

# SUBCONTRATAÇÃO E CESSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

*Leon Frejda Szklarowsky*

*Subprocurador - Geral da Fazenda Nacional aposentado,  
escritor, advogado, jornalista, juiz arbitral*

A **Lei de Licitações e Contratos** - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, regula a matéria, objeto do questionamento, nos artigos 72 e 78, inciso VI.

O artigo 72 dispõe que:

“O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

O artigo 78 comanda:

“Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;...”

## 1 – Doutrina

O contrato é o assentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, na expressão genial de **ULPIANO**, e tanto **ARISTÓTELES**, quanto **KANT** e, modernamente, a escola de **KELSEN**, consideram o contrato uma norma criada por particulares, mas, na precisa conceituação de **CLOVIS BEVILAQUA**, é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

É a associação de duas ou mais vontades, o acordo de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe necessariamente a pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei. Neste sentido, **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**.

No direito contratual público, o conceito de contrato não difere substancialmente, a não ser pela só presença da Administração Pública, que derroga normas de direito privado, conforme as lições de **HELLY LOPES MEIRELLES** e da doutrina proeminente. A formalidade, contudo, é essencial e não pode ser negligenciada. Dada a supremacia de poder, a contratante adquire certas prerrogativas, em vista do interesse público, respeitados os direitos da contratada, que pode ser a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública, abrangendo esta a administração direta e a indireta, da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo todas as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (artigo 6º, incisos XIV e XV, da Lei 8666/93).

O contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí por que, cumprindo preceito constitucional, através da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e a idoneidade da contratada, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-no diretamente, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação e sincronia.

Contrato pessoal, contudo, não significa necessariamente personalíssimo. A instabilidade, na execução do contrato, advém do interesse público, daí por que, no discurso do Ministro **JOSÉ AUGUSTO DELGADO**,

“ não se pode conceber contrato administrativo sem ser condicionado ao interesse público. Este não se apresenta imutável” ( cf. Revista de Direito Publico 62/123 e segs.).

Observa ainda o autor que, na execução do contrato administrativo, a responsabilidade é da própria pessoa com quem se contratou, todavia essa regra admite exceções e, fundado, no magistério de **MARCELO CAETANO**, indica, com tranqüilidade, que:

“ a execução do contrato pode prosseguir por pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestações não tiverem por objeto serviços de caráter pessoal e a Administração consinta na substituição, tendo em conta as exigências legais relacionadas com a capacidade e a idoneidade do concessionário ou do sucessor” (cf. op. e p. cits. ).

Também **CARLOS ROBERTO PELLEGRINO**, escudado na melhor doutrina, inclina-se por esse entendimento ( cf. Revista de Direito Público, 92/139).

Eis aqui nascendo a verdadeira simbiose entre o direito público e privado, que **GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ** descreve, com muita sensibilidade, e rechaça a divisão esotérica entre o direito público e privado, porque tais dogmas sofrem, na atualidade, violenta crise e conclui que é muito difícil sustentar a romana contraposição entre o direito público e privado, calcada na idéia de um Estado regulado por princípios especiais e opostos aos do direito privado ( cf. Revista de Direito Público, 91/19-27).

Deste pensar é também o procurador e escritor **MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**, quando escreve que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos para captar seus elementos essenciais aos quais vai justapor suas prerrogativas que lhe marcam as características (cf. Licitações & Contratos Administrativos, ADCOAS, Esplanada, 2ª edição, I/170).

**HELY LOPES MEIRELLES** confirma que o contrato administrativo é realizado *intuitu personae*, porquanto visa sempre a pessoa jurídica ou física do contratado, mas nada impede que o contratado confira partes da obra e certos serviços técnicos a artífices ou a empresas especializadas, porque, aduz, se o contrato é pessoal, nem sempre é personalíssimo, visto que:

“ Modernamente, a complexidade das grandes obras e a diversificação de instalações e equipamentos dos serviços públicos exigem a participação de diferentes técnicos e especialistas, o que fica subentendido nos contratos desse tipo” (cf. Licitação e Contrato, 11ª edição atualizada por EURICO ANDRADE AZEVEDO e CÉLIA MARISA PRENDES, Malheiros, 1996, p. 189 ).

O direito brasileiro é bastante incisivo, permitindo o artigo 72 do diploma legal, sob comento, a subcontratação de partes da obra, serviço e fornecimento até o limite admitido em cada caso pela Administração.

A dúvida crucial, que se antepõe ao intérprete, é, exatamente, com relação à expressão **partes**, todavia, este dispositivo deve ser interpretado em comunhão com o inciso VI do artigo 78.

É princípio assente de hermenêutica que o dispositivo a ser interpretado deve ser comparado com outros do mesmo repositório ou de leis diferentes, porém tendo o mesmo objeto. Leciona **CARLOS MAXIMILIANO**, alicerçado na melhor doutrina ( **COELHO DA ROCHA**, **BORGES CARNEIRO**, **TRIGO DE LOUREIRO** e **CARLOS DE CARVALHO** ):

“ Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.”

O entrelaçamento de um princípio com outros é de fundamental importância, ou, como informa o Ministro **LUIZ VICENTE CERNICCHIARO**, “ o Direito, como sistema é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se” (cf. Direito & Justiça, Correio Braziliense, Brasília, 14.4.97).

Desde **CELSO**, em Roma, emitir parecer ou julgar a lei, separadamente, ao invés de fazê-lo em conjunto, é extremamente condenável, porque contrário ao direito. Sabe-se, com **SAREDO**, que não se presumem dispositivos contraditórios, devendo as palavras harmonizarem-se entre si ( cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, de **CARLOS MAXIMILIANO**, Livraria Freitas Bastos, 6ª edição, 1957, pp. 164 e 172 ).

## 2 – Subcontratação

À primeira vista, a lei somente permitiria a subcontratação de algumas partes do objeto do contrato ( e não a totalidade ), se interpretado isoladamente o artigo 72, friamente, sem o auxílio do inciso VI do citado artigo 78. Não obstante, ambos os preceitos entrelaçam-se, intimamente, e não podem ser analisados, isoladamente.

Se a contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração ( artigo 72 ) e o inciso VI do citado artigo 78 cataloga como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, não admitida no edital e no contrato, é curial que a subcontratação total é consentida. Do contrário, este inciso não estaria fazendo referência à subcontratação total visto que a lei não contém palavras inúteis, tendo estas sempre algum significado. Há que se descobrir, portanto, o porquê de sua permanência no texto.

A conclusão insofismável é de que a lei realmente não obsta a subcontratação total da

execução do contrato, nem tampouco a cessão (transferência) total ou parcial, com o que está de acordo **DIÓGENES GASPARINI**, ao avisar que:

“o Estatuto Federal Licitatório vai mais além e admite a subcontratação total (toda a execução do contrato passa para um terceiro sem que o subcontratante se desvincule do contrato) do objeto e a cessão (transferência total ou parcial dos direitos decorrentes do contrato a terceiro, com o cedente desvinculando-se no todo ou em parte do contrato cujos direitos foram cedidos), se essas operações estiverem previstas e reguladas no edital. Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública” (cf. Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, 1995, pp. 396/7).

**ADILSON ABREU DALLARI**, ao tratar de contrato de obra pública, estuda, com profundidade, esta tormentosa questão, ainda que sob o regime jurídico do Decreto 73.140, de 9.11.73, que não difere basicamente do direito atual, e conclui:

“desde que haja prévia aquiescência da Administração, não há por que impedir-se a transferência de contrato realizado com esta, mesmo que com dispensa de licitação, pois, *in casu*, nem se propõe a questão da licitação” (cf. Cadernos FUNDAP, publicação da Fundação do Desenvolvimento Administrativo, nº 11, de julho de 1985, pp. 27 a 38).

O inciso VI do artigo 78 é bastante rico em conteúdo, porque, ao contrário do artigo 72, arrola outras hipóteses, além da subcontratação, que se não confunde com aquelas. E, mais, pressupõe que no edital e no contrato a Administração já preveja esta faculdade.

Portanto, duas são as condições substantivas: admissão do *quantum* e previsão no edital e no contrato. Já o artigo 72 é mais singelo e ficará vazio, se não se fizer a estreita comunhão com aquele preceito.

A doutrina, em uníssono, autoriza a subcontratação da execução do objeto do contrato, conquanto alguns autores o façam com restrição, não permitindo a subcontratação total, senão apenas parcial, desde que prevista obrigatoriamente no edital e no contrato, com o apoio da mais Alta Corte de Contas da União e do Estado de São Paulo.

Sem dúvida, o contrato administrativo é pessoal, sem ser personalíssimo, e a lei permite que, excepcionalmente, a contratada transfira ou ceda a terceiros, a execução do objeto, dada a concentração, racionalização e especialização de atividades.

A subcontratação ou o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto e de suas obrigações contratuais é, pois, perfeitamente lícita, desde que haja previsão desta faculdade no edital e no contrato, até o quantitativo admitido pela contratante.

A contratada responde perante a contratante pela execução total do objeto contratado e não há

qualquer relação entre a contratante e a subcontratada, de modo que, também, pelos atos ou omissões desta, ela é plenamente responsável. A responsabilidade da contratante é plena, legal e contratual.

Nada impede que haja subcontratações sucessivas ou simultâneas, como por exemplo, a subcontratação concomitante da parte hidráulica e da parte de alvenaria e da parte elétrica ou das fundações. E é o que ocorre com frequência.

O saudoso tratadista **HELY LOPES MEIRELLES**, interpretando a lei vigente, consente que a contratada defira, sob sua inteira responsabilidade, a execução de alguns serviços técnicos e especializados a terceiros ou a consórcios de pessoas jurídicas ou físicas, conquanto possam ser solidariamente responsáveis, pela parte executada, na forma avençada (cf. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 20ª edição, 1995, p.p. 211/2122, e Licitação e Contrato Administrativo, cit. ).

**MARÇAL JUSTEN** apregoa que a Administração, caso a caso, faça uma avaliação da conveniência de propiciar a subcontratação, segundo os limites prefixados (cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, AIDÊ Editora, 4ª edição, 1996, p. 416 ). **CARLOS PINTO COELHO MOTTA** adverte que o tema, efetivamente, é polêmico, quanto ao quantitativo (cf. Eficácia nas Licitações e Contratos, Del Rey, 1994, pp. 230/1). **CAIO TÁCITO** assegura que, por ser contrato realizado, *intuitu personae*, a subcontratação deve estar prevista no contrato ou no termo aditivo e no caderno de encargos ou instrução de serviço, recebendo total aprovação de **TOSHIO MUKAI** ( cf. O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 78).

**JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR**, em alentado comentário ao artigo 72, deduz que é proibida a subcontratação total do contrato, mas admite a subcontratação parcial, desde que previsto no edital e no contrato (cf. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, Rio, 1995, 3ª edição, pp. 450 a 453 ). Nem outro é o pensamento de **ROBERTO RIBEIRO BASILLI**, ao afirmar que a contratada poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, mediante prévia aquiescência da Administração, e segundo os limites fixados, remanescendo sua responsabilidade legal e contratual, perante esta, inclusive no que tange à subcontratação ( cf. Contratos Administrativos, Malheiros Editores, 1996, p.p. 103/104 ), destacando-se, ainda, autores do porte de **SÉRGIO FERRAZ** e **LÚCIA VALLE FIGUEIREDO**, que comungam da mesma opinião.

**FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO** ilustra, com muita propriedade, a hipótese de a Administração contratar uma empresa, para executar uma ponte, e afiança que não se está pretendendo que ela execute, por si própria, todos os serviços que compõem tal obra, o que seria absolutamente inviável, não importando, pois, se as fundações se fizerem por subcontratada, empresa especializada porque a contratada responderá por vícios que advierem e a relação da Administração será sempre com esta, diretamente (cf. parecer, *in* Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ de São Paulo, número 2, de fevereiro de 1996.

Outra regra de ouro, diz respeito à precisão e clareza, com que devam ser descritas as condições para a execução dos contratos, consubstanciadas nas cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades, tudo em consonância com os termos da licitação e da proposta a que ficam

vinculados. Mesmo os contratos, que tiveram a dispensa ou a inexigibilidade declaradas, ficam sujeitos aos termos do ato que os autorizou e da proposta. Nada escapa ao seu controle.

Assim, o artigo 66 traça um mandamento essencial, mandando as partes cumprir as cláusulas convencionadas e as normas desta lei porque o contrato é lei entre as partes, respondendo cada qual pelas consequências de seu descumprimento, total ou parcial.

O diploma legal, sob comento, no artigo 78, VI, traz à colação, além da subcontratação, outros institutos, como a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, a fusão, cisão ou incorporação, que se não confundem entre si, porque totalmente distintos.

Faz-se necessário um exame, ainda que ligeiro, dessa cláusula legal.

A fusão, a incorporação e a cisão, em face da legislação vigente, podem operar-se entre sociedades de tipos iguais ou diferentes, não discrepando do projeto de alteração da lei das sociedades anônimas, enviado à sanção do Presidente da República ( cf. redação final do Projeto de Lei da Câmara nº 106, de 1996 (nº 622, de 1995, na Casa de origem ).

A incorporação ocorre, conforme a Lei 6404, de 1976, quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os seus direitos e obrigações. É uma espécie do gênero fusão, conquanto seja tratada pelo direito pátrio, de forma singular.

Leciona **RICARDO BARRETO SILVA** que na transformação há a presença de uma só pessoa jurídica e naquela há a participação de pelo menos duas ou mais pessoas jurídicas, não importando o tipo de sociedade (cf. Comentários a Lei das Sociedades por Ações, co-edição Instituto dos Advogados de São Paulo - Editora Resenha Tributária, 1986, volume 5, p. 378 ).

A fusão caracteriza-se pela comunhão de duas ou mais sociedades para a formação de uma nova, que lhes sucederá em todos os seus direitos e obrigações.

Na cisão, uma companhia transfere parcela de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, de sorte que a sociedade cindida se extingue, se houver versão total de seu patrimônio, ou divide-se o seu capital, se a versão for parcial.

A sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações que se referem ao ato da cisão, mas, se ocorrer a extinção, no caso da cisão, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida, sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

**WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA** alerta que, nas simples transferências de parcelas do ativo, mediante pagamento do preço, à vista ou a prazo, as sociedades existentes ou constituídas *ad hoc*, não se caracteriza a cisão ( cf. Direito Processual Societário, Forense, 1986, p. 250 ).

Já a sub-rogação resulta da lei ou da convenção ( artigos 985 a 990 do Código Civil). Sub-rogar é colocar uma coisa em lugar de outra ou uma pessoa substituindo outra, numa relação jurídica e **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** recorda que, na sub-rogação pessoal, à pessoa sub-rogada ficam garantidos os mesmos direitos e ações que cabiam àquela ( cf. ainda **CLOVIS BEVILAQUA**, Código Civil dos Estados Unidos Comentado, Livraria Francisco Alves, 1955, volume IV/115-119). Arnoldo Wald sustenta também que a sub-rogação pode ser legal e convencional, conforme o caso ( cf. Parecer, publicado



nos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Editora dos Tribunais 17/57.

### 3 – Cessão do contrato

A cessão opera-se pela transferência ou substituição da contratada por outra. O cessionário coloca-se na posição da contratada, assumindo sua postura.

A pessoa do contratado substitui-se para todos os efeitos, sub-rogando-se o cessionário em todos os seus direitos e obrigações, ou, como ensina o doutor **CARLOS PINTO COELHO MOTTA**, citando o escritor **EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA**, o direito espanhol distingue entre cessão e subcontratação, de sorte que a legislação específica o admite, tanto em matéria de obras, quanto em matéria de serviços.

Cessão deriva do latim *cessio*, com o significado de ceder, traspassar, e **PLÁCIDO E SILVA** conceitua-a, segundo a boa técnica jurídica, como :

“o contrato, a título oneroso ou gratuito, pelo qual a pessoa titular de créditos ou de direitos, transfere a outra esses mesmos créditos ou esses mesmos direitos, com abstração das coisas sobre que recaem. Quer isto significar que, em regra, a cessão não se mostra um contrato especial, isto é, não se indica uma obrigação, mas, particularmente, o cumprimento dela, em vista do que se motiva e se autoriza a convenção, que vem garantir ao credor do cedente ( salvo o caso de cessão gratuita ) a existência jurídica e válida de seu crédito” (cf. Vocabulário Jurídico, Forense, Rio, 1982, I/419).

E **JOSÉ NAUFEL** define-a como :

“o ato pelo qual uma pessoa transfere para outrem um ou mais direitos de quem é titular” (cf. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Konfino - Editor, Rio, 1959, 2a edição, I/ 316-317).

O advogado mineiro **ALCY TAYLOR DA COSTA**, examinando a cessão do contrato com a Administração, para o Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais DEOP - MG, ratifica o pensamento dominante de que esse tipo de contrato é pessoal, mas nem sempre personalíssimo, dado que:

“Nos dias atuais, a complexidade e o gigantismo de algumas obras estatais, a velocidade a elas imprimida para atendimento do interesse público impõem uma relação dinâmica entre as partes permitindo essa participação” ( cf. parecer inédito aprovado pelo seu diretor - geral, engenheiro **RODRIGO OCTAVIO COUTINHO FILHO**, em 8 de março de 1996, e recebeu o *placet* do tratadista **CARLOS PINTO COELHO MOTTA** ).

A advogada **MARIA ELIZABETH MARTINS COSTA DO AMARAL**, neste mesmo parecer, arrimada nas preleções de **SÍLVIO RODRIGUES E SILVA PACHECO**, conclui com inteira segurança, que :

“ a cessão de contrato é instituto de direito com existência jurídica amplamente aceita; que existe previsão legal para a mesma, conforme demonstram os citados art. 78, inciso VI, da Lei 8666/93 e art. 27 da Lei 8987/95; posição doutrinária favorável, e consuetudinária prática por

parte das Administrações na aplicação deste instituto do Direito Privado nos Contratos Públicos; concludo ser perfeitamente cabível a sua utilização, na certeza de que nenhum impedimento ou objeção quanto a sua legalidade poderá ser questionada por parte de terceiros se efetivada na forma prescrita legal e doutrinária” (cf. Parecer DEOP - MG cit.).

Com paciência de verdadeira ourivesaria, **JAYME RIGUEIRA**, chefe da Procuradoria daquele órgão, infere que:

“ a cessão, via de regra, se processa após algum tempo e por consequência do surgimento de fatos supervenientes e que deixam claro, de certa forma, a impossibilidade de material do prosseguimento da obra com o contratante original. No longo caminho que temos perlustrado, na pesquisa diuturna do direito e suas nuances, não nos deparamos com um só dispositivo legal que impusesse normas impeditivas ao instituto da cessão do contato administrativo, nos limites consagrados na lei.” (cf. parecer cit. ).

**FLORIANO P. AZEVEDO NETO**, discorre, com extremada sensibilidade, acerca da possibilidade jurídica de sub-rogação, nos direitos advindos de parcela de contrato de execução de obra pública, sem que se caracterize burla ao artigo 37 da Constituição Federal. E o estudo da cessão do contrato também não fica sem um ampla apreciação.

Como exceção trata da sub-rogação, da transferência e da cessão de contrato administrativo, traçando ampla distinção entre esses institutos. Com **PLANIOL E SILVIO RODRIGUES**, infere referir-se a primeira mais especificamente “à cessão de crédito a partir do pagamento de dívida por terceiro” ( cf. Consulta, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Revista dos Tribunais, 13/191-213 ).

Este autor, citando vasta doutrina e alicerçado na monografia de **DIMAS DE OLIVEIRA CÉSAR**, aceita o conceito de substituição de um sujeito por outro, como titular da relação contratual e não descarta poder a contratada proceder a cessão do contrato, desde que, com expressa anuência da Administração contratante, isto por que, para que o impedimento ocorra, mister se faz que cláusula proibitiva esteja inserida no contrato.

Mas acrescenta **FLORIANO AZEVEDO**, mesmo que possível a cessão, por não estar configurada a obrigação personalíssima, a Administração só há de concordar se tiver certeza de que a cessionária está forrada das condições técnicas, financeiras, jurídicas e econômicas ( cf. consulta cit. ).

A autorização dependerá sempre das circunstâncias e de cada caso, em particular.

**MARÇAL JUSTEN** apresenta um exemplo, realmente, digno de consideração, ao afirmar que, numa locação, a cessão do contrato, não produzirá qualquer prejuízo para a contratante (cf. op. cit., p. 433 ). Pode-se acrescentar, sem qualquer temor, que a cessão, se feita com anuência e prevista no edital e no contrato, efetivamente nenhum prejuízo trará.

Destarte, juridicamente, não há impedimento, conforme deflui da cristalina seta indicativa do inciso VI do artigo 78 do vigente diploma legal, que erige como transgressão administrativa a cessão ou transferência total ou parcial, não admitidas no edital e no contato. A *contrario sensu*, nenhum óbice existe, guardado o quantitativo previsto no edital e no contrato.



Assim, a obrigação *intuitu personae*, que caracteriza quase todos contratos administrativos, não se confunde com a obrigação personalíssima, própria de apenas alguns contratos, como por exemplo, um contrato referente a uma obra de arte, uma narração evocativa de um feito, contratada com um escritor de talento indiscutível e especializado em determinado assunto e a realização de uma pintura, por um pintor renomado. Nestes casos, obviamente, proibida estará a cessão, vez que o talento e o próprio “eu” do artista deverão estar presentes. E não se transmitem.

#### 4 – Direito comparado

No Direito Comparado, os autores, em uníssono, conferem ao contrato com a Administração características singulares, agasalhadas com prerrogativas, advindas das cláusulas extravagantes e fixam o caráter pessoal, na execução do contrato. Entretanto, nem por isso deixam de traçar algumas exceções, que cabem perfeitamente.

MARIENHOFF, com o apoio de BIELSA, JÈZE, VÉASE E LAUBADÈRE, defende as limitações que lhe são impostas, não obstante, permite a cessão e a subcontratação, se a Administração consentir expressamente ( cf.. Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edicion atualizada, Abeledo - Perot, Buenos Aires, III - A/316-317 ).

JOSÉ ROBERTO DROMI registra que, em princípio, esses contratos devem ser executados pessoalmente pela contratada, mas consente na cessão e na subcontratação ou contratação derivada, se a Administração autorizar, expressamente ( cf.. La Licitación Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p.p. 54/55 ), em harmonia com o pensamento de MANUEL MARIA DIEZ ( cf. Manual de Derecho Administrativo, com a colaboração de TOMÁS HUTCHINSON, Editorial Plus Ultra, 4ª edição, Buenos Aires, I/353) e de BERÇAITZ. Este renomado autor mostra que esses contratos, em regra, não podem ser transferidos, contudo não se opõe à subcontratação parcial, se houver autorização da Administração a qual até pode ser útil a esta e indispensável à contratante, o que se faz correntemente (cf. Teoría General de los Contratos Administrativos, Depalma, 1980, pp. 354/355).

#### 5 – Exame das minutas do edital e do contrato

Examinando as minutas do edital e do contrato da COMPANHIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO E OBRAS PÚBLICAS - CEHOP, verifico tratar-se de uma sociedade de economia mista estadual, vinculada à Secretaria de Estado de Obras Públicas, com sede em Aracaju, no Estado de Sergipe, sujeita ao regulamento próprio, aprovado pela autoridade de nível superior a que estiver vinculada a respectiva entidade, devidamente publicado na imprensa oficial.

Este estatuto e a legislação estadual ficam sujeitos às disposições da Lei comentada, seguindo as pegadas dos artigos 118 e 119 da Lei 8666/93, porque, como demonstra JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, cabe à União editar as normas gerais, devendo as demais esferas de poder acatá-las ( cf. Contratação Direta Sem Licitação, Brasília Jurídica, 2ª edição, p. 35 ).

A cláusula 2ª, do edital, por sua vez, acentua que a concorrência se regerá pelas normas contidas no aludido edital, nas Leis federais 8666/93, 8880/94, 9069/95, na Medida Provisória 1053/95, no Decreto estadual 12829, de 3.4.94 e nas Resoluções da **CAIXA ECÔNOMICA FEDERAL**, e o contrato acrescenta ainda o Decreto 1544, de 30.6.95.

A cláusula 20ª. do edital regula as disposições gerais, distinguindo-se a alínea 20.9, que permite a:

“sub-rogação parcial do objeto da referida licitação no máximo de 50% ( cinquenta por cento ) do valor da obra após prévio e expresso consentimento da Diretoria Executiva da CEHOP”, e a minuta do contrato em apreço, na cláusula 12ª. , que disciplina as disposições gerais, na alínea g, faculta a

“subcontratação total ou parcial do objeto desta licitação após prévio e expresso consentimento da Diretoria Executiva da CEHOP, nos termos do artigo 72 da Lei 8666/93,” e a cláusula 11ª. ( 11.2.6), da minuta do contrato, sanciona, com a rescisão contratual,

“a subcontratação total ou parcial da execução do contrato, a associação do contratado com outrem, a cessão, a transferência, total ou parcial do contrato, bem como a fusão, cisão ou incorporação não admitidos no edital e no contrato.”

Inequivocamente, da forma como estão redigidos esses documentos, afinando-se, de pronto, com a legislação vigente, merecem os aplausos seus redatores, porquanto, atentos à melhor doutrina e à jurisprudência dos Pretórios de Contas, construíram um documento consentâneo com a realidade jurídica.

## 6 – Jurisprudência

As Cortes Superiores de Contas têm-se pronunciado, com muita ênfase, acerca destes temas, de significativa importância, não se omitindo na sua prerrogativa constitucional de zelar pela coisa pública.

O **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** tem pautado sua jurisprudência, no sentido de que a **subcontratação parcial** é lícita, se prevista no edital e no contrato.

O Relator, Ministro **PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA**, com a aquiescência do Pleno, determinou que o contrato fosse firmado nos exatos termos do artigo 72 da Lei 8666/93, vale dizer, concordou com a subcontratação, desde que observados a norma legal e os termos contratuais, ainda que realizada após a licitação ( cf. Decisão 128/94, Ata 8/94, Processo TC 012262/93-5, in DOU de 28.3.94, p. 4515 ).

Na decisão 305/96, o Pleno convenceu-se da tese esposada pelo Ministro **PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA**, não admitindo a subcontratação, porque não prevista no edital e no respectivo contrato. Neste havia proibição peremptória de subcontratação ( cf. Ata 14/96, Processo TC 018257/95, data da Sessão: 29.5.96, in DOU de 17.6.96). *Ex contrario*, permite-se.

O Ministro - Relator, **LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA**, citando as lições de **HELLY LOPES MEIRELLES**, teve seu voto aprovado pelo Plenário, ao assentar que a

subcontratação somente é possível, se for prevista no edital e no contrato, e desde que trate de partes da obra e referentes a certos serviços técnicos realizados por empresas especializadas, sob a responsabilidade integral do contratado ( cf. Decisão sigilosa 207/96, Ata 15/96, Processo TC 014318-95-4 e TC 750014-96-2 ( Representação ), in DOU de 29.4.96, p. 7321).

Ainda o **MINISTRO LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA**, em decisão adotada pelo Plenário, insurgiu-se contra a subcontratação, porque realizada sem a anuência da contratada ( cf. Acórdão sigiloso 165/95, Ata 54/95, Processo 013245/93-7, in DOU de 15.12.95, p. 21196 ), o que corrobora a tese de que lícita é a subcontratação, se resguardada pela previsão no edital e no contrato, como quer a lei.

O **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pela Primeira Câmara, considerou legal o contrato, visto que a **subcontratação** fora prevista, em cláusula contratual e autorizada pela **FEPASA** e pelo **BANCO MUNDIAL**, por meio de aditamento. Conquanto regido pelo Decreto - lei 2300/86, dada a similitude com a atual lei, este acórdão tem plena atualidade ( cf. ata da 34ª sessão ordinária de 27.9.93, DOE de 5.10.93, pp. 38-41, Relator Substituto de Conselheiro **LUIZ OLAVO DE MACEDO COSTA** e Conselheiro **CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA** ), assim também o aditivo e a despesa foram julgados legais ( cf. DOE de 8.11.94, p.55 e 4.11.95, p. 56).

Esse mesmo Tribunal, pelo Pleno da Segunda Câmara, em acórdão relatado, pelo Substituto de Conselheiro, **CARLOS BORGES DE CASTRO** e com a presença dos Conselheiros, **RENATO MARTINS COSTA** e **EDGARD CAMARGO RODRIGUES**, julgou ilegal a subcontratação de serviços porque esta ocorreu antes da adjudicação do objeto à vencedora do certame e porque não houve prévia autorização da Prefeitura - contratante, contrariando o item 16.2 do edital, bem como a cláusula 8, parágrafo único do contrato e ainda em face das publicações extemporâneas, pois “a recorrente não apresentou a data real da assinatura do ajuste da subempreitada ou outra prova conclusiva, prejudicando, assim, a credibilidade das afirmações feitas a respeito”. Não se opôs, portanto, à **subcontratação**, desde que se conforme com a lei e, *ipso facto*, com o contrato e com o edital.

O Conselheiro **RENATO MARTINS COSTA** deixou claro em seu lúcido voto que a ilegalidade do certame ficou evidenciada porque essa **subcontratação** se dera 36 dias antes da adjudicação à empresa vendedora (cf. TC1464/006/92, DOE de 23.5.96, pp. 21/22, republicado em 24 seguinte, pp. 43/44). Também aqui ficou evidenciado que a oposição se deu tão somente porque não se conformou com as exigências da lei.

O Relator, Substituto de Conselheiro, **CARLOS ALBERTO DE CAMPOS**, em seu precioso pronunciamento, relatando o processo TC 5239/026/91, na Primeira Câmara, teve o aval unânime de seus pares, julgando legais a concorrência, o termo de **sub-rogação**, transferindo o contrato firmado mediante o sub-rogação, e as despesas deles decorrentes. Trata-se de contrato de construção entre a Secretaria da Saúde e a Mendes Júnior, transferido à Construtora Estoril ( decisão publicada no DOE de 23.6.93, p.p. 59-60, acórdão publicado no DOE de 14.7.93, p. 35).

O Pretório Paulista julgou legais o **termo de cessão contratual com sub-rogação** em direitos e obrigações, “transferindo todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato e seus eventuais

aditivos” e as despesas dele decorrentes. Trata-se, *in casu*, de contrato de construção de prédio de delegacia (decisão publicada no DOE de 24.5.95, p. p. 21 a 23, e acórdão publicado no DOE de 15.6.95, p. 34, ata da sessão extraordinária da Primeira Câmara, realizada em 16.5.95 - TC 56480/033/88, Relator: **CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA**, acompanhado dos **CONSELHEIROS EDGARD CAMARGO RODRIGUES** e **CARLOS ALBERTO DE CAMPOS**).

Na sessão ordinária do **TRIBUNAL PLENO**, realizada em 22.3.95, o Plenário, por votação unânime, presentes os Conselheiros **CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA**, RELATOR, **ANTONIO ROQUE CITADINI**, **EDGARD BITTENCOURT CARVALHO**, **EDGARD CAMARGO RODRIGUES**, **FULVIO JULIÃO BIAZZI**, e **RENATO MARTINS COSTA**, conheceu do recurso ordinário e, considerando as razões apresentadas pela origem, esclarecendo que o anexo V do edital ( minuta do contrato ) na sua cláusula VI, permitia expressamente a **cessão do contrato**, desde que com o consentimento da contratante, exigência que foi cumprida, deu-lhe provimento para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, **julgar legais a tomada de preços, o contrato, o termo de cessão e transferência**, os termos de aditamento de folhas 179 e 195 e as despesas decorrentes ( cf. decisão publicada no DOE de 23.5.95, p.p. 17-20, republicada no DOE do dia seguinte, p.p. 13-15; acórdão publicado no DOE de 11.10.94, p. 33, TC 23495/026/92).

No Processo TC 67764/033/88 - DOP 6689387, a Corte de São Paulo, ensinou ser nulo o contrato verbal com a Administração, alicerçado no artigo 51 , § 1º., do Decreto - lei 2300/86 ( idêntico ao atual diploma legal - cf. artigo 86 do mencionado decreto - lei c/c o artigo 31 da lei paulista 6544/89). Entrementes, no contrato de construção de prédio da delegacia de Monte Alto, a Primeira Câmara, na sessão ordinária realizada em 12.9.95, pelos votos dos Conselheiros, **CLÁUDIO ALVARENGA**, relator, **FÚLVIO JULIÃO BIAZZI**, presidente, e **EDGARD CAMARGO RODRIGUES**, decidiu **julgar legais o termo de cessão contratual com sub-rogação em direitos e obrigações**, os termos de aditamento, o termo de recebimento definitivo etc. ( acórdão publicado no DOE de 27.9.95, p. 19).

Este Tribunal Maior de Contas do Estado, sem dúvida. contemplou a subcontratação, a sub-rogação e a cessão do contrato, com sustentação na lei federal (nacional, no que diz respeito aos princípios gerais ) e na lei paulista.

O **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, por unanimidade, chancelou a validade da sub-rogação de contrato, desde que prevista no ordenamento convocatório, ( cf.Consulta nº. 108746-1/93. Sessão de 26.8.93, Relator **LUIZ BACCARINI**, *in* Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XI, nº. 3, p.223).

## 7 – Conclusão

O contrato com a Administração Pública centra-se primacialmente na Lei nº 8666, de 1993 e suas alterações posteriores, aplicando-se-lhe, supletivamente, as disposições de direito privado (Código Civil, Código Comercial, Lei das Sociedades por Ações, Lei de Locação de Imóveis Urbanos etc. ), e a teoria geral dos contratos e rege-se, basicamente, pelas suas cláusulas e pelas normas de direito público. O contrato, essencialmente formal, vincula-se obrigatoriamente ao

edital ou ao instrumento convocatório e deverá espelhar com precisão as condições, direitos e obrigações das partes contratantes. É escrito e se submete às rígidas regras desta lei, permitindo-se excepcionalmente o contrato verbal, se de pequenas compras, de pronto pagamento, feitas em regime de adiantamento, e que não ultrapasse o limite previsto no artigo 23, II, a, desse diploma.

O contrato com a Administração Pública é, em regra, pessoal, não obstante, a lei comentada permite, que, na execução do contrato, a contratada subcontrate ou ceda ( transfira ) partes da obra, serviços ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso.

A lei paulista é mais generosa e faculta, sem prejuízo das responsabilidades legais e contratuais, a subcontratação de parte da obra, serviço ou fornecimento, na forma do pactuado na cláusula própria, ou independentemente dessa previsão, nos limites fixados, caso a caso, pela Administração ( artigo 69 da Lei de 22 de novembro de 1989 ).

A contratada, apesar da subcontratação consentida, legal e contratualmente, até os limites previstos, continua com total responsabilidade legal e contratual.

A cessão e a sub-rogação não foram rejeitadas porque encontram sustentação no direito positivo.

Interpretando a lei vigente, a doutrina não se tem furtado de marcar sua posição, com relação a este tema, que não é novo. A lei anterior, o Decreto - lei nº 2300, de 1986, continha normas idênticas.

Também a lei que rege as concessões e permissões, de obras e serviços públicos - Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, consagra o mesmo princípio.

Alguns autores admitem, a subcontratação total, sem qualquer restrição, conquanto exijam esteja, expressamente, prevista esta faculdade no edital e no contrato. A aquiescência da contratada é, pois, condição *sine qua non*.

Entretanto, predomina o entendimento doutrinário, de que a subcontratação pode fazer-se, mas apenas de partes do objeto ( não a totalidade, somente até o quantitativo descrito no edital e no contrato ), desde que admitida, no edital e no contrato.

As outras modalidades também são autorizadas, mas sempre com vistas ao edital e ao contrato.

A regra vigente - artigo 72 - permite a subcontratação até o limite admitido, em cada caso, isto é, deverão o edital e o contrato descrever o limite autorizado para a subcontratação, sem prejuízo da responsabilidade da contratada, que remanesce incólume.

O inciso VI do artigo 78 distingue as hipóteses de transgressão, e impõe a exigência da previsão no edital e no contrato, corroborando o artigo 72, e não rejeita, antes coonest a cessão e as outras modalidades ali previstas, desde que inseridas no edital e no contrato, segundo o quantitativo neles previsto.

O Tribunal Maior de Contas da União admite a subcontratação de parte, não de todo o objeto, desde que haja previsão no edital e no contrato até o limite nele estipulado.

A seu turno, a cessão e a sub-rogação do contrato não é defesa, segundo as preleções de abalizados doutrinadores, se prevista no edital e no contrato, contando com a autorização da contratante.

Esta é também a orientação dos Tribunais Paulista e Mineiro que admitem expressamente a

cessão e a sub-rogação.

As minutas do edital e do contrato examinados também proporcionam o mesmo entendimento, convivendo na mais plena harmonia com os diplomas legais estudados e traz total conforto ao intérprete na aplicação de suas disposições ( subcontratação, total ou parcial, e sub-rogação parcial do objeto da licitação até o máximo de 50% do valor da obra ), solicitando apenas o prévio e expresso consentimento da contratada através da Diretoria Executiva da CEHOR, .

## 8 – Concluindo

1. Subcontratação, na linguagem da Lei de Licitações e Contratos - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, é o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto do contrato.

2. A subcontratação não se confunde com a associação da contratada com outrem, nem com a cessão, transferência, fusão, cisão ou incorporação.

3. A subcontratação está submetida à regência da Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores bem como às disposições do direito privado, subsidiariamente.

4. A subcontratação de um contrato de obra, serviço ou fornecimento perfeitamente lícito.

5. A subcontratação é permitida, desde que esteja prevista expressamente no edital e no contrato, até o limite ali consignado e a responsabilidade originária da contratada permanece inalterada.

6. A cessão do contrato administrativo é lícita e se conforma com a melhor doutrina e com o direito vigente. A interpretação do inciso VI do artigo 78 da Lei 8666/93 conduz, insofismavelmente, a essa conclusão.

7. A cessão poder ocorrer, desde que prevista no edital e no contrato, de conformidade com o quantitativo ali consignado, cessando a responsabilidade da contratada.

8. A sub-rogação pode ocorrer, nas mesmas condições da cessão.

9. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem-se pautado, no sentido de proibir a subcontratação total e, *ipso facto*, aquiescer na subcontratação de partes ( não a globalidade ) do objeto do contrato, exigindo a sua previsão no edital e no contrato até o limite consignado.

10. Alguns tribunais estaduais têm manifestado, iterativa e torrencialmente, sua plena aquiescência à subcontratação, à sub-rogação e à cessão do contrato.

11. É possível a subcontratação em até 50%, se o edital e o contrato contiverem cláusula, neste sentido, em vista da seta indicada, com precisão cirúrgica, pelos artigos 54, 72 e 78, inciso VI. O contrato deverá estabelecer, com extremo rigor e clareza, as condições para sua execução, transmitidas através de cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em consonância com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam, obrigatoriamente.

12. O contrato entre a contratada e a subcontratada faz-se diretamente entre estas, conquanto fiquem mantidos os vínculos entre a contratante e a contratada e total responsabilidade desta.