratos, é de se concluir que todos os contratos que seja parte pessoa de Direito Público é contrato administrativo. A aplicação supletiva, ou subsidiária, das regras e dos princípios privatistas a todos os contratos firmados pela Administração não faz com que alguns contratos possam ser reputados privados em oposição a outros que teriam natureza administrativa (FURTADO, 2010. p.296).

Portanto, não há contrassenso na utilização do direito privado pela Administração Pública. “O regime jurídico-administrativo se caracteriza pela realização do interesse público”. Mesmo que a Administração possa se servir do Direito privado, “Há aspectos do Regime administrativo inafastáveis na Atuação da Administração Pública, especialmente no que concerne a aplicação dos princípios gerais do direito Administrativo” (FURTADO, 2016. p.42-43).

Em qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, o método para que se chegue às normas que regem o referido ajuste é sempre o mesmo. “Busca-se em primeiro lugar, aplicar aos referidos contratos o Direito Administrativo; esgotada a aplicação das normas do Direito Público, deve ser buscada nas regras e nos princípios do Direito Privado compatíveis com as primeiras soluções para quaisquer questões jurídicas surgidas” (FURTADO, 2010, p.396).

---

<sup>4</sup>Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

De todo modo, a incidência das regras do direito privado nas contratações da Administração Pública encontra suporte no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o já citado Art.54 da Lei 8666, de 1993, em que pese, a sua aplicação está adstrita aos princípios cogentes do direito público (ABBUD, 2013,p. 414). Bacellar Filho alerta, no mesmo sentido, que “tratar de princípios subsidiários do direito civil não significa interpretar institutos próprios do direito administrativo à luz do direito privado” (BACELLAR FILHO, 2007. p.178-179).

Diante do exposto, independentemente da nomenclatura adotada, é possível afirmar que não existe uma divisão estanque entre os regimes privados e administrativos nos contratos celebrados pela Administração Pública. É possível a utilização subsidiária das figuras jurídicas do direito privado desde que os mecanismos disponíveis no âmbito do direito público não sejam suficientes para concretização do direito fundamental tutelado, e que seja possível compatibilizar o instituto privado com os princípios gerais do direito Administrativo.

#### **4. O instituto da cessão da posição contratual e os contratos administrativos**

A cessão da posição contratual é figura oriunda do direito romano que possibilita a transmissão de uma das posições contratuais para terceiro estranho ao ajuste. Nesse instituto não é transmitido o bem da vida negociado na relação contratual, mas sim todos os direitos e deveres e emergentes da posição do contratante (VENOSA, 2004, p. 358).

Trata-se de instituto que permite a troca, a partir da anuência das vontades, de um dos sujeitos da relação contratual, por terceiro, sem que permaneçam obrigações para o sujeito que desvincilhou daquele contrato. O novo contratante passa a assumir todas as obrigações inerentes àquela relação jurídica, ou seja, assumindo a posição contratual do substituído.

Nesse sentido:

Podemos conceituar a cessão da posição contratual como “o ajuste de vontades, por intermédio do qual um dos integrantes de certo contrato é substituído inteiramente por outro, na posição contratual que até então ocupava. Isto significa que outra pessoa, distinta da que contratou originariamente, passa a ocupar a condição de contratante e a se sujeitar a todos os ônus daí decorrentes, obtendo, em contrapartida, os direitos derivados do contrato”.

(...)importando na faculdade concedida a qualquer dos contratantes de transmitir a sua própria posição contratual, envolvendo a cessão de um complexo unitário de poderes próprios do titular da obrigação, inserindo-se também os direitos e as obrigações, ou seja, créditos e débitos. A substituição de uma das partes contratantes por um terceiro, estranho ao ajuste original, implica o fato do cessionário

recebe uma relação jurídica, com toda a sua amplitude. (ROSENVALD; DE FARIAS,2015, p. 259)

A figura jurídica aqui referenciada não foi abordada de forma expressa no código civilista, contudo, tendo em vista a possibilidade de que sejam firmados contratos atípicos, trata-se de instrumento bastante utilizado na esfera civil: "(...) se a cessão de crédito e a de débito são permitidas, não há por que vedar a cessão contrato"(DINIZ, 2008, p. 453).

Os requisitos para que seja possível a cessão do contrato costumam ser elencados da seguinte forma pela doutrina: a) restringe-se a cessão da posição contratual aos contratos bilaterais, que acarretam direitos e obrigações recíprocas<sup>5</sup>; b) não se tratar de contrato *intuitu personae*<sup>6</sup>; c) impedimento para utilização do instituto quando o cessionário não possui legitimação para participar do contrato base; d) necessidade do consentimento do cedido para que o cedente se libere e seja substituído pelo cessionário (ROSENVALD; DE FARIAS,2015,p. 259).

Em relação aos contratos administrativos, o Art.72 da Lei Geral de Licitações prevê apenas a possibilidade do contratado "*subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração*". Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União admite a subcontratação parcial do objeto, desde que haja previsão no edital e no contrato, até o limite nele estipulado<sup>7</sup>. Por outro lado, a cessão do polo passivo não é acolhida pela Corte de Contas:

Não inclua cláusulas prevendo a hipótese de cessão da posição contratual da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, a exemplo da sub-empregada, uma vez que a partir da Decisão nº 420/2002 – Plenário, o TCU passou a considerar ilegal e inconstitucional tal procedimento.<sup>8</sup>

Ocorre, no entanto, que a discussão ora posta permeia área de maior penumbra, uma vez que se trata da possibilidade de substituição do polo ativo na relação contratual, ou seja, da cessão da titularidade de contrato entre entes públicos.

A cessão da posição contratual entre entes públicos não encontra respaldo expresso no texto da Lei nº 8666/93, de modo que é possível afirmar que é absolutamente injustificável a sua utilização impensada e frequente. Contudo, conforme se con-

---

<sup>5</sup> "Certo é que, nos contratos unilaterais, em que os contraentes apenas assumem direitos ou obrigações, só é possível cogitar-se de cessão de crédito no polo ativo e de assunção de dívida no polo passivo." (ROSENVALD; DE FARIAS,2015p. 259).

<sup>6</sup>"Mas nem toda relação contratual será suscetível de experimentar uma cessão de posição contratual. Assim, pela sua natural infungibilidade e impossibilidade de realização por terceiros, as obrigações *intuitu personae* são imunes à transmissão" (ROSENVALD; DE FARIAS,2015,p. 427).

<sup>7</sup>Acórdão n. 100/2004-Plenário, TCU, Acórdão 1.748/2004-Plenário, Decisão n. 420/2002-Plenário, Decisão n. 207/1996-Plenário e Acórdão n. 615/2004-2ª Câmara.

<sup>8</sup>TCU Acórdão 554/2005 -plenário

cluiu anteriormente, com a constitucionalização do direito administrativo, a Administração Pública não opera sob o valor axiológico da legalidade estrita. É possível que o Poder público persiga mecanismos não autorizados expressamente em lei, com fulcro na concretização dos direitos fundamentais, desde que respeitado os preceitos constitucionais.

Inviabilizar a utilização do instituto de forma peremptória pelo Poder Público pode trazer graves danos a coletividade. “vale citar, por exemplo, as situações de calamidade, supressão, divisão de competências ou extinção de órgãos públicos. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que um órgão, que possui contratos de obras ou de serviços contínuos, acaba tendo suas competências divididas com outro órgão, posteriormente criado” (TORRES, 2018, p.469).

Nesse mesmo sentido, a Lei 8666 (Art. 54) permitiu a utilização de institutos típicos do direito privado aos contratos administrativos, caso as ferramentas disponíveis à Administração sejam insuficientes para realização dos preceitos constitucionais, de forma excepcional e subsidiária.

Dessa forma, caso na hipótese concreta fique demonstrado que a cessão da posição contratual seja a via necessária e suficiente para que seja possível a concretização dos direitos fundamentais, passa a ser possível a sua utilização para a transmissão de deveres e obrigações contratuais entre entes públicos. Contudo, para aplicação do instituto em exame, no âmbito dos contratos administrativos, é imprescindível a análise da sua adequação aos princípios gerais do direito administrativo.

## **5. Compatibilidade da cessão da posição contratual entre entes públicos e os princípios gerais do direito administrativo**

Tendo em vista a possibilidade de utilização de institutos de direito privado no âmbito do direito administrativo, de forma subsidiária, é necessário avaliar a compatibilidade da cessão do contrato com as regras basilares do regime jurídico-administrativo, especialmente aos princípios gerais da licitação e contratação pública. As contratações públicas, bem como o procedimento de seleção do contratante, conforme o Art. 3 da Lei Geral de licitações 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 e da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse contexto, percebe-se que os contratos administrativos são instrumentos que visam à persecução dos direitos fundamentais elencadas pela Constituição Federal aos entes públicos. E sob o prisma dos valores republicanos “é vedado utilizar o aparato estatal para fazer valer percepções de cunho subjetivo”. Sendo assim, a licitação pública visa, ao mesmo tempo, garantir a seleção da proposta mais vantajosa

para a Administração Pública, como garantir a materialização dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa. Nesse passo “a licitação pública é procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo” (NIEBUHR, 2015, p. 32).

Joel de Menezes:

Com a licitação pública, mesmo indiretamente, evita-se que agentes administrativos ou terceiros se valham dos benefícios econômicos decorrente se contratos administrativos de modo ilegítimo, imprimindo à Administração pública feição pessoal, em descompasso com a moralidade administrativa. Isso significa que a licitação pública é causada pelos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, ambos com referência à indisponibilidade do interesse público (NIEBUHR, 2015, p.33-34).

Dessa forma, tendo o contrato a ser transferido respeitado, de forma proba, as exigências da Lei Geral de Licitações, por meio de procedimento ilibado de escolha do contratante, não se consegue engendrar como a simples alteração da entidade pública contratante poderia ferir os ideais de impessoalidade, honestidade e isonomia. Ora, caso o procedimento licitatório tenha conseguido cumprir seu papel, a contratação em tela já se coaduna com os princípios do direito administrativo. A simples troca do contratante não tem, por óbvio, o condão de tornar a escolha do contratado impessoal, ou demasiadamente custosa para a Administração Pública, ou, ainda transfazer que o contratante não seja capaz de executar o objeto de forma eficiente.

Por outro lado, caso se evidencie que ocorreu impropriedade no certame, a sua deficiência atinge diretamente o contrato administrativo, o qual deve ser considerado nulo, mesmo após a troca da sua titularidade. “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”, conforme inteligência do §2, do Art. 49 da Lei 8666 de 1993.

Apesar da compatibilidade geral da cessão da posição contratual aos princípios das licitações e dos contratos administrativos é necessário analisar, especialmente, a adequação do referido instituo em relação ao: a) caráter personalíssimo dos contratos administrativos; b) as diferentes leis de licitações dos diversos entes federados; c) a alteração da dotação orçamentária do contrato administrativo.

### *5.1 Compatibilidade da cessão da posição contratual e o caráter personalíssimo dos contratos administrativos*

Um contrato é personalíssimo quando a pessoa de um dos contratantes é para o outro o elemento determinante da realização do ajuste. O objetivo, nesses acordos, é evitar que o contratante receba prestação de pessoa distinta daquele que ele con-

tratou, tendo como preponderante para a realização do pacto suas habilidades pessoais.

Todavia, serão impessoais os contratos em que é indiferente a pessoa com quem se contrata. Nesses casos, o contratante visa o desfecho da atividade, sem atentar para qualidades pessoais de quem a executa. “Ela prima mais pelo resultado do que pelo meio, sendo indiferente a personalidade na execução” (ROSENVALD; DE FARIAS, 2015, p.259). Será fungível a obrigação quando outra pessoa puder dar-lhe cumprimento sem prejuízo ao credor .

No direito privado a regra é a impessoalidade dos contratos.

Ressalte-se que a relevância do tema aqui exposto decorre de que nem toda relação contratual é passível de cessão da posição contratual. Assim, pela sua natural infungibilidade e, conseqüentemente, a impossibilidade de realização por terceiros, as obrigações *intuitu personae* não são passíveis de transmissão” (ROSENVALD; DE FARIAS, 2015, p .427).

Dessa forma, é preciso ressaltar que ampla parcela da doutrina classifica os contratos administrativos como personalíssimos, e, dessa forma, seria perfunctório lógico a impossibilidade de transmissão da posição contratual entre entes públicos. Contudo, esta conclusão não é a mais acertada.

A Administração Pública para contratar serviço de terceiros, em respeito ao princípio da isonomia, realiza procedimento licitatório com intuito de escolher entre os ofertantes a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sob risco de se restringir indevidamente a concorrência, as exigências para que seja possível participar do supracitado procedimento são as estritamente necessárias para assegurar a Administração o sucesso da aquisição do bem ou da execução do serviço pretendido.

Quando se trata de contratos administrativos, a prestação dos serviços contratados são personalíssimos, uma vez que o objetivo é garantir que o contratado reúna as condições para executar o objeto pretendido, mas, também, visa respeitar o princípio da isonomia e da moralidade, sob o risco de se violar a própria lógica do procedimento licitatório. “A escolha impessoal do contratado faz com que o contrato tenha que ser por ele executado, sob pena de burla aos princípios da impessoalidade e da moralidade” (OLIVEIRA, 2018, p.535).

Nesse sentido Joel de Menezes:

Além disso, a igualdade é dos valores mais prestigiados pelas sociedades ocidentais, especialmente após o advento da modernidade. Ela é expressão concreta da ideia de justiça, pois o tratamento discriminatório retrata uma das formas mais odiosas de arbitrariedade. Sobremodo, a igualdade é um dos baluartes do ordenamento ju-

rídico nacional, tendo sido encartada no altiplano dos direitos fundamentais prestigiados na Constituição Federal (caput do art. 5º). Assim sendo, se do contrato advém benefício econômico, todos os interessados hábeis em usufruir dele devem ser tratados com igualdade. Para isso, torna-se imperativo que a celebração do contrato seja precedida de certas formalidades. (...) (NIEBUHR, 2015, p. 33-34).

O contrato administrativo, portanto, é naturalmente pessoal, pois a prestação do serviço deve ser feita por sujeito participante e vencedor do procedimento licitatório. Cabe, portanto, à contratada executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante (SZKLAROWSKY, 1998, p. 145-158).

Contudo, tendo em vista o exposto, é possível inferir que o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos se relaciona, como visto, a uma característica concernente exclusivamente ao polo passivo do contrato, ou seja, refere-se aos particulares que são contratados pelo poder público. Sendo assim, tal característica não seria empecilho para a troca dos sujeitos no polo ativo dos contratos administrativos.

No mesmo sentido, Floriano Marques Neto:

E isso porque, como vimos, sendo característica pessoal dos contratos administrativos de 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 contrante, enquanto órgão integrante da Administração Pública (MARQUES NETO, 2000, p.151).

Portanto, o caráter pessoal dos contratos administrativos é restrição decorrente da lógica do procedimento licitatório, no qual são analisadas as condições pessoais do ofertante. E a contratação de outrem não participante do certame configuraria em burla ao próprio procedimento licitatório, violando os princípios da isonomia e da moralidade. Por isso, o aspecto personalíssimo dos contratos administrativos abarca o contratante privado, e não a Administração Pública. Dessa forma, tal característica não é óbice para a transmissão da posição contratual entre entidades públicas.

## 5.2 Compatibilização da cessão da posição contratual entre entes públicos e as regras de licitação de entidades federativas distintas

Ao se transferir um contrato para um ente que esteja submetido ao mesmo regime jurídico-administrativo do cedente, a adaptação do contrato ao regime público do cessionário torna-se simples de ser compreendida. Contudo a questão é mais deli-

cada quando a cessão de contratos é feita entre entes de unidades federativas distintas, e, portanto estão submetido à leis próprias.

A lei 8666/93, Lei Geral de Licitações, concedeu à matéria dos contratos administrativos um tratamento bastante uniforme, o que implicou em diplomas normativos que, muitas vezes, somente repetem os preceitos da lei federal e quase não inovam.

Isso ocorre porque a Constituição Federal, no inciso XXVII do Art. 22, atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais em matérias de licitações e contratos para a Administração Pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Restam às outras unidades federativas a competência para editar normas específicas, “com o objetivo de atenderem as peculiaridades socioeconômicas, respeitadas as normas gerais” (OLIVEIRA, 2000, P. 432). Desta forma, em regra, essas normas específicas não possuem o condão de conceder tratamento significativamente distinto para os contratos administrativos.

Nesse sentido, esclarece Rafael Oliveira:

“(...) É possível dizer que as normas gerais possuem razoável grau de abstração que garantem uniformidade ao processo de licitação em todas as esferas federadas, sem que interfiram nas peculiaridades regionais e locais de cada ente federado” (OLIVEIRA, 2000, p. 432).

O Supremo Tribunal federal possui decisões que constata a inconstitucionalidade de normas estaduais cujo conteúdo avançou na competência privativa da União para edição de normas gerais relativas à licitações e contratos administrativos.<sup>9</sup>

Sendo assim, em regra, o fato do cedente e cessionário permanecerem sob distintas esferas administrativas da federação não caracteriza fator impeditivo da transferência dos contratos administrativos (MARQUES NETO, 2000, p.156). Sobretudo, porque, conquanto exista a possibilidade de distinções nas mais variadas leis dos diversos entes federados, os princípios gerais do Direito Administrativo estariam sendo preservados, sob orientação de uma lei geral de licitações.

Contudo, somente diante do caso concreto será possível visualizar a compatibilidade, ou não, entre os regimes do cedente e cessionário, sobretudo em hipóteses que uma das entidades esteja submetida a procedimento especial de licitação e contratação.

---

<sup>9</sup>STF – ADI: 3670 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de julgamento: 02/04/2007, Tribunal Pleno, Data de publicação; 17-05-2018.

### 5.3 Compatibilização da cessão da posição contratual entre entes públicos e dotação orçamentária de entidades distintas

Ao se possibilitar a cessão de contrato entre entes públicos, naturalmente exige-se a alteração do “*crédito pelo qual correrá a despesa*”, que, conforme preceitua o inciso V, do Art. 55, da Lei 8666 é cláusula obrigatória nos contratos administrativos.

O §8º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, ao tratar da formalização de alterações contratuais, determina que:

A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, *bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares* até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, *podendo ser registrados por simples apostila*, dispensando a celebração de aditamento. (grifos)

Nesses termos, tem-se que o apostilamento é instrumento para anotação de modificações de condições contratuais que já foram pactuadas pelas partes. Já o termo aditivo, por sua vez, formaliza alterações das condições contratuais inicialmente pactuadas.

Dessa forma, a lei é cristalina que alterações referentes às dotações orçamentárias não são consideradas alterações contratuais, podendo ser feitas por simples apostila. Por isso, fica evidente que não são capazes de ser uma incompatibilidade para a realização da cessão do contrato.

Nas palavras de Floriano Marques Neto:

(...) alterações referentes às disponibilidades orçamentárias para executar uma obra são frequentes, 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 (MARQUES NETO, 2000, p.157).

Ressalte-se contudo que o que se esta a afirmar é que a simples substituição da dotação orçamentária não tem o condão de violar as condições fixadas pelo edital. Por outro lado, a transmutação do ente contratante é sim uma alteração contratual e, como será destacado de forma mais detalhada a seguir, deve ser antecedida de termo aditivo e da anuência do contratado.

A substituição da dotação orçamentária não é considerada pelo ordenamento jurídico nem mesmo como uma alteração contratual, não sendo portanto fator impeditivo para a cessão da posição contratual.

Diante do exposto, é possível afirmar que a cessão da posição contratual entre entes públicos não fere os princípios gerais do direito administrativo e nem é incongruente com os valores tutelados pelo procedimento licitatório. Contudo, tendo em vista o exposto, para que seja possível a utilização do instituto é imprescindível que se tracem alguns balizamentos de modo a evitar a utilização retorcida do instituto.

## **6. Requisitos para que seja possível a cessão da posição dos contratos administrativos entre entes públicos**

Diante do exposto, tendo em vista as premissas estabelecidas para a possibilidade da cessão da posição do contrato entre entes públicos, e as próprias características da natureza do instituto, visa-se, a partir daqui, inferir os critérios para que seja viável a transmissão da posição do contrato entre entidades públicas.

Destacam-se os seguintes requisitos para que seja possível a cessão da posição dos contratos administrativos entre entes públicos: a) seja a via mais adequada para concretização dos direitos fundamentais; b) que o bem do contrato a ser transferido seja competência imposta pelo ordenamento ao ente cessionário, c) que o cessionário possua condições técnicas de assumir as obrigações pactuais; d) demonstração de recursos suficientes à consecução do objeto por parte do novo contratante; e) e a concordância do contratado.

Partindo da premissa de que o regime jurídico-administrativo não permitiu expressamente a cessão da posição contratual entre entes públicos e, ainda, que a leitura constitucional da legalidade significa, necessariamente, a persecução da concretização dos direitos fundamentais, é imprescindível a demonstração que a cessão dos contratos é a via mais adequada para o atingimento das finalidades constitucionais.

Em análise de caso concreto Feito por Marques Neto constatou-se que naquela hipótese a cessão do contrato era “a única forma de se retomar e dar andamento às obras”, e respaldou no princípio da continuidade dos serviços públicos (MARQUES NETO, 2000, p.161).

O referido autor, ainda, constata que a cessão de contratos entre órgãos públicos tem sido realizada “mormente quando há reestruturações administrativas e redefinições de competências de ente integrantes da sua estrutura” (MARQUES NETO, 2000, p.161).

Nesse contexto, com a extinção de entidades públicas, a cessão da posição contratual pública passa ser a medida razoável para que se evite a interrupção de obras e serviços públicos. Evita-se também, que se realize licitação para contratação de

contratada para terminar serviço já iniciado, o que muitas vezes pode ser dispendioso e desastroso para persecução das competências estabelecidas aos entes na Constituição Federal.

Nesse sentido já se posicionou a Procuradoria Geral do Município de São Paulo, em parecer confeccionado pelo Dr. Rodrigo Miragaya:

Enfim, sempre que há uma reorganização administrativa que importe na criação ou extinção de entidades da Administração Indireta e na consequente absorção de competências pela nova entidade (...), costuma revelar-se necessária a assunção de direitos e obrigações pelo ente da Administração receptor das competências (sendo que os contratos com terceiros integram o rol dos direitos e obrigações), tendo em vista a finalidade de preservação da continuidade do serviço público- Procuradoria Geral do Município – PGM nº 11.872 de 24 de julho de 2018

Dessa forma, para que seja lícita a cessão da posição contratual nos contratos administrativos, é imprescindível que essa seja a via mais adequada para a persecução dos direitos fundamentais. Relembrando que a utilização de instituto não previsto expressamente no regime jurídico público, no âmbito dos contratos administrativos, é subsidiária. E isso significa que a licitude de sua utilização esta diretamente ligado a hipótese factual de que recorrer ao referenciado instituto seja a única forma capaz de concretizar adequadamente os preceitos fundamentais. Portanto, para avaliação acerca da adequação da utilização da cessão posição de contrato entre entes públicos, no caso concreto, deve-se socorrer às técnicas decorrentes do princípio da proporcionalidade, e seus sub-elementos.<sup>10</sup>

Também, já se posicionou a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em manifestação da lavra do Dr. Flávio Amaral Garcia:

Não raro as circunstâncias iniciais da contratação são modificadas no decorrer da execução do contrato. Assim, muitas vezes ocorrem modificações na estrutura da Administração Pública, com alteração de competências, ou mesmo aspectos técnicos ou orçamentários que podem acarretar na mudança do pólo ativo como forma de melhor atender o interesse público. *Claro que, para tanto, é fundamental a motivação em cada caso concreto, com a explicitação das razões que acarretem a cessão e com a demonstração de que a finalidade pública será atendida com essa alteração subjetiva.* Além disso, como bem alertado pelos pareceristas, indispensável a concordância do contrato; afinal, trata-se de mudança que não pode ser imposta uni-

<sup>10</sup> “os meios utilizados (...) devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais” Tribunal constitucional Alemão BverfGE 30:292 (316), 39:210 (230-1) (Apud FERREIRA MENDES; MÁRTIRES COELHO, GONET BRANCO, 2011. pag. 255)

lateralmente. A viabilidade na cessão do pólo ativo do contrato vem sendo admitida pela doutrina e pela própria jurisprudência dos Tribunais de Contas. *Contudo, é absolutamente fundamental que, em cada caso concreto, seja verificado se a motivação é adequada e legítima, bem como se a finalidade pública será melhor atendida com essa modificação subjetiva.* (grifo do autor) –Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - Parecer n. 22/10-FAG

Ressalte-se ainda que as condições acima devem ser demonstradas no caso concreto. A regra ampla e geral é a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos.<sup>11</sup>

Sendo assim, considerando que a cessão da posição contratual de contrato público é medida excepcional não prevista na legislação, é dever do Poder Público demonstrar que essa é a via mais adequada para a persecução dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Já no que tange a legitimidade do cessionário para recebimento da posição contratual, é imprescindível a análise da compatibilidade entre as competências da entidade que irá receber a posição do contrato, e os deveres e obrigações que estarão sendo transferidos.

A Constituição Federal, nos artigos 21 a 24, estabelece a competência dos entes federados na realização dos interesses fundamentais da coletividade. Dessa forma, não é possível que um Estado federado assumira um contrato cujo objeto seja a realização de competência exclusiva da União.

Da mesma forma, no âmbito interno das unidades federativas possuem instrumentos normativos que estabelecem as missões de cada entidade descentralizada. E para que uma determinada entidade assumira um contrato é necessário que o objeto daquele ajuste esteja em consonância com as suas competências estabelecidas pelo ordenamento jurídico, sob o risco de se desvirtuar a atuação daquela entidade pública.

Ressalte-se, também, que é imperioso analisar a capacidade técnica e operacional do cessionário para o acompanhamento e fiscalização do contrato a ser cedido, bem como a demonstração de que existam recursos suficientes para a assunção das obrigações, como condição da transmissão contratual. Relembre-se que a cessão da posição contratual só poderia ser utilizada na impossibilidade de se execu-

---

<sup>11</sup> “A motivação, como vimos ao tratar do princípio da motivação, é necessária para todo e qualquer ato administrativo, e a discussão motiva/não motiva parece resolvida com o advento da Lei federal n. 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal. Pelo art. 50 dessa lei todos os atos administrativos, sem qualquer distinção, deverão ser motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Assim, tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários devem ser motivados. O fato de esse artigo elencar as situações em que os atos administrativos devem ser motivados não elide esse entendimento, pois o rol apresentado engloba atos discricionários e vinculados”(GASPARINI, 2008, p. 67).

tar o contrato de forma adequada pelo ente originário. Portanto é necessário que se constate a capacidade do cessionário em garantir os direitos fundamentais tutelados pela relação a ser transmitida.

Trata-se também de interpretação do inciso III, §2º do Art. 7, e do Art. 14. da Lei 8666/93, que exigem para aquisição de bens e a contratação de obra “*previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma*”

Da mesma forma, o Art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal que prevê que toda criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; e a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Por outro lado, a doutrina civilista exige o consentimento do cedido para que seja possível a cessão da posição contratual (ROSENVALD; DE FARIAS, 2015, p. 428). É natural que sendo um contrato um acordo de vontades, não se possa alterar o sujeito da relação sem anuência da outra parte. Evidente que a exigência também deve ser observada no âmbito dos contratos públicos.

Trata-se aqui de alteração de um dos sujeitos da relação contratual e, como qualquer alteração contratual, deve ser antecedida do respectivo termo aditivo.

Não se ignora que a Lei Geral de Licitações prevê hipóteses em que a Administração pode alterar o contrato sem o consentimento do contratado. Contudo tais hipóteses são taxativas<sup>12</sup>, e a alteração dos sujeitos da relação contratual não se encontra no rol disposto na Lei Geral de Licitações<sup>13</sup>. Dessa forma, a modificação dos con-

---

<sup>12</sup>Trata-se de medida excepcional e por isso deve ser interpretada restritivamente: “A prerrogativa da Administração de alterar unilateralmente contrato administrativo provoca repercussão, haja vista que destoa da própria essência da figura contratual concebida em teoria geral, que pressupõe o acordo de vontades e igualdade entre as partes. Ou seja, as partes contratam, definem, por consequência, o objeto do contrato e a Administração altera o objeto da avença sozinha, ainda que o contratado não queria ou se oponha a ela” (NIEBUHR, 2015, p.861).

<sup>13</sup>Lei 8666/93 : Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração:a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

tratantes se subsume às hipóteses (rol exemplificativo<sup>14</sup>) de alteração consensual e, portanto, necessita-se de concordância do contratado.

Veja que a mesma conclusão chegou Floriano Marques:

Como condição para tal trespasse, coloca-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.

Dessa forma, para que seja possível a cessão da posição contratual é necessário que seja feito termo aditivo para alteração do polo ativo do contrato, o qual deve ser consentido pelo contratante.

## 7. Conclusão

Não há na legislação pátria permissão expressa para a utilização do instituto da cessão da posição contratual pelos entes públicos. Contudo levando em consideração o evento da constitucionalização do direito administrativo, há a indicação da reformulação do conceito de legalidade, rompendo com o arquétipo da legalidade estrita.

Dessa forma, diante de situações que poderiam trazer grave prejuízo à sociedade, a Administração está autorizada a buscar ferramentas para persecução dos direitos fundamentais, mesmo que não esteja a conduta expressa em lei formal. No atual paradigma axiológico é possível se conectar diretamente a constituição federal sem que tenha que ser intermediado por preceitos legais.

Corroborando a tese acima a possibilidade de utilização dos institutos de direito privado no âmbito do direito administrativo, de forma subsidiária, conforme disposição expressa da Lei 8666/93. Dessa forma, tendo como suporte o princípio da proporcionalidade é possível se socorrer às ferramentas típicas do direito privado, no âmbito dos contratos públicos, caso essa seja a via mais adequada para a efetividade da persecução dos direitos fundamentais.

No entanto, para que seja possível a utilização da cessão da posição contratual entre entes públicos, é necessário compatibilizar o instituto com as regras basilares do regime jurídico-administrativo.

---

<sup>14</sup>Sobre a possibilidade de alteração consensual dos contratos fora das hipóteses elencadas na lei 8666: “Não se infira desse elenco explicitado que outras cláusulas não possam ser objeto de alteração por acordo. Em princípio, toda cláusula contratual é passível de alteração havendo acordo entre os contratantes. O significado dessa explicitação é diverso do que poderia sugerir sua aparência restritiva. É o de deixar claro que, nessas hipóteses, a lei não admite decisão unilateral porque qualquer daquelas alterações – a substituição de garantia de execução, a modificação de regime de execução de obra ou serviço, ou o modo de fornecimento de compra, a modificação da forma de pagamento, a aplicação da teoria da imprevisão – pode afetar, reflexamente, o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. Havendo anuência do contratado, todavia, qualquer dessas situações poderá gerar alterações no contrato, vedadas à falta dela”. (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2009, p. 8).

É notório que os valores fundamentais da contratação pública são tutelados pelo procedimento licitatório. Dessa forma, através da licitação busca-se, além da proposta mais vantajosa para a Administração, materializar ideais de impessoalidade, honestidade e isonomia. Portanto, a simples substituição do ente contratante não tem a força de descaracterizar a escolha impessoal e objetiva do contratado. Caso haja algum vício no procedimento licitatório, contata-se um atentado a idoneidade ao próprio contrato administrativo, e, com isso, o contrato viciado deve ser considerado nulo, mesmo após a transferência entre entes públicos.

Foi abordada a hipótese de que o caráter personalíssimo dos contratos administrativos, ou os diferentes regimes jurídicos administrativos dos diversos entes públicos fossem impedimento para a cessão da posição contratual entre entidades públicas. A respeito do caráter personalíssimo dos contratos administrativos se vislumbrou que tal aspecto abarca o contratante privado, e não a Administração Pública. Em relação aos diversos regimes jurídicos, não se caracteriza fator impeditivo da transferência dos contratos administrativos, sobretudo porque os princípios gerais do Direito administrativo estariam sendo preservados nas diversas legislações, mantendo uma coerência principiológica uniforme, a partir da norma geral de licitações, a Lei 8666/93.

A modificação da dotação orçamentária também não teria força para transfigurar o pacto a tal ponto de impedir a transferência de contratos entre entes públicos. A lei Geral de Licitações não considera a substituição da rubrica orçamentaria nem mesmo com uma hipótese de alteração contratual, podendo ser configurada por simples apostila.

Além disso, decorrente de todo exposto, para que seja lícita a cessão da posição contratual, nos contratos administrativos, é necessário que se demonstre e justifique, tendo em vista o dever geral de motivação dos atos administrativos, ser o caminho mais adequado para concretização dos direitos fundamentais, uma vez que a utilização de institutos jurídicos de direito privado, no âmbito dos contratos administrativos, é excepcional e subsidiária. Constatou-se, também, que é requisito para a cessão da posição contratual que o bem do ajuste esteja em consonância com as competências do ente cessionário imposta pelo ordenamento jurídico. Ainda, se estabeleceu a necessidade de que se demonstre que o cessionária tenha condições técnicas e financeiras para assumir as obrigações inerentes a posição contratual transmitida. Por fim, é necessário a concordância do contratado.

## 8. Referências bibliográficas

ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 405-415.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código civil*. Belo Horizonte:Fórum, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis: revista da ES-MEC*, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, 2008.
- BRASIL. *Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988*, 5 de outubro de 1988
- BRASIL. *lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*, Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*
- BRASIL. *Tribunal de Contas da União*
- BRASIL. *Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro - Parecer n. 22/10-FAG*
- BRASIL. *Procuradoria Geral do Município de São Paulo – PGM nº 11.872 de 24 de julho de 2018* <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/parecer-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-11872-de-24-de-julho-de-2018/consolidado>
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Licitações e contratos do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2v. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte:Fórum, 2010.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008,
- HORBACH, Carlos Bastide. Objeto E Conceito Do Direito Administrativo: Revisão Crítica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2018.

- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ed. São Paulo: Malheiros, 2015
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A cessão de contrato administrativo entre estado e município como alternativa para evitar a interrupção de obras públicas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.4, P.141-162, 2000.
- NETO, Amaral; DOS SANTOS, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do Contrato Administrativo: Releitura das Normas de Regência à Luz do Gerenciamento de Riscos em Gettão Pública Comprometida com Resultados - Parte V. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 5, p. 174-201, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito dos contratos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Subcontratação e cessão de contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, p. 145-158, 1998.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 6 ed. Salvador: Juspodvim, 2018.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.