

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

WELLINGTON MOREIRA ROMANHOL

**A CESSÃO A TERCEIROS DOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA:**

Uma abordagem à luz do princípio da liberdade econômica

Brasília/DF

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

R758c Romanhol, Wellington Moreira

A cessão a terceiros dos contratos com a administração pública: uma abordagem à luz do princípio da liberdade econômica / Wellington Moreira Romanhol. — Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

232 f.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Grace Ladeira Garbaccio

Tese (Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2024.

1. Contratos administrativos. 2. Licitações. 3. Administração pública. — Brasil. I. Título.

CDDir 341.3527

WELLINGTON MOREIRA ROMANHOL

**A CESSÃO A TERCEIROS DOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA:**

Uma abordagem à luz do princípio da liberdade econômica

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Grace Ladeira Garbaccio e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Brasília/DF

2024

FOLHA DE APROVAÇÃO

Wellington Moreira Romanhol

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Grace Ladeira Garbaccio e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Profa. Dra. Grace Ladeira Garbaccio
Orientadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana
Membro Interno

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Rafael Rocha De Macedo
Membro Externo
Pontifícia Universidade Católica de Goiás

Prof. Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano
Membro Externo
Universidade Federal de Goiás

AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grato a Deus pelo Seu Favor e pela oportunidade de estar neste estágio significativo da minha carreira acadêmica, um momento que me enche de felicidade. Gostaria também de expressar minha imensa gratidão à minha família - Wanessa, Sophia, Victória e Wellington Filho - que são minha fonte constante de motivação e apoio inabalável.

RESUMO

A presente tese se propõe a realizar uma análise crítica do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à possibilidade de cessão a terceiros dos contratos com a Administração Pública, denominada no Direito Comparado como cessão da posição contratual. O objeto de investigação inclui a regência da matéria a partir da Constituição Federal do Brasil, a Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 14.133/21), especialmente considerando o princípio da liberdade econômica, tal como interpretado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e das recentes correntes doutrinárias. Nesta análise, também são abordados temas relevantes como a imutabilidade do resultado das licitações, a natureza personalíssima dos contratos administrativos e outros institutos correlatos. Inicialmente, é importante observar que, historicamente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras atribuíam grande importância à imutabilidade do resultado das licitações. Isso significava que, uma vez escolhida a proposta vencedora, a decisão era considerada imutável. Essa visão estava ligada à natureza personalíssima dos contratos, conhecida internacionalmente como *intuitu personae*. No entanto, nos últimos anos, essa abordagem tem sido objeto de revisão. Atualmente, há uma corrente teórica que argumenta que a licitação não deve ser vista com um fim em si mesma, mas sim, como um meio para a Administração Pública obter a proposta mais vantajosa. Nesse sentido, a natureza personalíssima dos contratos administrativos perdeu relevância, pois a escolha do contratado é feita por meio de um processo licitatório, em que a Administração deve ser indiferente às características subjetivas do contratado, desde que este seja idôneo e reúna a capacidade técnica e financeira necessária. Outro ponto importante a ser abordado é a possibilidade de cessão dos contratos administrativos a terceiros como um dispositivo que possibilite a execução do contrato nas condições nele estabelecidas. Esta prática, quando adequadamente regulamentada, pode trazer benefícios para a sociedade e contribuir para a manutenção do princípio da livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica do país (art. 1º, IV, da Constituição). Por fim, a tese destaca a evolução da abordagem legal e doutrinária em relação à imutabilidade do resultado das licitações e à natureza personalíssima dos contratos administrativos. Também reforça a importância da análise crítica e do entendimento atual em relação à cessão de contratos administrativos como uma prática compatível com os princípios constitucionais e a ordem econômica do país.

Palavras-chave: Cessão de contratos administrativos, licitação, Contrato público, caráter personalíssimo dos contratos administrativos, princípios constitucionais.

ABSTRACT

This thesis aims to conduct a critical analysis of the Brazilian legal system regarding the possibility of assigning contracts with the Public Administration to third parties, a concept known in comparative law as the assignment of the contractual position. The investigation will focus on the governance of this issue based on the Federal Constitution of Brazil, the Public Procurement and Contracts Law (Law No. 14,133/21), with particular emphasis on the principle of economic freedom, as interpreted in the jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF) and recent doctrinal trends. This analysis will also address relevant topics such as the immutability of the results of public procurements, the highly personal nature of administrative contracts, and other related concepts. Historically, Brazilian doctrine and jurisprudence have placed great importance on the immutability of the results of public procurements. Once the winning proposal was chosen, the decision was considered immutable. This view was closely tied to the highly personal nature of contracts, internationally known as *intuitu personae*. However, in recent years, this approach has undergone revision. Currently, there is a theoretical perspective that argues that public procurement should not be seen as an end in itself but rather as a means for the Public Administration to obtain the most advantageous proposal. In this context, the highly personal nature of administrative contracts has lost relevance, as the selection of the contractor is made through a bidding process, wherein the administration should be indifferent to the subjective characteristics of the contractor, provided they are suitable and possess the necessary technical and financial capacity. Another significant point addressed is the possibility of assigning administrative contracts to third parties as a mechanism that allows the execution of the contract under the established conditions. When properly regulated, this practice can benefit society and contribute to upholding the principle of free enterprise, one of the foundations of the country's economic order (Art. 1, IV, of the Constitution). In conclusion, this thesis highlights the evolution of the legal and doctrinal approach concerning the immutability of public procurement results and the highly personal nature of administrative contracts. It also emphasizes the importance of critical analysis and the current understanding regarding the assignment of administrative contracts as a practice compatible with constitutional principles and the country's economic order.

Keywords: Assignment of administrative contracts, public procurement, public contracts, highly personal nature of administrative contracts, constitutional principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DR	Diário da República
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro
PIB	Produto Interno Bruto
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
UNIDROIT	Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado

2.2.4	<i>Ausência de reprodução do artigo 50 da Lei n° 8.666/93, que estabelecia a convocação por ordem de classificação no certame licitatório</i>	124
2.2.5	<i>Possibilidade de a seguradora terminar a obra ou subcontratá-la para cumprir o objeto do contrato</i>	125
2.2.6	<i>Previsão de subcontratação no artigo 122 da Lei n° 14.133/21</i>	128
2.2.7	<i>Considerações sobre as inovações da lei</i>	130
3.	JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF RELACIONADA COM A CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL	134
3.1	Cessão de contratos a terceiros, desde que qualificados, não infringe os princípios licitatórios	134
3.2	A flexibilização para a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas sem a exigência de licitação	147
3.3	Dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos	153
3.4	Em setores politicamente e economicamente estratégicos para o País, a obrigatoriedade de licitação não é absoluta	155
3.5	Priorização da eficiência na gestão pública em detrimento de formalismos excessivos	162
3.6	Os arranjos empresariais são extremamente necessários para manter a competitividade e a sobrevivência das empresas	170
3.7	Ponderações sobre os Precedentes do STF Examinados	174
4.	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL NA DIREÇÃO DE RECONHECER A VALIDADE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	178
4.1	Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil	179
4.2	A utilização da cessão da posição contratual entre entes públicos	192
4.3	Inovações da Lei 14.133/21 que dão respaldo à cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública	200
4.4	Possibilidade de Inclusão do Instituto da Cessão da Posição Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro	210
4.5	Reflexos da evolução dos julgados do STF para a prática da cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública	212
4.6	Superação das objeções à figura da cessão da posição contratual nos contratos administrativos	215
	CONCLUSÃO	219
	REFERÊNCIAS	223

INTRODUÇÃO

A possibilidade de cessão da posição contratual para terceiros, em contratos com a Administração Pública, tem suscitado um intenso debate tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, especialmente considerando o enraizado caráter personalíssimo das contratações com o poder público e a liberdade contratual das empresas. De um lado, encontramos o arraigado conceito do *intuitu personae*, uma figura originária do Direito Administrativo francês que emergiu no período pós-Revolução Francesa. Nesse contexto de transição social, a Administração Pública detinha considerável poder discricionário, permitindo que os agentes públicos baseassem suas decisões de contratação em características subjetivas do contratado, com a confiança entre as partes sendo o critério primordial.

O poder discricionário exercido pela Administração Pública tem raízes profundas nas tradições monárquicas, em que o soberano detinha ampla autoridade para tomar decisões com base em sua própria conveniência e juízo. Essa concentração de poder permitia à Administração agir com relativa liberdade, conferindo-lhe uma série de prerrogativas que, ao longo dos anos, foram sendo progressivamente limitadas pelas reformas constitucionais e pelo desenvolvimento do Estado de Direito.

No entanto, mesmo após o início das reformas que visavam restringir o poder do Executivo, ainda no início do século XX, o presidente da França mantinha a capacidade de exercer certos poderes discricionários significativos. Um exemplo notável é o poder de conceder, por meio de decretos administrativos, concessões para a exploração de recursos naturais, como minas, e para a construção e operação de ferrovias. Essas concessões eram instrumentos fundamentais para o desenvolvimento econômico, e sua atribuição diretamente pelo presidente evidenciava a relevância do poder discricionário no contexto administrativo da época (Goodnow, 1903, p. 87).

Contudo, a reforma constitucional de 1958 no sistema jurídico francês tornou obrigatório o processo licitatório, o que reduziu significativamente o poder discricionário da Administração Pública. A partir desse marco, as características subjetivas do fornecedor de produtos ou serviços já não eram determinantes, prevalecendo a importância da melhor proposta para o Ente Público.

É inegável que o direito francês sempre exerceu uma grande influência sobre o direito brasileiro, especialmente no campo administrativo. No entanto, como cada sociedade possui um ritmo próprio de evolução, é possível observar que o ordenamento jurídico brasileiro se desenvolve no seu próprio tempo sem acompanhar a par e passo o que acontece em outros países.

Como mencionado anteriormente, embora algumas das evoluções do direito francês não tenham sido integralmente incorporadas ao ordenamento brasileiro, há uma corrente doutrinária e jurisprudencial em nosso país, especialmente nas instâncias superiores do Poder Judiciário, que reconhecem e têm acompanhado a tendência de não aplicar o *intuitu personae* como regra nas contratações públicas. Esse movimento é evidenciado em diversos julgados, incluindo a ADI nº 2496, que será abordada mais adiante. A não aplicação do personalismo permite uma maior abertura e competitividade nos processos licitatórios, afastando a personalização excessiva das contratações e promovendo um ambiente mais justo e equitativo para todos os participantes.

Essa tendência reflete não apenas a necessidade de modernização e adaptação do direito brasileiro às demandas contemporâneas, mas também o reconhecimento da importância da eficiência e da transparência nos processos de contratação pública. Ao seguir essa linha, o ordenamento jurídico brasileiro busca alinhar-se aos princípios de impessoalidade, moralidade e economicidade, que são fundamentais para a Administração Pública. A adoção dessas práticas não só melhora a qualidade e a eficácia das contratações, mas também fortalece a confiança do público nas instituições governamentais, garantindo que os recursos públicos sejam utilizados de maneira responsável e eficaz.

Essa mudança de perspectiva alinha-se aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, promovendo um ambiente jurídico mais dinâmico e ajustado às exigências atuais. Ao valorizar a eficiência e a transparência, a evolução do entendimento jurídico sobre as contratações públicas visa garantir que os processos sejam mais justos e competitivos, beneficiando a sociedade como um todo e contribuindo para a construção de um sistema de contratação pública mais íntegro e efetivo.

Em paralelo, é importante destacar que a ascensão econômica do Brasil no último século não apenas evidencia o papel preponderante do Ente Público, como principal agente econômico, mas também ressalta a necessidade crítica de garantir a eficiência na gestão dos recursos

públicos. Como um dos maiores compradores de bens e serviços no país, o Estado brasileiro desempenha um papel central na dinâmica econômica nacional.

Esse protagonismo faz com que o Estado promova mecanismos jurídicos para assegurar uma Administração Pública eficiente e transparente, capaz de otimizar os investimentos em setores prioritários para o desenvolvimento sustentável. A implementação de tais mecanismos é fundamental para atender às demandas contemporâneas e para garantir que os recursos públicos sejam utilizados de maneira responsável e eficaz, promovendo o crescimento econômico e o bem-estar social.

Além disso, no contexto de um país em desenvolvimento como o Brasil, as demandas por recursos são diversas e abrangem áreas cruciais para o progresso social e econômico. A infraestrutura, por exemplo, é fundamental para impulsionar a competitividade e facilitar o acesso a serviços básicos. Da mesma forma, a educação, a saúde, a habitação e a segurança representam pilares essenciais para o bem-estar da população e o desenvolvimento humano. Nesse sentido, o princípio da eficiência do gasto público destaca-se como uma ferramenta vital para garantir que os recursos disponíveis sejam alocados de forma estratégica, maximizando os benefícios para a sociedade como um todo.

O texto constitucional brasileiro expõe uma série de princípios que orientam a atuação do Ente Público, visando promover o desenvolvimento socioeconômico e a justiça social. Entre esses princípios elencados nos artigos 1º, IV; 5º, II e 170, da CRFB, destacam-se os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que fundamentam a república brasileira e estabelecem as bases para uma sociedade mais equitativa e dinâmica, além de assegurar a autonomia das partes para celebrar acordos e contratos, fortalecendo ainda mais o ambiente empresarial e promovendo a eficiência nas relações comerciais.

Nesse contexto, a discussão sobre o fim do caráter personalíssimo nos contratos administrativos ganha relevância, pois está intrinsecamente ligada à busca por maior eficiência e transparência na gestão pública. Ao romper com a lógica tradicional baseada na confiança entre as partes contratantes, abre-se espaço para uma abordagem mais objetiva e meritocrática, em que as propostas mais vantajosas para o Ente Público prevalecem. Essa mudança de paradigma não apenas fortalece os princípios da legalidade e da impessoalidade na Administração Pública, mas também contribui para a promoção de uma cultura de resultados e prestação de contas, em que os recursos públicos são utilizados de forma responsável e em benefício da coletividade.

É inegável que alguns doutrinadores contestam a viabilidade da cessão da posição contratual em contratos envolvendo a Administração Pública¹, argumentando que tal prática poderia abrir espaço para especulação comercial. Nesse cenário, empresas sem a mínima condição de prestar o serviço proposto poderiam participar da licitação com o objetivo de, posteriormente, alienar sua posição contratual, o que caracterizaria fraudes e violações de princípios constitucionais, como o descumprimento do dever de licitar.

Nesse contexto, o problema que se pretende investigar pode ser sintetizado nos seguintes termos: o direito brasileiro admite a cessão da posição contratual nos contratos administrativos? Assim, a hipótese que orienta a tese é a de que os princípios da livre iniciativa e liberdade econômica, encartados na Constituição da República, autorizam a cessão da posição contratual nos contratos administrativos, considerando a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, que vem acolhendo, nas relações contratuais públicas e privadas, a legitimação ampla da variedade de formas organizacionais de prestação de atividades econômicas. Com isso, a cessão da posição contratual seria apenas mais uma figura, ao redor de outras – a exemplo da terceirização – pelas quais a economia se organiza.

Dentro desta perspectiva de novas formas de se conduzir as relações econômicas, emerge o campo do Direito Econômico como uma disciplina que busca regular a atividade econômica de forma a promover a eficiência e o desenvolvimento econômico e social. O Direito Econômico é caracterizado pela sua incessante busca pela eficiência, um princípio central que visa otimizar a alocação de recursos e maximizar o bem-estar social. Este princípio, embora esteja intrinsecamente ligado à noção de livre iniciativa e ao funcionamento do mercado, encontra seus limites na legislação e na ponderação dos princípios constitucionais quando estes entram em conflito.

A ponderação dos princípios constitucionais tem desempenhado um papel crucial na evolução legislativa brasileira. Por exemplo, ao contrário da legislação portuguesa, que já dispõe do instituto da cessão da posição contratual nos contratos privados desde o século passado, nosso ordenamento jurídico nacional não prevê tal dispositivo. No entanto, na reforma do Código Civil, que está em tramitação, foi aprovado o relatório preliminar que propõe a inclusão dessa figura em nosso ordenamento jurídico.

¹ Posição defendida pelos seguintes doutrinadores, como será exposto no momento oportuno: Di Pietro, Oliveira, Lago, Leite e Moreira Neto.

Como essa figura ainda não está positivada, recorre-se, por exemplo, aos dispositivos da cessão de crédito (artigos 286 a 298 do Código Civil), assunção de dívida (artigos 299 a 303 do Código Civil) e sub-rogação (artigo 1148 do Código Civil e artigo 13 da Lei 8.245/91), entre outros, aplicáveis subsidiariamente às situações que demandam soluções não previstas explicitamente na legislação. Além disso, destaca-se o princípio da liberdade para contratar, previsto no artigo 421 do Código Civil, que reforça a autonomia das partes para estabelecer contratos conforme suas necessidades. Dessa forma, é possível adaptar-se às demandas contemporâneas e garantir a eficiência do gasto público.

Neste contexto, torna-se imperativo considerar a importância de positivar esse mecanismo na legislação brasileira. A possibilidade de cessão da posição contratual não apenas promoverá a eficiência na gestão dos recursos públicos, mas também estimulará o desenvolvimento econômico através da possibilidade de implementação de novos arranjos empresariais, permitindo que as empresas se adaptem às demandas e se estruturam para cumprir com as exigências do contrato.

Atualmente, ao analisarmos o relatório de obras públicas paralisadas da União, apresentado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), deparamo-nos com uma estatística alarmante: quase um terço das obras públicas encontra-se paralisada devido à incapacidade das empresas contratadas em concluí-las. As principais causas apontadas estão relacionadas à limitação da capacidade técnica e financeira das empresas e, conseqüentemente, o abandono da obra. Esse cenário reflete a realidade da economia atual, na qual as empresas precisam se reinventar continuamente para se manterem competitivas e viáveis, buscando constantemente novas tecnologias e recursos por meio de arranjos societários e parcerias estratégicas. Assim, a introdução da cessão da posição contratual na legislação brasileira representaria não apenas um avanço na gestão pública, mas também uma resposta adequada aos desafios enfrentados pelas empresas contratadas, possibilitando uma maior flexibilidade e adaptabilidade nas relações contratuais e contribuindo para a dinamização e eficiência da economia como um todo.

Uma abordagem mais específica se delineia, questionando se seria viável permitir que empresas, ao perceberem a impossibilidade de conclusão de uma obra, cedessem o contrato a terceiros interessados e capazes de finalizá-lo. Esta indagação, embora plausível, enfrenta consideráveis obstáculos na doutrina, na Administração Pública e por parte dos órgãos de controle, que resistem à cessão da posição contratual nos contratos administrativos.

Esta tese tem como objetivo enfrentar essa resistência, buscando superar a consolidação doutrinária e o senso comum predominante entre os operadores do sistema administrativo, que tradicionalmente defendem a ideia do "personalismo imutável" nos contratos administrativos. A análise será conduzida à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), dos princípios constitucionais, do direito comparado e da jurisprudência do STF.

Essa reflexão torna-se ainda mais urgente diante da necessidade de promover a eficiência e a economicidade na execução dos contratos públicos. Além disso, a tese analisa a jurisprudência brasileira, incluindo importantes precedentes, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2946) e o tema de repercussão geral 725 do STF (RE 958252/MG), para contextualizar e fundamentar as discussões.

Esses julgados refletem questões fundamentais relacionadas ao tema, destacando a importância da eficiência e da melhor proposta nas contratações públicas, assim como o respaldo constitucional para arranjos empresariais que promovam a otimização de recursos e o ganho de eficiência. Seguem algumas considerações sobre cada caso.

Na ADI nº 2946, o colegiado salientou que, para o Ente Público, o critério mais relevante nas contratações públicas deve ser a escolha da melhor proposta, independentemente da pessoa ou empresa que a executará. Esse posicionamento demonstra a importância da seriedade nos processos licitatórios, garantindo que a escolha dos vencedores seja baseada em critérios objetivos, que visem o interesse público e a obtenção do melhor resultado para a Administração.

Por sua vez, no RE 958252/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 30/08/2018, o colegiado enfatizou a importância do ganho de produtividade e eficiência nos arranjos empresariais, ressaltando que tais práticas estão respaldadas pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e liberdade contratual. Isso sugere que o Estado deve promover um ambiente favorável ao desenvolvimento empresarial, incentivando a busca por soluções inovadoras e eficientes, que possam contribuir para o alcance de objetivos públicos de forma mais eficaz e econômica.

Esses julgados demonstram a importância de harmonizar os princípios de legalidade, impessoalidade, eficiência e economicidade na gestão da Administração Pública, garantindo que as contratações e os arranjos empresariais sejam pautados pela busca do interesse público e pela promoção do bem-estar social. Além disso, reforçam a importância do Poder Judiciário na interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, orientando e legitimando as práticas administrativas no contexto das relações público-privadas.

Nesse sentido, a presente tese visa aprofundar a compreensão das questões envolvidas na cessão da posição contratual a terceiros, nos contratos celebrados com a Administração Pública, considerando os princípios jurídicos, os objetivos da licitação e os interesses do Estado. Ao examinar as divergências doutrinárias e as práticas jurisprudenciais, busca-se contribuir para um debate construtivo sobre este tema crucial para o Direito Administrativo brasileiro. O objetivo é fornecer subsídios para possíveis reformas legais, bem como corroborar para a implantação de políticas públicas voltadas ao aprimoramento da gestão e efetividade das contratações públicas no Brasil.

Ao adotarmos a metodologia descritiva qualitativa (Gustin; Dias; Nicácio, 2020, p. 82), sustentamos que a cessão da posição contratual com a Administração Pública está em conformidade com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade contratual, conforme observado na evolução legislativa brasileira. Essa abordagem destaca a harmonização da cessão da posição contratual com os pilares fundamentais da Constituição. A análise se fundamenta não apenas na interpretação dos textos legais, mas também na observação das tendências e orientações que têm sido incorporadas ao longo do tempo no ordenamento jurídico nacional.

A legislação brasileira tem evoluído para reconhecer a importância da flexibilização das relações contratuais, especialmente no contexto das atividades governamentais. Nesse sentido, a consolidação junto à própria Administração Pública e os órgãos de controle, no sentido de ser possível celebrar a cessão da posição contratual nos contratos administrativos, representa um avanço significativo, proporcionando maior celeridade e eficiência na gestão dos contratos públicos. Dessa forma, propõe-se sustentar a compatibilidade da cessão da posição contratual com os princípios constitucionais vigentes, tendo como subsídio os julgados do STF citados acima.

O desenvolvimento desta tese é estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo destina-se à análise aprofundada do significado do personalismo no âmbito do Direito Administrativo, explorando suas raízes históricas, suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e as evoluções ao longo do tempo. Esse capítulo também aborda a obrigatoriedade do processo licitatório para todo tipo de contrato administrativo, examinando as exceções e flexibilidades introduzidas pela legislação recente. O objetivo é investigar a abordagem tradicional adotada pela doutrina no que tange à suposta imutabilidade dos contratos administrativos, especialmente no que diz respeito à posição do contratado.

Além disso, ainda no primeiro capítulo são analisadas as tendências e mudanças contemporâneas no pensamento jurídico, buscando identificar possíveis aberturas para uma maior flexibilização das normas contratuais no contexto da Administração Pública. Nesse contexto, são observadas as influências do ordenamento jurídico francês no Direito Administrativo brasileiro, além de ser discutida a irrelevância das características subjetivas do contratado para a execução do objeto licitado.

O segundo capítulo, por sua vez, concentra-se na análise minuciosa do instituto da cessão da posição contratual e das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21 que favorecem esse instituto. A nova lei regula de forma abrangente a formação e execução dos contratos administrativos, abrangendo desde as etapas iniciais do processo licitatório até a fase de execução contratual. Por meio dessa análise detalhada da legislação em vigor, busca-se proporcionar uma compreensão aprofundada das regras e procedimentos atualmente aplicáveis no Brasil no que concerne aos contratos administrativos, fornecendo, assim, um contexto essencial para a discussão sobre a cessão de contratos.

Além disso, este capítulo pretende destacar que a Lei nº 14.133/21, que revogou a Lei nº 8.666/93, não veda explicitamente a cessão da posição contratual, abrindo caminho para que esse instituto seja adotado no Direito Administrativo pátrio. A omissão legislativa em relação à subcontratação ou à cessão do contrato como causas de rescisão contratual sugere uma permissão implícita para a aplicação desses institutos. Nesse contexto, serão discutidas as inovações específicas da lei, como a previsão de subcontratação no artigo 122, a possibilidade de a seguradora terminar a obra ou subcontratá-la para cumprir o objeto do contrato, e a não reprodução do artigo 50 da Lei nº 8.666/93, que estabelecia a convocação por ordem de classificação no certame licitatório.

Esse capítulo também analisa como a Lei nº 14.133/21 incorpora princípios constitucionais, como a eficiência, a economicidade e a transparência, e como esses princípios se relacionam com a prática da cessão da posição contratual. A obrigatoriedade da implantação de programas de integridade e a flexibilização das normas contratuais são examinadas para entender como essas mudanças podem facilitar a cessão da posição contratual e contribuir para a modernização das práticas administrativas. Ao proporcionar uma visão detalhada das inovações legislativas e das possibilidades abertas pela nova lei, o segundo capítulo busca demonstrar como a cessão da posição contratual pode ser um mecanismo eficaz para promover a eficiência e a flexibilidade na gestão dos contratos administrativos, alinhando-se aos princípios de modernização e transparência que regem a Administração Pública contemporânea.

O terceiro capítulo empreende uma análise detalhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que mais se adequa ao tema da tese, concentrando-se especificamente na evolução das decisões judiciais que revelam os pressupostos da Suprema Corte a respeito do *modus operandi* da economia contemporânea, que é caracterizada pela multiplicidade de formas de prestação dos contratos. Esse capítulo examina as implicações desses precedentes para compreender a validade e a aplicabilidade da cessão da posição contratual nos contratos administrativos.

Por meio de uma análise crítica dos precedentes judiciais selecionados, o capítulo terceiro visa destacar o papel crucial do STF na modelagem do panorama legal em torno da cessão de contratos com a Administração Pública. São explorados casos específicos que ilustram a flexibilização do entendimento jurídico no caso de alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas sem a exigência de licitação, isto porque um dos principais entraves à utilização da cessão da posição contratual é a obrigatoriedade de nova licitação, a qual foi dispensada no caso em análise, bem como em outro julgado do STF, acerca da dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos. Além disso, são analisados os julgados que priorizam a eficiência na gestão pública em detrimento de formalismos excessivos e aqueles que reconhecem a necessidade de arranjos empresariais para manter a competitividade e a sobrevivência das empresas em setores política e economicamente estratégicos.

Esse capítulo também abordará a forma como o STF tem interpretado e aplicado os princípios constitucionais, como a livre iniciativa e a liberdade contratual, em suas decisões. A análise se estenderá à jurisprudência relacionada à cessão de contratos a terceiros qualificados, sem infringir os princípios licitatórios, e à priorização da eficiência na Administração Pública, evidenciando como essas interpretações judiciais têm influenciado a prática da cessão de contratos administrativos.

Ao explorar a jurisprudência do STF, esse capítulo busca fornecer uma compreensão aprofundada de como as decisões judiciais têm contribuído para a evolução do entendimento jurídico sobre a cessão da posição contratual. Nesse sentido, são pontuados os possíveis impactos dessas decisões na prática administrativa e suas implicações na gestão dos contratos públicos, destacando a importância de um judiciário ativo e interpretativo, especialmente no tocante à adequação das normas legais às necessidades e realidades econômicas contemporâneas do Brasil.

Com essa abordagem, pretende-se demonstrar como a jurisprudência do STF tem desempenhado um papel fundamental na abertura de novos caminhos para a cessão da posição contratual, promovendo a modernização e a eficiência na Administração Pública e contribuindo para a construção de um ambiente jurídico mais dinâmico e adaptável às exigências atuais.

Por fim, o quarto capítulo se propõe a realizar uma análise aprofundada da evolução legislativa e jurisprudencial com vistas a permitir a cessão da posição contratual em contratos administrativos. Esse capítulo tem como objetivo consolidar todos os pontos abordados ao longo da tese, destacando os elementos que conferem legitimidade e legalidade a esse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Apresenta-se uma revisão detalhada das principais mudanças legislativas e das decisões judiciais relevantes do STF que têm contribuído para a aceitação e regulamentação da cessão da posição contratual. O capítulo aborda a superação das objeções tradicionais à cessão de contratos administrativos, tendo como subsídio a nova Lei nº 14.133/21 e a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF).

Esse capítulo também contextualiza a importância da cessão da posição contratual no cenário atual dos contratos administrativos, destacando como esse instituto pode contribuir para a modernização e melhoria da gestão pública. São explorados os benefícios potenciais desse instituto, como a otimização dos recursos públicos, a promoção da competitividade e a capacidade de resposta às mudanças econômicas e sociais.

Ao final, espera-se que a análise abrangente apresentada neste capítulo reforce a legitimidade e legalidade da cessão da posição contratual no Direito Administrativo brasileiro, demonstrando sua compatibilidade com os princípios constitucionais e sua relevância para a eficiência e a transparência na Administração Pública. Com isso, a tese busca oferecer um entendimento mais claro e fundamentado sobre esse instituto, fornecendo subsídios para possíveis reformas legais e políticas públicas que aprimorem a gestão dos contratos administrativos no Brasil.

Espera-se ainda que a presente tese contribua significativamente para a compreensão e evolução das práticas contratuais na Administração Pública no Brasil. Além disso, ao propor soluções viáveis e alinhadas aos princípios constitucionais, esta tese busca responder às necessidades contemporâneas de eficiência e transparência na gestão pública.

Pretende-se demonstrar que a cessão da posição contratual é um instituto crucial para a promoção de um ambiente econômico mais dinâmico e eficaz, pois ao facilitar a adaptação dos contratos às realidades econômicas e sociais em constante mudança, esse instituto poderá beneficiar tanto o Estado quanto a sociedade, promovendo a otimização dos recursos públicos e a melhoria da prestação dos serviços públicos.

Além disso, a tese busca estabelecer uma base sólida para futuros debates e possíveis reformas legislativas, contribuindo para a criação de um sistema de contratação pública mais moderno e flexível. Espera-se que as conclusões e recomendações apresentadas possam orientar políticas públicas e práticas administrativas que promovam a eficiência, a competitividade e a transparência nas contratações públicas, assegurando o pleno cumprimento dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em síntese, a cessão da posição contratual, quando bem regulamentada e aplicada, tem o potencial de transformar a gestão dos contratos administrativos públicos, tornando-a mais eficiente e responsiva às demandas da sociedade, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e a justiça social no Brasil.

1. O PERSONALISMO E A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Este capítulo se insere no contexto mais amplo da análise crítica do ordenamento jurídico brasileiro, com um foco particular na cessão de contratos administrativos a terceiros. A abordagem do caráter personalíssimo dos contratos administrativos é fundamental, pois essa característica tradicional influencia diretamente as práticas de contratação e gestão pública, afetando a flexibilidade e a eficiência das operações administrativas.

O capítulo está estruturado da seguinte forma: inicialmente, discutimos as influências históricas e doutrinárias, especialmente do ordenamento jurídico francês, sobre o Direito Administrativo brasileiro, destacando o caráter personalíssimo dos contratos. Em seguida, analisamos a obrigatoriedade de licitação nos contratos administrativos, examinando as exceções e flexibilidades introduzidas pela legislação recente, como a Lei nº 14.133/21. Por fim, abordamos o princípio da liberdade econômica aplicável aos contratos administrativos, destacando como esse princípio pode ser harmonizado com os requisitos de transparência e eficiência na Administração Pública.

Os tópicos foram escolhidos devido à sua relevância central para a compreensão do Direito Administrativo moderno no Brasil. Este capítulo pretende fornecer uma visão holística do tema, abordando desde os fundamentos históricos até as implicações práticas e teóricas das novas abordagens legislativas e doutrinárias.

1.1 O Direito Administrativo brasileiro e as influências do ordenamento jurídico francês

O Direito Administrativo, como disciplina autônoma e distinta no campo jurídico, conforme delineado pelo professor Caio Tácito (1955, p. 536), teve suas raízes fincadas durante um período crucial da história, mais precisamente com a eclosão da Revolução Francesa. Este marco histórico trouxe à tona a necessidade premente de regular a atividade administrativa do Estado, que estava se expandindo e assumindo novas dimensões, requerendo uma estrutura legal adequada para seu funcionamento.

A respeito das origens de tal concepção de autonomia, o seguinte excerto de Caio Tácito expõe o seguinte argumento: “ A autonomia do Direito Administrativo é associada, na doutrina francesa – à qual se filia, historicamente o direito brasileiro - à instauração do liberalismo político que passa a subordinar a ação do Estado à afirmação de direitos e liberdades individuais” (Tácito, 2005, p. 151).

Todavia, é importante ressaltar que a atividade administrativa não é um fenômeno recente, mas sim uma característica intrínseca a qualquer sociedade, por mais rudimentar que seja. Mesmo em tempos antigos, comunidades organizavam-se para realizar atividades de interesse coletivo, como a manutenção de ordem pública, a gestão de recursos comuns e a resolução de conflitos. Nesse sentido, o estudo e a regulamentação da atividade administrativa remontam a tempos imemoriais, embora sua sistematização como um ramo autônomo do direito seja um fenômeno mais recente.

Ou seja, a Administração seria “de todos os tempos e de todas as sociedades” com funções e órgãos delegados para o exercício dessa função (De Araújo, 2000, p. 147, *apud* Herrera, 1943, p.18; Zanobini, 1950, p. 31).

Na Grécia Antiga, particularmente no contexto da cultura helenística, nota-se a existência de órgãos destinados à fiscalização do comércio nas principais cidades com mercados relevantes. Aristóteles, em suas obras, faz referência a diversas funções administrativas, como a supervisão de edifícios públicos, polícia de habitações, vias públicas, campos e bosques, bem como a atuação de escribas, carcereiros, e oficiais de administração naval e militar. Segundo Araújo, essas estruturas já evidenciavam uma forma primitiva de controle administrativo e regulamentação de atividades econômicas e sociais, embora ainda distantes do conceito moderno de Direito Administrativo (Araújo, 2000, p. 149).

Ao discutir as bases do Direito Administrativo, Caio Tácito destaca a influência e o legado deixado pelo Direito Romano. Nas obras romanas, como as Constituições de Diocleciano, o *Corpus Juris Civilis* e o *Digesto*, encontramos disposições e princípios que tratavam da organização administrativa, das vias públicas, dos mercados, das feiras, da fiscalização de alimentos, dos cargos públicos e da arrecadação de tributos. Autores como Gaio, Papiniano e Ulpiano também contribuíram com seus escritos sobre a Administração Pública, embora se inserissem majoritariamente no campo do Direito Público, ainda distante do que se tornaria o Direito Administrativo (Tácito, 2005, p. 151).

Já na Idade Média, a evolução da Administração Pública pode ser dividida em dois períodos distintos. O primeiro período é caracterizado pela administração feudal, na qual os

suseranos detinham o controle das terras e exerciam poder sobre os vassallos em troca de trabalho e lealdade. Essa relação feudo-vassálica girava em torno dos castelos e das propriedades rurais, criando uma estrutura descentralizada e fragmentada de administração, onde o poder e a autoridade eram altamente localizados e pessoalizados (Araújo, 2000, p. 150).

O segundo período emerge com o desenvolvimento dos burgos medievais, inspirados pelo modelo das antigas cidades da Gália romana. Nesse contexto, surgem as administrações comunitárias, onde o poder era exercido de maneira mais democrática e coletiva pelos burgueses e cidadãos locais (Cretella Jr., 1992, p. 152–153). Essas comunas buscavam maior autonomia e organização, estabelecendo conselhos e magistraturas que se responsabilizavam pela gestão das atividades urbanas, como o comércio, a manutenção das infraestruturas e a segurança pública.

Com efeito, o Direito Administrativo surge como um produto do liberalismo político, movimento que redefiniu as relações entre o Estado e o cidadão, baseando-se no princípio fundamental de que "os direitos do homem geram os deveres do Estado" (Tácito, 1955, p. 537). Esse lema encapsula a profunda evolução que ocorreu nas estruturas de poder ao longo da história, especialmente quando contrastamos com o paradigma dos Estados absolutistas, nos quais o administrador era meramente um executor da vontade do soberano, desprovido de qualquer escrutínio legal ou obrigação além da submissão ao monarca.

A unificação político-administrativa dos Estados germânicos, efetivada com a Constituição de 1870, retardou o desenvolvimento do Direito Administrativo na Alemanha, que permaneceu influenciado pelas práticas feudais. Antes da unificação, o estudo do Direito Administrativo era menos privilegiado em relação ao Direito Privado. A distinção entre Direito Administrativo e Direito Constitucional começou a se formar em 1817 (Cretella Jr., 1992, p. 152).

O tecnicismo científico-doutrinário alemão, ao contrário da casuística francesa, fez com que a evolução do Direito Administrativo na Alemanha fosse lenta. A falta de unidade política foi um fator determinante para o desenvolvimento tardio dessa disciplina, que só se consolidou após a formação da Confederação Germânica, assentada em bases filosóficas, históricas e legislativas. Desde as últimas décadas do século XIX, o Direito Administrativo alemão passou a influenciar decisivamente outros sistemas jurídicos ocidentais (Meucci, 1892, p. 15-16).

Paul Laband foi o primeiro a sistematizar o Direito Administrativo alemão com sua obra *Das Staatsrecht des deutschen Reichs* (1876), amplamente divulgada na Europa após sua

tradução para o francês. Otto Mayer, com *Deutsches Verwaltungsrecht* (1903), desvinculou o Direito Administrativo alemão da influência do Direito Civil e do Direito Constitucional, contribuindo significativamente para sua autonomia e desenvolvimento (Araújo, 2000, p. 155).

Não obstante as múltiplas influências históricas, o direito francês se destaca como um marco na formação do Direito Administrativo, em grande parte devido à instituição da jurisdição administrativa. Este sistema, pioneiro em seu tempo, conferiu aos juízes administrativos o poder de suprir lacunas legislativas através da criação de um direito não codificado.

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema de dualidade e jurisdição. (Di Pietro, 2024, p. 7).

O Direito Administrativo francês, moldado ao longo dos séculos, reflete uma combinação única de tradições jurídicas e práticas administrativas. A criação da jurisdição administrativa representou um ponto de inflexão significativo, permitindo que os tribunais administrativos preenchessem lacunas na legislação através da interpretação e aplicação dos princípios gerais do direito.

Este sistema inovador não apenas contribuiu para a eficácia e adaptabilidade do Direito Administrativo francês, mas também serviu de inspiração para outros sistemas jurídicos ao redor do mundo (Di Pietro, 2024, p. 10). A autonomia conferida aos juízes administrativos para interpretar e aplicar a lei de acordo com as necessidades e realidades administrativas do momento foi fundamental para o desenvolvimento e a consolidação do Direito Administrativo como uma disciplina distinta e vital.

Portanto, o Direito Administrativo francês representa não apenas uma parte integral da tradição jurídica europeia, mas também um exemplo inspirador de como a jurisdição administrativa pode desempenhar um papel dinâmico na própria evolução do direito público. Ao atribuir poder aos juízes administrativos para suprir lacunas legislativas, este sistema promoveu a eficiência, a flexibilidade e a justiça na Administração Pública francesa, estabelecendo um modelo que influenciou profundamente o desenvolvimento do Direito Administrativo em todo o mundo.

Na Itália, prejudicada pela ausência de unidade político-administrativa, que só ocorreu com a Lei n. 2.248, de 20 de março de 1865, o Direito Administrativo italiano desenvolveu-se

de forma peculiar, harmonizando as influências do Direito Administrativo francês e alemão. Alguns autores situam as origens do Direito Administrativo italiano no ordenamento da região do Piemonte, influenciado pelo direito napoleônico (Orlando, 1900, p. 47).

A partir da lei de unificação, que disciplinava diversas áreas como a organização provincial e o contencioso administrativo, a disciplina se desenvolveu sob influência francesa, liberal e casuísta. Durante o fascismo, essa influência foi substituída por princípios autoritários inspirados pelo Direito alemão, mas, após a Segunda Guerra Mundial, a Itália instaurou uma estrutura político-administrativa parlamentar, abandonando a filosofia autoritária no Direito Público.

Gian Domenico Romagnosi é reconhecido como pioneiro no Direito Administrativo como ciência, com sua obra *Principii fondamentali de diritto amministrativo*, publicada em 1814. A partir da influência dos direitos francês, italiano e alemão, o Direito Administrativo se desenvolveu no mundo ocidental, impactando países como Espanha, Bélgica, Suíça, Holanda, Áustria, Portugal, Grécia, Brasil, Argentina, Uruguai, Chile, Peru, Venezuela, México e Japão. No entanto, essas influências não se fizeram sentir em países dos blocos soviético e anglo-saxão (Cretella Jr, 1992, p. 157; Meireles, 1998, p. 40).

Dentre os países que adotam o sistema “*Common Law*”, no que tange ao Direito Administrativo, os ingleses tradicionalmente negavam sua existência, considerando que a Administração Pública deveria ser tratada igualitariamente aos particulares. Albert Venn Dicey influenciou essa visão, argumentando que o controle judicial da Administração deveria ser regido pelos mesmos princípios aplicáveis aos cidadãos, sem prerrogativas especiais (Di Pietro, 2024, p. 14).

Contudo, a interpretação de Dicey foi posteriormente reconsiderada, reconhecendo que o Direito Administrativo, embora menos desenvolvido que no sistema romano-germânico, existe na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nos EUA, o Direito Administrativo evoluiu de maneira distinta, com influência tanto do “*Common Law*” britânico quanto do sistema romanístico, resultando em um sistema mais flexível e descentralizado. Hoje, reconhece-se a existência de um conjunto de regras administrativas nesses países, com a Administração Pública sujeita ao mesmo patamar legal que os cidadãos, diferentemente da verticalidade encontrada no sistema romanístico (Cretella Jr., 1992, p. 181).

Com a consagração do Estado de Direito no período pós-revolucionário, uma nova ordem se estabeleceu, estando o administrador público sujeito aos ditames de um regime

jurídico-normativo. Nesse contexto, a atividade administrativa deixa de ser uma expressão arbitrária do poder estatal e passa a ser permeada pela juridicidade, isto é, pela submissão aos princípios e normas de direito. Tal transformação representa não apenas uma mudança de paradigma, mas sim uma revolução nas bases do funcionamento do Estado e nas relações entre governantes e governados.

Portanto, pode-se afirmar que o Direito Administrativo surge como uma resposta institucional à consolidação do Estado de Direito, representando um instrumento essencial para a garantia dos direitos individuais e para o controle do exercício do poder estatal (Moraes, 2020, p. 04). Ao estabelecer as regras e os procedimentos que regem a atividade administrativa, o Direito Administrativo desempenha um papel fundamental na promoção da justiça, da equidade e da transparência na gestão pública, contribuindo para a construção de uma sociedade mais democrática e responsável (Figueiredo; Santos, 2013, p. 6).

Considerando as análises e reflexões apresentadas anteriormente, o professor Tácito estabelece um marco crucial para o surgimento do Direito Administrativo, ecoando as observações de Zanobini (Tácito, 1955, p. 537). Segundo esse entendimento, o nascimento desta disciplina ocorreu de forma concreta e emblemática com a promulgação da lei de 28 pluviose do ano VIII (1800 no calendário gregoriano), a qual conferiu uma base jurídica sólida à Administração francesa.

Essa legislação representou um ponto de inflexão significativo na evolução do Estado moderno, pois estabeleceu princípios e normas específicas que regiam a atuação do poder público, conferindo-lhe uma estrutura legal e organizacional. Ao dar feição jurídica à Administração, a lei em questão delineou os contornos da relação entre o Estado e os cidadãos, definindo os direitos e deveres das partes envolvidas.

A partir desse momento histórico, nas palavras do nobre professor, o Direito Administrativo emerge como um campo autônomo do direito, dedicado a regular a atividade administrativa do Estado e a proteger os interesses dos administrados. Suas raízes encontram-se na necessidade de estabelecer limites ao poder estatal, garantindo a legalidade, a justiça e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

Assim, a lei de 28 pluviose do ano VIII não apenas conferiu uma base jurídica sólida à Administração francesa, mas também inaugurou uma nova era na história do direito, marcada pelo reconhecimento da importância da Administração Pública e pela consolidação do Estado de Direito. A partir desse momento, o Direito Administrativo assume um papel central na

organização e no funcionamento do Estado, contribuindo para a proteção dos direitos individuais e para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e democrática.

Di Pietro (2024, p. 07) destaca que, embora historicamente a lei de 28 pluviôse do Ano VIII (1800) seja frequentemente apontada como o marco inicial do Direito Administrativo, é crucial reconhecer que sua consolidação e desenvolvimento como disciplina jurídica foram fortemente influenciados pela interpretação e aplicação jurisprudencial do Conselho de Estado francês². Este órgão judiciário desempenhou um papel essencial na interpretação das disposições legais e na formulação dos princípios fundamentais que orientaram as relações entre a Administração Pública e os cidadãos.

Por meio de suas decisões, o Conselho de Estado contribuiu significativamente para a definição dos conceitos-chave do Direito Administrativo, como a supremacia do interesse público, a separação de poderes e a responsabilidade civil da Administração perante os Administrados. Esses princípios não apenas moldaram a estrutura e o funcionamento das instituições administrativas, mas também estabeleceram as bases para a proteção dos direitos dos cidadãos frente ao poder estatal.

A jurisprudência do Conselho de Estado refletiu não apenas a evolução das práticas administrativas na França pós-revolucionária, mas também influenciou o desenvolvimento do Direito Administrativo em outros países, fornecendo um modelo de análise e interpretação jurídica que transcendia as fronteiras nacionais. Dessa forma, o papel do Conselho de Estado francês vai além do simples contexto histórico da França, exercendo uma influência duradoura e global no campo do Direito Administrativo.

Indubitavelmente, o Conselho de Estado emerge como uma das principais fontes do Direito Administrativo francês, estabelecido por Napoleão como um órgão judiciário de suma relevância. Conhecido como o árbitro supremo em questões do contencioso administrativo, conforme enfatizado por Jacqueline Morand-Deville (2012, p. 53), o Conselho de Estado alcançou, ao longo do século XX, um status de excelência e relevância ímpar no âmbito das instituições públicas francesas. Essa afirmação é corroborada pelo processo de constitucionalização do papel do Conselho de Estado, evidenciado pelas decisões proferidas

² Consoante a exposição de Gazier: “É difícil defini-lo de pronto. Tudo quanto se pode dizer do Conselho de Estado francês é que se caracteriza como um organismo técnico, e não político, situado a igual distância do Governo e da Administração, e participando ainda das três funções tradicionais do Estado: da função legislativa, emitindo pareceres sobre os projetos de leis; da função executiva, colaborando na redação de numerosos regulamentos administrativos; da função judiciária, como juiz supremo da administração” (Gazier, 1955).

pelo Conselho Constitucional em 1980 e 1987, que conferiram ao Conselho de Estado uma função jurisdicional de cunho constitucional. Tal processo representou um marco significativo na evolução do Conselho de Estado, conferindo-lhe uma missão constitucionalizada duzentos anos após a sua fundação. Essa trajetória reafirma a importância incontestável do Conselho de Estado como uma instituição central no cenário jurídico e administrativo da França contemporânea.

Morand-Deville (2012, p. 54) destaca que, apesar da importância histórica do Conselho de Estado como uma instituição central no sistema jurídico-administrativo francês, sua relevância tem sido progressivamente comprometida nos últimos anos. A autora atribui esse declínio àquilo que ela denomina como "inflação legislativa", um fenômeno marcado por um aumento substancial no número de leis e decretos promulgados desde a década de 1980. De acordo com suas análises, esse crescimento desenfreado na produção de textos normativos, que se elevou em 35% no caso das leis e 25% no caso dos decretos, tem acarretado consequências prejudiciais para a segurança jurídica e o acesso à justiça na França.

A doutrinadora enfatiza que a proliferação descontrolada de normas legais e regulamentares tem resultado em uma diluição da qualidade e clareza desses dispositivos legais, muitos dos quais são redigidos de forma imprecisa ou ambígua. Essa "mediocridade" na redação das leis e decretos dificulta a interpretação e aplicação coerente do direito pelos cidadãos e operadores jurídicos, minando, assim, a segurança jurídica e a previsibilidade das relações sociais. Além disso, a excessiva complexidade do arcabouço normativo dificulta o acesso à justiça para os indivíduos, especialmente para aqueles que não possuem recursos financeiros ou conhecimento jurídico suficiente para navegar por um sistema legal tão intrincado.

Morand-Deville (2012, p. 56) ressalta outros fatores de extrema relevância que impactam o Direito Administrativo francês, incluindo a globalização e o fenômeno da contratualização. No contexto da globalização, observa-se uma influência significativa das convenções internacionais e, particularmente, das normas europeias sobre o Direito Administrativo francês. A Constituição francesa de 1958 estabelece que os tratados ratificados possuem autoridade superior às leis nacionais, o que significa que as disposições e obrigações decorrentes de tratados internacionais são incorporadas diretamente ao ordenamento jurídico interno e devem ser aplicadas pela Administração Pública e pelos tribunais franceses.

Article 55 - Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord

ou traité, de son application par l'autre partie (Article 55 - Constitution du 4 octobre 1958 - Légifrance, 2024)³.

Em relação à contratualização, há uma tendência crescente, contemporaneamente, de promover a substituição dos atos administrativos unilaterais por contratos entre a Administração Pública e os particulares (Correia, 2023, p. 193). Esse movimento em direção à maior utilização de relações jurídicas contratuais nas relações entre a Administração e os cidadãos, tem resultado em um aumento significativo no número e na variedade de contratos administrativos. Essa abordagem contratualista visa flexibilizar as relações entre o Estado e os particulares, sem deixar previsibilidade e segurança jurídica às partes envolvidas. No entanto, também levanta questões complexas relacionadas à garantia da equidade, transparência e eficiência na execução dos contratos administrativos, bem como à proteção dos interesses públicos em um contexto marcado pela crescente privatização de serviços e funções públicas.

O professor português Jorge Alves Correia (2023, p. 188) afirma que o modelo jurídico-administrativo francês do começo do século XX, consistia na sujeição, em bloco, de certos contratos com a Administração a um regime jurídico especial, distinto do regime dos contratos do direito privado. Conferia-se, assim, segundo Correia, uma certa supremacia jurídica da Administração Pública.

Correia aponta ainda que o modelo francês foi adotado por mais de cem anos em países como a França, Espanha e Portugal, mas que nos últimos anos o modelo de matriz alemã vem ganhando maior atenção. O autor menciona a mudança de perspectiva em Portugal, acarretando mudança conceitual de modelo de regime jurídico regulatório dos contratos administrativos. No modelo alemão o “mito da sacralidade do poder público perde força para a admissibilidade da celebração do contrato de direito público” (Correia, 2023, p. 188).

No que se refere à admissibilidade dos contratos de objeto público, é que o sistema jurídico adotado no direito português, contempla os dois modelos: a figura do ato administrativo (modelo francês) e a dos contratos de direito público (modelo alemão). No primeiro modelo, as regras que regulam tais atos são imperativas; no entanto, o segundo modelo, a modificação ou revogação/resolução do negócio jurídico fica submetida às regras dos contratos e da autonomia das partes.

³ Nesse sentido, em tradução própria: “Artigo 55º. Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte.”

Nas palavras de Correia (Correia, 2023, p. 02), a gênese do contrato administrativo de matriz alemã encontra suas raízes na evolução dogmática e jurisprudencial do Direito Administrativo. Historicamente, a ciência administrativa tradicional via uma incompatibilidade entre o poder público de autoridade e a ideia de contrato, uma vez que a conjunção desses termos parecia paradoxal. Termos como "o poder público não se negocia" (Hauriou, 1901, p.532) e "o contrato representa uma impossibilidade conceptual no direito público" (Mayer, 1888, p. 42) ilustravam essa visão. Contudo, essa perspectiva começou a mudar na segunda metade do século XX, quando a Administração alemã, em resposta às necessidades de uma administração social e de serviço público, começou a explorar a possibilidade de contratos administrativos. Esse desenvolvimento foi significativamente impulsionado por acadêmicos como Ernst Forsthoff e Klaus Stern, cujas teses foram fundamentais na decisão do *Bundesverwaltungsgericht* de 4 de fevereiro de 1966, que pela primeira vez reconheceu a validade de contratos de direito público (*öffentlich-rechtlicher Verträge*) na atividade administrativa.

Ainda segundo o autor, esse reconhecimento marcou um ponto de virada na jurisprudência alemã, pavimentando o caminho para a aceitação de contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos. A decisão de 1966 foi um *leading case* que desmistificou a sacralidade do poder público e desconstruiu o dogma da incompatibilidade entre contrato e autoridade no Direito Administrativo. Este movimento culminou na promulgação da Lei Alemã do Procedimento Administrativo em 1976, que formalizou a possibilidade de contratos administrativos nos §§54 a 62 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Essa mudança na dogmática jurídica alemã não só transformou o Direito Administrativo alemão, mas também influenciou a adoção de contratos administrativos em outros países europeus na década de 1990, consolidando uma nova era na relação entre poder público e contratos administrativos.

Nesse sentido, o art. 336º do Decreto-lei nº 18/08 (Código dos Contratos Públicos de Portugal - CCP), dispõe sobre os poderes atribuídos às partes, nos contratos possuindo objeto sujeito a atos administrativos e a outros contratos relacionados ao exercício de poderes públicos, de determinar a duração do contrato e os critérios para sua modificação, caducidade, revogação ou resolução:

Negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais

Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as partes têm a faculdade de fixar livremente o respectivo prazo de vigência e os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução, salvo quando se trate de direitos ou interesses legalmente

protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato.

Dentro da perspectiva do artigo 336º do CCP, de acordo com Correia, há aparente afastamento do poder unilateral da Administração Pública de impor modificações ou exigir a resolução do contrato por interesse público, havendo um nível maior de liberdade para definir as alterações necessárias de acordo com a vontade das partes, ressaltando sempre os direitos e interesses legalmente protegidos e indisponíveis:

(ii) Contratos obrigacionais – o art. 336º prevê a possibilidade de as partes estipularem o regime da modificação e extinção do contrato que celebram. *Prima facie*, a regra da livre negociabilidade do art. 336º aparenta permitir às partes o afastamento do poder unilateral do contraente público de impor modificações ou a resolução do contrato por razões de interesse público, já que torna, para os contratos desta natureza, supletivas as disposições do CCP sobre a modificação e extinção do contrato, ao atribuir às partes poder dispositivo nessa matéria (Correia, 2023, p. 201).

Ao analisar o regime jurídico brasileiro, Correia afirma que “o Brasil se mantém fiel à tradição francesa do *contrat administratif*”, como decorre da legislação federal, assim como a doutrina brasileira é nitidamente influenciada pelo modelo francês. Inobstante, em sua pesquisa o autor já observou a existência de uma corrente doutrinária, no Brasil, que aponta a necessidade de uma evolução do sistema para um “novo estilo de governação”, mediante a implantação da administração por contratos, privilegiando o consenso e a negociação em vez da autoridade e da imposição.

Vale ressaltar que, nas origens da República, o Brasil cindiu parcialmente sua influência do modelo jurídico francês, que era preponderante até a promulgação do Decreto nº 848, em 11 de outubro de 1890. Naquele momento, o país rompeu com a tradição do modelo francês de dualidade de jurisdição (Di Pietro, 2024, p. 22). Esse decreto representou uma mudança significativa ao suprimir o poder moderador e a jurisdição administrativa atribuída ao Conselho de Estado, adotando em seu lugar o modelo anglo-americano de unidade de jurisdição.

Nas palavras de Di Pietro (2024, p. 22):

No primeiro período da República, suprime-se o Poder Moderador e o Conselho de Estado. Isto ocorreu porque se abandonou a influência da dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição. No Decreto nº 848, de 11-10-1890, inseriu-se dispositivo (art. 386) determinando que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América, os casos de *common law e equity* serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal. (Di Pietro, 2024, p. 22).

No entanto, apesar da reforma estrutural, o Brasil manteve os principais pontos do modelo jurídico francês quanto à natureza e o conteúdo dos atos administrativos (Correia, 2023,

p. 219). A transição para a unidade de jurisdição não implicou uma completa ruptura com as influências francesas, diante da manutenção, em nosso ordenamento, de muitos dos princípios e instituições fundamentais do Direito Administrativo francês.

Apesar da ruptura com a estrutura da jurisdição, a influência do direito francês na formação do Direito Administrativo brasileiro foi muito significativa. Conforme Di Pietro (2024, p. 23), adotamos "a ideia de ato administrativo, com o atributo da autoexecutoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade". Isso demonstra claramente que nosso direito positivo foi forjado a partir de institutos do direito francês.

Posto isso, a globalização e a contratualização emergem como elementos-chave que moldam e desafiam o Direito Administrativo, demandando uma adaptação contínua das estruturas e princípios jurídicos para enfrentar os novos desafios e realidades do século XXI.

No início do século XX, a contratação administrativa na França poderia ou não ser precedida de licitação, pois não havia uma legislação abrangente que regulamentasse o tema. A licitação era uma escolha discricionária da Administração Pública, cabendo à autoridade administrativa decidir entre promover a licitação ou contratar diretamente. Essa discricionariedade evidenciava o personalismo do contrato administrativo, uma vez que a seleção do contratado se baseava em critérios subjetivos de confiança. A inviabilidade de substituir o contratado durante a execução do contrato decorria dessa relação de confiança (Justen Filho, 2005, p. 2).

Entretanto, com a introdução do Código de Contratos Administrativos de 1964, essa situação mudou para um regime jurídico mais restritivo. Posteriormente, normas comunitárias europeias passaram a ser aplicáveis aos contratos administrativos, abrangendo fornecimento de bens, prestação de serviços e obras públicas, o que generalizou a obrigatoriedade de licitação prévia. Diretivas europeias, como as 93/36, 93/37 e 93/38, consolidaram essa obrigatoriedade, refletindo a disciplina imposta pelo direito comunitário europeu.

De acordo com Justen Filho (2005, p. 2):

Nos primórdios do século XX, a contratação administrativa na França podia ou não ser antecedida de prévia licitação. Não existia disposição legal impondo uma disciplina abrangente e orgânica sobre o tema. Reconhecia-se, então, que a licitação era uma escolha discricionária da Administração Pública e cabia à autoridade administrativa escolher entre promover a licitação ou contratar diretamente um sujeito por ela selecionado (Justen Filho, 2005, p. 2).

Este contexto refletia uma abordagem tradicional e historicamente enraizada, na qual as relações pessoais entre contratantes e contratados desempenhavam um papel preponderante. A seleção de fornecedores e a celebração de contratos eram pautadas, em grande medida, pela reputação, histórico e qualidade dos produtos ou serviços oferecidos. No entanto, embora favorecesse a fluidez dos negócios, essa característica do modelo contratual então adotado também podia abrir espaço para práticas menos transparentes e potencialmente prejudiciais, dado que não havia um processo formal de competição entre os fornecedores.

Assim, em 1959, foi estabelecida a *Comission Centrale des Marchés*, com a responsabilidade, junto ao Ministério das Finanças, de atuar como órgão consultivo e elaborar o primeiro código que passaria a regular as contratações públicas na França, o Código das Contratações Públicas, ou *Code des Marchés Publics* (Richer; Lichère, 2021, p. 363).

A introdução do contrato de concessão de serviços públicos e do direito de *gérance* no sistema jurídico francês, com a publicação do *Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964*, trouxe critérios de seleção objetivos e processos de licitação pública, marcando uma mudança significativa no panorama das contratações públicas francesas. Essa evolução legislativa e institucional representou um marco importante na modernização e profissionalização das práticas de contratação pública na França, promovendo uma maior igualdade de acesso aos contratos públicos e fortalecendo os princípios democráticos e de boa governança no país.

Assim, o Direito Administrativo brasileiro, desde suas origens, foi profundamente influenciado pelo ordenamento jurídico francês. A Revolução Francesa e as subsequentes reformas institucionais na França estabeleceram bases sólidas para o desenvolvimento de uma estrutura jurídica que enfatizava a autonomia da Administração Pública, a autoexecutoriedade dos atos administrativos e a supremacia do interesse público. Esses conceitos foram essenciais na formação do Direito Administrativo brasileiro, moldando nossa legislação e práticas administrativas.

A adoção de princípios e modelos franceses no Brasil não apenas garantiu uma Administração Pública eficiente e legal, mas também assegurou a proteção dos direitos individuais, promovendo a justiça e a transparência na gestão pública. A influência francesa continua a ser um pilar fundamental na construção e evolução do nosso sistema jurídico, refletindo a necessidade constante de adaptação às realidades contemporâneas. Mesmo com a ruptura quanto ao modelo de jurisdição, a influência do direito francês permanece presente em

vários institutos do nosso Direito Administrativo. No entanto, em alguns pontos, o Direito Administrativo brasileiro não acompanhou a evolução do direito francês, permanecendo apegado a institutos já modificados na França.

Portanto, a herança jurídica francesa foi crucial para a consolidação do Estado de Direito no Brasil, contribuindo para o desenvolvimento de um Direito Administrativo robusto e dinâmico. Essa base sólida permite enfrentar os desafios atuais e futuros, mantendo o compromisso com a legalidade, a justiça e a eficiência na Administração Pública, promovendo uma sociedade mais democrática e responsável.

1.2 O caráter personalíssimo dos contratos administrativos no direito brasileiro

No Brasil, o personalismo nos contratos com a Administração Pública tem despertado um grande debate doutrinário nos últimos anos, intensificado inclusive por algumas omissões legislativas. Embora o ordenamento jurídico brasileiro contemple figuras como a sub-rogação no caso de trespasse e a sucessão universal nas operações societárias⁴, ainda existe uma lacuna no Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002) no que se refere à "cessão da posição contratual" (Rosenvald; Netto, 2020, p. 392). De acordo com Rosenvald e Neto: “O código Civil de 2002 não disciplinou a cessão de contrato, mas a omissão legislativa não impede o reconhecimento dessa modalidade de transmissão das obrigações”.

Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar o regime da autonomia privada e da livre iniciativa, permite tal modalidade de transmissão das obrigações como contrato atípico regulado pelo artigo 425 do CC/2002.⁵

Em 28 de agosto de 2023⁶, o presidente do Senado Federal instituiu uma comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. No relatório conclusivo aprovado sob a presidência do Ministro Luis Felipe Salomão para posterior submissão ao

⁴ Artigos 1146 e 1148 do Código Civil; Artigos 227, 228, 229 e 233 da Lei nº 6.404, de 15/12/75.

⁵ Rosenvald e Neto afirmam, nesse sentido: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” (Rosenvald; Netto, 2020, p. 392).

⁶Verificar

em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9448987&ts=1717413021516&disposition=inline>.

Acesso em: 4 jun. 2024.

Congresso Nacional, consta a recomendação para a inserção da figura da cessão da posição contratual no Código Civil brasileiro.⁷

Esse, o teor do texto proposto:

DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

Art. 303-A. Qualquer uma das partes pode ceder sua posição contratual, desde que haja concordância do outro contraente.

Parágrafo único. Se o outro contraente houver concordado previamente com a cessão, esta somente lhe será oponível quando dela for notificado ou, por outra forma, tomar ciência expressa.

Art. 303-B. A cessão da posição contratual transfere ao cessionário todos os direitos e deveres, objetos da relação contratual, inclusive os acessórios da dívida e os anexos de conduta, salvo expressa disposição em sentido contrário.

Art. 303-C. O cedente garante ao cessionário a existência e a validade do contrato, mas não o cumprimento dos seus deveres e obrigações.

Art. 303-D. Com a cessão da posição contratual, o cedente libera-se de seus deveres e de suas obrigações e extinguem-se as garantias por ele prestadas.

Parágrafo único. Com relação às garantias prestadas por terceiros, extinguem-se aquelas as dadas para garantir prestações do cedente, mas não aquelas que garantem prestações do cedido.

Art. 303-E. Uma vez cientificado da cessão da posição contratual, o cedido pode opor ao cessionário as exceções que, em razão do contrato cedido, contra ele dispuser (Senado, 2024).

O artigo 303-A estabelece a possibilidade de cessão da posição contratual por qualquer das partes, desde que haja concordância do outro contraente. A necessidade de notificação ou ciência expressa do outro contraente garante segurança jurídica, evitando surpresas e protegendo a parte que não está diretamente envolvida na cessão. A concordância prévia facilita a cessão, desde que respeitada a notificação formal.

O artigo 303-B define que a cessão da posição contratual implica a transferência integral dos direitos e deveres ao cessionário, incluindo obrigações acessórias. Isso oferece clareza sobre a extensão da transferência, garantindo que o cessionário assumirá completamente a posição do cedente, salvo estipulação em contrário. Esta abordagem reforça a transparência e evita ambiguidades nas relações contratuais.

O artigo 303-C limita a garantia do cedente ao cessionário à existência e validade do contrato, isentando-o de garantir o cumprimento das obrigações. Isso significa que, embora o

7

Verificar em:
<file:///C:/Users/WELLINGTON/Downloads/ARQUIVO_PORTAL_CJCODCIVIL_8050ComissaoESPComissa
oCJCODCIVIL20240415.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

contrato seja válido, o cedente não assegura que as obrigações contratuais serão cumpridas pelo cessionário. Esta cláusula protege o cedente de responsabilidade adicional após a cessão.

O artigo 303-D aborda a liberação do cedente de suas obrigações e a extinção das garantias prestadas por ele após a cessão. O parágrafo único clarifica a situação das garantias prestadas por terceiros, extinguindo apenas aquelas relacionadas às prestações do cedente, mas mantendo as garantias referentes ao cessionário. Essa distinção protege terceiros que prestaram garantias para o cedido.

O artigo 303-E permite que o cedido oponha ao cessionário as exceções decorrentes do contrato cedido, uma vez cientificado da cessão. Isso assegura que o cessionário não tenha mais direitos do que o cedente originalmente tinha, preservando o equilíbrio contratual e as defesas possíveis do cedido.

As propostas de modificação dos artigos 303-A a 303-E do Código Civil Brasileiro fornecem um quadro claro e equilibrado para a cessão da posição contratual, garantindo direitos e deveres tanto do cedente quanto do cessionário e do cedido. A inclusão desses artigos pode aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade nas relações contratuais, facilitando transações comerciais e outras formas de cessão de contratos.

Vale mencionar que se trata de uma proposta em certo sentido atrasada no contexto do direito comparado. O Código Civil Português, embora datado de 1966, já incluía uma subseção dedicada à cessão da posição contratual. O artigo 424 é particularmente notável, estabelecendo que qualquer uma das partes pode transferir sua posição contratual a terceiros, desde que haja consentimento explícito do outro contratante para essa transmissão.

Importante ressaltar que, diante das diferenças de regime jurídico, a aplicação de disposições como as mencionadas ao Direito Administrativo é controversa. O caráter personalíssimo nas contratações com a Administração Pública confronta uma forte consolidação doutrinária e o senso comum dos operadores da Administração Pública brasileira, caracterizado, nas palavras de Laone Lago, pelo “arraigado personalismo imutável” dos contratos administrativos (Lago, 2013, p. 292). De acordo com o autor:

Os defensores da imutabilidade contratual sustentam, ainda, que a alteração subjetiva na pessoa do particular contratado implicaria em frustrar o (princípio) da obrigatoriedade da licitação, além da postura em tela ser uma afronta ao princípio da moralidade, pois seria reprovável que a Administração Pública viesse a celebrar contrato administrativo com terceiro que não passou pelo crivo do processo seletivo. (Lago, 2013., p. 293).

A abordagem defendida por diversos doutrinadores, como Tohio Mukai e Carlos Pinto Coelho Motta, aprofunda essa percepção, por considerarem o contrato administrativo como *intuitu personae*. Segundo essa perspectiva, é totalmente inadmissível a cessão total, parcial e a subcontratação, mesmo quando previstas em edital (Motta, 2011, p. 736).

A visão dos autores está fundamentada na premissa de que a subcontratação, a cessão ou as transferências integrais de contratos podem constituir uma afronta direta ao princípio constitucional da igualdade, além de comprometer os princípios que norteiam os processos de licitação pública. Esses mecanismos, ao permitirem que terceiros assumam obrigações contratuais originalmente estabelecidas com a Administração Pública, podem gerar desigualdade entre os concorrentes e desvirtuar a finalidade da licitação, que é assegurar isonomia, competitividade e transparência na contratação de serviços e fornecimentos pelo poder público.

Na doutrina brasileira, é consolidada a ideia de que o contrato administrativo é caracterizado, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, como “bilateral comutativo, oneroso formal, realizado *intuitu personae* e destinado a satisfazer um interesse público caracterizado” (Meirelles, 1971, p. 25). Neste sentido, a corrente doutrinária que atribuía o caráter personalíssimo nos contratos administrativos era praticamente unânime. Essa linha doutrinária encontrava respaldo em diversos autores, como Toshio Mukai, Carlos Pinto Coelho Mota, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entre outros (Lago, 2013, p. 293).

Não obstante, com o passar dos anos, Meirelles evoluiu sua linha de entendimento sobre a natureza dos contratos administrativos. Ele passou a considerar que esses contratos não são necessariamente pessoais e nem sempre possuem a característica de serem *intuitu personae*. Em suas palavras: "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" (Szklarowsky, 1999, p. 173; *apud*, Meirelles, 1996, p. 189)

O artigo 137 da Lei nº 14.133/21 representou uma mudança significativa em relação ao regime anterior estabelecido pelo artigo 78 da Lei nº 8.666/93. A redação da legislação revogada no Brasil trazia o seguinte texto:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: ... VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou

transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Notavelmente, o novo texto não faz menção explícita à subcontratação ou à cessão do contrato como causas de rescisão contratual. Nesse ponto, ressaltamos que, ao optar por permanecer em silêncio quanto à possibilidade desse tipo de arranjo na contratação pública, o legislador abre uma oportunidade para rediscutir sua legalidade. Por flexibilizar algo tão arraigado em nossa cultura jurídica, a inovação legislativa tem gerado discussões e interpretações diversas, especialmente em relação à cessão de contratos administrativos.

De acordo com Justen Filho, a cessão de contratos pode ser enquadrada sob o inciso I do artigo 37 da Constituição Federal, que estabelece os princípios gerais da Administração Pública. Isso significa que as vedações expressas presentes nos editais de licitação podem adquirir um caráter absoluto e intransponível, impedindo a cessão em situações específicas. Essa interpretação destaca a importância dos editais de licitação para determinar a viabilidade da cessão em cada caso (Justen Filho, 2023, p. 1509).

Nas palavras do autor:

Como visto, o art. 137 da Lei 14.133/2021 deixou de aludir expressamente à subcontratação ou à cessão do contrato como causas de rescisão contratual. No entanto, práticas dessa ordem podem ser enquadradas, em vista das circunstâncias do caso concreto, como infração subsumível ao inc. I. Tal se passará nos casos em que existir vedação explícita, de cunho absoluto e intransponível (Justen Filho, 2023, p. 1509).

É fundamental explorar ainda a questão das contratações personalíssimas, pois, existem as situações em que a natureza do serviço ou a expertise do contratado são de tal magnitude que tornam a contratação personalíssima apropriada. Essa análise também deve abordar a diferença entre contratos que são verdadeiramente personalíssimos e aqueles que podem ser celebrados mediante a seleção entre contratantes a partir de critérios competitivos. Um exemplo específico desse cenário é a modalidade de licitação por concurso, que é adequada quando a escolha da melhor proposta depende da avaliação de habilidades e competências individuais.

De acordo com essa linha de pensamento, o contrato administrativo é visto como um instrumento que envolve não apenas a prestação de um serviço ou a entrega de um produto, mas também a confiança e a expectativa de desempenho por parte do contratante público. Assim, nessa visão, a transferência total ou parcial da posição contratual a terceiros, seria considerada inadequada, uma vez que poderiam comprometer a essência do vínculo estabelecido entre as partes.

Para os doutrinadores que defendem o caráter personalíssimo, a manutenção da relação contratual entre as partes originais é essencial para garantir a efetivação dos objetivos propostos no contrato administrativo, bem como para preservar a confiança e a integridade nas relações entre o poder público e seus contratados. Qualquer tentativa de transferência, total ou parcial, poderia frustrar o procedimento licitatório, colocar em risco a qualidade dos serviços prestados pela possível incapacidade do terceiro, a própria continuidade das atividades contratadas e até mesmo a segurança jurídica do processo.

Como exemplo de apego ao conceito de personalismo pode-se observar o conceito de "licitação", cunhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das mais renomadas juristas brasileiras no campo do Direito Administrativo. Segundo Di Pietro, "licitação é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação *de quem vai celebrar contrato com a administração*" (Di Pietro, 2007, p. 205 - grifo próprio).

No entanto, mesmo com essa ênfase no personalismo, é importante ressaltar que encontramos nos ensinamentos da própria doutrinadora, citada acima, reflexões sobre o princípio da impessoalidade, consagrado pelo artigo 37 da Constituição Federal. Esse princípio vincula a Administração Pública à busca do interesse público, sem beneficiar ou prejudicar qualquer indivíduo ou grupo específico (Di Pietro, 2007, p. 62).

A mesma doutrinadora em publicação recente, ao ensinar sobre o caráter personalíssimo, afirma que "os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*", mantendo assim a sua posição defendida em obras anteriores. Porém, em parágrafo seguinte, ela já ventila a possibilidade de subcontratação positivada no art. 122 da Lei nº 14.133/21, demonstrando a mudança, ainda que acanhada da corrente doutrinária (Di Pietro, 2024, p. 272). Vejamos tal disposição:

Em regra, os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. No entanto, a lei prevê a possibilidade de subcontratação pelo contratado, hipótese em que o subcontratado também tem que atender às exigências de qualificação previstas na lei (Di Pietro, 2024, p. 272).

Na mesma esteira, o doutrinador Rafael Oliveira defende que "o contrato é celebrado com o licitante que apresentou a melhor proposta", porém, na sua visão, "a escolha impessoal do contratado faz com que o contrato tenha que ser por ele executado", confirmando assim a defesa do caráter personalíssimo por entender que essa posição é exigida pelos princípios da impessoalidade e da moralidade. Não obstante, em nota de rodapé, o autor já traz à luz o

posicionamento de Justen Filho, que defende não existir o caráter personalíssimo nos contratos administrativos (Oliveira, 2023, p. 382).

Portanto, inobstante a presença do personalismo na concepção da Administração Pública brasileira quanto ao processo licitatório, é fundamental reconhecer a importância do princípio da impessoalidade na condução das atividades administrativas. Este princípio atua como um contraponto ao personalismo, pois elimina o peso das características pessoais do contratado em certos tipos de contrato, garantindo que a atuação do Estado seja orientada pelos interesses coletivos e pela busca do bem comum, em consonância com os preceitos democráticos e republicanos estabelecidos pela Constituição Federal. Assim, embora haja uma tendência histórica de personalismo na doutrina brasileira, é fundamental que essa tendência seja sempre confrontada e equilibrada pelos princípios fundamentais que regem a Administração Pública em um Estado democrático de direito.

Outro ponto relevante abordado por Lago, diz respeito à análise crítica sobre a interpretação doutrinária do artigo 50⁸ da Lei nº 8.666/93, que foi recentemente revogada pela Lei nº 14.133/21, representando uma importante evolução no contexto das licitações públicas no Brasil (Lago, 2013, p. 292).

O artigo revogado pressupunha que, caso o primeiro colocado não conseguisse executar o contrato por algum motivo, a Administração deveria convocar o segundo colocado para sucedê-lo, e assim sucessivamente, jamais celebrando o contrato com alguém que não tivesse participado do certame. No entanto, como mencionado anteriormente, tal dispositivo não foi reconduzido na reforma legislativa.

De acordo com Lago, esse dispositivo era frequentemente interpretado de forma a destacar duas regras principais: *i*) a obrigação da Administração de respeitar a ordem classificatória dos licitantes; e *ii*) a proibição da contratação de terceiros estranhos ao certame.

Essa interpretação do artigo 50 da Lei nº 8.666/93 refletia uma preocupação fundamental em garantir a lisura e a transparência nos processos licitatórios, bem como em promover a igualdade de tratamento entre os participantes. A exigência de respeito à ordem classificatória visava assegurar que o vencedor do certame fosse aquele que apresentasse a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme os critérios estabelecidos no edital.

⁸ Esse, o teor da norma legal em comento: “Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.”

Além disso, a proibição da contratação de terceiros estranhos ao certame visava evitar situações de favorecimento ou direcionamento na escolha do contratado, garantindo que apenas os licitantes efetivamente participantes do processo concorram à contratação.

A corrente doutrinária que se opõe à cessão da posição contratual, encontrava respaldo ainda no Artigo 878⁹ do Código Civil de 1916. Este dispositivo legal estabelecia que o credor não estava obrigado a aceitar a prestação oferecida por um terceiro, quando o devedor se comprometia a realizar pessoalmente essa obrigação. Entretanto, é imprescindível notar que com a promulgação da reforma do Código Civil em 2002, houve uma significativa mudança no cenário normativo brasileiro. Nesse sentido, o Artigo 878 do Código Civil de 1916 foi, de fato, foi recebido de forma diferente. Tal dispositivo não foi mantido ou reproduzido no novo ordenamento jurídico, representando uma ruptura em relação à interpretação anteriormente vigente.

Esse artigo revogado pelo Código Civil de 2002, consistia num pilar muito importante para os autores que defendia o caráter *intuitu personae* dos contratos, podemos encontrar tal defesa nas palavras de Marques Neto:

A proteção do caráter *intuitu personae* de alguns contratos – particularmente aqueles de obrigação de fazer (consagrada na lei civil pela norma inserida no art. 878 do Código Civil (LGL/2002/400) Brasileiro) é, em última instância, uma proteção do contratante, para que este não seja obrigado a aceitar o cumprimento da obrigação por outrem que não aquele com quem se pretendeu ao contratar (Marques Neto, 2013, p. 03).

A ausência de recepção do mencionado artigo na legislação atual suscita reflexões acerca das transformações e evoluções no entendimento das relações obrigacionais. Este fenômeno reflete não apenas uma mudança na abordagem legislativa, mas também sugere uma revisão nos conceitos e princípios subjacentes ao direito das obrigações no contexto contemporâneo.

Essa evolução legislativa alcançou recentemente a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), que trouxe importantes alterações no regime de licitações públicas, demandando uma reavaliação desses princípios à luz do novo marco legal. A nova legislação introduz no ordenamento jurídico pátrio uma série de inovações e aprimoramentos, tais como os diálogos competitivos, a inserção de vários princípios ao texto normativo, a menção expressa à LINDB, o incentivo à inovação, a obrigatoriedade do programa de

⁹ Art. 878. Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente - Código Civil do Brasil, 1916.

compliance para contratos de valor expressivo, entre outros, sempre visando a modernização e a simplificação dos procedimentos licitatórios, bem como o estímulo à competitividade e à eficiência na contratação pública.

Portanto, a análise crítica proposta por Lago (2013) nos convida a refletir sobre a necessidade de adaptação e atualização das interpretações doutrinárias diante das mudanças legislativas, reconhecendo a importância de uma abordagem contextualizada e atualizada no âmbito do Direito Administrativo e das licitações públicas no Brasil. Mas, ao final da análise que fez sobre o tema, Lago defende que as alterações subjetivas dos contratos, além de uma realidade, são em muitas vezes uma necessidade para que se dê continuidade à execução do contrato com a Administração Pública. Em prol da execução da proposta mais vantajosa, o personalismo deve ser superado por não ser a essência do ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, a modificação subjetiva do contrato administrativo deve ser vista como uma realidade (muitas vezes uma necessidade) para que riscos administrativos (e sociais) na continuidade de obras, serviços, compras e alienações sejam concretamente controlados. Enfim, a natureza *intuitu personae* do contrato administrativo deve ser superada em prol de um despersonalismo contratual pautado na defesa e na manutenção das características objetivas do edital e do contrato, e não simplesmente em um emaranhado de características subjetivas, que podem sofrer alterações (reorganização empresarial, por exemplo) sem influenciar em nada a continuidade das atividades licitadas, muito menos lançar dúvidas de que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública estará sendo observada e respeitada (Lago, 2013, p. 302).

Este questionamento foi intensamente debatido no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2946, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) deliberou que “não se faz necessária a realização de licitação prévia para a transferência de concessão para terceiros ou a alteração no controle societário de concessionárias de serviços públicos”. Esse importante precedente será analisado com maior profundidade em capítulo próprio.

A cessão de contratos da Administração Pública a terceiros é um tema que tem gerado intensos debates, especialmente devido à resistência por parte da própria Administração Pública e dos órgãos de controle. Conforme apontado por Justen Filho, as principais objeções a essa prática incluem várias ponderações (Justen Filho, 2005, p. 01). Em primeiro lugar, a cessão de contratos administrativos a terceiros é considerada incompatível com o princípio do personalismo dos contratos administrativos, uma vez que a modificação na identidade do contratado pode ser vista como uma violação desse princípio. A Administração Pública seleciona seus contratantes com base em critérios específicos de capacidade técnica e

idoneidade, e a substituição do contratado original por um terceiro pode comprometer essa escolha.

Além disso, há a violação do princípio da obrigatoriedade da licitação, pois a cessão poderia contornar a necessidade de um novo processo licitatório. A licitação é um procedimento essencial para garantir a competitividade e a transparência na contratação pública, e permitir a cessão sem um novo certame pode ser entendido como uma forma de contratação direta sem a devida autorização legal. Adicionalmente, sustenta-se que a cessão de contratos ofenderia o princípio da moralidade administrativa. Seria eticamente reprovável que um terceiro mantivesse uma contratação com a Administração Pública sem ter passado pelo crivo da licitação, o que poderia abrir portas para práticas pouco transparentes e potencialmente corruptas.

Por fim, existe o obstáculo constante na Lei de Licitações, que prevê um regime específico para o tema. O artigo 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, estabelece como motivo para a rescisão contratual "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". Esta disposição legal reforça a ideia de que tais práticas são incompatíveis com o regime de contratação pública estabelecido. Ao ver do autor, todos esses argumentos são improcedentes. Mais ainda, o enfoque fundado neles contraria os princípios jurídicos fundamentais, reputados como inquestionavelmente aplicáveis às relações jurídicas entre Administração Pública e particulares.

Leite, por sua vez, afirma que de fato a maioria dos doutrinadores entendem que os contratos com a Administração Pública detêm natureza personalíssima, não sendo assim passíveis de alterações subjetivas (Leite, 2003, p. 257). Segundo Moreira Neto (2014, p. 398), "a contratação administrativa é *intuitu personae*, ou seja, não admite cessão ou sub-rogação contratual"

Para Sundfeld e Câmara (2021, p. 56), a Lei nº 8.666 de 1993, substituída pela atual 14.133/21, previa em seu artigo 78, VI, que uma das causas de rescisão contratual seria "a subcontratação total ou parcial do seu objeto, associação do contrato com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem com a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato." Porém, de acordo com Sundfeld, uma leitura desconfiada deste artigo descontextualizada do restante da lei tem gerado muita restrição pela Administração Pública ao instituto.

No entanto, é necessário destacar que as legislações anteriores muitas vezes impunham limitações à subcontratação e a outros arranjos societários, como SCPs, SPEs, consórcios etc., o que poderia resultar em entraves burocráticos e desafios operacionais para as empresas. A interpretação restritiva da lei poderia gerar insegurança jurídica e dificultar a adoção dessas práticas, prejudicando a eficiência empresarial e, conseqüentemente, gerando prejuízos que acabam sendo absorvidos pela Administração Pública.

Nesse sentido, é fundamental buscar um equilíbrio entre a regulação estatal e a liberdade de iniciativa privada, garantindo que as empresas tenham condições adequadas para operar de forma eficiente e competitiva. Daí se segue a necessidade de uma análise criteriosa das normas existentes e, quando necessário, a adoção de medidas que promovam a simplificação e a desburocratização dos processos, sem comprometer a segurança jurídica.

Além disso, é importante ressaltar que a atuação do Estado deve ser pautada pela promoção do desenvolvimento econômico e social, incentivando o empreendedorismo e criando um ambiente propício para a atividade empresarial. Entre essas medidas, inclui-se a necessidade de elaboração de políticas públicas que estimulem a inovação, o investimento em capacitação profissional e a facilitação do acesso ao mercado, contribuindo para o crescimento sustentável do país (Rauen, 2022, p. 156).

No mesmo sentido, encontramos as políticas públicas como motivadoras do desenvolvimento sustentável:

as compras públicas também podem estimular a competição e a inovação das indústrias na direção desejada, já que, quando diversas instituições combinam seu poder de compra, elas podem promover a inovação tecnológica para produzir os bens nos padrões desejáveis. Devido a esse notável poder de compra, e segundo a estratégia de lidera pelo exemplo, os governos em todo o mundo vêm utilizando as compras públicas como ferramenta para promover políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Desta forma, eles exercem um importante papel indutor não apenas as criar regulações, impostos e incentivos, mas também ao serem os consumidores mais ativos do mercado (Moura, 2013, p. 23).

Nesse sentido, a subcontratação e a associação com terceiros são estratégias importantes para a eficiência empresarial, sendo necessário superar os desafios legais e burocráticos para que essas práticas possam ser utilizadas de forma adequada e em benefício da sociedade como um todo.¹⁰

¹⁰ Assim dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil: ““Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; “Art.

É importante ressaltar que, de acordo com as análises de Sundfeld e Câmara, a Lei nº 8.666/93, estabelecia uma vedação aparentemente absoluta à cessão parcial ou total do contrato, exceto nos casos em que a disposição autorizadora fosse expressamente incluída no edital e nas cláusulas contratuais (Sundfeld; Câmara, 2021, p. 56). Essa possibilidade de admissão da cessão mediante previsão no edital e em cláusulas contratuais conferia viabilidade jurídica à operação, desde que observadas as condições estipuladas.

No entanto, Sundfeld e Câmara (2021, p.56) ressaltam que, na prática, a maioria dos editais reproduzia apenas o texto legal, sem abrir espaço para novas disponibilidades ou autorizações. Isso significa que, embora a lei permitisse a autorização da cessão, na prática essa oportunidade não era plenamente explorada, deixando de lado a flexibilidade que a legislação poderia oferecer para a realização de cessões contratuais de forma segura e transparente.

Assim, por um lado, a Lei nº 8.666/93 estabelecia de forma taxativa que a cessão parcial ou total do contrato era causa de rescisão contratual. No entanto, ela mesma abria a possibilidade de autorização dessa prática mediante inserção de disposição expressa no edital e nas cláusulas contratuais. Essa aparente contradição evidenciava a complexidade e a rigidez do sistema normativo em relação à cessão contratual, criando um cenário de incerteza e restrição para os licitantes e contratados.

Portanto, as análises de Sundfeld e Câmara apontavam para a necessidade de uma revisão e atualização das práticas adotadas nos processos licitatórios e contratuais, a fim de aproveitar plenamente as possibilidades e flexibilidades oferecidas pela legislação, promovendo uma maior eficiência e transparência nas relações contratuais entre a Administração Pública e os particulares.

O autor ainda explana que existem dois grupos gerais de objeção à cessão da posição contratual nos contratos administrativos. Em primeiro lugar, como já exposto, consolidou-se a ideia de que os contratos com a Administração Pública são personalíssimos, devendo ser executados exclusivamente pela pessoa jurídica contratada. O segundo grupo de objeções alude ao receio de que os contratos administrativos se sujeitassem à especulação.

Ao tratar do primeiro grupo de objeções, Sundfeld e Câmara afirmam que "é generalizada a lição doutrinária de que os contratos administrativos são *intuitu personae*" (Sundfeld; Câmara, 2021, p. 57). No entanto, embora todo contrato obrigue quem o assinou,

170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:"

existem contratos em que a obrigação não está diretamente ligada à pessoa que se obrigou. É o que ocorre, por exemplo, na contratação de artistas ou pareceristas jurídicos, onde os aspectos pessoais estão extremamente ligados ao objeto do contrato. Em contraste, isso não se aplica ao fornecimento de um bem ou serviço tradicional, onde a pessoalidade não é tão crucial.

É importante ponderar que a pessoalidade nos contratos administrativos se relaciona tanto à boa execução do contrato quanto à ordem de classificação no processo licitatório. A pessoalidade garante que o contratado tenha as qualificações específicas e a confiança necessária para cumprir as obrigações contratuais de forma eficaz. No entanto, ao questionar se a pessoalidade diz respeito apenas à boa execução e à ordem de classificação, podemos entender que, em muitos casos, a exigência de pessoalidade pode ser relativizada, especialmente quando a natureza do contrato permite a substituição do contratado sem prejuízo à qualidade e eficiência da execução contratual.

Dentro do segundo grupo de objeções, relativamente à não especulação com os contratos públicos, o autor afirma que a Administração Pública e, principalmente, os órgãos de controle combatem qualquer tipo de possibilidade de corretagem de contratos administrativos. Cita, por exemplo um julgado do TCU¹¹ que expandiu a restrição invocando inclusive princípios constitucionais.

Outro argumento contra a cessão do contrato administrativo a terceiros consiste na vinculação do contrato ao objeto e ao vencedor, sugerindo que qualquer alteração frustraria a eficácia da licitação. No entanto, a licitação não deve ser vista como um fim em si mesma, mas sim como um meio para se atingir a proposta mais vantajosa com isonomia (Justen Filho, 2005, p. 6).

Essas questões controversas destacam a importância de uma análise aprofundada e cuidadosa sobre a cessão de contratos da Administração Pública a terceiros, considerando os princípios jurídicos, os objetivos da licitação e os interesses do Estado. Mas uma pergunta precisa ser respondida: Por que a cessão da posição contratual nos contratos com a

¹¹ Extrai-se (da ementa) do julgado: “Em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93” (BRASIL. Tribunal de Contas Da União. **Decisão nº 420/2002**. Plenário. Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 244 abr. 2002. TCU, 2002, item 8.5 do acórdão).

Administração Pública enfrenta tanta resistência por parte dos órgãos de controle e da maioria dos doutrinadores?

A problemática se estabeleceu, de acordo com Leite porque existe uma grande divergência doutrinária (Leite, 2003, p. 267). Alguns têm a cessão como totalmente inadmissível, como é o caso do doutrinador Moreira Neto, passando por aqueles que veem a permissão com bons olhos, desde que autorizada no edital e no contrato (Moreira Neto, 2014, p. 398). Há os que defendem a necessidade da anuência do poder público no ato da cessão (Franco Sobrinho, 1986, p. 51) e até aqueles que são totalmente liberais entendendo que só não seria permitida a cessão caso houvesse posição expressamente contrária no edital e no contrato (Marques Neto, 2000, p. 146). E justamente por essa variedade de posições doutrinárias se fomentou tanta desconfiança por parte dos administradores públicos e órgãos de controle.

Um outro exemplo é a posição de Alexandrino e Paulo (2017, p. 689), que afirmam que o contrato administrativo é pessoal e obriga a pessoa física ou jurídica que participou do processo licitatório, pois a licitação tem o objetivo de escolher a melhor proposta e a pessoa que irá executá-la. Di Pietro, juntamente a outros autores já mencionados, destaca de forma incisiva que "todos os contratos que necessitam de licitação são celebrados *intuitu personae*, isto é, com base nas qualidades pessoais do contratado, avaliada durante o processo licitatório." (Di Pietro, 2007, p. 249).

Alguns ainda são mais radicais ao afirmarem que a possibilidade de cessão dos contratos públicos ensejaria fraude, com diversas empresas "laranja" participando das licitações e vendendo sua posição societária para outras. Construíram, assim, uma forma ilícita de ganhos com o bem público ao fraudarem o processo licitatório com a participação de empresas de fachada que só funcionam no papel, e após ganharem a licitação, por não possuírem a mínima condição real de executar a obra, alienam a pessoa jurídica que ganhou a licitação para terceiros (Carvalho, 2021, p. 789).

Contudo, Justen Filho argumenta que essas objeções são infundadas, pois contrariam princípios jurídicos fundamentais aplicáveis ao caso (Justen Filho, 2005, p. 1). De acordo com ele, a jurisprudência brasileira costuma caracterizar os contratos administrativos como personalíssimos, enfatizando as qualidades pessoais e subjetivas do contratado como cruciais para o contrato. No entanto, o autor reforça que essa perspectiva se originou no direito francês, quando a escolha do contratado era discricionária por parte do agente público. A substituição do contratado, nesse contexto, afetaria a relação de confiança com o escolhido.

À medida que os critérios subjetivos, como confiança, relacionamentos anteriores e características pessoais dos agentes, foram substituídos por critérios objetivos, como capacitação técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal, vinculados à capacidade de execução da melhor proposta vencedora, o personalismo perdeu relevância nos processos licitatórios e contratuais. Esse movimento reflete uma tendência em direção a uma maior objetividade e transparência nas relações entre a Administração Pública e os particulares.

No direito francês, essa mudança de paradigma também pode ser observada, especialmente no que diz respeito à transferência da posição contratual para terceiros. Conforme argumenta Justen Filho, o Estado francês, ao introduzir a obrigatoriedade do processo licitatório, passou a se preocupar mais com as características objetivas dos licitantes com objetivo de garantir a execução da proposta mais vantajosa do que com as características subjetivas dos mesmos (Justen Filho, 1997, p. 51). Como resultado, a prioridade passou a ser a efetiva capacidade do contratado em cumprir as obrigações contratuais de forma satisfatória, em detrimento de considerações pessoais ou subjetivas.

Essa mudança de enfoque representa uma evolução significativa no campo do Direito Administrativo, pois promove uma maior racionalidade e eficiência na gestão dos recursos públicos ao dar maior liberdade para que uma empresa que tenha interesse e condições de executar o contrato o faça sem impor atrasos e novas licitações com condições mais gravosas para o Estado.

E ao priorizar critérios objetivos de seleção, como capacitação técnica e idoneidade financeira, o Estado busca assegurar a qualidade e a eficácia das contratações públicas, contribuindo para o alcance dos objetivos públicos de forma mais eficiente e transparente. Dentro desta perspectiva, ao se realizar a cessão para um terceiro que possua as mesmas características objetivas, estariam satisfeitas as exigências da licitação.

Portanto, a substituição dos critérios subjetivos por critérios objetivos nos processos licitatórios e contratuais representa não apenas uma mudança na forma como o Estado avalia e seleciona seus contratados, mas também uma transformação na própria cultura administrativa, pautada na eficiência, na imparcialidade e na busca pela melhor execução dos serviços públicos.

As observações apresentadas por Justen Filho (2005, p. 3) lançam luz sobre a controvérsia em torno da alegada característica personalíssima que a Administração Pública atribui aos contratos administrativos. Nesse contexto histórico, qualquer alteração nas partes do

contrato era vista como uma quebra no princípio fundamental da relação contratual, uma vez que a licitação não desempenhava um papel central.

No entanto, Justen Filho argumenta que, com a introdução da licitação como um requisito obrigatório nos contratos administrativos, a característica personalíssima desses contratos deixa de existir. Em vez disso, a ênfase passa a ser na busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Dentro desta perspectiva, uma vez realizada a licitação para escolha da proposta mais vantajosa, as características subjetivas de quem irá executar se tornam irrelevantes, pois o objetivo da licitação não é escolher o vencedor, e sim a proposta vencedora (Justen Filho, 2005, p. 3).

Nesse contexto, Justen Filho (2005, p. 4) enfatiza que a alegação de uma natureza personalíssima dos contratos administrativos entraria em conflito com a própria Constituição Federal. A Constituição delinea os princípios e diretrizes que regem a Administração Pública, enfatizando a necessidade de selecionar a proposta mais vantajosa nos processos de licitação. Conforme o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Ela não deixa espaço para aspectos subjetivos da vontade do gestor público, uma vez que a gestão pública deve ser pautada pela legalidade, impessoalidade e eficiência.

Portanto, a argumentação de Justen Filho (2005, p. 4) destaca a importância de alinhar a prática administrativa com os princípios constitucionais, promovendo a transparência e a igualdade de oportunidades para os potenciais contratantes, em detrimento de uma visão personalíssima dos contratos administrativos, que não se coaduna com o atual contexto legal e institucional. Essa abordagem visa assegurar que a Administração Pública opere de maneira eficaz e em conformidade com os padrões de governança e *Accountability* (Oliveira, 2022, p. 149).

Rafael Vêras de Freitas, rotula a problemática como “o mito da natureza personalíssima dos contratos administrativos, uma vez que desde o Decreto-Lei nº 2.300/86 que precede a Lei nº 8.666/93 em que se consolidou o entendimento doutrinário em que o contrato administrativo é todo contrato em que a Administração Pública é parte e, portanto, se “submete a um regime

jurídico exorbitante¹² ao Direito Privado (não extensível ao contrato privado)” (Freitas, 2016, p. 76). Dentro dessa vertente, não seria aplicável o direito civil nos contratos com a Administração Pública. O autor aponta ainda que a referida posição advém da doutrina francesa do início do século XX, mais especificamente do pensamento da Escola de Bordeaux, liderada por Gaston Jèze (1948, p. 6).

Na Escola de Bordeaux, desenvolvida por juristas como Duguit e Hauriou, defendia-se a ideia de que os contratos administrativos deveriam ser regidos por um regime jurídico especial, caracterizado por três elementos distintivos: *i*) a titularidade das atividades pelo Estado; *ii*) a execução dos objetos mediante uma outorga específica do poder público; e *iii*) a sujeição de todas as relações em que o Estado seja parte a um regime jurídico único, inteiramente regulado.

Nesse contexto, conforme salientado por Freitas, uma das principais características desse regime jurídico único, consolidada na doutrina, consiste na ideia de que os contratos administrativos possuem um caráter *intuitu personae*. Ou seja, são celebrados tendo em vista as qualidades pessoais e subjetivas do contratado, em vez de apenas considerar a natureza do objeto contratual.

Essa abordagem reflete a preocupação da Escola de Bordeaux em assegurar que os contratos administrativos sejam celebrados com entidades ou pessoas que demonstrem capacidade técnica, idoneidade moral e capacidade financeira para executar as obrigações contratuais de forma satisfatória. Assim, o caráter *intuitu personae* visava garantir que a Administração Pública poderia contar com parceiros confiáveis e competentes para a realização de suas atividades e projetos.

Portanto, na referida escola, a noção de caráter *intuitu personae* nos contratos administrativos destaca a importância da seleção criteriosa dos contratados, levando em consideração não apenas aspectos objetivos, como preço e qualidade, mas também as características pessoais e subjetivas dos potenciais parceiros, em consonância com os princípios da eficiência, legalidade e interesse público que regem a atuação da Administração Pública.

Interessante trazer à luz que mesmo na vigência da Lei nº 8.666/93, nas palavras de Sundfeld, se não houvesse proibição expressa em relação aos pontos abordados no artigo 78,

¹² No Brasil, o artigo 58 da Lei nº 8.666/93 elencava as cláusulas exorbitantes a disposição da Administração, que de acordo com Amorim, poderiam ser invocadas em função do interesse público: *i*) modificação unilateral, *ii*) rescisão unilateral, *iii*) fiscalização, *iv*) sanções ao contratado; e *v*) ocupação provisória (Amorim, 2020, p. 235).

inciso VI, os mesmos estariam admitidos (Sundfeld; Câmara, 2021, p. 58). No mesmo sentido, Justen Filho ensina que o silêncio do edital e do contrato não impediria os negócios privados e os arranjos societários (Justen Filho, 2023, p. 1412).

Nesse sentido, vale mencionar que a transformação, incorporação¹³, fusão¹⁴ e a cisão¹⁵, descritas no Capítulo X do Código Civil de 2002, são instrumentos essenciais para a dinâmica empresarial, permitindo que as empresas reestruturem suas operações, fortaleçam sua posição no mercado, alcancem economias de escala, diversifiquem seus negócios e explorem novas oportunidades de crescimento. Essas operações são frequentemente motivadas pela busca por eficiência, sinergias operacionais, aumento da competitividade e maximização do valor para os acionistas.

No entanto, a rigidez das normas relacionadas à cessão e subcontratação nos contratos administrativos pode representar um obstáculo significativo para as empresas envolvidas em processos de reorganização societária que possuem contratos com a Administração Pública. A impossibilidade de transferir total ou parcialmente a posição contratual para terceiros pode limitar a capacidade das empresas de reestruturarem suas operações de acordo com suas necessidades comerciais e estratégicas.

Um exemplo notável de adaptação para atender às necessidades comerciais e estratégicas é a Toyota, reconhecida como uma das principais indústrias automobilísticas do mundo. Na obra intitulada "O Modelo Toyota", encontramos uma afirmação de Liker (2005) que destaca a importância da flexibilidade para a sobrevivência e crescimento das empresas. Vejamos:

Quando a Toyota começou a fabricar carros, não tinha nem o equipamento nem o capital para produzir toda a gama de componentes que integram um automóvel. Uma das principais incumbências de Eiji Toyota como novo engenheiro foi identificar fornecedores de peças de alta qualidade com quem a Toyota pudesse trabalhar. (Liker, 2005, p. 202).

Essa restrição pode criar um impasse para as empresas que buscam se adaptar ao ambiente de livre concorrência e aproveitar as oportunidades de crescimento oferecidas pelas

¹³ “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (Lei nº 6.404/1976).

¹⁴ “Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações” (Lei nº 6.404/1976).

¹⁵ “Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão” (Lei nº 6.404/1976).

reorganizações empresariais. Além disso, pode gerar insegurança jurídica e dificultar a realização de transações comerciais, prejudicando a eficiência e a competitividade do mercado.

O direito francês contemporâneo, estruturado no Código dos Contratos Públicos (artigo R 2194-6)¹⁶, estabelece disposições específicas que regem a modificação de contratos públicos, especialmente em situações que envolvem a transferência da titularidade do contrato. O contrato pode ser modificado quando um novo titular substituir o titular inicial do contrato, em um dos seguintes casos: (1) em aplicação de cláusula de revisão ou opção, de acordo com o disposto no artigo R. 2194-1; (2) no caso de transferência de mercado, resultante de uma operação de reestruturação do titular inicial, desde que essa transferência não conduza a outras modificações substanciais e não seja efetuada com o objetivo de eliminar o mercado das obrigações publicitárias e de licitação competitiva. O novo titular deve cumprir as condições estabelecidas pelo comprador para participação no procedimento de contratação inicial (Richer; Lichère, 2021, p. 528).

Este aspecto é particularmente relevante em contextos nos quais ocorre uma reestruturação do titular inicial, resultando na necessidade de transferir as obrigações e responsabilidades contratuais para um novo titular, conhecido como cessionário. A transferência da titularidade de um contrato público pode surgir em decorrência de uma reorganização empresarial (Blanquet, 2022, p. 149). Em tais situações, é fundamental que o novo titular assumam integralmente as obrigações e condições estipuladas no contrato original. Isso é essencial para garantir a continuidade e a execução adequada do contrato, além de preservar os interesses das partes envolvidas, sejam elas a Administração Pública contratante ou o contratado.

A doutrina jurídica francesa, conforme exposto por autores como Hélène Hoepffner, Jean-David Dreyfus, Rozen Noguellou e Willy Zimmer, reconhece a importância de permitir a transferência da titularidade do contrato, desde que sejam observadas determinadas condições. Uma dessas condições é a obrigação do cessionário de aceitar todas as cláusulas e condições do contrato original, sem a possibilidade de renegociação unilateral. Essa exigência visa assegurar a estabilidade e a segurança jurídica das relações contratuais, evitando potenciais

¹⁶ Artigo R 2194-6 (*Code des marchés publics*, 2006).

conflitos e litígios decorrentes de interpretações divergentes ou disputas sobre os termos do contrato (*Ibid.*, p. 149).¹⁷

Além disso, a jurisprudência francesa tem se mostrado favorável à aplicação desses princípios, reconhecendo a necessidade de adaptar as relações contratuais às mudanças nas circunstâncias e no ambiente empresarial. A transferência da titularidade do contrato é vista como uma medida razoável e eficaz para garantir a continuidade dos serviços públicos e a efetivação dos objetivos contratuais, desde que seja realizada de forma transparente e em conformidade com os preceitos legais. No contexto brasileiro, essa evolução do modelo francês tem sido observada nas decisões do STF, tais como: ADI 2496/DF, ADI 5624/DF, ADI 4829/DF, ADI 5942/DF e ADI 5991/DF. Nessas decisões, o STF reconheceu a possibilidade de transferência da titularidade de contratos públicos, desde que sejam observadas as condições estabelecidas pela legislação e pelos princípios contratuais.

Essa recepção da jurisprudência francesa reflete uma tendência global de adaptação do direito contratual às demandas da economia moderna e das relações empresariais, promovendo a flexibilidade e a eficiência na gestão dos contratos públicos. Com efeito, na doutrina francesa, não se observa uma distinção fundamental entre contratos públicos e privados, a transferência da titularidade do contrato, que ocorre independentemente do tipo de ente envolvido, mesmo na cessão ou subcontratação, conceitos que não são tradicionalmente reconhecidos no setor público francês (Blanquet, 2022, p. 169).

Ao assinar um contrato, independentemente da natureza do ente contratante, este é regido pelas normas do código civil francês, e não puramente orientado pelo Direito Administrativo. Enquanto o Direito Administrativo tende a utilizar cláusulas exorbitantes para conferir certos privilégios à Administração Pública, como prerrogativas de modificação unilateral, rescisão unilateral e outras medidas destinadas a proteger o interesse público, o código civil fornece o arcabouço legal geral para a formação e execução dos contratos. Isso fica bem delimitado nas palavras de Coelho:

O ordenamento jurídico francês distingue as relações contratuais estabelecidas pela Administração em contratos da Administração e contratos administrativos. Nos contratos da Administração, aplicam-se as normas de direito privado. Os instrumentos celebrados são idênticos aos dos particulares e regulam-se pelo Código Civil.

O recurso da Administração ao contrato privado é muito frequente e aplica-se nos casos de serviços industriais e comerciais, tais como, compra e venda, arrendamento,

¹⁷ Citados por Blanquet, 2022, p. 149: “CJCE, 19/06/2008, n° C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH: RFDA 2011. 98, note Hélène Hoepffner; AJDA 2008. 2008, comm. Jean-David Dreyfus; Dr. Adm. 2008.38, note Rozen Noguellou; CMP 2008. 22, note Willy Zimmer.”

seguro etc. É característico do processo de gestão privada dos serviços públicos. O contencioso é de competência judiciária.

Nos contratos administrativos, a Administração pratica atos de natureza contratual submetidos a regras diferentes daquelas que regem os contratos privados e que dependem, quanto ao contencioso, da jurisdição administrativa.

Essas regras podem ser descritas em razão dos seguintes elementos: existência de cláusulas exorbitantes do direito comum, natureza do objeto contratual e adoção das características do regime jurídico administrativo.

Outro dado importante desses contratos é o comparecimento de uma pessoa pública como uma das partes que figuram no instrumento.

Sem embargo, não se pode afirmar que os contratos celebrados entre uma pessoa pública e o particular sejam necessariamente contratos administrativos” (Coelho D.M, 2002, p. 235).

Dessa forma, uma vez celebrado o contrato, as partes envolvidas estão sujeitas às disposições do código civil, que estabelecem os direitos e deveres das partes contratantes, bem como os mecanismos para sua modificação e execução. Isso implica que, em caso de transferência da titularidade do contrato, o cessionário assume todas as obrigações e responsabilidades do cedente, em conformidade com as disposições contratuais e legais aplicáveis, incluindo a aceitação da parte cedida.

Portanto, diante desses princípios constitucionais e do contexto da economia moderna, é fundamental que a Administração Pública adote uma postura que respeite a liberdade de reorganização das empresas e que promova a eficiência e a competitividade no mercado, sem impor restrições indevidas ou desproporcionais à liberdade de contratação e de atuação das empresas. Essa abordagem contribui para o fortalecimento do ambiente de negócios e para o desenvolvimento econômico sustentável do país.

Essa premissa já era encontrada mesmo na Lei 8.666/93, revogada pela Lei 14.133/21, na qual, em seu artigo 54, determinava a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições do direito privado como forma de delimitar os direitos e obrigações na execução da proposta vencedora. Vejamos:

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 (Lei nº 8.666/93).

O artigo 54 foi revogado pelo artigo 89 da Lei 14.133/21, que recepcionou o caput praticamente com o mesmo texto. O que chama atenção é a substituição do termo “contratos administrativos” por apenas "contratos", demonstrando assim a tendência do direito comparado:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (Lei nº 14.133/21).

Neste sentido, mesmo diante da liberdade para efetivar a cessão da posição contratual, deve-se resguardar o consentimento por parte do cedido para garantir a segurança e a estabilidade das relações contratuais. Ela visa proteger os interesses envolvidos, assegurando que qualquer transferência de posição contratual seja feita de maneira transparente e responsável, sem comprometer a execução adequada do contrato ou prejudicar os direitos e obrigações das partes.

Ao requerer o consentimento da outra parte, o ordenamento jurídico busca equilibrar a liberdade contratual com a necessidade de preservar a integridade e a eficácia dos contratos administrativos. Isso implica que a possibilidade de cessão não seja exercida de forma unilateral ou arbitrária, mas sim mediante uma negociação justa e razoável entre as partes envolvidas, com o objetivo de garantir a continuidade e a efetividade do contrato.

Portanto, a exigência de concordância da outra parte contratante é um mecanismo importante para proteger os interesses das partes envolvidas e para assegurar que a cessão da posição contratual seja realizada de maneira compatível com os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e do interesse público. Essa abordagem contribui para fortalecer a confiança nas relações contratuais e para promover uma gestão eficiente e responsável dos recursos públicos.

Art. 605. Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste (Lei nº 10.406/02).

Com essa análise, torna-se defensável que a questão da cessão da posição contratual não é tão restritiva quanto sugere a corrente majoritária da doutrina brasileira, que atribui um caráter personalíssimo aos contratos administrativos. De fato, ao examinarmos mais profundamente o arcabouço legal, percebemos que mesmo no diploma anterior, a Lei nº 8.666/93, já existiam possibilidades para a cessão contratual.

A Lei nº 8.666/93, embora frequentemente interpretada de maneira rígida, previa em seu texto a cessão da posição contratual em determinadas circunstâncias. Apesar de não ser explicitamente mencionada em seus dispositivos, a lei abria espaço para essa prática ao permitir a inclusão de cláusulas específicas nos editais e contratos, desde que devidamente autorizadas pela Administração Pública.

Descrevo um exemplo no § 10 do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.:

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

Pode-se observar também outro exemplo no inciso VI do artigo 78 da Lei nº 8.666/93.:

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;

No primeiro exemplo, citado acima, observa-se a possibilidade de substituição dos profissionais indicados durante o certame licitatório, desde que os substitutos possuam experiência equivalente ou superior à dos profissionais substituídos. No segundo exemplo, a parte final do inciso VI do artigo 78 da Lei nº 8.666/93 permite a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, desde que essas possibilidades sejam admitidas no edital. Dessa forma, comprova-se que a legislação anterior à Lei nº 14.133/21 já contemplava a possibilidade de cessão.

Portanto, ao examinarmos de forma mais ampla e aprofundada o contexto jurídico brasileiro, constatamos que a cessão da posição contratual já encontrava respaldo legal mesmo antes da promulgação de legislações mais recentes, o que demonstra a necessidade de uma interpretação mais flexível e contextualizada das normas jurídicas, em consonância com os princípios constitucionais e as demandas da sociedade contemporânea.

1.3 Inconsistência teórica da vedação à cessão de contratos administrativos a terceiros

As vedações normalmente apresentadas pelos doutrinadores já citados têm se mostrado inconsistentes quando se realiza uma análise mais aprofundada da evolução dos textos normativos e da jurisprudência do STF, como pode-se notar nas exposições abaixo.

1.3.1 Desqualificação das características subjetivas da pessoa jurídica para a prestação do objeto dos contratos administrativos

Neste ponto, pretende-se discutir se o conceito de caráter personalíssimo se aplicaria à pessoa jurídica. Na grande maioria dos casos, a legislação parece preceituar sua aplicação de modo mais adequado à pessoa física, hipótese em que, a pessoa do contratado seria fundamental, senão indissociável, à execução do contrato.

Pode-se perceber nas palavras de Marques Neto e Loureiro (2016, p. 3), que a caracterização do termo *intuitu personae* está vinculada a situações em que as características pessoais do contratado são essenciais e até mesmo indissociável da pessoa do contratado. Vejamos:

“Por outro lado, há contratos, ditos personalíssimos ou *intuitu personae*, nos quais a obrigação pactuada – usualmente infungível – reclama características pessoais das partes contratantes para a sua consecução.” Nessa espécie contratual, a pessoa do contratado passa a ser fundamental, senão indissociável, à execução do contrato. Contrata-se por se querer que determinada pessoa, e somente ela, execute a obrigação por se entender ser a única, ou, quando menos, a melhor escolha para desempenhar a tarefa. Vai daí que a figura de um dos contratantes passa a ser um elemento intrínseco ao contrato, portanto causa da própria contratação. (Marques Neto; Loureiro, 2016, p. 3).

No caso das pessoas jurídicas, contudo, exceto quando demonstrada motivadamente a necessidade de determinado conhecimento técnico ou experiência específica que só uma empresa particular possua, o caráter personalíssimo não parece aplicável à relação contratual. Isso porque, em geral, espera-se das pessoas jurídicas a capacidade de mobilizar recursos e competências diversas, independentemente de quem especificamente as execute. Portanto, a igualdade de condições para a participação no processo licitatório deve prevalecer, garantindo que a competição se baseie na qualidade e eficiência das propostas, e não em características pessoais ou específicas dos concorrentes.

Ainda segundo Marques Neto e Loureiro (2016, p. 4), A alteração do polo passivo dos contratos administrativos, ou seja, a substituição do contratado, é frequentemente contestada com base no princípio da isonomia. Alega-se que, após a realização de licitação e a assinatura do contrato com o vencedor, não seria possível substituir o contratado devido ao caráter *intuitu personae* do contrato administrativo. Essa visão, no entanto, é equivocada. A realização de licitação, que envolve competição entre diversos interessados, demonstra que o contrato não é personalíssimo, pois qualquer licitante habilitado pode executar o contrato, sendo a proposta comercial o critério determinante.

A natureza *intuitu personae* tende a se manifestar na ausência de licitação, como nas hipóteses de inexigibilidade previstas no art. 25 da Lei 8.666/93, onde a escolha do contratado recai sobre suas características pessoais específicas. Portanto, a licitação e o respeito ao seu

resultado não tornam o contrato administrativo *intuitu personae*. As restrições à mutabilidade do polo passivo contratual visam a isonomia e não atribuem um caráter personalíssimo ao contrato. A isonomia, conforme o art. 37, XXI, da Constituição, se manifesta na oferta de condições equânimes de participação no processo licitatório, e não na atribuição de direitos personalíssimos na contratação.

Nas palavras dos autores:

“E é justamente isso o que ocorre na inexigibilidade de licitação, que se origina na especificidade do escopo pretendido pela Administração, cujas características infungíveis atraem a contratação de um particular específico. Exatamente porque o objeto a ser contratado não admite uma competição, vinculando-se de pronto a um determinado particular, é que se admite exceção à regra geral do art. 37, XXI, da CF/1988, a forcejar a realização de licitação prévia à contratação administrativa.” (Marques Neto; Loureiro, 2016, p. 4).

Os autores argumentam que, na licitação, o princípio da isonomia não se concretiza através do suposto caráter personalíssimo do contrato administrativo. Em vez disso, o postulado constitucional se manifesta por meio de condições equânimes de participação no processo licitatório, assegurando que a melhor oferta será bem-sucedida.

Mesmo porque, em alguns casos, como por exemplo ocorre nos contratos de fornecimento de certas mercadorias, as características subjetivas da empresa, ou a pessoa do contratado que fará a entrega (execução do contrato), são irrelevantes, desde que tenha condições de fornecer os produtos contratados nas condições estipuladas contratualmente (Gomes, 1979, p. 96).

Para além dos pontos abordados, a natureza personalíssima do contrato administrativo se manifesta justamente na situação em que inexistente a exigência de licitação prévia. Quando as características do contratado são essenciais ao cumprimento do contrato, tal situação é causa legal de inexigibilidade de licitação (Marques Neto; Loureiro, 2016, p. 4), conforme hipóteses descritas no artigo 75 da Lei nº 14.133/21, que estabelece as possibilidades de licitação dispensável.

O próprio dispositivo atribui características distintas a pessoas jurídicas que possuem atributos passíveis de dispensa de licitação, como nos seguintes casos elencados na norma legal: *i*) bens e componentes em período de garantia que são fornecidos por fornecedor exclusivo; *ii*) transferência de tecnologia protegida com origem de instituição científica; *iii*) fornecedores de bens e serviços de alta tecnologia ligados à defesa nacional; *iv*) fornecedores das Forças Armadas quando for necessária a padronização dos materiais, entre outros. Enfim, esses

exemplos demonstram que, no que se refere à pessoa jurídica, a própria legislação atribui características únicas que podem ser consideradas como personalíssimas: a exclusividade do fornecedor, propriedade intelectual e padronização com vistas à proteção da segurança nacional. Mais uma vez, se afirma o argumento de Neto e Loureiro, que justamente essas características propiciam a dispensa licitatória (Carvalho, 2023, p. 353).

Álvaro Vilaça Azevedo (2008) define as obrigações de fazer como aquelas em que o devedor se compromete a prestar uma atividade lícita e vantajosa ao credor. Essas obrigações podem ser de caráter imaterial, como na contratação de professores, escritores ou artistas, ou de caráter material, como no caso de um pedreiro construindo um muro. O caráter personalíssimo da obrigação pode ser devido ao interesse do credor de que apenas o devedor execute a tarefa, configurando infungibilidade consensual, ou pela especialidade única do devedor. O artigo 247 do Código Civil estabelece que o devedor que se recusar a prestar a obrigação a ele somente imputada deve indenizar por perdas e danos (Azevedo, 2008, p. 47).

Por outro lado, as obrigações de fazer fungíveis são aquelas onde a prestação não possui caráter personalíssimo, permitindo que outra pessoa possa substituir o devedor na execução da obrigação. A ausência do *intuitu personae* desfaz a ligação personalíssima do devedor com a prestação, permitindo que um terceiro possa desempenhar o encargo, satisfazendo o interesse do credor e atendendo à sua função social (Oliveira, 2016, p. 26).

Dentro dessa perspectiva o conceito formulado por Stigler (1952, p. 2, tradução própria), pode esclarecer o argumento citado acima: “A economia é o estudo do funcionamento das organizações económicas, e as organizações económicas são arranjos sociais (e raramente individuais) para lidar com a produção e distribuição de bens e serviços económicos.”¹⁸ Cabendo então a empresa agrupar recursos naturais e financeiros para a geração de bens e serviços (Pimenta, 2006, p. 5).

Justamente por ser caracterizada como um arranjo social, a pessoa jurídica pode se transformar de acordo com as necessidades do mercado. Ela também pode se adaptar econômica e tecnicamente para atender às exigências de um contrato que venha a assumir. Dessa forma, não é uma entidade pessoal, mas sim social. Assim, o argumento de que a cessão da posição

¹⁸ No original: “*Economics is the study of the operation of economics organizations, and economic organizations are social (and rarely individual) arrangements to deal with the production and distributions of economic goods and services.* Tradução do Autor.

contratual dos contratos com a Administração Pública fere o princípio da licitação prévia e da natureza personalíssima do contrato administrativo fica cada vez mais fragilizado.

A análise do artigo 75¹⁹ da Lei nº 14.133/21 evidencia que a legislação reconhece a existência de características específicas em determinadas pessoas jurídicas que justificam a dispensa de licitação. Isso demonstra que o caráter *intuitu personae* do contrato administrativo não é uma regra absoluta, mas uma exceção aplicável em circunstâncias específicas e devidamente justificadas. A personalização, nesse contexto, está relacionada à natureza única dos bens ou serviços oferecidos e à capacidade exclusiva do fornecedor em atender às necessidades da Administração Pública de forma adequada e eficiente.

Portanto, ao reconhecer a possibilidade de cessão da posição contratual em contratos administrativos, estamos alinhando a prática com a própria lógica da legislação vigente, que já admite a flexibilização das regras de licitação em situações em que a personalização se justifica por razões técnicas e de eficiência. Essa abordagem não apenas promove uma maior eficiência na execução dos contratos públicos, mas também contribui para a modernização e dinamização das relações contratuais na Administração Pública.

Ademais, ao permitir a cessão da posição contratual, a continuidade dos serviços e a execução dos contratos se torna mais facilitada e eficiente, mesmo quando o contratado original não pode mais cumprir suas obrigações. O instituto evita interrupções na prestação de serviços essenciais e garante que os contratos sejam executados de maneira eficiente e em conformidade com os objetivos da Administração Pública.

Em resumo, a legislação brasileira já reconhece situações em que a personalização dos contratos administrativos é relevante e justifica a dispensa de licitação. Portanto, a cessão da posição contratual, quando feita de maneira transparente e justificada, não viola os princípios da licitação prévia ou da natureza personalíssima do contrato administrativo, mas, ao contrário, fortalece a capacidade da Administração Pública de cumprir suas obrigações de maneira eficiente e responsiva às necessidades da sociedade.

¹⁹ Consoante a redação do dispositivo: “Artigo 75. É dispensável a licitação: ... XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;” Lei nº 14.133/21.

1.3.2 Inexigibilidade e dispensa da licitação como casos de afastamento do caráter intuitu personae do contrato administrativo

Conforme o artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil, é obrigatório que todo contrato administrativo seja precedido por um processo de licitação²⁰. Porém, a própria norma constitucional delega a disciplina da matéria à legislação ordinária, ao utilizar a expressão “na forma da lei”. Nesse sentido, os artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/21, que estabelecem um rol de situações em que o processo licitatório é inexigível ou dispensado, demonstrando assim que o ordenamento jurídico brasileiro não possui a licitação como um fim em si mesma, mas sim como um importante instrumento para alcançar os objetivos estabelecidos no artigo 37 da CRFB para a Administração Pública.

Transcrevo o caput dos artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/21 mencionados acima:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: [...]

Art. 75. É dispensável a licitação: [...]

Como se verifica, o artigo 74 positiva os casos nos quais a Administração Pública brasileira pode celebrar contratos sem realizar licitação, utilizando o conceito de inexigibilidade, pois os casos elencados neste artigo derivam da inviabilidade de competição por não haver viabilidade para tal (Justen Filho, 2023, p. 996). O inciso I do citado artigo trata justamente dos casos em que o produto ou serviço são obtidos apenas por fornecedores exclusivos, trata-se de circunstância fática relevante pois, com a evolução tecnológica atual e com a proteção jurídica à propriedade intelectual cada vez mais forte, existem uma série de produtos e serviços cuja oferta não está sujeita à concorrência.

Adicionalmente, outra hipótese de contratação que concretiza o mesmo postulado de inviabilidade da concorrência consiste na contratação dos artistas que se destacam e são reconhecidos pela crítica especializada ou pela opinião pública. Essa consagração torna a competição inviável, pois cada artista tem um posicionamento único no imaginário popular e não pode ser simplesmente substituído por outro, mesmo que ambos atuem no mesmo segmento artístico (Rocha; Oliveira, 2023, p. 84).

²⁰ Na forma da disposição legal: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (Brasil, 1988).

Os profissionais de serviços técnicos de notória especialização também não podem ser submetidos à competição, pois cada profissional galga notoriedade e nível de autoridade em seu trabalho ao longo da carreira. É o caso do arquiteto Oscar Niemeyer, que se tornou um ícone da arquitetura brasileira, não permitindo ser submetido à concorrência (Grau, 1982, p. 216).

Da mesma forma, a aquisição ou locação de imóveis que estejam localizados em posições singulares também não pode ser submetida à concorrência. Como se extrai do texto normativo (Inciso V do artigo 74, da Lei nº 14.133/21): “V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.”

Com todos esses casos citados de inexigibilidade, fica clara a necessidade e intenção proposital do legislador em flexibilizar a exigência do processo licitatório para dar condições ao Estado de proporcionar o serviço público necessário à sociedade.

Na mesma esteira do artigo 74, o artigo 75 traz um rol de situações em que, embora seja viável a competição, não se justifica a realização do processo licitatório. Nas palavras de Justen Filho (2023, p. 1042), o objetivo da disposição legal é estabelecer uma relação de proporcionalidade e custo-benefício, pois, nesses casos, o custo do controle é maior do que os possíveis prejuízos que poderiam eventualmente ocorrer.

Transcreve-se o pensamento do autor:

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a lei reconhece a incompatibilidade entre a licitação e os valores norteadores da atividade administrativa, sob um prisma de proporcionalidade (Justen Filho, 2023, p. 1042).

A dispensa de licitação para a contratação de serviços que envolvam valores abaixo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e compras com valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) demonstra a intenção dos legisladores em evitar que os cofres públicos sejam onerados por controles que superem em custos o bem protegido. Essa abordagem invoca o critério de custo-benefício, assegurando que os recursos públicos sejam utilizados de forma eficiente e racional. Sendo em tais casos aplicado o princípio da proporcionalidade, com respaldo legal, para legitimidade dos atos da Administração Pública (Binenbojm, 2005, p. 20).

Além dessas situações de valores reduzidos, o artigo 75 abrange outras hipóteses em que a licitação é dispensada. Essas hipóteses são fundamentadas no princípio da proporcionalidade, que busca garantir a racionalidade do gasto público e a eficiência na

Administração. Por exemplo, em casos de emergência ou calamidade pública, onde a celeridade é crucial, a dispensa de licitação permite uma resposta rápida e eficaz, atendendo às necessidades imediatas da sociedade.

Ainda de acordo com Binenbojm (2005, p. 21), existem situações que exigirão do administrador público larga margem de discricionariedade:

Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores, e aspirações sociais expressos no documento constitucional. Considerando-se que, na lógica da separação de poderes, compete precipuamente à Administração Pública implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas as quais lhe demandam a tomada de decisões invidias, não raro, de larga margem de discricionariedade. (Binenbojm, 2005, p. 21)

Outros exemplos incluem a contratação de entidades que já tenham sido credenciadas ou qualificadas em programas de parceria público-privada, situações em que a continuidade do serviço público é essencial, e a necessidade de manutenção de determinados contratos para evitar a interrupção de serviços essenciais. O princípio da proporcionalidade, ao ser aplicado nesses contextos, assegura que a Administração Pública possa agir de maneira eficiente sem comprometer a transparência e a moralidade. O legislador, ao positivizar esses casos, busca equilibrar a necessidade de controle e fiscalização com a flexibilidade necessária para uma gestão pública eficaz.

Em todos os casos como descrito, é essencial que os gestores públicos observem os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme estabelecido no caput do artigo 37 da CRFB. Esses princípios devem orientar todas as decisões administrativas, garantindo que a dispensa de licitação não comprometa a integridade e a legitimidade dos processos de contratação pública.

Tanto a inexigibilidade quanto a dispensa de licitação são mecanismos jurídicos que visam adaptar à realidade administrativa às necessidades práticas e urgentes da Administração Pública. Ao permitir essas flexibilizações, o ordenamento jurídico brasileiro busca assegurar que os serviços públicos sejam prestados de maneira contínua, eficiente e dentro dos parâmetros legais estabelecidos. Não se pode também deixar de notar que a Lei nº 14.133/21 ampliou o rol de situações em que se dispensa a licitação, nos incisos IV, alíneas "l" (contratos relacionados com rastreamento e obtenção de provas), "m" aquisição de medicamentos destinados a doenças

raras, e XIII (contratação de profissionais para avaliação de critérios de técnica em licitação)”, conforme exposição de Justen Filho (2023, p. 1044).

Por fim, um exemplo claro em instituto correlato que pode ser utilizado por analogia, está previsto no artigo 27 da Lei nº 8.987/95, que trata da caducidade das concessões. Nos termos da disposição legal, a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem a prévia anuência do poder concedente resulta na caducidade da concessão. No entanto, o § 1º do mesmo artigo detalha as condições sob as quais essa anuência pode ser concedida; a disposição exige que o novo controlador demonstre capacidade técnica e idoneidade financeira, além de estar em dia com as obrigações jurídicas e fiscais necessárias para a execução do contrato. Adicionalmente, deve haver um compromisso expresso de aderir a todas as cláusulas do contrato vigente.²¹.

Este mecanismo legal busca garantir que a mudança de controle não comprometa nem a qualidade nem a continuidade do serviço público prestado, mantendo as condições de eficácia estabelecidas no início da concessão. A lei, portanto, evita a necessidade de uma nova licitação para cada mudança de controle, optando por um processo de verificação e aprovação que assegura a manutenção dos padrões e dos compromissos originalmente acordados. Trata-se de uma abordagem pragmática que prioriza a estabilidade e a eficiência na prestação de serviços públicos, integrando salvaguardas que protegem os interesses públicos sem sacrificar a flexibilidade administrativa necessária para adaptar-se a dinâmicas empresariais complexas.

1.3.3 Princípio da liberdade econômica aplicável aos contratos administrativos

O princípio da liberdade é um direito fundamental intrinsecamente conectado à dignidade humana (Alexy, 2024, p. 371). Este princípio reconhece que o ser humano é inerentemente livre, porém também sujeito aos limites impostos pela lei, visando à construção de uma sociedade harmoniosa na qual ele possa exercer sua liberdade sem a intervenção

²¹ Essa, a redação da norma legal: “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

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

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

excessiva do Estado. O autor descreve no desenvolvimento desse argumento o artigo 4º, 1, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos (Alexy, 2024, p. 371).

A liberdade, enquanto direito fundamental, representa um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática e justa. Ela garante aos indivíduos autonomia e autodeterminação, permitindo-lhes tomar decisões e agir de acordo com seus próprios valores e interesses, desde que dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei.

No entanto, é importante ressaltar que a liberdade não é absoluta e encontra seus limites na necessidade de preservar os direitos e interesses de terceiros, bem como na promoção do bem comum. Assim, embora os indivíduos sejam livres para exercerem seus direitos e liberdades, devem fazê-lo de maneira responsável e respeitando os direitos e liberdades dos outros membros da sociedade. Conforme mencionado pelo ministro do STF Luiz Fux: "O Tribunal Constitucional Federal alemão, compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade" (BVerfGE 45, 187 - Min. Luiz Fux - RE 958.252/MG, p. 35).

Nesse sentido, a intervenção do Estado se faz necessária para estabelecer e garantir esses limites, assegurando que a liberdade de cada um não prejudique a liberdade e os direitos dos demais. Contudo, essa intervenção deve ser proporcional e justificada, evitando-se excessos que possam cercear indevidamente a liberdade individual e comprometer os princípios democráticos e o Estado de Direito.

Portanto, o princípio da liberdade, ao mesmo tempo em que consagra a autonomia e a dignidade do ser humano, também reconhece a importância da ordem jurídica e da atuação do Estado na promoção de uma convivência harmoniosa e respeitosa entre os membros da sociedade. No mesmo sentido, o Direito Econômico surge também como uma abordagem essencial para compreender e regular as interações entre o Estado e a dimensão econômica da sociedade (Yeung; Camelo, 2023, p. 30). O termo, cunhado por Hedemann (Hedemann apud Warde Júnior, 2016, p. 37), destaca a importância de o Estado estar atento aos aspectos econômicos para promover o desenvolvimento sustentável.

O Direito Econômico abrange um conjunto de normas, princípios e instituições que visam orientar e regular a atividade econômica de forma a promover o bem-estar social e o desenvolvimento econômico. Isso implica não apenas garantir a livre iniciativa e a liberdade contratual, mas também promover a concorrência justa, prevenir abusos de poder econômico, proteger o meio ambiente e assegurar a distribuição equitativa dos recursos e benefícios econômicos.

Ao reconhecer a importância da dimensão econômica da sociedade, o Direito Econômico busca promover um equilíbrio entre os interesses públicos e privados, garantindo que a atividade econômica seja conduzida de forma sustentável e responsável. Isso inclui a adoção de políticas públicas que incentivem o desenvolvimento econômico e social, a proteção dos direitos dos consumidores, o fomento à inovação e ao empreendedorismo, e a promoção da justiça social. Como bem define Gabardo (2019, p. 102):

A doutrina predominante no período de redemocratização (auge dos ideais do Estado social no Brasil) acabou sendo a de valorização do interesse público, seja como contrapeso aos excessos da Administração Pública (e do foco no ato administrativo como exercício de um poder público), seja como meio jurídico de equilíbrio entre liberdades, direitos individuais e bem comum.

Portanto, o Direito Econômico desempenha um papel fundamental na busca por um desenvolvimento sustentável, ao proporcionar um arcabouço jurídico adequado para orientar e regular as atividades econômicas, contribuindo assim para a construção de uma sociedade mais equitativa, dinâmica e próspera.

Nesse contexto, é essencial que as ações do Estado e da Administração Pública se alinhem com os princípios fundamentais do Estado de Direito, em que, os administradores públicos são compelidos a agir dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (Meirelles, 1998, p. 92), sendo-lhes conferido o dever de respeitar os direitos individuais dos cidadãos e de atuar em conformidade com os preceitos legais vigentes. Conseqüentemente, a soberania do Estado não mais se manifesta de forma arbitrária e ilimitada, mas sim como uma expressão do império da lei, submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.²²

Nesse sentido, a Administração Pública deve pautar sua atuação pelo respeito ao princípio da legalidade, buscando ordenar e proibir o mínimo possível, como salienta Alexy

²² Nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

(2024, p. 177). As intervenções estatais devem ser justificadas, proporcionais e adequadas aos fins pretendidos, evitando excessos e garantindo a preservação dos direitos individuais e coletivos. Esse ponto encontra respaldo na teoria de Ronald Coase, à luz do qual os indivíduos e as empresas são capazes de encontrar “soluções eficientes” sem a intervenção do Estado (Coase, 1937, p. 396)

É importante ressaltar que o princípio da liberdade jurídica não implica em uma ausência completa de regulação estatal, mas sim em uma limitação do poder estatal em prol da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, cabe ao Estado estabelecer normas e regulamentações necessárias para o bom funcionamento da sociedade, mas sempre respeitando os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Diante desse contexto, dever-se-ia adotar uma abordagem interpretativa que levasse em consideração não apenas as disposições específicas sobre a cessão da posição contratual, mas também do princípio da liberdade econômica diante da qual a busca por uma interpretação mais flexível e pragmática das normas poderia facilitar a utilização de arranjos estratégicos e societários, desde que observados os requisitos legais e os princípios basilares da Administração Pública.

Assim, seria necessário promover uma análise criteriosa e contextualizada das normas aplicáveis, visando garantir a eficiência e a economicidade na gestão dos recursos públicos, sem descuidar da legalidade e da transparência nos processos de contratação. A flexibilização controlada das regras poderia contribuir para a promoção de parcerias mais efetivas entre o setor público e o setor privado, possibilitando a realização de projetos e serviços de interesse público de forma mais ágil e eficiente.

De fato, seria crucial considerar que qualquer proibição sem respaldo constitucional ou infralegal à possibilidade de cessão da posição contratual a terceiros pode representar uma violação direta ao princípio da livre iniciativa, tal como expresso nos artigos 1º, IV e 170 da Constituição Federal brasileira.

O artigo 170 da Constituição estabelece as bases do sistema econômico brasileiro, reconhecendo a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica. Esse princípio assegura o direito dos agentes econômicos de empreenderem livremente, sem intervenções excessivas do Estado que possam cercear a liberdade de contratar e realizar atividades econômicas.

Portanto, qualquer restrição à possibilidade de cessão da posição contratual a terceiros deve ser cuidadosamente analisada à luz desse princípio constitucional. Uma proibição injustificada ou desproporcional poderia limitar indevidamente a autonomia dos contratantes e prejudicar a dinâmica do mercado, restringindo a capacidade dos empresários de explorarem oportunidades comerciais e de otimizarem seus recursos de forma eficiente.

Dessa forma, é essencial que quaisquer restrições ou regulamentações relacionadas à cessão de contratos com a Administração Pública sejam pautadas em critérios objetivos e razoáveis, de modo a garantir a preservação do princípio da livre iniciativa e a promoção de um ambiente econômico saudável e competitivo. A harmonização entre a proteção dos interesses públicos e a garantia dos direitos individuais e empresariais é fundamental para o desenvolvimento sustentável e equilibrado da sociedade.

Surge, assim, uma questão interessante: como ponderar a livre iniciativa do particular e o interesse público. Essa ponderação é fundamental para garantir um equilíbrio entre os direitos individuais e as necessidades coletivas. No direito comparado, encontramos uma resposta indicativa nas tendências observadas no direito europeu, que frequentemente adota a matriz alemã (Correia, 2023, p. 6). Segundo essa abordagem, o Estado, após realizar uma seleção baseada em critérios da Administração Pública, celebra contratos de fornecimento e/ou prestação de serviços. A partir desse ponto, as regras contratuais são regidas pelo Código Civil (*ibidem*, p. 7), permitindo a aplicação do princípio da livre iniciativa.

A ciência administrativa tradicional considerava o poder público e o contrato como termos incompatíveis, visto que a combinação dos dois parecia contraditória. Durante muito tempo, doutrinas francesas, alemãs e italianas rejeitaram a ideia de contratos envolvendo o exercício do poder administrativo. No entanto, na segunda metade do século XX, essa visão começou a mudar na Alemanha²³, onde o contrato de direito público passou a ser aceito,

²³ Nesse sentido, nota de rodapé de Correia (2023, p. 222): “A Lei Alemã refere-se recorrentemente ao “contrato de direito público” (*öffentlichrechtlicher Vertrag*) e à definição de uma relação jurídica no âmbito do direito público. No entanto, nem todos os contratos que dizem respeito a uma relação jurídica de direito de público são abrangidos pela Lei do Procedimento Administrativo, ficando de fora do seu âmbito de aplicação outros contratos não administrativos de direito público, como os contratos de natureza internacional e constitucional (sobretudo, entre a Bund e os Länder ou entre os próprios Länder). A terminologia “contratos de direito público” é demasiado ampla, já que, na realidade, a VwVfG aplica-se aos “contratos de Direito Administrativo”. Assim, como refere H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2009, p. 367, “da limitação geral do §1 I da VwVfG (atividade administrativa jurídico-pública das autoridades) e da disciplina constante do §9 da VwVfG (conceito de procedimento administrativo) resulta que somente caem sob essa definição legal os contratos que forem celebrados por uma autoridade administrativa e devam ser associados ao âmbito do Direito Administrativo”. Apesar de a expressão *öffentlichrechtlicher Vertrag* designar literalmente o “contrato de direito público”, com a regulamentação prevista na Parte IV da VwVfG, aquela expressão passou a designar na linguagem jurídica alemã

enfraquecendo a ideia de que o poder público era sagrado e incompatível com contratos. Importantes teóricos como Ernst Forsthoff e Klaus Stern (Forsthoff e Stern, apud, Correia, 2023, p.3)) defenderam essa mudança, que foi reconhecida pela decisão do *Bundesverwaltungsgericht*²⁴ em 1966, validando contratos no exercício de poderes públicos. Esse conceito foi formalizado na Lei Alemã do Procedimento Administrativo de 1976 e se espalhou para alguns países europeus na década de 1990 (Correia, 2023, p. 188).

À luz da evolução do direito europeu, torna-se evidente a distinção entre aquilo que deve ser regido pelo Direito Administrativo e aquilo que deve ser regido pelo direito privado. Como observa Correia (2023, p. 222): “No direito alemão, as aquisições e encomendas públicas são tradicional e pacificamente qualificadas como contratos de direito privado... ainda que sujeitas às regras de contratação pública”. O autor ainda ressalta que esse modelo não foi adotado na França e em Portugal, evidenciando a coexistência de dois modelos distintos no direito europeu.

A escolha pela matriz alemã é particularmente relevante no contexto europeu devido à sua tradição jurídica de balancear os interesses privados e públicos através de uma regulamentação detalhada e transparente. Esse modelo busca promover a eficiência econômica e a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que assegura que os contratos públicos atendam aos padrões de interesse público previamente definidos.

Ademais, essa metodologia proporciona um ambiente mais previsível para os operadores econômicos, pois estabelece claramente os parâmetros dentro dos quais a livre iniciativa pode ser exercida. Isso é especialmente importante em um contexto globalizado, onde as empresas buscam segurança jurídica para seus investimentos. E justamente pelo fato de que o processo de globalização, além de ser irreversível, está conduzindo a uma homogeneização das economias nacionais para uma convergência do modelo anglo-saxão de mercado, cabe ao

os contratos regidos pelo Direito Administrativo, o que levou grande parte da doutrina a empregar a terminologia “*verwaltungsrechtlicher Vertrag*” no lugar de “*öffentlichrechtlicher Vertrag*”. Assim, além de H. Maurer, cfr. V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, 2000, pp. 18-20; e F. Becker, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tübingen, 2005, p. 651. No direito alemão, as aquisições e encomendas públicas são qualificadas tradicional e pacificamente como contratos de direito privado [§ 99 Abs. 1 da Lei da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*)], ainda que sujeitas às regras da contratação pública. Ao contrário do que sucedeu em França e Portugal, na Alemanha não teve lugar a administrativização generalizada dos contratos que a Administração celebra com os particulares, enquanto regime uniforme e autónomo para uma ampla categoria de contratos.

²⁴ Segundo Amorim (2018, p. 74) é o nome dado na língua alemã da última instância do procedimento administrativo: “Na Alemanha, quando o processo foi recebido pelo órgão jurisdicional de última instância administrativa (em alemão, *Bundesverwaltungsgericht*)...”

Estado evoluir seu sistema de poder para que as intervenções estatais sejam eficazes em sua aplicação (Macedo, 2008, p. 93).

Em resumo, a liberdade jurídica, enquanto princípio fundamental, deve ser equilibrada com a necessidade de regulação estatal para garantir a ordem e o bem-estar social. A globalização irreversível e a convergência econômica exigem que o Estado evolua seu sistema de poder para que suas intervenções sejam proporcionais e eficazes. É crucial que as intervenções estatais respeitem os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, evitando excessos que possam comprometer a livre iniciativa e a eficiência econômica.

O ponto fundamental para a existência da liberdade contratual (liberalismo econômico), conforme será detalhado na análise do pensamento de Sousa, reside no respeito à autonomia das partes. Assim, mesmo quando uma das partes do contrato é a Administração Pública, a autonomia e a liberdade contratual devem ser preservadas. A seguir, apresentamos a transcrição do pensamento do autor:

Foi no século XIX que houve a máxima exposição da vontade individual como poder jurígeno, influenciando vários ordenamentos jurídicos, inclusive o ordenamento brasileiro, a exemplo do Código Civil de 1916, que seguiu o modelo francês (Código Napoleônico). Sob a premissa da liberdade e igualdade entre as partes, nasceu o reinado do contratualismo. A primazia da liberdade contratual nasce como expressão fiel da vontade das partes. A vontade surge como fonte do delito, assim como fonte do contrato. Não existia contrato sem o elemento vontade — é aqui que a autonomia das partes garante seu maior apogeu, escorada na máxima do liberalismo (Sousa, 2012, p. 187).

O Direito Econômico desempenha um papel essencial ao proporcionar um arcabouço jurídico que regula as interações entre o Estado e a dimensão econômica da sociedade, promovendo um desenvolvimento sustentável e equilibrado. A proteção da função social dos contratos e a promoção de parcerias eficazes entre os setores público e privado são fundamentais para a realização de projetos e serviços de interesse público.

Por fim, a harmonização entre a proteção dos interesses públicos e a garantia dos direitos individuais e empresariais é vital para o desenvolvimento de uma sociedade justa, dinâmica e próspera. A evolução das intervenções estatais, alinhada a uma abordagem interpretativa flexível e pragmática das normas, pode facilitar a utilização de arranjos estratégicos e societários, respeitando os princípios basilares da Administração Pública e promovendo um ambiente econômico saudável e competitivo.

2. O INSTITUTO DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.133/21

O instituto da cessão da posição contratual, que permite a transferência dos direitos e obrigações de uma parte contratual para outra, é uma figura jurídica relevante no direito contratual. Com a promulgação da Lei nº 14.133/21, o regime jurídico das contratações públicas no Brasil passou por significativas mudanças que afetam diretamente esse instituto. Neste capítulo, pretende-se explorar a cessão da posição contratual à luz das inovações trazidas pela nova lei de licitações, discutindo suas implicações e os desafios na aplicação prática desse instituto.

A cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública exige uma análise detalhada dos institutos correlatos e das novas disposições legais para compreender como essas mudanças impactam a prática contratual e a gestão dos contratos públicos. A Lei nº 14.133/21 introduz uma série de princípios e mecanismos que buscam modernizar e tornar mais eficiente o processo de licitações e contratos administrativos, refletindo uma tendência de flexibilização e aprimoramento dos procedimentos contratuais.

Neste contexto, a cessão da posição contratual é abordada com foco em sua regulamentação, destacando-se a necessidade de maior clareza e a aplicação de normas específicas para garantir que esse instituto seja utilizado de forma eficaz e segura. A nova lei proporciona uma oportunidade para reavaliar e adaptar as práticas contratuais, visando maior transparência, eficiência e segurança jurídica nas contratações públicas.

2.1 Cessão da posição contratual e institutos correlatos

O instituto jurídico conhecido como "cessão de contrato" ou "cessão da posição contratual" é uma figura importante no direito contratual que permite a substituição de uma das partes originais do contrato por outra. Este mecanismo é fundamental para garantir a continuidade e a flexibilidade nas relações contratuais, especialmente em situações em que a parte original não pode ou não deseja continuar com suas obrigações contratuais. A cessão de contrato envolve a transferência de todos os direitos e deveres contratuais do cedente para o

cessionário, com a anuência do cedido, assegurando que a execução do contrato se mantenha conforme os termos acordados inicialmente. Esta seção explora detalhadamente as nuances e implicações legais desse instituto, abordando sua aplicação prática, os requisitos para sua validade e as inovações legislativas e jurisprudenciais que o cercam.

2.1.1 Cessão de contrato ou cessão da posição contratual

O instituto jurídico conhecido como "cessão de contrato", ou "cessão da posição contratual", é uma figura importante no direito contratual que permite a substituição de um dos contratantes originais por outra pessoa, que passa a assumir o papel na relação jurídica como se fosse o contratante original. Esta substituição ocorre antes da prestação contratual ser completamente executada.

Este processo envolve três partes essenciais: o cedente, o cessionário e o cedido. O cedente é o contratante original que deseja transferir sua posição no contrato; o cessionário é a pessoa que aceita assumir a posição contratual do cedente; e o cedido é o outro contratante original, que continua na relação contratual e deve concordar com a substituição para que a cessão seja válida (Nascimento, 2019, p. 23).

Pode-se encontrar nas palavras de Bdine Júnior (2008, p. 39), a mesma definição:

Dessa noção genérica extrai-se que a cessão se realiza com a presença obrigatória de cedente, cessionário e cedido. O primeiro é o contratante originário que transfere sua posição contratual; o segundo, a pessoa que assume essa posição cedida; e o terceiro, o contratante que figurava na relação contratual original e nela permanece.

A compreensão das nuances e das implicações legais dessa prática é crucial, especialmente em vista de como a Lei nº 14.133/21 aborda a cessão da posição contratual. A legislação específica oferece um quadro normativo que regula essa prática dentro do contexto das contratações públicas, buscando garantir transparência e continuidade na execução dos contratos, ao mesmo tempo em que assegura a integridade e a eficácia das relações contratuais envolvendo a Administração Pública.

A regulação da cessão de contratos pela Lei nº 14.133/21 impacta diretamente a maneira como os contratos públicos podem ser negociados e modificados após sua assinatura, oferecendo um mecanismo que pode proporcionar maior flexibilidade e eficiência na gestão contratual. No entanto, também impõe certos limites e condições para garantir que os interesses

públicos sejam protegidos e que as alterações contratuais não comprometam a qualidade ou a entrega dos serviços e bens públicos. Essas considerações são essenciais para entender tanto as oportunidades quanto os desafios que a cessão de posição contratual apresenta no âmbito da legislação de contratação pública brasileira (Bdine Júnior, 2008, p. 40).

Ao abordar a cessão da posição contratual, é crucial diferenciá-la claramente de conceitos como cessão de crédito ou assunção de dívida. Enquanto a cessão de crédito envolve apenas a transferência de direitos financeiros de uma parte para outra, e a assunção de dívida se refere à transferência de obrigações financeiras, a cessão da posição contratual é um conceito muito mais abrangente (Pinto, 2003, p. 284). Vejamos a posição do autor ao tratar da complexidade da cessão da posição contratual:

É, por outra via, perfeitamente concebível que uma parte queira transferir ou fazer assumir todos os créditos e débitos de uma relação duradoura, à mesma pessoa ou a pessoas diversas, e, simultaneamente, queira conservar sua posição da parte, tendo em vista faculdades e situações jurídicas ligadas ao contrato-base. Donde nada resulta contra o corolário atrás deduzido de que a cessão de contrato não é um negócio misto de cessão de crédito e assunção de dívida (*idem*).

Na cessão da posição contratual, o cessionário não apenas assume as obrigações financeiras do cedente, mas também adquire todos os outros elementos patrimoniais associados ao contrato. Isso inclui não apenas direitos e deveres explicitamente financeiros, mas também uma variedade de deveres laterais, secundários ou acessórios, bem como expectativas e ônus que podem afetar significativamente as obrigações totais assumidas.

Estes elementos adicionais podem incluir, por exemplo, responsabilidades relacionadas à manutenção de licenças, cumprimento de normas regulatórias, e outras condições que não necessariamente têm valor financeiro direto, mas que são cruciais para a execução completa e legal do contrato. O cessionário, ao assumir a posição contratual, torna-se responsável perante o cedido não só pelos aspectos financeiros, mas por todos esses elementos complementares, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis.

Portanto, a cessão da posição contratual engloba uma transferência integral e complexa de *status* dentro de um acordo contratual, implicando uma análise cuidadosa e detalhada para garantir que todas as facetas do contrato sejam devidamente compreendidas e aceitas pelo novo contratante. Este entendimento aprofundado é essencial para assegurar que tanto os direitos quanto as obrigações sejam adequadamente transferidos e que o cessionário esteja plenamente preparado para cumprir com o conjunto completo de exigências contratuais.

Dessa forma, configura-se a transferência integral das relações jurídicas ativas e passivas objeto do contrato, acompanhada de todos os seus complementos, tais como direitos potestativos, exceções, ações, expectativas, cláusula compromissória, cláusula de eleição de foro, poder de anulação, rescisão e resolução, sem distinguir os liames ativos e passivos. Lembrando sempre que a cessão poderá ser integral ou parcial (Nascimento, 2019, p. 57).

A cessão parcial de um contrato é um conceito que exige uma compreensão clara para não ser erroneamente interpretado como meramente uma cessão de alguns direitos derivados do contrato. De fato, a cessão parcial implica na transferência de uma parte específica das obrigações e direitos de um contrato complexo, onde o cedente possui múltiplas posições contratuais.

Um exemplo ilustrativo desse ponto ocorre em contratos que abrangem diferentes tipos de prestação, como o fornecimento de serviços e o fornecimento de insumos. Em tais casos, o cedente pode optar por transferir apenas uma das responsabilidades contratuais, por exemplo, somente a parte do contrato relacionada ao fornecimento de insumos, mantendo a responsabilidade sobre a prestação de serviços. Essa divisão permite que diferentes aspectos do mesmo contrato sejam gerenciados por partes diferentes, o que pode ser estrategicamente vantajoso tanto para o cedente quanto para o cessionário.

A cessão parcial, portanto, não se limita à transferência de direitos isolados ou individuais oriundos do contrato, mas envolve a transferência de uma inteira vertente das obrigações e direitos que compõem o contrato. Isso permite uma maior flexibilidade e especialização na gestão das diversas componentes de um contrato complexo, podendo melhorar a eficiência e adequação na execução das diferentes tarefas e responsabilidades contratuais.

Tal instituto foi oficialmente introduzido no mundo jurídico com sua positivação no Código Civil italiano de 1942 (Nascimento, 2019, p. 21). Contudo, a relevância do tema já havia suscitado debates nos tribunais europeus antes de sua codificação. Em alguns países, a jurisprudência abordava a cessão de contrato de maneiras distintas. Na Espanha, por exemplo, é tratado como um "contrato inominado", fundamentado no princípio da autonomia da vontade, conforme disposto no artigo 1.255 do Código Civil. Na França, o reconhecimento ocorre através do princípio da liberdade contratual e, desde 1982, o instituto tem sido objeto de discussões mais aprofundadas (Nascimento, 2019, p. 22; 41).

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual para regular o mercado. As partes possuem liberdade ampla para celebrar contratos entre vendedores e compradores, patrões e empregados, locadores e inquilinos, entre outros. A liberdade contratual é um valor constitucional cuja limitação só pode ser socialmente justificada pela proteção a direito fundamental de outrem. Essa liberdade contratual permite que os envolvidos ajustem livremente suas obrigações e direitos, desde que a liberdade de um não interfira nos direitos de outrem e que sejam respeitados os limites legais e os princípios da ordem pública e dos bons costumes (Bdine Júnior, 2008, p. 15).

De toda maneira, a evolução social dos direitos fundamentais tende a privilegiar a solidariedade social em relação aos direitos individuais, promovendo um equilíbrio entre a liberdade contratual e a proteção dos direitos fundamentais. Assim, o ordenamento jurídico busca garantir que a autonomia das partes não resulte em desigualdades ou injustiças, refletindo uma visão mais inclusiva e solidária das relações contratuais (Bdine Júnior, 2008, p. 12; 15).

Bdine Júnior (2008, p. 39) defende também que, mesmo que o Código Civil brasileiro não tenha positivado explicitamente a possibilidade da cessão da posição contratual, o instituto encontra guarida no artigo 425, que consagra a licitude da celebração dos contratos atípicos. Este artigo permite a criação de contratos que não estão expressamente previstos na legislação, desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

Assim, a cessão da posição contratual pode ser considerada válida no Brasil com base nesse dispositivo, assegurando a flexibilidade e adaptabilidade das relações contratuais, no mesmo sentido do contrato inominado do direito espanhol. Tal como na Espanha, onde a autonomia da vontade das partes permite a formação de contratos atípicos, o direito brasileiro reconhece e valida acordos que atendam às necessidades específicas das partes envolvidas, mesmo que não estejam explicitamente previstos no Código Civil.

Neste sentido, pode-se questionar que, no caso de contratações com a Administração Pública, a autonomia privada da liberdade contratual não se aplica plenamente. É justamente diante desse argumento que José de Oliveira Ascensão (2002, p. 77), doutrinador português, faz uma distinção entre autonomia privada e autodeterminação. Ele argumenta que o direito subjetivo está ligado à autodeterminação. Quando o cedente decide transferir sua posição contratual, ele está exercendo sua autodeterminação e não simplesmente sua autonomia privada. Ascensão (2002) afirma que a autodeterminação se aplica mesmo na esfera pública. Desse modo, embora as contratações com a Administração Pública estejam sujeitas a regras

específicas e à preponderância do interesse público, o direito do cedente de transferir sua posição contratual deve ser respeitado como uma expressão de sua autodeterminação, desde que não haja prejuízo ao interesse público ou violação de normas legais (Ascensão, 2002, p. 77, *apud*, Bdine Júnior, 2008, p. 11).

A partir do exemplo italiano, que disciplinou o instituto no Livro das Obrigações, no Título de Contratos em Geral, nos artigos 1406 a 1410, em Portugal o instituto foi positivado 24 anos depois, no Código Civil de 1966, nos artigos 424 a 427. Como segue na descrição dos dispositivos:

Subsecção IV - Cessão da posição contratual

Artigo 424.º

1. No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão.

2. Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento.

Artigo 425.º

A forma da transmissão, a capacidade de dispor e de receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que serve de base à cessão.

Artigo 426.º

1. O cedente garante ao cessionário, no momento da cessão, a existência da posição contratual transmitida, nos termos aplicáveis ao negócio, gratuito ou oneroso, em que a cessão se integra.

2. A garantia do cumprimento das obrigações só existe se for convencionada nos termos gerais.

Artigo 427.º

A outra parte no contrato tem o direito de opor ao cessionário os meios de defesa provenientes desse contrato, mas não os que provenham de outras relações com o cedente, a não ser que os tenha reservado ao consentir na cessão.

Como se percebe, no direito europeu cresce a corrente para uniformizar a legislação do bloco. Em 2002, o Código Europeu dos Contratos, embora não tenha força legal nos estados membros, já disciplinou a cessão de contratos nos artigos 118 e seguintes. Na mesma esteira do direito europeu, o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), em 2004, introduziu a figura da cessão de contrato, denominada *assignment of contracts*, nos artigos 9.3.1 e seguintes de seus Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais (Nascimento, 2019, p. 45).

Já nos países que adotam o *Common Law*, o direito é construído a partir do momento em que os casos são submetidos aos tribunais. A corrente de construção doutrinária tem sido no sentido de que a cessão de contrato é possível, desde que não haja vedação expressa no próprio contrato. A possibilidade de cessão é verificada de acordo com algumas diferenças específicas, como a distinção entre transferência e delegação de direitos e obrigações (*assignment/delegation*). Além disso, considera-se o tipo de obrigação envolvida, diferenciando entre contratos de compra e venda de bens tangíveis e contratos de prestação de serviços.

Na França, o contrato administrativo é tradicionalmente visto não apenas como uma mera coleção de recebíveis e obrigações, mas como um meio essencial para garantir a prestação do serviço público. Esta perspectiva foi historicamente consolidada pela jurisprudência, como demonstrado no caso julgado pelo Conselho de Estado em 6 de março de 1856 (Caso *Corduriès, Lebon 184*), onde a transferência de contratos administrativos foi expressamente admitida (Hoepffner, 2022, p. 659).

Desde o século XIX, a doutrina francesa tem sistematizado esse entendimento, destacando a singularidade dos contratos administrativos em comparação com os contratos civis tradicionais. Essa abordagem reflete um esforço deliberado para dissociar os contratos administrativos dos esquemas conceituais típicos do direito civil, enfatizando sua natureza especial, focada na continuidade e eficácia da prestação de serviços públicos, e reconhecendo a necessidade de adaptabilidade e flexibilidade na Administração Pública. Esta visão permite uma maior flexibilidade na gestão dos contratos, essencial para responder às dinâmicas e exigências do serviço público.

No Brasil, o tema da cessão de contrato não foi abordado tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002. No entanto, como já discutido no item “1.2 Caráter personalíssimo nos contratos administrativos” da tese, o instituto está sendo apreciado como uma proposta de reforma legislativa. Caso seja aprovado, será positivado no direito brasileiro, trazendo maior clareza e regulamentação para a transferência de direitos e obrigações contratuais no país (Coelho, I.P, 2015, p. 30).

Ao se abordar a terminologia utilizada para expressar o instituto da cessão de contrato, percebe-se que, inicialmente, antes da primeira positivação, tratava-se do conceito como "venda do contrato", devido à contraprestação pecuniária geralmente envolvida. No entanto, o termo "cessão de contrato" passou a ser utilizado após a positivação no Código Civil italiano.

Esse termo, contudo, já era criticado por alguns autores, como Rosário Nicolò²⁵ e Puleo Salvatore²⁶, que argumentavam, em trabalhos anteriores à posituação na Itália, que um fato jurídico não é cedido. Na visão desses autores, o que é cedido são os direitos e deveres emergentes da posição de contratante.

Daí surgiu o termo "Cessão da Posição Contratual", utilizado no Código Civil português. Um dos juristas que influenciaram na redação do dispositivo, Inocêncio Galvão Teles, entendia que a expressão "cessão do contrato" era inadequada, pois acreditava que um fato jurídico ocorrido em determinado momento histórico não é suscetível de ser cedido. Para o autor, o que é passível de ser transmitido são os efeitos jurídicos do contrato, ou seja, a relação jurídica criada na celebração do contrato original (Teles, 1950, p. 22).

Diante do argumento de que o fato jurídico ocorrido na celebração do contrato não pode ser alterado, pois não é possível mudar o passado, o que ocorre na verdade é a modificação passiva de um dos polos da relação contratual, do cedente ao cessionário. Essa transferência não prejudica a relação em si, uma vez que ela se mantém inalterada após a cessão. A essência e os termos do contrato original continuam vigentes, preservando os direitos e deveres acordados inicialmente, enquanto apenas a titularidade desses direitos e obrigações é transferida para uma nova parte (Varela, 1997, p. 386).

Na doutrina francesa, encontramos uma definição bem clara sobre a natureza dos contratos e o processo de cessão. Segundo esta doutrina, o contrato cria um vínculo jurídico entre as partes envolvidas, e a cessão desse contrato implica numa sucessão onde uma das partes originais é substituída por uma terceira parte. Este processo de substituição deve ocorrer sem

²⁵ Nas palavras do autor: "Já foi alertado que a expressão cessão do contrato não pode ser interpretada literalmente, ou seja, no sentido de cessão do fato jurídico criativo das relações jurídicas, mas deve ser entendida no sentido de cessão das relações jurídicas que decorrem do contrato.] Deveríamos falar mais precisamente de cessão do conteúdo do contrato, entendendo com esta expressão o complexo de relações jurídicas que se criam imediatamente entre as partes contratantes, e cujo desenvolvimento posterior alcançará o resultado do contrato, ou seja, a série de efeitos jurídicos definitivos, empiricamente desejados pelas partes e preparados pela lei através da implementação dessas relações jurídicas instrumentais". O texto foi traduzido livremente de: "*Già è stato avvertito che l'espressione cessione del contratto non può esser presa alla lettera, ossia nel senso di cessione del fatto giuridico creativo di rapporti giuridici, ma deve essere intesa nel senso di cessione dei rapporti giuridici che dal contratto derivano [...] Si dovrebbe con maggiore precisione parlare di cessione del contenuto del contratto, intendendosi con tale espressione il complesso dei rapporti giuridici che si creano immediatamente fra le parti contraenti, e il cui ulteriore svolgimento farà conseguire il risultato del contratto, ossia la serie degli effetti giuridici definitivi, empiricamente voluti dalle parti e predisposti dalla norma attraverso l'attuazione di quei rapporti giuridici strumentali*" (Nicolò, 1936, p. 279-303, *apud* Nascimento, 2019, p. 46).

²⁶ Nesse sentido: "A expressão transferência de contrato normalmente indica o acordo em virtude do qual o conjunto de relações jurídicas estabelecidas com um contrato é transferido de uma das partes contratantes para um terceiro. " - "*Con l'espressione cessione di contratto si suole indicare la convenzione in virtù della quale si trasferisce da uno dei contraenti ad un terzo il complesso dei rapporti giuridici posti in essere con un contratto*" (Salvatore, 1939, p. 9, *apud* Nascimento, 2019, p.46).

causar a ruptura da relação contratual existente, a qual deve permanecer inalterada após o aperfeiçoamento da cessão. Essa abordagem sublinha a importância da continuidade dos termos e condições do contrato original, enfatizando que a essência do acordo não deve ser afetada pela mudança nas partes contratantes (Houtcieff, 2024, p. 698).

Como já abordado anteriormente, a cessão da posição contratual, ou cessão a terceiros, embora esteja positivada no ordenamento jurídico de alguns países, como Itália, Portugal, Holanda, Suriname, Senegal, Navarra, Peru, Argentina e China (Escalona, 2016, p. 8), ainda não se encontra positivada no Brasil. No entanto, em seção própria, será discutida a proposta de alteração do Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, pela comissão de juristas escolhida.

Não obstante, para além da terminologia utilizada, o importante, segundo autores como Marcello Andreoli, Antonio Albanese e Alfredo Ascoli, é observar o conteúdo pragmático que se pretende expressar com o instituto. Eles argumentam que a essência da cessão de contrato deve ser compreendida em termos de sua funcionalidade e impacto prático nas relações jurídicas, ao invés de se concentrar apenas na nomenclatura. Dessa forma, é crucial assegurar que a transferência dos direitos e deveres contratuais seja feita de maneira que mantenha a integridade e eficácia do contrato, atendendo às necessidades e expectativas das partes envolvidas (Nascimento, 2019, p. 51).

O autor acima citado define a cessão de contrato como o ato em que o "cedente transmite ao cessionário todo o conjunto de direitos e deveres, faculdades, poderes, ônus e sujeições – incluindo direitos potestativos e exceções – provenientes do contrato" (Nascimento, 2019, p. 52). Diante de tal definição, fica claro que a corrente doutrinária majoritária caminha na direção de que não se cede o contrato em si, mas os direitos e deveres derivados do ato jurídico original.

Essa abordagem enfatiza que a cessão não implica na transferência do próprio contrato como um todo, mas sim na transmissão das posições contratuais, garantindo que a relação jurídica estabelecida pelo contrato original se mantenha intacta. Assim, o foco recai sobre a continuidade dos efeitos jurídicos e a preservação das obrigações e benefícios inicialmente pactuados entre as partes. Esse entendimento é crucial para assegurar a estabilidade e a segurança jurídica nas transações contratuais, permitindo que os cessionários assumam os direitos e deveres com a mesma eficácia e proteção conferida aos cedentes (Bdine Júnior, 2008, p. 98).

Posicionamento defendido por Bdine Júnior (Bdine Júnior, 2008, p. 98), como se segue:

O principal efeito da cessão do contrato é a transferência da posição ocupada por uma das partes do contrato para outra pessoa. Assim sendo, o complexo de direitos e obrigações que diz respeito ao contratante é integralmente cedido a outra pessoa. Substitui-se, portanto, o primeiro contratante (cedente) por outro (cessionário), que passa a ocupar uma das posições no contrato já existente (Bdine Júnior, 2008, p. 98).

É fundamental destacar que a cessão do contrato, ou a cessão da posição contratual, não implica a criação de um novo contrato (Carresi, 1950, p. 81-82). Esse instituto foi desenvolvido especificamente para permitir a transferência dos efeitos de um contrato existente, mantendo a continuidade do fato jurídico original sem a necessidade de estabelecer um novo. A introdução formal desse mecanismo no direito é relativamente recente, datando de menos de um século, e responde diretamente ao aumento da complexidade nas relações contratuais observadas na sociedade globalizada contemporânea (Cesar, 1954, p. 8-10).

Essa complexidade demanda mecanismos jurídicos que possibilitem a transferência eficaz de direitos e obrigações, garantindo a continuidade e eficácia das relações jurídicas estabelecidas inicialmente. A cessão de contrato surge, portanto, como um instrumento jurídico crucial, adaptado para a flexibilização e manejo eficiente das relações contratuais na modernidade. Sua relevância reside na capacidade de transferir integralmente direitos e deveres de uma parte a outra, de forma segura e eficaz, sem comprometer a essência ou a legalidade do contrato original.

Essa prática, agora amplamente reconhecida e regulamentada em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, reflete uma evolução necessária diante das dinâmicas complexas e do ambiente econômico em constante mudança. A cessão de contrato facilita adaptações necessárias em projetos de longo prazo ou em contratos que envolvem múltiplas partes, assegurando que as obrigações sejam cumpridas e os direitos preservados mesmo diante de mudanças nas circunstâncias originais das partes contratantes.

A despeito de ainda não estar plenamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a validade e aplicabilidade desse instituto, especialmente à luz dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. A proposta de revisão e atualização do Código Civil brasileiro para incluir expressamente a cessão de posição contratual, busca harmonizar nossa legislação com as tendências internacionais, proporcionando maior segurança e previsibilidade para as partes envolvidas.

A sucessão negocial em contratos não foi sistematizada no Código Civil atual, nem no de 1916, apesar de sua frequente ocorrência em várias relações contratuais, como locação, promessas de compra e venda, financiamentos imobiliários, contratos de consumo de serviços

e seguros no Brasil. A falta de uma regulamentação clara sobre os requisitos e efeitos dessa cessão tem levado a decisões judiciais conflitantes (Coelho, 2015, p. 30).

Apesar dessa lacuna, a prática negocial continua, sustentada pela doutrina nacional que atribui à autonomia contratual a celebração de contratos atípicos para transmitir a titularidade da posição contratual. No entanto, a doutrina também sugere que a cessão pode ser realizada através de contratos de compra e venda, permuta ou doação, que são incompatíveis com a natureza do instituto devido à diversidade de causas.

Embora a ausência de um capítulo específico no Código Civil de 2002 possa parecer uma lacuna, o intérprete pode utilizar dispositivos compatíveis de legislações especiais e outros títulos do código, integrando a incompletude do ordenamento através da analogia e análise da pertinência funcional com o caso concreto. Além disso, o trabalho de revisão e atualização do Código Civil de 2002 visa justamente preencher lacunas como essa, buscando proporcionar uma regulamentação mais completa e precisa para as diversas situações jurídicas que surgem na prática contratual.

A ponderação de Coelho (I.P, 2015, p. 31), esclarece bem a necessidade da atualização do Código Civil Brasileiro:

Em Portugal, antes da previsão expressa do instituto no Código Civil, Inocêncio Galvão Teles sustentava, quanto à utilidade de eventual previsão normativa por vir, que “a lei futura não só deve regular a cessão de contrato, até aqui desprezada por completo, como tem de a facilitar, porque ela corresponde a uma real existência do comércio”²⁷.

Pode-se dizer, assim, que, ainda que, em contexto histórico social diverso, o sistema jurídico brasileiro demanda sistematização das regras a respeito da cessão da posição contratual, não apenas com o objetivo de facilitar e promover, mas, também, de legitimar tais negócios de modo sistemáticos e coerente.

Em síntese, a cessão de contrato não apenas facilita a continuidade das relações contratuais em um mercado cada vez mais dinâmico e interconectado, mas também assegura que os direitos e deveres inicialmente pactuados sejam transferidos de forma justa e equitativa. Essa abordagem garante a estabilidade jurídica necessária para fomentar a confiança nas

²⁷ Transcrição de nota de rodapé nº 18 de Coelho (2015, p. 31): “Inocêncio Galvão Teles, em 1950, foi responsável pela elaboração de relatório sobre o panorama da cessão da posição contratual em Portugal, antes da previsão expressa no Código Civil português de 1966, para a Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, tendo sido designado relator geral do problema da cessão de contrato pela referida Academia. Em tal oportunidade, recebeu relatórios nacionais de vários países e formulou seu relatório final, publicado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa” (Teles, p. 27).

transações comerciais, promovendo um ambiente mais seguro e favorável para o desenvolvimento econômico e social.

Um fato consagrado no direito europeu é que a cessão da posição contratual só pode ocorrer de fato com a autorização por parte do cedido, pois somente a autorização, seja expressa ou tácita, por parte deste torna a cessão válida (Andreoli, 2019, p. 12)²⁸. De acordo com o artigo 424²⁹ do Código Civil português, um dos contratantes (cedente) só pode transferir a sua posição no contrato a um terceiro (cessionário) se o outro contratante (cedido) o autorizar, seja essa autorização anterior ou posterior à cessão. Quando a autorização é posterior, a cessão só se torna válida a partir do momento em que o consentimento é concedido (Bdine Júnior, 2008, p. 41).

De acordo com a doutrina francesa, a cessão de contrato se efetiva quando é comunicada ao cedido e por este aceita. Este entendimento sublinha a importância do consenso entre as partes envolvidas, presumindo-se a aceitação quando não há objeção manifesta após a comunicação. Tal perspectiva enfatiza a necessidade de transparência e concordância mútua para a validade e eficácia da transferência contratual. A aceitação tácita, caracterizada pela ausência de rejeição expressa, constitui um mecanismo que facilita a fluidez das relações comerciais, mantendo, contudo, a salvaguarda dos direitos do cedido. Esta abordagem reflete o princípio da autonomia das partes, fundamental no direito contratual francês, e reforça a segurança jurídica nas transações (Chénéde, 2023, p. 154) .

Mas um ponto relevante para este trabalho, que trata da cessão da posição contratual em contratos com a Administração Pública, é que a autorização por parte do cedido não pode ser abusiva. Ou seja, a simples recusa sem critérios objetivos que demonstrem prejuízos em função da concretização da cessão pode ser considerada abusiva. Bdine Júnior cita o exemplo de um incorporador que recusa a cessão para um cessionário com equivalência patrimonial ao cedente, infringindo assim o disposto no artigo 187³⁰ do Código Civil. Este artigo estabelece que a

²⁸ Transcreve-se a posição do autor: “*Ahora bien; el Derecho apresta, precisamente, el instrumento para tal circulación en cuanto admite que uno de los originarios contratantes pueda transferir a un tercero, con el consentimiento imprescindible del otro contratante original (llamado contratante cedido), la relación contractual entera, como conjunto de derecho y obligaciones, como única resultante de elementos activos y pasivos*” (Andreoli, 2019, p. 12).

²⁹ Essa, a redação do dispositivo: “1. No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão. 2. Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento”. Texto extraído do Diário da República de Portugal. Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49803075>>. Acesso em: 11 jun. 2024.

³⁰ Nos termos da disposição legal: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

prática de atos abusivos, contrários à boa-fé objetiva, configura abuso de direito, podendo acarretar responsabilidade civil para o agente.

Segundo o doutrinador francês Marion Ubaud-Bergeron (2024, p. 431) na França, a cessão da posição contratual nos contratos administrativos tem sido tradicionalmente aceita, desde que conte com a aprovação explícita da Administração Pública. Essa concordância é essencial, e a Administração só pode recusar a cessão em circunstâncias onde fique evidenciada a insuficiência profissional do cessionário ou quando se comprove que a transferência enfraqueceria a posição da entidade pública. Este rigor na avaliação reflete a importância da dimensão patrimonial do contrato administrativo, sublinhando que tais contratos não são apenas acordos legais, mas também veículos cruciais para a implementação de políticas públicas³¹.

Lajoye (2023, p. 62) enfatiza a necessidade de um realismo econômico na gestão desses contratos, advogando por uma adaptabilidade orgânica que possa responder dinamicamente às mudanças nas condições do mercado e nas necessidades administrativas. Essa flexibilidade é vista como fundamental para a eficácia administrativa e para a sustentação do interesse público, garantindo que os contratos administrativos possam se adaptar a novos contextos sem comprometer os objetivos e a integridade dos serviços públicos. Tal perspectiva é crucial para a administração moderna, que deve equilibrar as exigências de eficiência econômica com as responsabilidades de governança e a prestação de serviços à comunidade.

É fundamental ressaltar um ponto já abordado anteriormente, que diz respeito à distinção feita pela doutrina francesa entre contrato público e mercado público (Lajoye, 2023, p. 63). No primeiro caso, o contrato público está intrinsecamente relacionado aos serviços que são de responsabilidade direta do ente público, envolvendo uma intervenção substancial deste na execução e na regulamentação do serviço. Por sua natureza especial, esses contratos podem incluir cláusulas exorbitantes, que conferem à Administração poderes excepcionais para garantir que os serviços públicos sejam prestados eficientemente e em conformidade com os interesses maiores da sociedade.

Por outro lado, o mercado público diz respeito principalmente às aquisições realizadas pelo ente público, abrangendo a compra de bens e serviços necessários para o funcionamento da Administração. Esses acordos são geralmente regidos pelo Código Civil, seguindo princípios e procedimentos que se assemelham aos empregados nas transações entre entidades privadas. Diferentemente dos contratos públicos, os mercados públicos são caracterizados por uma

³¹ Tema abordado também por Dubreuil (2022, p. 291).

relação mais horizontal e menos hierárquica entre as partes, refletindo um ambiente de negociação mais tradicional e menos regulado por disposições excepcionais.

Essa diferenciação não apenas clarifica as responsabilidades e as expectativas em diferentes tipos de contratos com o ente público, mas também influencia diretamente a maneira como tais contratos são elaborados, negociados e executados. Ela também tem implicações significativas para a aplicação da lei e para as práticas administrativas, exigindo um entendimento claro dessas nuances por parte dos juristas e dos administradores públicos.

É importante salientar que, no tocante ao combate do abuso de direito, o ordenamento jurídico brasileiro tem se consolidado em diversos campos. No Código Civil de 2002, o instituto alcançou um tratamento mais amplo em comparação ao anterior, ao limitar, por exemplo, a mora cobrada pelo locatário de imóvel dentro do limite legal. No Código de Processo Civil, o artigo 17 especifica alguns exemplos que constituem abusos de direito em matéria processual. No direito concursal, é vedado ao credor requerer a falência com propósito nocivo ou por valor irrisório. A Lei das Sociedades por Ações, no artigo 117, prevê a responsabilidade do controlador pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Enfim, são inúmeros os dispositivos positivados com o intuito de proteger a função social dos contratos e, conseqüentemente, da atividade econômica (Mariano, 2012, p. 39).

Este aspecto é de extrema relevância, pois, embora a lei conceda ao cedido o direito de não concordar com a cessão, o artigo 421³² do Código Civil preceitua que a liberdade contratual deve ser exercida nos limites da função social do contrato. Esse princípio é particularmente importante em contratos com a Administração Pública, onde a preponderância do interesse público deve ser observada e a mitigação do princípio da relatividade contratual é essencial. Em outras palavras, a recusa do cedido deve ser justificada com base em critérios objetivos que demonstrem prejuízos reais e concretos, sob pena de ser considerada abusiva e contrária à função social do contrato.

Existe ainda uma situação em que a autorização do cedido se torna dispensável, que é no caso de cessões da posição contratual que são forçadas por lei ou decisão judicial. Nesses casos, a cessão será válida mesmo sem a anuência do cedido. Isso ocorre porque a obrigatoriedade imposta por lei ou pela autoridade judicial prevalece sobre a necessidade de consentimento, visando garantir a justiça e a eficácia das decisões judiciais e legais. Portanto,

³² Essa, a redação do dispositivo: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

mesmo na ausência de concordância do cedido, a cessão imposta por essas vias terá plena validade e eficácia.

Escalona (2016, p. 501) destaca três condições específicas que impedem a realização da cessão da posição contratual, sublinhando os limites dentro dos quais essa prática pode ser aplicada. Primeiramente, a cessão é inviável quando o contrato é fundado em qualidades pessoais dos contraentes. Nestes casos, as habilidades, características ou a confiança pessoal em um indivíduo específico são essenciais para a execução do contrato, tornando a substituição da parte contratual impraticável sem alterar a natureza do acordo original. É o caso, exatamente, dos contratos personalíssimos.

Em segundo lugar, a cessão é proibida quando existe uma restrição legal ou convencional explícita. Isso pode ocorrer devido a legislações que restringem a transferência de certos direitos ou obrigações, ou devido a cláusulas nos contratos que explicitamente proíbem a transferência de posição contratual para assegurar controle ou qualidade.

Por fim, a cessão pode ser impedida pelo ajuste entre as partes originais do contrato que estipulem a necessidade de aprovação para a cessão. Esse mecanismo é frequentemente utilizado para garantir que qualquer transferência de responsabilidades seja consentida por todas as partes envolvidas, mantendo assim um controle sobre quem entra na relação contratual.

Esses impedimentos são cruciais para entender as limitações legais e práticas da cessão da posição contratual, garantindo que tais transferências sejam realizadas de maneira justa e em conformidade com as expectativas e requisitos legais das partes envolvidas (Delaygua, 1989, p. 76, *apud*, Bdine Júnior, 2008, p. 48).

Em primeiro lugar, a cessão é impedida quando o contrato é fundado em qualidades pessoais dos contratantes, pois a relação jurídica se baseia na confiança e nas características específicas das partes envolvidas. Em segundo lugar, a proibição pode ser decorrente de normas legais ou de cláusulas convencionadas entre as partes que expressamente vedam a cessão. Por fim, quando as partes ajustam que a cessão dependerá da aprovação do cedido, a ausência dessa aprovação torna a cessão inválida. Essas restrições visam proteger a integridade e a finalidade original do contrato, assegurando que a cessão não prejudique os interesses das partes envolvidas.

2.1.2 *Institutos correlatos à cessão da posição contratual*

Como já abordado anteriormente, a cessão da posição contratual é um instituto jurídico que permite a transferência integral de direitos e obrigações contratuais de uma parte para outra. Para compreender plenamente este mecanismo, é útil explorar outros institutos correlatos que compartilham certas características ou finalidades com a cessão da posição contratual. Nesta subseção, discutiremos a subcontratação, a cessão de crédito, a assunção de dívida, a novação, a sub-rogação e a adesão ao contrato. Cada um desses institutos oferece diferentes formas de adaptar e gerir contratos, proporcionando flexibilidade e eficiência nas relações jurídicas. Compreender essas diferenças e semelhanças é essencial para a aplicação correta desses mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.2.1 Subcontratação

O instituto do subcontrato está intimamente ligado à presente tese, pois talvez seja o mais utilizado nos arranjos empresariais no atendimento da Administração Pública. Na doutrina francesa, representada pelo doutrinador Cornu (2020, p. 972), o termo subcontrato designa qualquer acordo secundário celebrado após um acordo principal, entre uma das partes originárias e um terceiro. Segundo ele, o subcontrato pode ser celebrado sobre a totalidade do objeto ou parte dele. Ao celebrar um subcontrato, cria-se uma relação contratual entre os subcontratantes, sem desfazer a relação original entre as partes do contrato principal. Segundo o pensamento do autor:

O subcontrato seria um nome genérico que designa qualquer acordo secundário que, celebrado após um acordo principal no que é por natureza modelado, em relação à totalidade ou parte do seu objeto, mas entre uma das partes originárias e um terceiro, cria novas relações jurídicas entre os subcontratantes, sem apagar as relações originárias do contrato principal entre as partes, mas sem excluir as relações diretas que possam surgir – dependendo do especificado nas convenções particulares ou nas leis especiais- entre a parte principal que permanece fora do subcontrato e o subcontratante, terceiro no contrato principal (Cornu, 2020, p. 972, tradução própria).³³

³³ Esse, o texto original: “*Le sous-contrat serait << une appellation générique désignant toute convention secondaire [...] qui, conclue après une convention principale sur laquelle elle est par nature calquée, relativement à tout ou partie de l’objet de laquelle elle est par nature calquée, relativement à tout ou partie de l’objet de celle-ci, mais entre l’une des parties originaires et un tiers, crée entre les sous-contractants des rapports juridiques nouveaux, sans effacer les rapports nés à l’origine du contrat principal entre les parties à celui-ci, mais sans*”

Neste ponto, é interessante ressaltar que a principal diferença entre a cessão da posição contratual e o subcontrato está no fato de que o subcontrato gera uma nova relação entre os subcontratados e uma das partes do contrato, mas mantém o vínculo entre os contratantes originais. No instituto da cessão da posição contratual, pelo contrário, o que se pretende é manter todo o objeto do contrato principal, mas substituir uma das partes do contrato por um terceiro. Neste caso, o cedente se retira totalmente da relação.

Essa nova relação contratual estabelecida pelo subcontrato implica a coexistência de dois contratos distintos: o contrato principal e o subcontrato. O subcontratante assume obrigações específicas e direcionadas para a execução de parte ou da totalidade do objeto do contrato principal, mantendo-se, contudo, a responsabilidade da parte originária perante a outra parte do contrato principal. Em outras palavras, a parte originária continua vinculada ao cumprimento do contrato principal, enquanto o subcontratante se responsabiliza pela parte do trabalho ou serviço acordado no subcontrato.

Essa distinção é fundamental para a compreensão da dinâmica dos contratos administrativos, especialmente no contexto da Administração Pública, onde a eficiência e a especialização são cruciais. A cessão da posição contratual, por sua vez, envolve a transferência integral dos direitos e deveres contratuais de uma parte a um terceiro, o que difere do subcontrato, onde não há transferência de titularidade, mas sim a criação de uma nova relação acessória.

Podemos encontrar definição semelhante na doutrina brasileira onde a subcontratação é um conceito distinto que não deve ser confundido com a cessão total ou parcial de um contrato ou da posição contratual. Enquanto a cessão implica na transferência completa dos direitos e obrigações de uma parte (cedente) para outra (cessionário), efetivamente substituindo o cedente na relação contratual original, a subcontratação estabelece uma nova relação contratual paralela à original, mantendo intacta a posição do contratante principal (Bdine Júnior, 2008, p. 92).

Na subcontratação, o contratante principal delega parte das obrigações contratuais a um terceiro, o subcontratado, sem transferir seus direitos contratuais ou desligar-se das responsabilidades perante o contratante original. Esta prática permite ao contratante principal

exclure les relations directes que peuvent naître- selon ce que précisent les conventions particulières ou les lois spéciales – entre la partie principale demeurée étrangère ou sous-contrat et le sous-contractant, tiers au contrat principal» (Cornu, 2020, p. 972).

otimizar a execução do contrato por meio da especialização de tarefas, que podem ser mais bem realizadas por terceiros com habilidades ou capacidades específicas.

Importante destacar que, na subcontratação, as condições e regras estabelecidas entre o contratante principal e o subcontratado, como preços e termos de entrega, podem diferir das que foram acordadas no contrato original (Nascimento, 2019, p. 35). Isso proporciona flexibilidade, permitindo ajustes conforme as necessidades específicas da parte do contrato que está sendo subcontratada. Contudo, o contratado original permanece responsável perante o contratante original pelo cumprimento global do contrato, incluindo as partes executadas pelo subcontratado (Varela, 1997, p. 389).

Assim, enquanto a cessão muda quem é responsável pelo contrato aos olhos do contratante original, a subcontratação expande a rede de colaboração sem alterar a responsabilidade fundamental do contratante principal. Esta distinção é crucial para entender as obrigações legais e práticas nas relações contratuais complexas, especialmente em grandes projetos ou tecnicamente desafiadores onde múltiplas partes especializadas podem ser necessárias para a conclusão eficaz (Nascimento, 2019, p. 37).

Uma primeira consideração crucial sobre a subcontratação diz respeito à comunicação (Matos, 2012, p. 14). Ao contrário da cessão da posição contratual, onde a notificação ao cedido é fundamental para validar a transferência — mesmo se essa cessão estiver prevista no contrato original —, na subcontratação não existe uma exigência inerente de comunicação, pois o contratante original permanece como parte da relação contratual e retém a responsabilidade principal pelo cumprimento do contrato (Martinez, 2006, p. 86-94).

No âmbito da contratação pública, a Lei de Licitações e Contratos no seu artigo 67 (Lei nº 14.133/21) permite à Administração Pública definir limites para a subcontratação. Nesses casos, a comunicação torna-se essencial para comprovar que esses limites estão sendo respeitados, especialmente se existir uma cláusula contratual que exija explicitamente essa comunicação.

Uma segunda consideração é que, na subcontratação, não há um desligamento da relação contratual original. Ao invés disso, ocorre uma transmissão de algumas ou de todas as obrigações contratuais para o subcontratado. No entanto, o contratante original mantém-se totalmente vinculado ao contrato principal, assegurando que os compromissos inicialmente assumidos sejam cumpridos conforme o acordado (Bdine Júnior, 2008, p. 92).

Quanto à contratação com a Administração Pública, como já explorado, a subcontratação pode ser permitida ou não, dependendo do que foi especificado no edital. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe mudanças significativas na maneira como a subcontratação é tratada. Diferentemente da lei anterior (Lei nº 8.666/93), que poderia considerar a subcontratação como causa para rescisão do contrato, a nova lei não só evita proibir a prática como também a regulamenta, oferecendo um marco legal claro e facilitador para sua aplicação. Essas inovações garantem que a subcontratação, quando utilizada, seja feita de maneira transparente e eficiente, proporcionando flexibilidade nas operações sem comprometer a integridade e a eficácia do contrato governamental original.

A subcontratação, também compreendida sob o rótulo de terceirização, surge como resposta a uma demanda econômica crescentemente relevante, impulsionada pelo cenário de competitividade mundial. As empresas, na busca por eficiência e vantagem competitiva, são levadas cada vez mais a focar em suas atividades centrais, o chamado *core business*. Neste contexto, a subcontratação se torna uma estratégia crucial, permitindo que as empresas concentrem seus recursos e esforços naquilo que realmente dominam e onde podem agregar maior valor (Amato Neto, 1995, p. 40).

A subcontratação, portanto, não apenas facilita a especialização das empresas em suas áreas de expertise, mas também promove uma cadeia de suprimentos mais flexível e adaptável às mudanças do mercado. O contratado principal, ao subcontratar terceiros para executar parte ou até mesmo a totalidade do serviço, pode otimizar processos e reduzir custos operacionais, resultando em uma operação mais ágil e econômica (Szklarowsky, 1999, p. 173).

Além disso, esta prática permite às empresas responderem mais rapidamente às demandas do mercado e às oportunidades emergentes, sem os encargos de expandir suas operações internamente. A subcontratação também estimula a inovação, pois ao integrar diferentes especialistas e tecnologias, as empresas podem aproveitar conhecimentos e técnicas que não são o seu foco principal, enriquecendo o produto ou o serviço oferecido (Rauen, 2022, p. 13).

Neste sentido a própria Lei nº 14.133/21 em parágrafo 9^{o34} do artigo 67 possibilita aos licitantes no momento de sua qualificação, apresentar em até 25% do objeto do edital,

³⁴ Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: ...§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado,

qualificação técnica através de atestados relativos a possíveis subcontratados. Com isso, de acordo com o conceito de Rauén (2022, p. 13), o licitante pode suprir uma lacuna técnica através do instituto da subcontratação.

Ao inserir esse dispositivo na lei de licitações e contratos administrativos, o legislativo brasileiro, não só deixou de proibir a subcontratação, mas passou a incentivá-la através da regulamentação da mesma desde o momento da qualificação técnica dos licitantes.

No entanto, é crucial que as relações de subcontratação sejam geridas com rigorosa diligência, garantindo que todos os terceiros envolvidos cumpram com os padrões de qualidade, as regulamentações aplicáveis e os acordos contratuais estabelecidos. Assim, enquanto a subcontratação oferece vantagens significativas, ela exige também uma gestão cuidadosa dos riscos associados para proteger a reputação e a integridade operacional da empresa contratante principal (Rauén, 2022, p. 155).

Segue transcrição do posicionamento do autor:

A demanda estatal por novos produtos, serviços e processos pode gerar, também, o *spillover effect* ou efeito de transbordamento para a cadeia produtiva, podendo ter inclusive mais impacto do que a compra pública em si, haja vista que a geração de demanda pode incentivar novas atividades econômicas por meio de subcontratação, licenciamento de direitos de propriedade intelectual e compra, por agentes de mercado, de produtos e serviços complementares para a execução das atividades contratadas pelo Estado (Uyarrá; Flanagan, 2010, p. 20). Nesse sentido, (Di Pietro ; Marrara , 2021, p. 13) reforçam que: “ao contratar, os órgãos estatais deverão estimular a inovação em duplo sentido: quer como fomento ao avanço do setor empresarial nacional, quer como forma de permitir que a Administração Pública absorva novas tecnologias nas tarefas mais diversas e, por conseguinte, aplique-as em favor da coletividade (Rauén, 2022, p. 155).

Portanto, a subcontratação emerge não só como uma necessidade econômica, mas como uma estratégia empresarial integral que requer uma implementação e supervisão cuidadosas para maximizar seus benefícios e mitigar possíveis desafios no ambiente de negócios globalizado.

Em resumo, o subcontrato é um instrumento que permite a flexibilização e a execução eficiente de contratos complexos, sem romper com as relações jurídicas estabelecidas no contrato principal. Esta característica torna o subcontrato uma ferramenta valiosa, especialmente no contexto da Administração Pública, onde a necessidade de cumprir prazos e garantir a qualidade dos serviços é essencial.

hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado (Lei Nº 14.133/21).

2.1.2.2 Cessão de crédito

Como a legislação brasileira ainda não possui a positivação da figura da cessão da posição contratual, a cessão de crédito é o que temos de mais próximo. Sendo assim, seus dispositivos são utilizados na maioria das vezes de forma subsidiária. Porém, a figura da cessão de crédito se limita aos títulos oriundos de parte da obrigação satisfeita e não compreende todos os aspectos da cessão da posição contratual, tais como o vínculo contratual, a transferência de obrigações não performadas, entre outros.

Além disso, segundo Leonardo (2005, p. 134), a cessão de crédito é muito mais do que uma simples técnica para a circulação do crédito, mas um autêntico mecanismo para geração de riquezas. Mas para compreender melhor essa concepção é essencial entender melhor do que se trata o crédito em si.

Dentro da teoria jusnaturalista, o crédito é considerado uma parte integral do patrimônio do credor e, como tal, é passível de circulação, semelhante aos demais ativos pertencentes a ele (Costa, M.J.A, 2000, p. 81). Essa concepção reforça a ideia de que os direitos de crédito, assim como outros bens patrimoniais, podem ser transferidos ou negociados. Importante destacar que, dentro dessa perspectiva, a pessoa humana é claramente diferenciada de seus ativos, rejeitando qualquer noção de que indivíduos possam ser tratados como tais. Essa distinção é fundamental, pois delinea claramente a separação entre a identidade humana e seus bens, abrindo caminho para a concepção de que apenas os bens, e não a pessoa, podem ser objeto de transações comerciais.

Além disso, essa visão amplia a compreensão da natureza dos ativos dentro do direito natural, sublinhando que, enquanto os bens materiais e os créditos são considerados propriedades negociáveis, a dignidade e a liberdade individuais permanecem inalienáveis e não sujeitas a comércio (Nascimento, 2019, p. 23). A noção de circulação de créditos e outros ativos no jusnaturalismo não apenas facilita a liquidez e a flexibilidade econômica, mas também estabelece um quadro ético que protege a autonomia pessoal acima das valorações patrimoniais.

Essa interpretação teórica oferece uma base sólida para o entendimento de como os direitos podem ser organizados e transferidos dentro de um sistema que valoriza tanto a liberdade individual quanto a eficiência econômica. Através dessa lente, o direito natural contribui significativamente para o desenvolvimento de princípios jurídicos que suportam a

moderna economia de mercado, ao mesmo tempo em que salvaguarda os direitos fundamentais e a dignidade humana (Leonardo, 2005, p. 141).

Segundo Nascimento (2019, p. 21), o termo "crédito" está atrelado a três acepções distintas. A primeira é a acepção moral³⁵, que possui um conteúdo religioso, importado da fé, onde a confiança e a integridade moral são fundamentais. A segunda é a acepção econômica, na qual o beneficiário do crédito tem uso de uma riqueza, caracterizando-se pela troca de bens atuais por futuros, refletindo a confiança econômica entre as partes. A terceira é a acepção jurídica, que se refere a um direito de obter uma prestação de outrem, onde o crédito é visto como um direito legalmente protegido que o credor tem sobre o devedor.

Orlando Gomes (2019, p. 205), ao definir o instituto da cessão de crédito, leciona que a cessão de crédito é o negócio jurídico pelo qual o credor transfere a terceiro sua posição na relação obrigacional. Fato relevante é que esse negócio é celebrado entre cedente e cessionário, sem a intervenção do devedor (Oliveira Filho; Lovo, 2021, p. 138).

Já o conceito formulado por Nascimento, embora esteja na mesma linha, é um pouco mais abrangente ao afirmar que a cessão de crédito pode ocorrer sem a intervenção do devedor como leciona Oliveira Filho e Lovo, mas afirma não ser necessário o consentimento do devedor. Pontua ainda que a transferência pode ser onerosa, na qual o terceiro pode comprar o crédito e gratuita que pode ocorrer através de uma doação.

Segue transcrição do conceito formulado por Nascimento:

A cessão de crédito, por sua vez, consiste em um negócio bilateral pelo qual o credor de uma obrigação (cedente) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário), independentemente do consentimento do devedor (cedido, o seu crédito, sem que se opere a extinção do vínculo obrigacional. Tal transferência pode ser onerosa ou gratuita, ou seja, o terceiro pode comprar o crédito ou recebê-lo gratuitamente, como ocorre em uma doação (Nascimento, 2019, p. 23).

Não obstante não haver a necessidade de aprovação do devedor, tanto a doutrina como o texto legal são uníssomos ao fato de que para a cessão produzir seus efeitos, desde que é celebrada, é necessário que o devedor tome conhecimento do negócio jurídico realizado. Isso se dá para que o devedor não seja prejudicado, uma vez que ao não saber da operação poderia pagar sua obrigação ao credor originário e ficar em débito com o credor atual.

Segue doutrina desenvolvida por Beviláqua sobre o tema:

³⁵ Segundo Pontes de Miranda o aspecto moral deve ser observado e funcionar como um limitador da autonomia absoluta da vontade (Pontes de Miranda, 1954, p. 39).

Em relação ao cedente e ao cessionário, a cessão produz os seus efeitos, desde que é celebrada. Mas, em relação ao devedor, não pode ela ter eficácia, senão depois que este a conhece. Se assim não fosse, seria o devedor prejudicado; porque, na ignorância de estar o crédito transferido, poderia pagar ao credor originário, e esse pagamento feito de boa-fé seria considerado inoperante. Ou o prejudicado seria o cessionário, se tal pagamento se considerasse eficaz. O conhecimento da cessão é feito ao devedor pela notificação, que pode ser judicial ou extrajudicial. Esta última não tem forma estabelecida na lei, mas não basta a declaração verbal, pois há necessidade de fixar-se o tempo da cessão. Qualquer dos interessados, cedente ou cessionário, pode fazê-la. (Beviláqua, 1958, p. 183).

Desta forma o Código Civil brasileiro dispõe no seu artigo 290 a positivação da necessidade de notificação do devedor que por sua vez deve declarar ciência da cessão feita, pelos motivos explanados anteriormente. Segundo o texto do diploma legal:

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita (Código Civil, 2002).

Nota-se aqui algumas diferenças entre os dois institutos, enquanto na cessão de crédito exige-se que o devedor seja notificado e tome ciência do negócio jurídico; na cessão da posição contratual é necessário que o cedido dê anuência para a concretização do negócio. Enquanto na cessão de crédito, transmite-se um crédito da obrigação já satisfeita; na cessão da posição contratual transmite-se direitos e obrigações, passados, presentes e futuros.

No passo seguinte, a cessão de crédito, de acordo com o código civil brasileiro, pode ser classificada de acordo com algumas modalidades que variam de acordo com sua origem legal (necessária, judicial e convencional), com a obrigação gerada (gratuita ou onerosa), com a extinção da obrigação (pro soluto e pro solvendo), com a responsabilidade do cedente e sua extensão (total ou parcial) (Oliveira Filho; Lovo, 2021, p. 135).

Percebe-se então que a cessão de crédito, ao contrário da cessão da posição contratual, já está bem consolidada na doutrina e na legislação brasileira. Desta forma, o projeto de lei que está em discussão nas casas legislativas quando essa tese é escrita será um grande marco para a legislação brasileira, pois se pretende inserir o instituto da cessão da posição contratual no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, a cessão de crédito é bem regulamentada no título "Da Transmissão das Obrigações", em capítulo próprio "Da Cessão de Crédito", que compreende uma seção de artigos entre os artigos 286 e 298 do Código Civil de 2002. Essa regulamentação detalhada reflete a importância do instituto e a necessidade de um marco normativo claro para evitar ambiguidades e conflitos, assegurando a segurança jurídica das transações que envolvem a cessão de créditos.

Embora a cessão de crédito forneça uma base legal relevante, ela não abarca plenamente a complexidade da cessão da posição contratual, que inclui a transferência completa de todos os direitos e obrigações de uma parte contratante para outra. A cessão da posição contratual é um instituto mais abrangente, envolvendo não apenas a transferência de créditos, mas também de todas as obrigações não performadas, as responsabilidades e os vínculos contratuais, o que exige uma abordagem legislativa específica para ser devidamente regulada.

A cessão de crédito é um mecanismo jurídico fundamental que facilita a transferência de direitos creditícios de um credor (cedente) para um terceiro (cessionário) e permite que o cessionário assuma a posição do cedente no vínculo obrigacional original (Carresi, 1950, p. 10). Importante ressaltar que, durante essa transferência, o vínculo obrigacional em si não é extinto, mas sim mantido e continuado sob a titularidade do novo credor (Bdine Júnior, 2008, p. 76).

Essa transferência pode ser realizada de maneira onerosa ou gratuita. No contexto oneroso, o cessionário paga ao cedente um valor acordado em troca do crédito, efetivamente comprando o direito de receber o valor originalmente devido pelo devedor. Por outro lado, a cessão também pode ocorrer de forma gratuita, como em uma doação, onde o cedente passa o crédito ao cessionário sem receber qualquer compensação financeira em retorno.

Este instrumento é amplamente utilizado no comércio e nas finanças, oferecendo flexibilidade para os credores gerenciarem seus ativos e passivos. Permite, por exemplo, que um credor que necessite de liquidez imediata venda seus créditos a terceiros que estejam dispostos a assumi-los, potencialmente com algum desconto. Alternativamente, pode ser utilizado para reestruturar a propriedade de dívidas dentro de um grupo corporativo, ou mesmo para fins de planejamento tributário ou sucessório.

Portanto, a cessão de crédito é uma ferramenta valiosa tanto para transações comerciais quanto pessoais, possibilitando a realocação de recursos financeiros e direitos de maneira eficiente e legalmente reconhecida.

Neste contexto, o termo "obrigação" está profundamente enraizado, refletindo suas raízes no direito romano, onde inicialmente a ideia de contrato se limitava à noção de uma parte devendo uma obrigação a outra (Marky, 1992, p. 107). Essa concepção restritiva demandou uma evolução significativa do instituto para permitir uma transmissão mais flexível das obrigações contratuais. Com o passar do tempo, o desenvolvimento do direito contratual incluiu a elaboração de mecanismos mais sofisticados para a cessão de contratos, permitindo que

obrigações pudessem ser transferidas ou partilhadas de maneira mais eficiente e adaptável às necessidades econômicas e sociais em constante mudança.

Essa evolução foi crucial para expandir o escopo e a funcionalidade dos contratos, transformando-os de simples expressões de dívidas e créditos em complexos arranjos que podem abranger uma variedade de transações e interações econômicas. Além disso, o amadurecimento do conceito de contrato permitiu uma maior segurança jurídica e promoveu a confiança nas transações comerciais, essencial para o desenvolvimento dos mercados modernos. Assim, o direito contratual não apenas seguiu as mudanças nas práticas comerciais, mas também ajudou a moldar a forma como as relações econômicas são conduzidas hoje (Leonardo, 2005, p. 135).

Em regra geral, todos os créditos podem ser cedidos, desde que não se oponham à natureza da obrigação ou a disposições legais específicas. Certos créditos, devido à sua natureza personalíssima, não podem ser objeto de cessão, como é o caso dos créditos alimentícios, dos créditos penhorados, dos créditos de órfãos tutelados e dos créditos cuja cessão é vedada por contrato. A cessão de crédito é regulamentada para assegurar que tais exceções sejam respeitadas, garantindo a proteção dos interesses das partes envolvidas e a conformidade com a legislação vigente.

2.1.2.3 Assunção de dívida

Da mesma forma que a cessão de crédito, a assunção de dívida configura a possibilidade de um terceiro entrar na relação jurídica como responsável por assumir uma obrigação, podendo ser realizada de forma subsidiária ou gerando um novo contrato. No entanto, o principal ponto da cessão da posição contratual é que a obrigação é transferida para um terceiro sem a necessidade de se criar um contrato, pois o contrato original permanece inalterado; o que muda é apenas a posição contratual de uma das partes.

O instituto da assunção de dívida tem origem no direito alemão (*Die schuldübernahme*) (Monteiro; Maluf, 2015, p. 292). Podendo ser definido como um negócio jurídico através do qual uma dívida contraída por um devedor original é transferida para terceiros, com ou sem a liberação do devedor antigo (Orlando Gomes, 2019, p. 50)

O instituto jurídico da assunção de dívida é uma figura importante no direito brasileiro, regulamentado pelo Código Civil de 2002 nos artigos 299 a 303. Este mecanismo permite que um terceiro, chamado de "assuntor", assumira a responsabilidade pelo pagamento de uma dívida previamente existente, mantendo intactos os termos do contrato original.

Essencialmente, a assunção de dívida é um processo pelo qual a obrigação de um devedor é transferida para outra pessoa. Esta transferência não é automática e requer a expressa concordância do credor. A necessidade de consentimento do credor é crucial, pois o credor original tem o direito de avaliar se o novo devedor, o assuntor, possui solvência financeira comparável ou superior à do devedor original. A lei busca proteger o credor contra a substituição do devedor por alguém com menor capacidade de pagamento, garantindo que a saúde financeira do compromisso seja mantida ou melhorada (Nascimento, 2019, p. 25).

A assunção de dívida pode ser particularmente útil em transações comerciais complexas, como reestruturações corporativas, fusões e aquisições, onde dívidas e obrigações de uma entidade podem precisar ser transferidas para outra. Também pode ser usada em contextos pessoais, como parte de acordos de divórcio ou de planejamento sucessório (*idem*).

É interessante ponderar que o modelo de assunção de dívida adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002 caracteriza-se por ser de natureza bifigurativa. Neste modelo, três partes estão envolvidas: o devedor original, o assumente e o credor. O credor, embora continue como uma parte externa ao acordo inicial entre o devedor e o assumente, desempenha um papel crucial, pois é necessário que manifeste seu consentimento para o aperfeiçoamento do negócio jurídico (Simões, 2011, p. 61).

Este consentimento é essencial para garantir que o credor concorde com a substituição do devedor original pelo assumente, uma vez que tal mudança pode afetar as garantias e a segurança do cumprimento da obrigação. A exigência do consentimento do credor não é apenas uma formalidade, mas uma medida que visa proteger seus interesses, assegurando que o assumente possua a solvência necessária para honrar a dívida.

Importante salientar, no caso da assunção de dívidas, o consentimento do credor, conforme prevê o parágrafo único desse dispositivo: “qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa” (Lovo, 2021, p 142). E nas palavras do mesmo autor (*idem*): “na assunção de dívida, quem cala, não consente.” Segue transcrição do diploma legal:

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa (Código Civil, 2002).

Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 313, quando determina que “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida”, estipula que a transferência de dívida deve preservar as condições originais do contrato, a menos que haja um acordo expresso entre todas as partes para alterá-las. Esta disposição assegura que a essência do contrato original seja mantida, evitando que mudanças unilaterais prejudiquem qualquer uma das partes envolvidas.

A implementação desse modelo bifigurativo reflete uma abordagem cautelosa do direito civil brasileiro no que diz respeito à transmissão de obrigações, buscando harmonizar os interesses do devedor original, do assumente e do credor, enquanto mantém a integridade e a execução efetiva do contrato. A compreensão e aplicação cuidadosas dessas normas são fundamentais para a segurança jurídica e para a estabilidade das relações contratuais no Brasil.

Além disso, quando a dívida é garantida por terceiros, estes também precisam concordar com a operação, sob pena de ficarem livres da obrigação de garantir a dívida (Nascimento, 2019, p. 27). Assim, a assunção de dívida exige a anuência de todas as partes envolvidas, a fim de assegurar a manutenção das garantias e a proteção dos interesses do credor. Este requisito de anuência é crucial para garantir que a operação não prejudique a posição do credor, que deve ter a segurança de que a dívida será cumprida por um devedor com capacidade financeira adequada.

A cessão de crédito, a assunção de dívida e a cessão da posição contratual são três instrumentos jurídicos vitais no direito das obrigações, cada um com suas características distintas e implicações específicas. Enquanto a cessão de crédito envolve a transferência de um direito de recebimento de um terceiro, a assunção de dívida implica na transferência da obrigação de pagamento de um devedor para outro, com a concordância do credor.

Por outro lado, a cessão da posição contratual é um conceito mais abrangente e complexo (Bdine Júnior, 2008, p. 36). Este não apenas inclui a transferência de direitos e obrigações existentes entre as partes originais, mas também mantém inalterado o contrato original em sua totalidade. Esta cessão pode envolver tanto aspectos de crédito quanto de dívida, juntamente com todas as outras obrigações contratuais ainda não executadas, tornando-se uma

ferramenta crucial em situações em que a integridade do contrato original precisa ser preservada enquanto se transfere a responsabilidade e os benefícios para uma nova parte.

A utilidade da cessão da posição contratual é particularmente notável em contextos empresariais complexos, como reestruturações corporativas, fusões e aquisições, onde a continuidade dos contratos existentes é essencial. No entanto, a falta de regulamentação específica e detalhada para a cessão da posição contratual pode resultar em ambiguidades e potenciais disputas legais. Isso sublinha a necessidade de uma abordagem legislativa bem definida que aborde de maneira compreensiva tanto os aspectos de crédito quanto de dívida, além de outras obrigações contratuais.

2.1.2.4 Novação

A novação é um instituto jurídico detalhadamente regulado pelo Código Civil de 2002, entre os artigos 360 a 367, e se distingue significativamente da cessão da posição contratual. Enquanto a cessão envolve a transferência de direitos e obrigações de uma parte a outra, mantendo o vínculo contratual original intacto, a novação cria uma relação contratual que substitui a anterior. Este mecanismo resulta na extinção da dívida original e na criação de uma nova obrigação, que pode envolver alterações no objeto, nas partes, ou nas condições da dívida (Bdine Júnior, 2008, p. 95).

Inocência Galvão Teles (1950, p. 456), em sua obra, destaca a distinção clara entre esses dois institutos: "onde há novação não há cessão de contrato; onde há cessão do contrato não há novação". Isso se deve ao fato de que a novação exige uma manifestação expressa das partes de extinguir a obrigação anterior e criar uma nova, indicando claramente a intenção de alterar fundamentalmente a relação jurídica.

A novação permite a renovação das obrigações e oferece uma opção valiosa para a reestruturação de dívidas e a adaptação a novas circunstâncias econômicas ou pessoais das partes envolvidas. É um mecanismo especialmente útil em contextos em que as condições originais sob as quais um contrato foi assinado mudaram de maneira significativa, requerendo um ajuste formal das obrigações contratuais para refletir essa nova realidade.

Diferentemente da cessão da posição contratual, onde o contrato original continua válido e apenas as partes envolvidas mudam, a novação altera os próprios termos do contrato,

resultando na criação de um novo vínculo contratual que extingue o anterior. Este processo requer um acordo claro e inequívoco entre as partes, que deve ser documentado de forma a deixar evidente a intenção de renovar a relação contratual sob novos termos.

Encontramos no direito comparado uma reafirmação de uma característica essencial do instituto da novação que é o fato de haver uma alteração substancial no contrato, criando-se assim uma obrigação. Encontramos tal afirmação nas palavras de Costa (2021, p. 6) conforme transcrição a seguir:

“A novação enquanto regime contratual e, independentemente do seu carácter subjectivo ou objectivo, ocorre sempre que as partes convencionem entre si uma alteração substancial no elemento essencial do negócio, “alteração” esta, tal, que consubstancia a constituição de uma nova obrigação, em substituição da primitivamente constituída.

Outro ponto que Costa (2021) reafirma, dentro da perspectiva da legislação portuguesa, é a diferença crucial entre a alteração do objeto do contrato e a cessão da posição contratual. Na cessão da posição contratual, os sujeitos do contrato são modificados, mas o objeto do contrato permanece inalterado. Isso significa que os direitos e obrigações do cedente são transferidos para o cessionário, mantendo-se intactas as condições e os termos originais do contrato. Em contraste, a alteração do objeto do contrato implica mudanças substanciais no próprio conteúdo do contrato, o que pode envolver a modificação das obrigações, dos direitos ou das condições previamente acordadas entre as partes. Portanto, enquanto a cessão da posição contratual se concentra na transferência de partes envolvidas sem interferir no conteúdo acordado, a alteração do objeto do contrato reflete mudanças no próprio cerne do acordo contratual.

“E por aqui se poderá desde já distinguir este instituto da cessão da posição contratual pois que como sabemos os casos de cessão ocorrem por uma modificação dos sujeitos intervenientes em dado negocio, não se alterando contudo, o objecto próprio do negocio. O que quando na situação deste instituto já não ocorre uma vez ser aqui e agora o objecto do negocio o ponto essencial necessário à constituição de novos efeitos juridicos, independentemente da alteração dos sujeitos intervenientes ou não” (Costa, 2021, p. 5).

Ainda segundo Costa (2021, p. 10), a novação pode ser objetiva ou subjetiva. A novação objetiva ocorre quando o devedor contrai uma nova obrigação em substituição à antiga, alterando o objeto da obrigação. Exemplos incluem a substituição de uma dívida salarial por uma dívida de depósito. A novação subjetiva envolve a substituição de uma das partes no contrato, como a troca do credor ou do devedor, exigindo a extinção da obrigação anterior e a constituição de uma nova.

Em conclusão, a novação se destaca como um mecanismo jurídico robusto e versátil, essencial para a gestão e reestruturação de obrigações contratuais. Regulada minuciosamente pelo Código Civil de 2002, ela permite a criação de novas obrigações em substituição às antigas, promovendo ajustes que refletem mudanças nas circunstâncias econômicas ou pessoais das partes envolvidas.

Diferenciando-se claramente da cessão da posição contratual, a novação exige uma manifestação expressa das partes para extinguir a obrigação anterior e constituir uma nova, proporcionando uma solução dinâmica e eficaz para a manutenção e renovação das relações jurídicas. Esse instituto oferece uma valiosa ferramenta para assegurar a adaptabilidade e a flexibilidade necessárias no complexo cenário das relações contratuais contemporâneas, protegendo os interesses de todas as partes envolvidas e promovendo a estabilidade jurídica.

2.1.2.5 Sub-rogação

A sub-rogação é disciplinada pelos artigos 346 a 351 do Código Civil de 2002 e, assim como na cessão, ocorre a substituição de um sujeito por outro na relação jurídica, o que pode gerar confusão entre os dois institutos. A grande diferença entre eles é que, no caso da cessão, a obrigação é transferida, enquanto na sub-rogação, a obrigação é satisfeita.

De forma objetiva, pode-se destacar dois tipos de sub-rogação: legal e convencional. A sub-rogação legal ocorre de acordo com o estipulado em lei, como no caso de um devedor comum que paga a dívida e se sub-roga em todos os direitos decorrentes da operação. Esse tipo de sub-rogação acontece automaticamente quando a lei assim determina, sem necessidade de acordo expresso entre as partes. Exemplos incluem o pagamento de uma dívida por um fiador, que, ao satisfazer a obrigação do devedor principal, se sub-roga nos direitos do credor original (Nascimento, 2019, p. 31).

Já a sub-rogação convencional ocorre quando é negociada entre as partes envolvidas. Neste caso, a sub-rogação depende de um acordo explícito, onde o novo credor é indicado por meio de um pacto estabelecido entre as partes. A sub-rogação convencional é comumente utilizada em contratos de empréstimo ou financiamento, onde o novo credor assume os direitos e garantias do credor original após a quitação da dívida (Bdine Júnior, 2008, p. 96).

A sub-rogação, tanto legal quanto convencional, oferece benefícios importantes para o sistema jurídico e econômico. Ela permite a continuidade dos direitos e garantias originais, assegurando que o novo credor tenha as mesmas proteções que o credor anterior. Isso é particularmente relevante em situações em que a garantia da dívida é essencial para a segurança do crédito, como hipotecas ou penhores.

Na sub-rogação, o crédito original não é extinto, mas há uma transferência da posição do credor, resultando na criação de um novo crédito em favor de uma nova parte, mantendo propriedades idênticas às do crédito original, inclusive com a transferência das garantias associadas. Esta operação jurídica permite que, enquanto o devedor continua a cumprir suas obrigações sob os mesmos termos, o direito de receber o pagamento é transferido para outro credor. A sub-rogação assegura a continuidade das condições estabelecidas no acordo inicial, incluindo todas as garantias previamente acordadas, o que garante a segurança jurídica e financeira para todas as partes envolvidas (Simões, 2011, p. 60).

Além disso, a sub-rogação contribui para a estabilidade das relações jurídicas, ao garantir que as obrigações sejam satisfeitas sem a necessidade de criar relações contratuais. Este mecanismo é especialmente útil em contextos de financiamento e seguro, onde a transferência de direitos de crédito é frequente. A sub-rogação permite que a relação jurídica seja mantida, protegendo os interesses do credor, do devedor e de terceiros envolvidos.

Em contraste, a cessão de crédito e a cessão da posição contratual implicam na transferência de direitos e obrigações para um novo sujeito, sem a extinção da obrigação original. Na cessão de crédito, o foco está na transferência do direito de receber o pagamento, enquanto na cessão da posição contratual, há uma transferência mais ampla, que inclui direitos e obrigações dentro do contrato (Nascimento, 2019, p. 22).

Portanto, a distinção entre sub-rogação e cessão é crucial para a aplicação adequada dos institutos jurídicos. A sub-rogação implica a satisfação da dívida e a continuidade dos direitos do credor, enquanto a cessão envolve a transferência de direitos e obrigações, mantendo a obrigação original. Compreender essas diferenças é fundamental para a interpretação correta das normas e para a proteção dos interesses das partes envolvidas nas relações jurídicas.

2.1.2.6 Adesão ao contrato

No Brasil, o instituto da adesão ao contrato não é explicitamente regulamentado, porém, tornou-se bastante usual e é legitimado pelo princípio da liberdade contratual. Neste contexto, as partes primitivas do contrato são mantidas, enquanto, ao longo do tempo, terceiros podem ingressar na relação contratual, tornando-se cotitulares com iguais direitos e obrigações (Nascimento, 2019, p. 33).

Este processo de adesão permite a adaptação e a expansão das relações contratuais, assegurando que novos participantes possam integrar-se ao contrato original. Dessa forma, os novos aderentes compartilham tanto os benefícios quanto as responsabilidades decorrentes da relação jurídica estabelecida. A flexibilidade proporcionada pela adesão ao contrato é fundamental para a dinâmica dos negócios modernos, permitindo que as partes originais e os novos integrantes ajustem suas obrigações e direitos de acordo com as necessidades e oportunidades emergentes.

A prática da adesão ao contrato, embora não regulamentada de forma específica, encontra respaldo em diversos princípios do direito contratual. O princípio da autonomia da vontade, por exemplo, permite que as partes ajustem seus interesses livremente, desde que respeitados os limites legais. Esse princípio é essencial para a validade e eficácia dos contratos, garantindo que os acordos sejam firmados de maneira voluntária e consensual (Direito, 2007, p. 113).

Além disso, o princípio da função social do contrato, consagrado no Código Civil brasileiro, assegura que os contratos atendam não apenas aos interesses individuais das partes, mas também aos interesses coletivos e sociais (Rosenvald; Netto, 2020, p. 520). A adesão ao contrato, nesse sentido, pode ser vista como uma prática que potencializa a função social dos contratos, ao possibilitar a inclusão de novos participantes e a ampliação dos efeitos benéficos da relação jurídica.

Podemos perceber nas palavras de Rosenvald e Netto, uma clara exposição sobre a função social do contrato:

Passa-se a reconhecer que as relações negociais têm como finalidade instrumentalizar, o contrato em prol das exigências maiores do ordenamento jurídico, o valor social da livre-iniciativa, a liberdade econômica, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana (Rosenvald; Netto, 2020, p. 520).

Por fim, é importante destacar que a adesão ao contrato deve ser conduzida de maneira transparente e equitativa, garantindo que os novos aderentes compreendam plenamente os

termos e condições do contrato original. A clareza e a boa-fé nas negociações são fundamentais para a manutenção da confiança entre as partes e para a efetividade das relações contratuais.

Em resumo, a adesão ao contrato, embora não explicitamente regulamentada no Brasil, é uma prática legitimada pelo princípio da liberdade contratual e fundamentada em outros princípios do direito contratual (Nascimento, 2019, p. 33). Ela permite a adaptação e a expansão das relações contratuais, integrando novos participantes com iguais direitos e obrigações, e contribuindo para a dinâmica e a função social dos contratos no ambiente jurídico brasileiro.

O instituto da adesão ao contrato se assemelha muito ao instituto da cessão de contrato, mas possui uma característica fundamental que delimita a diferença entre eles. No ato da celebração do contrato, já existem três partes envolvidas: o estipulante, que desde o primeiro momento possui a prerrogativa de indicar outra parte no futuro, chamada de eleito, e o promitente, que aceita desde o início que o estipulante faça a substituição da sua posição contratual no futuro estipulado.

A diferença definitiva entre os dois institutos é a eficácia temporal. No caso da cessão de contrato, a eficácia se dá no momento da cessão (*ex nunc*), ou seja, a partir do momento em que a cessão é realizada, os direitos e obrigações são transferidos para o cessionário. Já no caso do contrato com pessoa a declarar, a eficácia é retroativa (*ex tunc*) à data de celebração do contrato, significando que, uma vez declarada a nova parte, ela passa a ser considerada parte do contrato desde a sua origem (Nascimento, 2019, p. 37).

Um ponto relevante é que o eleito já deve existir na data da celebração do contrato, pois não teria condição de assumir uma posição de forma retroativa se não existisse no momento inicial. Essa existência prévia é essencial para garantir a validade e a aplicabilidade do contrato com pessoa a declarar, assegurando que todas as partes estejam cientes e de acordo com os termos desde o início.

A adesão ao contrato, portanto, é uma prática que, ao permitir a inclusão de novos participantes ao longo do tempo, oferece uma flexibilidade significativa para a adaptação das relações contratuais às mudanças e necessidades emergentes. Contudo, a distinção entre adesão e cessão de contrato é crucial para a compreensão adequada de suas implicações jurídicas (Nascimento, 2019, p. 38).

Ademais, é importante considerar a aplicação prática desses institutos no contexto jurídico e empresarial. No caso da cessão de contrato, a transferência de direitos e obrigações pode ser vantajosa em situações em que o cedente deseja sair da relação contratual ou onde o cessionário possui melhores condições de cumprir as obrigações contratuais. Já no contrato com pessoa a declarar, a possibilidade de designar um terceiro desde o início permite uma maior flexibilidade e previsibilidade nas relações contratuais, especialmente em contratos de longa duração ou em situações em que a substituição futura de uma das partes é esperada (Nascimento, 2019, p. 38).

Concluindo, enquanto a cessão de contrato e a adesão ao contrato podem parecer similares, a distinção entre a eficácia *ex nunc* e *ex tunc* é fundamental. A adesão ao contrato proporciona uma flexibilidade que é valorizada em contextos dinâmicos e em constante evolução, permitindo que novos participantes se integrem à relação contratual de maneira retroativa e alinhada com os termos originalmente estabelecidos.

2.1.2.7 Considerações sobre os institutos correlatos à cessão da posição contratual

A análise dos diferentes institutos relacionados à cessão de posição contratual no direito brasileiro revela a complexidade e a riqueza das possibilidades jurídicas envolvidas. A cessão de contrato, também denominada cessão da posição contratual, permite a transferência de todos os direitos e obrigações de um contrato para uma nova parte, mantendo a relação jurídica original, mas substituindo um dos contratantes. Esse instituto é fundamental para a flexibilidade e dinamismo das relações contratuais, especialmente em um contexto de crescente globalização e interconectividade econômica.

A subcontratação, por sua vez, oferece uma alternativa onde o contratante original permanece parte do contrato, estabelecendo uma relação paralela com um subcontratado. Este mecanismo é particularmente relevante em contratos com a Administração Pública, onde a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) trouxe regulamentações específicas que facilitam sua aplicação.

A cessão de crédito, assunção de dívida e novação são outros instrumentos que, embora diferentes em seus efeitos e requisitos, também permitem a adaptação das obrigações contratuais às necessidades das partes envolvidas. A cessão de crédito possibilita a transferência

de um direito de crédito sem alterar a relação jurídica original, enquanto a assunção de dívida permite que um terceiro assumira a obrigação do devedor, com a concordância do credor. A novação, por sua vez, extingue a obrigação original e cria uma nova, adaptando os termos contratuais às novas circunstâncias.

A sub-rogação, disciplinada pelo Código Civil, substitui um sujeito na relação jurídica, diferenciando-se da cessão por satisfazer a obrigação original. A adesão ao contrato e o contrato com pessoa a declarar são institutos que, embora menos comuns, oferecem formas adicionais de adaptação das relações contratuais às especificidades das partes envolvidas.

Esses diversos mecanismos demonstram a importância da autonomia privada e da liberdade contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Eles oferecem às partes uma ampla gama de opções para estruturar e adaptar suas relações contratuais, garantindo que os contratos possam evoluir e se ajustar às mudanças nas circunstâncias e nas necessidades das partes. A proposta de revisão e atualização do Código Civil para incluir expressamente a cessão de posição contratual busca harmonizar a legislação brasileira com as tendências internacionais, proporcionando maior segurança e previsibilidade para as partes envolvidas.

Em conclusão, a cessão da posição contratual e os institutos correlatos são fundamentais para a modernização e flexibilização das relações contratuais no Brasil. Eles permitem a continuidade e a eficácia das obrigações contratuais, assegurando que os direitos e deveres sejam transferidos de maneira justa e equitativa, promovendo um ambiente jurídico seguro e favorável para o desenvolvimento econômico e social.

2.2 As inovações da Lei 14.133/21 correlacionadas com a cessão da posição contratual

A Lei nº 14.133, publicada em 1º de abril de 2021, trouxe significativas mudanças para a área de licitações e contratos públicos no Brasil, modernizando os procedimentos e introduzindo novos conceitos (Romanhol, 2023, p. 126). Nesta seção, será abordada a sistemática da lei no que diz respeito à formação dos contratos administrativos, desde o processo de licitação até a sua execução.

Os pontos de alteração da lei que foram destacados são aqueles que podem influenciar diretamente a aceitação da cessão da posição contratual nos contratos administrativos, pois tratam de mudanças que, de alguma forma, flexibilizam os procedimentos em prol da obtenção

de maiores resultados ou aperfeiçoam o sistema de controle. Dessa forma, mesmo com a flexibilização, mantêm-se os cuidados constitucionais pertinentes ao zelo pelo recurso público.

A Lei nº 14.133/21 representou um marco significativo na reformulação do regime de licitações e contratos administrativos no Brasil, introduzindo uma série de inovações destinadas a aprimorar e modernizar esses processos. Entre as mudanças mais significativas está a implementação dos Diálogos Competitivos. Esse novo procedimento permite que a Administração Pública, durante a fase de planejamento da contratação, estabeleça um diálogo aberto com licitantes que já tenham sido previamente qualificados. O objetivo é identificar e desenvolver soluções alternativas que atendam às necessidades específicas do órgão ou entidade (Bordalo, 2021).

Os Diálogos Competitivos são particularmente valiosos em projetos de grande complexidade técnica ou que demandem inovação tecnológica, onde soluções padronizadas podem não ser adequadas. Ao interagir diretamente com os potenciais fornecedores, a Administração pode explorar diversas possibilidades e coletar *insights* valiosos que ajudam na formulação de um projeto mais eficiente e eficaz. Este método não só fomenta uma maior criatividade e adaptação nas propostas, mas também promove uma maior transparência e competição leal entre os licitantes, assegurando que as melhores e mais inovadoras soluções sejam escolhidas.

Além disso, o Diálogo Competitivo, disciplinado pelo artigo 32 da Lei nº 14.133/21, contribui para a redução de riscos e custos ao longo do tempo, pois permite que a Administração Pública refine seus requisitos antes de finalizar o edital de licitação, evitando modificações de última hora que podem levar a disputas ou atrasos. Este procedimento também estimula a participação de empresas menores ou mais especializadas, que podem não ter a capacidade de competir em grandes licitações tradicionais, mas que possuem especializações técnicas que são valiosas para o setor público (Justen Filho, 2023c, p. 468).

Portanto, a introdução dos Diálogos Competitivos pela Lei nº 14.133/21 é um passo importante para modernizar as licitações no Brasil, alinhando-as com práticas internacionais e respondendo de forma mais eficiente e eficaz às demandas contemporâneas de contratação pública.

A Lei nº 14.133/21 também introduziu a positivação de novos princípios no artigo 5º, que anteriormente eram considerados implícitos. Entre esses, pode-se destacar os postulados do planejamento, a segurança jurídica, a transparência, a celeridade, a economicidade e a

competitividade. A explicitação desses princípios visa proporcionar um marco normativo mais claro e robusto, garantindo maior previsibilidade e coerência na aplicação das normas de licitação e contratos administrativos.

Outro aspecto notável da Lei nº 14.133/21 é a inclusão explícita de referências à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) no artigo 5º conforme transcrição:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (Lei nº 14.133/21).

Esta menção estratégica contribui significativamente para a harmonização do novo regime de licitações e contratos administrativos com os princípios gerais do direito. A LINDB orienta a interpretação e a aplicação das normas jurídicas no Brasil, enfatizando a importância da segurança jurídica, da eficiência administrativa e da proporcionalidade nas decisões públicas.

Ao integrar as diretrizes da LINDB, a Lei nº 14.133/21 reforça a necessidade de uma aplicação do Direito Administrativo que não apenas atenda aos requisitos técnicos e legais, mas também observe princípios fundamentais que sustentam a integridade e a justiça do sistema jurídico. Este enfoque é particularmente relevante no contexto de licitações públicas e contratos administrativos, onde a transparência, a equidade e a racionalidade devem prevalecer para evitar arbitrariedades e fomentar um ambiente de confiança entre o Estado e os cidadãos, assim como entre o governo e os parceiros comerciais.

Além disso, a referência à LINDB na legislação atual auxilia os administradores públicos e os juristas a interpretar e aplicarem as normas de maneira que respeite os limites legais e éticos, promovendo decisões que são não apenas juridicamente válidas, mas também justas e adequadas às circunstâncias específicas de cada caso. Isso é essencial para mitigar riscos legais e para assegurar que as decisões administrativas sejam sustentáveis e bem fundamentadas, evitando litígios desnecessários e fortalecendo a estabilidade das políticas públicas.

Portanto, a menção à LINDB na Lei nº 14.133/21 é um avanço notável que alinha as práticas de licitação e contratação pública às melhores práticas de governança e administração

do direito, reforçando o compromisso com a segurança jurídica e com a aplicação razoável e proporcional das normas em um contexto que exige rigor e flexibilidade.

A Lei nº 14.133/21 em seu artigo 6º, também trouxe a ampliação das definições legais, apresentando definições claras para 60 termos específicos. Essa clarificação terminológica é crucial para a precisão na interpretação e aplicação da lei, evitando ambiguidades e incertezas que poderiam comprometer a eficácia das normas e a segurança jurídica das contratações públicas. Vejamos o início do artigo como um exemplo das definições citadas acima:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
I - órgão: unidade de atuação integrante da estrutura da Administração Pública;
II - entidade: unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;
III - Administração Pública: administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas;" (Lei nº 14.133/21).

A legislação também passou a incentivar a inovação como um dos objetivos das contratações públicas. A inclusão desse objetivo reflete a preocupação em fomentar o desenvolvimento tecnológico e a adoção de soluções inovadoras nas contratações governamentais, promovendo a modernização e a eficiência da Administração Pública.

Uma inovação de grande impacto no cenário das contratações públicas é a obrigatoriedade da implementação de programas de *compliance* e governança em projetos de grande porte se encontra no artigo 25, § 4 da Lei nº 14.133/21:

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Essa medida visa assegurar a integridade e a transparência nas relações entre o setor público e o privado, prevenindo fraudes e promovendo a ética nas contratações. A adoção de tais programas não apenas fortalece a confiança nas instituições públicas, mas também cria um ambiente mais competitivo e justo para as empresas envolvidas. Ao estabelecer diretrizes claras e mecanismos de controle rigorosos, o *compliance* atua como uma salvaguarda contra práticas ilícitas, contribuindo para a construção de um mercado mais ético e eficiente.

Com a promulgação da nova lei de licitações e contratos administrativos no Brasil, que introduziu maior flexibilidade para promover a melhor proposta, a implementação de controles rigorosos se tornou ainda mais crucial. A legislação contemporânea e a jurisprudência vigente oferecem um arcabouço que permite maior liberdade econômica, contudo, essa liberdade deve

ser equilibrada com medidas que minimizem as possibilidades de irregularidades e abusos. Nesse contexto, os programas de *compliance* e governança surgem como ferramentas essenciais para garantir que a flexibilidade proporcionada pela nova lei não comprometa a integridade do processo licitatório. Assim, o fortalecimento desses mecanismos é fundamental para assegurar que a liberdade econômica seja exercida de maneira ética e responsável, preservando os princípios de transparência e probidade que devem nortear as contratações públicas.

Com esse intuito, a nova legislação implementou um inovador sistema de três linhas de defesa para fortalecer o controle das contratações públicas. Este modelo foi projetado para maximizar a eficácia dos mecanismos de controle interno e externo, promovendo uma gestão dos recursos públicos pautada pela transparência e responsabilidade. A implementação das três linhas de defesa, juntamente com a instituição do papel do agente de contratação, marca uma evolução significativa na estrutura de controle das contratações públicas no Brasil.³⁶

De acordo com o artigo 169 na Lei nº 14.133/21, as contratações públicas deverão se submeter a práticas de gestão de risco e sujeitar-se a três linhas de defesa. A primeira linha de defesa é formada pelos gestores e operadores das áreas de negócio responsáveis pela execução direta das atividades de contratação. Eles são encarregados de manter controles operacionais efetivos e de gerenciar os riscos cotidianos. A segunda linha inclui funções de supervisão e de controle de riscos, como as unidades de *compliance* e gestão de riscos, que asseguram que os procedimentos e políticas estão sendo seguidos corretamente. A terceira linha é representada pela auditoria interna, que realiza avaliações independentes para verificar a adequação, eficácia e eficiência dos controles internos e da gestão de riscos implementados pelas duas primeiras linhas.

O artigo 169, segundo Justen Filho (2023, p. 1734), de acordo com o artigo 3º da INC 1/2016, conforme transcrição:

Art. 3º Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão implementar, manter, monitorar e revisar os controles internos da gestão, tendo por base a identificação, a avaliação e o gerenciamento de riscos que possam impactar a consecução dos objetivos estabelecidos pelo Poder Público. Os controles internos da gestão se constituem na primeira linha (ou camada) de defesa das organizações

³⁶ Nos termos da Lei nº 14.133/21: “Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm>. Acesso em: 24 jun. 2024.

públicas para propiciar o alcance de seus objetivos. Esses controles são operados por todos os agentes públicos responsáveis pela condução de atividades e tarefas, no âmbito dos macroprocessos finalísticos e de apoio dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal. A definição e a operacionalização dos controles internos devem levar em conta os riscos que se pretende mitigar, tendo em vista os objetivos das organizações públicas. Assim, tendo em vista os objetivos estabelecidos pelos órgãos e entidades da administração pública, e os riscos decorrentes de eventos internos ou externos que possam obstaculizar o alcance desses objetivos, devem ser posicionados os controles internos mais adequados para mitigar a probabilidade de ocorrência dos riscos, ou o seu impacto sobre os objetivos organizacionais (BRASIL. Ministério do Planejamento; União (CGU), 2016).

Essa segregação de funções proporcionada pelo modelo de três linhas permite uma distribuição mais clara e objetiva das responsabilidades entre os envolvidos no processo de licitação e contratação. O procedimento não apenas aumenta a transparência e a responsabilização em cada etapa do processo, mas também melhora a integridade e a eficiência na alocação dos recursos públicos. O agente de contratação, como peça central deste sistema, desempenha um papel vital ao coordenar e assegurar que as práticas de contratação estejam alinhadas com a legislação vigente e com os interesses públicos.

Com essas inovações, a nova lei busca não apenas prevenir a corrupção e os desvios de conduta, mas também fortalecer a capacidade administrativa de responder de maneira eficiente e eficaz às necessidades da sociedade. Ao promover uma fiscalização robusta e sistemática, o sistema de três linhas de defesa é um passo fundamental para assegurar que os processos de contratação pública no Brasil sejam conduzidos com a maior integridade possível.

A condução da licitação por um agente de contratação, em vez de uma comissão, tornou-se a regra com a nova lei no artigo 6º, inciso LX. Essa mudança visa aumentar a responsabilidade individual e a eficiência no processo licitatório, garantindo maior celeridade e profissionalismo nas contratações públicas. Dessa forma, a nova estrutura de governança contribui para um sistema de controle mais robusto e eficiente, mitigando riscos e assegurando uma gestão mais transparente e responsável dos recursos públicos (Carvalho, 2023, p. 51).

A criação do Portal Nacional de Contratações também representa um avanço significativo para a transparência e o acesso às informações sobre as contratações públicas. Esse portal centraliza as informações, facilitando o acompanhamento e a fiscalização das licitações e contratos pela sociedade e pelos órgãos de controle.

A Lei nº 14.133/21 representa um marco significativo nas reformas do regime de contratações públicas no Brasil, introduzindo uma série de inovações que visam aprimorar a eficiência e transparência desses processos. Entre as alterações mais notáveis estão as

estipuladas nos artigos 151 a 154, que estabelecem os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nas contratações públicas (*ibidem*, p. 745).

Vejamos os meios alternativos de resolução de controvérsias listados nos artigos citados acima:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Conforme especificado pelo artigo 151, nas contratações regidas por esta nova lei, são encorajados métodos como conciliação, mediação, comitês de resolução de disputas e arbitragem. O uso desses métodos é orientado pelo princípio de que apenas controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidas a esses procedimentos. Isso inclui questões críticas como o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais, e os cálculos para indenizações.

O artigo 152 reforça que a arbitragem deve ser sempre de direito e deve respeitar o princípio da publicidade, garantindo a transparência do processo. O artigo 153, por sua vez, permite que os contratos possam ser aditados para incluir cláusulas que prevejam a utilização desses meios alternativos de resolução de conflitos, facilitando sua adoção de maneira proativa. Já o artigo 154 assegura que o processo de escolha dos árbitros e dos membros dos comitês de resolução de disputas seja realizado conforme critérios isonômicos, técnicos e transparentes, promovendo a equidade e a competência técnica na resolução de disputas.

Além dessas modificações, a Lei nº 14.133/21, no artigo 177, também introduziu uma alteração significativa no artigo 1048 da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), ao inserir a prioridade de tramitação para as ações judiciais que envolvem a aplicação das normas gerais de licitação e contratos. Esta disposição visa garantir uma resolução mais rápida dos conflitos, fortalecendo a segurança jurídica e evitando atrasos que possam impactar a continuidade e a qualidade dos serviços públicos. Ao priorizar essas tramitações, a legislação busca não apenas

resolver disputas de forma mais eficiente, mas também minimizar o risco de paralisação de projetos essenciais para o bem-estar público (Carvalho, 2023, p. 199).

Segue a transcrição do dispositivo citado acima:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:
[...]
IV - em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do caput do art. 22 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021) (Lei nº13.105, artigo 1048, inciso IV).

Essas inovações são fundamentais para um sistema de contratação pública que se deseja mais ágil, justo e adaptado às complexidades das demandas contemporâneas, representando um passo importante na modernização da gestão pública brasileira.

2.2.1 Princípios constitucionais previstos na Lei nº 14.133/21

A introdução do artigo 5º no novo diploma legal representa uma inovação significativa ao estabelecer um rol de princípios que devem ser observados na aplicação da lei. Esta, a redação do dispositivo:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro).

No entanto, é importante notar que essa abordagem também tem gerado debates e críticas, especialmente em relação à eficácia e à simplicidade do principiologismo no campo do Direito Administrativo.

A positivação desses princípios é crucial para o nosso tema, especialmente diante da maior flexibilidade e das mudanças legais e jurisprudenciais. O fato de termos princípios norteadores pode auxiliar a tomada de decisão por parte da Administração Pública com maior celeridade e segurança. Esses princípios fornecem um guia consistente e coerente, permitindo que a Administração navegue pelas novas disposições legais de maneira eficiente e ética, garantindo a conformidade e a integridade nos processos decisórios.

Justen Filho levanta uma crítica relevante à disposição legal. Em sua análise, ele argumenta que o Direito Administrativo deve ser aplicado por meio do campo normativo, ou seja, por meio de normas e regras específicas, em vez de depender exclusivamente de princípios. Para ele, a multiplicação excessiva de princípios pode resultar na redução da segurança jurídica e na ambiguidade na interpretação da lei, ao dar margem a múltiplas interpretações (Justen Filho, 2023, p. 98). A crítica de Justen Filho se concentra na ideia de que a inclusão de muitos princípios em uma legislação pode tornar a aplicação da lei mais complexa e subjetiva. Isso ocorre porque os princípios, por sua natureza abstrata e genérica, podem ser interpretados de diferentes maneiras, o que pode gerar incerteza jurídica e litígios. Ele também sugere que a solução para esse problema poderia ser a supressão desse dispositivo, eliminando assim a lista de princípios, e, em vez disso, priorizando a elaboração de normas específicas e regras claras para orientar a aplicação da lei.

Nas palavras do autor:

A multiplicação de princípios reduz a segurança jurídica. A potencial contradição de soluções propiciadas por múltiplos e diversos princípios amplia o risco de interpretações distintas e conflitantes entre os órgãos administrativos e as instituições de controle. Ainda que a Lei 13.655/2018 tenha introduzido restrições a esse posicionamento abstrato, o principiologismo continua a se constituir em uma solução simplista para problemas jurídicos relevantes” (Justen Filho, 2023, p. 98).

Embora reconheçamos a crítica de Justen Filho, temos um posicionamento diferente. A inclusão dos princípios auxilia significativamente na tomada de decisão por parte dos gestores e órgãos de controle, especialmente diante da dinâmica economia de mercado contemporânea, mesmo para situações que envolvam a contratação pelo setor público. Esses princípios fornecem diretrizes claras e flexíveis que ajudam a Administração a lidar com as novas disposições legais de maneira eficaz e ética.

Portanto, consideramos que a presença dos princípios no artigo 5º não apenas facilita a adaptação às mudanças legais e jurisprudenciais, mas também promove uma aplicação mais justa e segura da lei.

Acerca dessa questão Carvalho (2023, p. 35) faz a seguinte afirmação transcrita abaixo:

Princípios são mandamentos de otimização. Isso significa que os princípios trazem valores e que precisam ser respeitados na maior medida possível. São os fundamentos e alicerces de toda a disciplina jurídica. São dirigidos a todos os intérpretes.

Ademais, os princípios dispostos na legislação procedimental, como na Lei Geral de Processo Administrativo brasileira, são desdobramentos dos princípios constitucionais da

Administração Pública. Esses princípios têm uma dupla ancoragem, tanto constitucional quanto legal. Nesse contexto, os princípios constitucionais da Administração Pública e os princípios do procedimento administrativo são reconhecidos não apenas como parâmetros de controle judicial dos atos administrativos, mas também como parâmetros de ação da própria Administração Pública. Isso significa que esses princípios orientam a atuação da Administração no exercício de suas funções como intérprete e criadora de normas jurídicas (Hotz, 2023, p. 60).

Portanto, o debate sobre a inclusão de princípios no artigo 5º do novo diploma legal destaca a importância de encontrar um equilíbrio adequado entre princípios e normas no campo do Direito Administrativo, com o objetivo de promover uma aplicação eficaz e justa da lei, ao mesmo tempo em que se mantém a segurança jurídica.

A Lei nº 14.133/21, é notável por sua integração explícita de diversos princípios constitucionais que são fundamentais para sua aplicação efetiva. Esses princípios incluem os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos essenciais para assegurar que as contratações públicas ocorram de maneira justa, transparente e eficaz.

Vale ressaltar, conforme destacado por Alexandre de Moraes, que os princípios desempenham um papel essencial no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo na ausência explícita de alguns desses princípios no texto constitucional, isso não implica que eles sejam inaplicáveis ou irrelevantes. Muitos princípios atuam como fundamentos implícitos do direito público, norteando a interpretação e aplicação das normas jurídicas (Moraes, 2020, p. 365).

A adoção de um rol de princípios na Lei nº 14.133/21 serve como uma garantia adicional de que todas as etapas dos processos de licitação e contratação administrativa serão conduzidas com a maior assertividade possível. Por exemplo, o princípio da impessoalidade assegura que as decisões sejam tomadas com objetividade e sem favoritismos, enquanto o princípio da publicidade garante a transparência necessária para o escrutínio público dessas decisões. Juntos, eles fortalecem o quadro legal e contribuem para a confiança pública na administração das finanças e recursos nacionais.

Portanto, a Lei nº 14.133/21 não apenas atualiza o sistema de licitações e contratos públicos no Brasil, mas também reafirma o compromisso com princípios constitucionais que são a espinha dorsal da Administração Pública brasileira, alinhando processos administrativos com as exigências de um governo democrático, responsável e eficiente.

A inclusão dos princípios no texto legal não visa apenas o aprimoramento da aplicação das normas pela gestão pública, mas também promove uma administração mais eficaz na busca dos objetivos atribuídos à função pública. A ênfase na eficácia e na desburocratização, em vez da preocupação com o formalismo e a interpretação estrita da lei, tem como objetivo eliminar os excessos regulatórios e processuais que frequentemente retardam as respostas governamentais e a prestação de serviços. Além disso, a busca contínua pela qualidade assegura que os serviços não apenas atendam às expectativas dos cidadãos, mas também se adaptem e melhorem continuamente em resposta à evolução das demandas sociais.

Este conjunto de diretrizes destaca uma visão de gestão pública que valoriza a responsabilidade e o engajamento cívico, criando canais para que os cidadãos participem mais ativamente no monitoramento e na avaliação dos serviços que recebem. Assim, a evolução legislativa fortalece o quadro legal para uma administração mais transparente e eficaz, alinhada com as melhores práticas de governança global, e reitera o compromisso do Brasil com a Administração Pública que verdadeiramente serve e representa seus cidadãos.

De acordo com os ensinamentos de Moraes (2020), diversas disposições em países e estados federados brasileiros versam sobre o princípio da eficiência na Administração Pública. Essas regras positivadas demonstram a preocupação dos legisladores em garantir a eficácia, a qualidade e a otimização dos serviços públicos, contribuindo para uma gestão mais competente dos recursos públicos e para o atendimento das necessidades da sociedade.

Na Espanha, o artigo 103 da Constituição de 1978 prevê expressamente o princípio da eficiência na Administração Pública, demonstrando o compromisso do país em assegurar que a administração seja assertiva em suas ações e responsabilidades. Nas Filipinas, a Constituição de 1986, em sua seção 3 do Artigo IX, B, estabelece a necessidade de disposição de ânimo, eficiência, integridade, pronta colaboração, dinamismo e cortesia no serviço público, destacando a importância de uma Administração Pública orientada para atender as demandas da população.

No Suriname, o artigo 122 da Constituição de 1987 estabelece que compete ao Conselho de Ministros "preparar e executar uma política eficiente", indicando que o país busca uma gestão governamental eficiente em suas políticas e ações. Em Portugal, o artigo 267 da Constituição de 1997 estabelece que a Administração Pública deve ser estruturada de modo a evitar a burocratização e a aproximar os serviços das populações, assegurando a participação

dos interessados na gestão efetiva dos serviços públicos. Essa disposição reflete o desejo de eficiência, proximidade e participação na Administração Pública portuguesa.

Em Cuba, o artigo 66 da Constituição de 1976 menciona a iniciativa direcionada ao aproveitamento dos recursos e possibilidades locais e à incorporação das organizações sociais e de massa em suas atividades, o que pode ser interpretado como uma busca por eficiência na utilização de recursos e envolvimento da sociedade na gestão pública. No Brasil, o Estado de Tocantins, por meio do artigo 9º de sua Constituição, estabelece diversos princípios, incluindo a eficiência, que devem ser observados na Administração Pública do estado, ressaltando sua importância no contexto estadual. Similarmente, no Estado de Rondônia, o artigo 19 destaca a responsabilidade do Poder Público em assegurar a efetividade dos requisitos, incluindo a eficiência, na prestação direta ou indireta dos serviços públicos.

Em resumo, essas disposições legais em diferentes jurisdições refletem o reconhecimento da importância do princípio da eficiência na Administração Pública. A busca por uma gestão eficiente dos recursos e pela prestação de serviços de qualidade é uma preocupação comum em diversas partes do mundo.

E de acordo com Viana (2011, p. 300), o princípio da eficiência “deve ser entendido como a busca da obtenção do melhor resultado possível, inclusive nos aspectos ligados ao máximo proveito na utilização de escassos recursos financeiros tanto públicos como privados”. Assim sendo, a introdução desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro demonstrou uma grande evolução para a Administração Pública.

Segundo Maximiliano (2022, p. 42), “é graças aos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto”. Diante de tal afirmação fica notória a importância do artigo, pois, afinal de contas, vivemos num tempo em que as mudanças são contínuas e uma legislação que não possua a baliza exata dos princípios que a regem pode ficar superada em questão de poucos anos. Nas palavras do autor: “*Prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis* – mais importante e de mais força que a palavra é a intenção e quem afirma” (Maximiliano, 2022, p. 42).³⁷

Conforme destacado anteriormente, Justen Filho manifesta a opinião de que o artigo 5º poderia ser eliminado "pura e simplesmente" da legislação vigente. Ele argumenta que, no

³⁷ Celso, no Digesto, liv. 33, tít. 10, frag. 7, 2º. Citado por Maximiliano, 2022, p.42.

âmbito do Direito Administrativo, os princípios deveriam ter uma aplicação restrita, limitando-se à resolução de conflitos e lacunas legais. Essa posição é detalhada em sua obra, onde Justen Filho reforça que a Administração Pública deve aderir estritamente ao princípio da legalidade, que obriga o cumprimento fiel das normas jurídicas vigentes (Justen Filho, 2023, p. 98).

Justen Filho sustenta que a existência de princípios explicitados na legislação pode ser redundante ou mesmo problemática, na medida em que pode sugerir uma flexibilidade interpretativa ou operacional que contraria o princípio da legalidade. Segundo ele, a inclusão de tais princípios pode gerar incertezas e abrir margens para interpretações que potencialmente desviem os administradores públicos de suas obrigações legais claras e diretas.

Essa visão crítica de Justen Filho sobre a função dos princípios no Direito Administrativo aponta para um debate mais amplo sobre a natureza e o papel dos princípios na governança pública. Ela incita a reflexão sobre se a presença de princípios na legislação deveria servir principalmente como uma orientação ética e moral para os casos em que a lei é omissa, ou se eles deveriam ser incorporados como diretivas substantivas que guiam todas as ações da Administração Pública. Este debate é crucial para a compreensão e a evolução do Direito Administrativo, especialmente em um contexto em que a precisão legal e a eficiência administrativa são cada vez mais valorizadas.

Ainda segundo o autor, o artigo 5º possui uma função hermenêutica, com o propósito de guiar a interpretação e a aplicação dos dispositivos específicos da lei, e só devem ser acionados quando da ocorrência de uma controvérsia ou omissão de algum ponto dentro da lei. Observa ainda que a própria LINDB³⁸ foi citada ao final do referido artigo como forma de aplicação.

Porém, nos ensinamentos de Maximiliano, pode-se perceber uma tentativa do legislador de conferir um ar de modernidade ao diploma legal com a positivação do rol de princípios que devem ser observados em sua aplicação.

Portanto, se não pode restringir muito o papel do juiz em face dos Códigos. A sua função, como intérprete e aplicador do Direito, é necessariamente vasta e complexa; porque a lei deve regular os assuntos de um modo amplo, fixar princípios fecundos em consequências, e não estabelecer para cada relação da vida uma regra específica; não decide casos isolados, fórmula preceitos gerais (Maximiliano, 2022, p. 123).

Conforme afirma Rocha (1997, p. 213), o artigo 37 introduziu “imperativamente” a observância dos princípios ali elencados para toda e qualquer atividade administrativa para a União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Corroborando a afirmação da autora, Alexandre

³⁸ LINDB Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, 1942.

de Moraes afirma serem princípios norteadores a serem aplicados obrigatoriamente pelos mesmos entes (Moraes, 2020, p. 380).

Já José Afonso da Silva (1994, p. 17) faz uma explanação, citando Canotilho, em que a Constituição é um sistema aberto entre regras e princípios. Um modelo voltado apenas para as regras geraria uma grande inflexão e limitada racionalidade prática e, no extremo, um sistema focado apenas em princípios poderia gerar brechas no próprio princípio da legalidade.

A partir da provocação de Justen Filho, ao afirmar que a positivação dos princípios da Lei de Licitações e Contratos Públicos³⁹ possui uma função hermenêutica, pois têm a função de orientar a interpretação e a aplicação dos dispositivos da mesma (Justen Filho, 2023, p. 101), passamos neste ponto a analisar a importância deste tema para o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se refere à aplicação da referida lei pela Administração Pública.

Hermenêutica significa, tradicionalmente, teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo (Streck, 1999, p. 261).

De acordo com Maximiliano (2022, p. 10), a partir de Kelsen, a interpretação jurídica deixou o campo do certo e do errado para trilhar o campo do autêntico (quando feita pelo Poder Estatal Judiciário) e do doutrinário (quando obra de inteligência sem poder jurídico decisório).

É certo que o atual regime constitucional dotou a Suprema Corte do Brasil com poderes para determinar se uma norma está de acordo com os princípios constitucionais e até mesmo com a própria Constituição. Esse julgamento pode demorar algum tempo; no caso da ADI 2496⁴⁰, estamos falando de 18 anos, uma vez que a ação proposta em 2003 só teve seu julgamento final em 2021.

Assim sendo reafirmasse a importância da interpretação autêntica que certamente se utiliza do processo hermenêutico para tomar as suas decisões. Importante salientar aqui que, de acordo com Maximiliano, a palavra hermenêutica não pode ser confundida com a palavra interpretação, “pois a primeira cobre e fixa os princípios que regem a segunda” (Maximiliano, 2022, p. 31).

O doutrinador ensina ainda que as regras hermenêuticas incluídas em um código possuem a mesma força que os outros preceitos ali inseridos. Isso significa que as normas de

³⁹ Lei nº 14.133/21.

⁴⁰ ADI 2.946/DF.

interpretação têm a mesma autoridade normativa e são tão vinculativas quanto as disposições substantivas e procedimentais contidas no código. A hermenêutica, portanto, não é apenas uma ferramenta auxiliar, mas um componente essencial do ordenamento jurídico.

Adicionalmente, a hermenêutica jurídica precisa acompanhar a evolução geral da sociedade. A interpretação das normas deve ser dinâmica e adaptável, refletindo as mudanças nos valores sociais, econômicos e culturais. Esse acompanhamento é crucial para assegurar que as leis permaneçam relevantes e eficazes diante das transformações sociais. Um exemplo clássico dessa necessidade é a interpretação das leis de acordo com os direitos fundamentais, que se expandem e se refinam com o tempo e com a evolução das concepções de justiça e dignidade humana.

Neste sentido, o interesse do legislador ao incluir regras hermenêuticas em um código é prolongar ao máximo a vida útil da legislação, afastando a necessidade de reformas em curto espaço de tempo. Ao prever métodos de interpretação que permitem uma adaptação contínua às novas realidades, o legislador busca criar um arcabouço jurídico mais resiliente e duradouro. Isso não apenas economiza recursos legislativos, mas também promove a estabilidade jurídica, que é fundamental para a segurança jurídica e para a confiança dos cidadãos no sistema legal.

Essa abordagem legislativa pode ser compreendida à luz da teoria do "*living law*" ou "direito vivo", que reconhece que a lei deve ser vista como um organismo vivo, capaz de evoluir com a sociedade que regula. Assim, as regras hermenêuticas são projetadas para permitir que os intérpretes do direito, especialmente os juízes, possam adaptar as normas às novas circunstâncias sem necessidade de frequentes emendas legislativas.

Por fim, é importante notar que essa flexibilidade hermenêutica não significa arbitrariedade. As regras de interpretação fornecem diretrizes claras e fundamentadas para a aplicação da lei, garantindo que a evolução hermenêutica se dê de maneira consistente e previsível. Esse equilíbrio entre flexibilidade e segurança jurídica é essencial para a efetividade e legitimidade do sistema jurídico.

2.2.2 *Obrigatoriedade da implantação do programa de integridade*

A introdução de novos conceitos na Lei nº 14.133/21, como a obrigatoriedade da implantação de programas de *compliance* e governança, positivados no artigo 25, §4º,

representam um avanço significativo na busca por uma maior integridade e transparência nas contratações públicas. Essa inovação reflete a crescente importância dos instrumentos de governança e melhores práticas. No contexto da cessão da posição contratual, em que o objeto do contrato pode ser prestado por pessoas jurídicas distintas das que lograram êxito na licitação, assim como a subcontratação, tornam a obrigatoriedade dos programas de *compliance* ainda mais relevante para o nosso tema.

Segue transcrição do artigo 25, § 4º:

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

A inclusão da exigência de programas de *compliance* e governança nas contratações públicas demonstra o compromisso em prevenir práticas corruptas, assegurar o cumprimento das normas e regulamentos, bem como promover uma gestão mais eficiente dos recursos públicos. Um programa de *compliance* e integridade é um conjunto estruturado de políticas, procedimentos e práticas adotadas por uma organização para garantir a conformidade com leis, regulamentos e padrões éticos aplicáveis ao seu setor de atuação. Esses programas são essenciais para prevenir, detectar e responder a condutas ilícitas ou antiéticas, promovendo uma cultura de integridade dentro da organização (Barreto; Vieira, 2021, p. 3).

Esses programas visam estabelecer diretrizes internas nas empresas e entidades que participam das licitações, promovendo uma cultura de integridade e responsabilidade. Incluem componentes como o compromisso da alta administração, códigos de conduta, políticas e procedimentos específicos, treinamento contínuo, canais de denúncia confidenciais, monitoramento e auditoria regular, medidas disciplinares claras e avaliação de riscos. Ao implementar esses programas, as empresas não só garantem o cumprimento das exigências legais, mas também contribuem para um ambiente de negócios mais transparente e ético, favorecendo a confiança pública e a sustentabilidade a longo prazo.

Ao tornar obrigatória a implementação de tais programas, a Lei nº 14.133/21 enfatiza a importância da ética e da responsabilidade nas relações entre o setor público e os contratados. Essa medida contribui para evitar desvios, irregularidades e práticas fraudulentas, o que é fundamental para a preservação dos recursos públicos e a promoção da confiança da sociedade nas instituições governamentais. Outra vertente substancial é que a obrigatoriedade surge como

um dos meios de intervenção do Estado na atividade econômica, que são: atuação direta, fomento e disciplina. É precisamente dentro do aspecto de disciplina que se insere essa medida.

Embora o Estado tenha promovido mais uma inovação legislativa no sentido de aumentar o nível de conformidade nas empresas que se relacionam com a Administração Pública, o modelo de regulação prescritiva adotado no Brasil não tem conseguido influenciar significativamente a criação de uma cultura de *compliance* nas organizações. Isso ocorre porque, ao estabelecer metas que devem ser alcançadas, o modelo privilegia a formalidade em detrimento do resultado. Na maioria dos casos, essa abordagem tem prejudicado o crescimento das empresas, aumentando a burocracia e os custos (Garbaccio; Francisco; Scaff, 2024, p. 2; 21).

Além disso, a introdução desses conceitos também está alinhada com tendências internacionais, uma vez que diversos países têm adotado medidas similares para fortalecer a integridade e a transparência em suas contratações públicas. Isso coloca o Brasil em sintonia com as melhores práticas globais e ajuda a garantir que as contratações públicas sejam conduzidas de maneira justa, eficiente e livre de irregularidades.

Em suma, a inclusão da obrigatoriedade de programas de *compliance* e governança na Lei nº 14.133/21 é um passo importante em direção a um ambiente de contratações públicas mais ético, transparente e eficiente. Esta medida promove a integridade e protege os interesses públicos de maneira mais eficaz, garantindo o cumprimento do disposto no artigo 37 da CRFB no que diz respeito à forma de trabalho do gestor público.

2.2.3 A omissão legislativa quanto à subcontratação ou a cessão do contrato como causas de rescisão contratual: uma permissão implícita para a aplicação dos institutos?

O artigo 137⁴¹ da Lei nº 14.133/21 representou uma mudança significativa em relação ao regime anterior estabelecido pelo artigo 78⁴² da Lei nº 8.666/93. Notavelmente, o novo texto não faz menção explícita à subcontratação ou à cessão do contrato como causas de rescisão contratual. Essa modificação legislativa gerou debates e interpretações diversas, especialmente em relação à cessão de contratos administrativos.

Uma vez que o legislador excluiu essas práticas do rol de causas de rescisão, pode-se sustentar que o legislador permitiu tacitamente tais práticas. Essa omissão pode ser interpretada como uma flexibilidade intencional, permitindo que a subcontratação e a cessão de contratos ocorram, desde que sigam os princípios e normas estabelecidos pela lei, contribuindo para uma maior adaptabilidade e eficiência nas contratações públicas.

De acordo com Justen Filho, ao tratar-se da cessão de contratos administrativos, deve-se atentar para diversos aspectos críticos. Embora a legislação vigente não contenha disposições explícitas que a proíbam e a jurisprudência do STF manifeste-se favoravelmente, a Administração Pública possui a prerrogativa de invocar o inciso I do artigo 137 da Lei nº 14.133/2021 para impedir tal cessão (Justen Filho, 2023, p. 1509).

⁴¹ Nesse sentido, o teor da norma: “Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

II - desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

III - alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

IV - decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

V - caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

VI - atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

VII - atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

IX - não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.”

⁴² Esse, o dispositivo: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

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;”

O autor ainda destaca que, embora a lei tenha deixado de configurar a subcontratação ou a cessão do contrato como causas de rescisão, ela conferiu ao edital o poder de impedir essas práticas. Essa possibilidade é evidenciada na transcrição abaixo:

Como visto, o art. 137 da Lei 14.133/21 deixou de aludir expressamente à subcontratação ou à cessão do contrato como causas de rescisão contratual. No entanto, práticas dessa ordem podem ser enquadradas, em vista das circunstâncias do caso concreto, como infração subsumível ao inc. I. Tal se passará nos casos em que existir vedação explícita, de cunho absoluto e intransponível (Justen Filho, 2023, p. 1509).

O referido artigo estabelece que a transferência de contratos administrativos pode ser vedada, conferindo aos editais de licitação um papel decisivo e potencialmente restritivo. Em outras palavras, as vedações explícitas nos editais de licitação podem adquirir um caráter absoluto e intransponível, impossibilitando a cessão em situações específicas. Esta disposição normativa sublinha a necessidade de uma análise rigorosa e detalhada dos editais para determinar a viabilidade jurídica da cessão de contratos.

É fundamental explorar em profundidade a questão das contratações personalíssimas. Além do exemplo citado de artistas, pode-se discutir outras situações em que a natureza do serviço ou a expertise do contratado são de tal magnitude que tornam a contratação personalíssima apropriada. Essa análise também deve abordar a diferença entre contratos que são verdadeiramente personalíssimos e aqueles que podem ser realizados por meio de competição. Um exemplo específico disso é a modalidade de licitação por concurso, que é adequada quando a escolha da melhor proposta depende da avaliação de habilidades e competências individuais.

A análise das implicações práticas e jurídicas da cessão de contratos administrativos exige uma abordagem metódica e rigorosa. Essa análise deve incluir a consideração cuidadosa de como as cláusulas contratuais são formuladas para permitir e regular a cessão de forma eficaz. Além disso, é crucial que os editais de licitação sejam elaborados de maneira a abordar explicitamente a possibilidade e os procedimentos relativos à cessão. Isso assegura que todos os potenciais licitantes estejam cientes das condições sob as quais a cessão pode ocorrer e das responsabilidades envolvidas. Adotar essas medidas não só promove a transparência e a legalidade nas transações envolvendo a Administração Pública, mas também minimiza riscos legais e garante a continuidade do serviço público sem interrupções ou diminuição da qualidade.

2.2.4 Ausência de reprodução do artigo 50 da Lei nº 8.666/93, que estabelecia a convocação por ordem de classificação no certame licitatório

Outra mudança de alta relevância é o fato de o legislador não ter reconduzido para a Lei nº 14.133/21 o artigo 50 da Lei nº 8.666/93. Esta omissão pode indicar que não se manteve a proibição de contratar de acordo com a ordem de classificação, tampouco com aqueles que não haviam participado do certame.

Na Lei nº 8.666/93, o artigo 50 estabelecia critérios específicos para a contratação, limitando a capacidade do administrador público de escolher livremente entre os fornecedores ou prestadores de serviço, ao exigir o estrito cumprimento da ordem de classificação das propostas apresentadas. Além disso, essa norma proibia a contratação de entidades ou indivíduos que não tivessem participado do processo licitatório.

Vejamos o artigo revogado pela Lei nº 14.133/21:

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade (Lei nº 8.666/93).

A ausência dessa disposição na nova legislação sugere uma flexibilização dos procedimentos de contratação pública, permitindo ao administrador maior discricionariedade na escolha dos contratados. Esse ajuste pode ser interpretado como uma tentativa de tornar os processos licitatórios mais dinâmicos e menos burocráticos, potencialmente facilitando a obtenção de melhores serviços e preços mais competitivos.

Pois, ao seguir a regra do diploma revogado, a Administração Pública poderia, nas palavras de Justen Filho (2005, p. 5), incorrer em preços muito mais elevados, contrariando assim o princípio da obtenção da melhor condição para o Estado. Conforme vemos na transcrição do trecho abaixo:

Ora, a disposição comprova, de modo cabal, que são relevantes para a Administração Pública as condições constantes da oferta classificada como vencedora. O sujeito que irá efetivamente executar a proposta é irrelevante (desde que preencha os requisitos de habilitação). Assim, suponha-se que o vencedor deixe de assinar o contrato. Imagine-se que a Administração convoque todos os demais classificados, na ordem da classificação para firmarem o contrato. Será perfeitamente possível que o último classificado - que formulara oferta para executar a prestação com tecnologia diversa e com preços muito mais elevados - aceite a convocação e assumira a proposta vencedora. Não haverá qualquer impedimento a que ele seja contratado (Justen Filho, 2005, p. 5).

Contudo, essa maior flexibilidade também exige um rigoroso controle e a implementação de medidas de integridade para prevenir práticas corruptas e garantir a transparência e eficiência na gestão dos recursos públicos. A adoção de medidas de controle é essencial para monitorar e assegurar que as decisões de contratação sejam tomadas de forma justa e equitativa, protegendo os interesses públicos.

Portanto, a mudança reflete uma evolução na legislação que busca equilibrar a necessidade de flexibilidade e eficiência com a imperiosa demanda por transparência e integridade na Administração Pública. Isso representa um avanço significativo na modernização das práticas de contratação pública, alinhando-se às melhores práticas internacionais e com os princípios de governança corporativa.

2.2.5 Possibilidade de a seguradora terminar a obra ou subcontratá-la para cumprir o objeto do contrato

O artigo 102 da Lei nº 14.133/21 marca uma inovação significativa nas práticas de contratação pública no Brasil, introduzindo mudanças importantes na maneira como as garantias são administradas em contratos governamentais. Esse dispositivo legal estabelece a possibilidade de os editais de licitação requererem a prestação de uma garantia na forma de seguro-garantia. Essa modalidade de garantia visa fortalecer a segurança jurídica e financeira nas contratações públicas, assegurando que os projetos sejam concluídos mesmo em casos de inadimplência por parte do contratado (Justen Filho, 2023c, p. 1309).

Nos termos do dispositivo:

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;

b) acompanhar a execução do contrato principal;

c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Além de exigir a garantia de seguro, o artigo impõe à seguradora a obrigação de assumir a execução do contrato e concluir o objeto contratado, caso o contratado original falhe em cumprir suas obrigações. Esta disposição assegura que a Administração Pública tenha continuidade nos serviços e projetos, minimizando as interrupções causadas por eventuais problemas de execução por parte do contratado. Além disso, a disposição pode ser interpretada como exemplo de autorização legal à cessão da posição contratual, ainda que em situação excepcional.

Nesse sentido, o artigo em comento também especifica que a seguradora deve figurar como interveniente anuente no contrato, estabelecendo uma responsabilidade direta e formal no processo. Isso significa que a seguradora passa a ter um papel ativo e decisivo na execução do contrato, estando legalmente obrigada a garantir a conclusão do projeto, seja diretamente ou por meio de terceiros.

No seu inciso III, o artigo ainda contempla a possibilidade de a seguradora, ao optar por concluir a obra, subcontratar a execução do contrato, seja de forma total ou parcial. Isso proporciona flexibilidade operacional à seguradora para gerir a execução do contrato da maneira mais eficiente possível, podendo escolher os fornecedores ou empreiteiros que julgar mais adequados para a conclusão do trabalho.

Essas medidas, coletivamente, não apenas melhoram a eficiência e a eficácia das contratações públicas, mas também promovem maior responsabilidade e transparência na gestão dos recursos públicos, contribuindo significativamente para a modernização das práticas de contratação pública no Brasil.

Essa inovação legislativa se conecta com o direito comparado ao importar a figura do *performance bond*. Segundo Gladimir Poletto (2021, p. 133), o *performance bond* é um tipo de seguro garantia que assegura a realização do projeto dentro do prazo estabelecido no contrato principal.

Além disso, a adoção do *performance bond* reflete uma tendência global de utilizar ferramentas mais sofisticadas de gestão de riscos contratuais. Em países onde esse instrumento já é amplamente utilizado, observa-se uma maior confiança e estabilidade nas relações contratuais, tanto no setor público quanto no privado.

Ao alinhar-se a essas práticas internacionais, o Brasil busca não apenas melhorar a gestão e execução dos contratos públicos, mas também promover uma cultura de responsabilidade e cumprimento de obrigações. A exigência de *performance bonds* em contratos públicos pode, portanto, contribuir para dar mais transparência, previsibilidade e eficiência na Administração Pública, beneficiando diretamente a sociedade.

Não obstante, essa relevante evolução visa garantir a efetiva entrega do que foi contratado, preservando assim a integridade dos recursos públicos. A Lei nº 14.133/21 prevê a possibilidade de a garantia contratual chegar a 30% (trinta por cento) para obras de engenharia de grande vulto, embora, na maior parte dos casos, esse percentual seja de 5% (cinco por cento) ou 10% (dez por cento).

Segundo Poletto, nos Estados Unidos, para obras federais acima de U\$150.000,00, é exigida uma apólice de *surety bond* de 200% (duzentos por cento), dividida em 100% (cem por cento) de *performance bond* e 100% (cem por cento) na forma de *payment bond*. Isso significa que a cobertura total pode chegar ao dobro do valor do contrato, assegurando tanto a conclusão do projeto quanto o pagamento de todas as obrigações financeiras (Poletto, 2021, p. 297).

No caso da legislação brasileira, Poletto argumenta que há necessidade de evolução. Se a construtora não concluir a obra, ela deve pagar o valor segurado, que se limita a 30% (trinta por cento), não cobrindo assim todos os prejuízos do inadimplemento contratual. Portanto, a legislação brasileira ainda não oferece uma cobertura completa dos riscos associados ao não cumprimento dos contratos, ao contrário do modelo americano que proporciona uma proteção mais robusta contra possíveis falhas na execução contratual (Poletto, 2021, p. 313).

Essa limitação na cobertura dos seguros-garantia no Brasil implica que, em casos de inadimplência, a Administração Pública pode enfrentar desafios significativos para assegurar a conclusão das obras e a recuperação total dos recursos investidos. Assim, a evolução legislativa nesse sentido seria fundamental para alinhar as práticas brasileiras aos padrões internacionais, proporcionando maior segurança e eficiência nas contratações públicas.

Outra inovação importante é a exigência de que a seguradora atue como interveniente anuente no contrato. Isso significa que a seguradora tem um papel formal e ativo no contrato, reforçando sua responsabilidade na execução deste. A atuação como interveniente anuente assegura que a seguradora esteja diretamente envolvida no cumprimento das obrigações contratuais, proporcionando uma camada adicional de segurança e garantindo que os interesses da Administração Pública sejam resguardados.

O inciso III do artigo 102 da Lei nº 14.133/21 traz uma inovação significativa ao permitir que a seguradora subcontrate a execução do contrato, seja de forma total ou parcial (Justen Filho, 2023, p. 1309). Esta disposição oferece uma flexibilidade adicional na gestão dos contratos públicos, possibilitando que a seguradora encontre os meios mais eficazes para assegurar a execução do contrato. A opção pela subcontratação pode ser especialmente vantajosa em situações em que é necessário mobilizar recursos especializados ou adicionais para garantir a conclusão do projeto dentro dos prazos e padrões exigidos.

Esta flexibilidade é vital para a Administração Pública, facilitando a continuidade e a qualidade das obras e serviços contratados, mesmo em casos de inadimplência do contratado original. Além de proteger os recursos públicos, essas medidas aumentam a eficiência e a eficácia dos projetos públicos, assegurando que as obras e serviços sejam concluídos conforme o planejado.

É relevante destacar também o disposto no inciso II, que autoriza o empenho em nome da seguradora, desde que esta comprove sua situação fiscal regular (*ibidem*, p. 1311). Esse requisito estabelece um critério objetivo para a cessão do contrato administrativo para execução pela seguradora, fundamentado na comprovação da regularidade fiscal.

A inclusão dessas disposições no ordenamento jurídico brasileiro indica uma evolução na concepção tradicional de que os contratos com a Administração Pública são estritamente personalíssimos. A possibilidade de envolvimento de terceiros, como as seguradoras, na execução e garantia dos contratos reflete uma abordagem mais flexível e moderna das contratações públicas, mantendo, ao mesmo tempo, a segurança e a eficácia na execução dos contratos. Esta mudança pode significar um avanço considerável nas práticas de gestão e execução de contratos públicos, alinhando-os com padrões mais ágeis e adaptáveis.

2.2.6 Previsão de subcontratação no artigo 122 da Lei n º 14.133/21

A Lei nº 14.133/21, ao positivar explicitamente a possibilidade de subcontratação, representa um avanço significativo na regulamentação das contratações públicas. A legislação determina que a Administração Pública estabeleça claramente os limites desta prática já no edital de convocação do certame licitatório e na formalização subsequente do contrato. Esta medida, incorporada no artigo 122, destaca a percepção dos legisladores sobre a importância estratégica da subcontratação. Segue a transcrição do teor do dispositivo:

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

§ 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação (Lei 14.133/21).

Este reconhecimento legislativo assegura que a subcontratação seja implementada de maneira controlada e transparente, garantindo que todos os envolvidos estejam cientes das regras e limites aplicáveis desde o início do processo. A definição de limites claros para a subcontratação no edital e no contrato não apenas fortalece a governança e a responsabilidade na execução de projetos públicos, mas também contribui para a eficiência ao permitir a inclusão de especialistas e empresas com competências específicas que o contratante principal pode não possuir internamente.

Esta abordagem facilita uma maior especialização e qualidade na entrega de serviços e obras públicas, refletindo uma adaptação das práticas de contratação às necessidades contemporâneas de flexibilidade e especialização técnica. Ao fazer isso, a lei não apenas promove uma gestão de projetos mais eficaz, mas também incentiva uma maior competitividade e inovação dentro do setor público (Justen Filho, 2023, p. 1392).

Em projetos de alta complexidade, a subcontratação frequentemente se apresenta como um elemento indispensável para a execução eficiente e eficaz do contrato. A flexibilidade proporcionada pela subcontratação permite que empresas especializadas sejam chamadas para cumprir partes específicas do contrato, garantindo, assim, a qualidade e a precisão na entrega dos serviços ou produtos contratados.

A relevância dessa prática é corroborada pelo artigo 67, § 9º⁴³, do mesmo diploma legal, que permite a comprovação de capacidade técnica mediante a invocação dos atestados do potencial subcontratado. Isso evidencia que, na economia moderna, a prática da subcontratação

⁴³ Consoante o dispositivo: “§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado”.

ou terceirização é fundamental para o sucesso dos negócios. A capacidade de integrar diferentes competências e recursos especializados por meio da subcontratação não apenas aumenta a eficiência operacional, mas também pode reduzir custos e prazos de execução, promovendo um ambiente de negócios mais dinâmico e competitivo.

Como a própria lei permite que a Administração Pública determine o limite de subcontratação, é defensável a posição de que a ausência de tal determinação no edital dá ao contratado a possibilidade de definir quanto poderá utilizar dessa prerrogativa. É importante notar que, nessa modalidade, o contratado ainda se mantém vinculado às responsabilidades do contrato, fato que não ocorre na modalidade da cessão da posição contratual, onde ele se desvincula do contrato. Essa distinção ressalta a flexibilidade e a responsabilidade contínua do contratado na subcontratação, tornando-a uma prática atraente e viável.

A importância da subcontratação para as empresas pode ser percebida nas palavras de Amato Neto (1995, p. 37):

Além de buscarem novas tecnologias de produtos e de processos, assim como novas formas de organização e gestão do trabalho e da produção, as empresas em geral, principalmente aquelas que atuam nos setores mais modernos e dinâmicos da economia mundial, estão, decididamente, procurando implantar e desenvolver novos padrões de relações com seus fornecedores (externos ou internos), que se refletem nas práticas de subcontratação, parcerias etc.

Essa abordagem legislativa destaca a importância da subcontratação como uma ferramenta estratégica na gestão de contratos públicos, permitindo uma maior adaptabilidade e resposta às demandas complexas e variáveis do mercado. Ao mesmo tempo, impõe à Administração Pública a responsabilidade de estabelecer claramente os limites e as condições dessa prática, assegurando a transparência e a conformidade com os objetivos e princípios da licitação.

Portanto, a Lei nº 14.133/21, ao incorporar a subcontratação como uma prática regulamentada no artigo 122, reconhece a necessidade de flexibilidade e especialização no cumprimento de contratos públicos, alinhando-se com as melhores práticas internacionais e promovendo uma gestão mais eficiente e eficaz dos recursos públicos.

2.2.7 Considerações sobre as inovações da lei

As inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21 representam uma reforma significativa no regime de licitações e contratos administrativos no Brasil, visando uma modernização abrangente dos procedimentos e a introdução de conceitos inovadores para promover maior eficiência, transparência e integridade nas contratações públicas.

A flexibilização dos procedimentos, como a subcontratação e a cessão da posição contratual, é um avanço crucial, proporcionando tanto à Administração Pública quanto aos contratados uma maior adaptabilidade e capacidade de resposta às demandas complexas do mercado. A eliminação do artigo 50 da Lei nº 8.666/93, por exemplo, reflete uma mudança de paradigma, conferindo ao administrador público maior discricionariedade na escolha dos contratados e potencialmente resultando em processos licitatórios mais dinâmicos e competitivos.

A lei também estabelece programas de *compliance* e governança como obrigatórios, além de adotar meios alternativos de resolução de controvérsias. Estes mecanismos são essenciais para assegurar que a flexibilidade introduzida pela nova legislação não comprometa a conformidade e a probidade administrativa, preservando os recursos públicos e a confiança da sociedade nas instituições governamentais.

A implementação de sistemas de controle robustos, como as três linhas de defesa e a figura do agente de contratação, promove uma clara segregação de funções, fortalecendo a estrutura de governança e mitigando riscos. Adicionalmente, a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas marca um avanço significativo na centralização e na acessibilidade das informações sobre contratações, facilitando a fiscalização e o acompanhamento por parte da sociedade e dos órgãos de controle.

A permissão para subcontratação, conforme estipulado no artigo 122, e a flexibilização das restrições à ordem de classificação nos certames licitatórios refletem a busca por um equilíbrio entre flexibilidade operacional e controle rigoroso. A subcontratação emerge como uma estratégia especialmente valiosa em projetos de alta complexidade, onde a especialização e a eficiência são fundamentais.

Com isso, a Lei nº 14.133/21 estabelece um novo marco na modernização das práticas de contratação pública no Brasil. Incorporando princípios constitucionais, incentivando a inovação e adotando práticas internacionais avançadas, a nova legislação visa criar um ambiente de contratações mais ético, transparente e eficiente. As mudanças implementadas não só melhoram os processos licitatórios, mas também protegem os interesses públicos e

fortalecem a confiança nas instituições governamentais, alinhando-se aos princípios de governança corporativa e às exigências de uma economia moderna e dinâmica.

De forma geral, as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21, citadas anteriormente, corroboram significativamente para a possibilidade da cessão da posição contratual nos contratos administrativos. A modernização dos procedimentos licitatórios e contratuais, introduzida por essa legislação, flexibiliza e aprimora o sistema de controle, proporcionando um ambiente mais propício para a adaptação às demandas contemporâneas.

A introdução de mecanismos como os Diálogos Competitivos e a obrigatoriedade de programas de *compliance* e governança exemplificam a tendência de maior flexibilidade aliada ao rigor no controle das contratações. O Diálogo Competitivo, por exemplo, permite à Administração Pública interagir com licitantes qualificados durante a fase de planejamento, promovendo soluções mais adequadas e inovadoras para projetos complexos. Essa interação facilita a inclusão de cláusulas que possam prever a cessão da posição contratual, desde que garantidas a transparência e a integridade do processo.

Além disso, a obrigatoriedade de programas de *compliance* assegura que empresas envolvidas em cessões contratuais mantenham altos padrões de integridade e conformidade, mitigando riscos de irregularidades. A previsão de subcontratação, conforme o artigo 122, e a ampliação das definições legais, como as constantes do artigo 6º, oferecem maior clareza e segurança jurídica, facilitando a implementação da cessão da posição contratual de forma controlada e eficiente.

A revogação do artigo 50 da Lei nº 8.666/93, que impedia a contratação de terceiros estranhos ao procedimento licitatório e estabelecia a obrigatoriedade de seguir a ordem de classificação das propostas, indica uma flexibilização importante. Essa mudança permite maior discricionariedade ao administrador público para selecionar contratados que possam melhor atender às necessidades específicas do contrato, incluindo a possibilidade de cessão da posição contratual, desde que isso seja feito dentro dos parâmetros estabelecidos no edital e no contrato.

O artigo 102 da nova lei também traz uma inovação significativa ao permitir que, em caso de inadimplência do contratado, a seguradora assumira a execução e conclusão do objeto do contrato. Esta disposição fortalece a segurança jurídica e financeira nas contratações públicas, garantindo a continuidade e a finalização dos projetos. A seguradora pode, inclusive, subcontratar a execução do contrato, o que demonstra uma abordagem mais prática e flexível para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais.

Portanto, a Lei nº 14.133/21, ao modernizar e flexibilizar os procedimentos contratuais, introduzir mecanismos de controle e *compliance*, e permitir maior discricionariedade e segurança jurídica, cria um ambiente favorável para a cessão da posição contratual nos contratos administrativos. Essa modernização atende às necessidades contemporâneas de maior eficiência, transparência e adaptabilidade, garantindo ao mesmo tempo a segurança e a probidade na gestão dos recursos públicos.

3. JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF RELACIONADA COM A CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

Este capítulo se propõe a examinar a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionada à cessão da posição contratual, demonstrando como essas decisões têm contribuído para moldar uma compreensão mais moderna e pragmática sobre o assunto.

A escolha dos precedentes discutidos aqui não é aleatória; eles foram selecionados por sua importância na construção de uma doutrina que reconhece a validade e a necessidade de flexibilidade na cessão de contratos administrativos. Esses julgados revelam uma tendência do STF em conciliar a necessidade de eficiência administrativa com a observância dos princípios constitucionais, proporcionando uma base sólida para a defesa da possibilidade de cessão de contratos a terceiros qualificados. A análise dessas decisões permite uma compreensão mais profunda dos critérios e das justificativas que sustentam essa prática, destacando sua importância para a continuidade e a eficiência dos serviços públicos.

3.1 Cessão de contratos a terceiros, desde que qualificados, não infringe os princípios licitatórios

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2496/DF, em que se questionava a constitucionalidade do artigo 27⁴⁴, caput e §1º, da Lei nº 8.987/95, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Nesta ação, o Procurador-Geral da República (PGR) argumentou que tal artigo permite a transferência de concessões sem licitação, em violação ao artigo 175⁴⁵ da Constituição Federal, que exige licitação para a prestação de serviços públicos⁴⁶.

O acórdão publicado neste julgamento posiciona o entendimento da Suprema corte do Brasil em 12 pontos que são extremamente relevantes para o trabalho desenvolvido nesta tese. De forma geral endossam a posição de que a melhor proposta é a que se vincula à Administração e que as características subjetivas de quem irá executar a proposta não é do interesse da mesma.

⁴⁴ “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.”

⁴⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

⁴⁶ ADI nº 2.946/DF 2022.

A primeira afirmação do acórdão diz respeito ao caráter personalíssimos dos contratos administrativos, e nesse quesito o entendimento recepcionado pela suprema corte foi o já mencionado em capítulo próprio de que esse entendimento reflete a influência do direito francês que já foi superado na própria França e que continua sendo adotado por alguns doutrinadores brasileiros como Di Pietro e outros. Essa concepção do caráter personalíssimo dos contratos administrativos advém segundo a doutrina de Justen Filho (2005, p. 4), de um período em que não era necessário o procedimento licitatório para a escolha de quem haveria de ser contratado pelo ente público, gerando um alto grau de discricionariedade por parte da Administração Pública e, portanto, lastreado na confiança entre os agente e desta forma, tal relação não era passível de transferência.

Podemos extrair esse entendimento do ponto 1 do acórdão citado, como segue:

1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* “reflete uma transposição mecânica do Direito Administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente. (Justen Filho, 2005, p. 1)

Acerca dessa influência do direito francês no Direito Administrativo brasileiro, já descrevemos em sessão própria onde discutimos a evolução do direito francês a partir da Constituição francesa de 1958, onde foi demonstrado que as evoluções no sistema administrativo na França, país que influenciou a concepção do Direito Administrativo brasileiro, não foram acompanhados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Fato que necessita de uma revisão por parte dos operadores do direito no Brasil.

Neste sentido, uma grande resistência para a prática da cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública fica superada, pois uma vez que não se atribui o caráter personalíssimo nos contratos administrativos, a cessão da posição contratual passa ser uma alternativa para a manutenção da capacidade de execução dos contratos celebrados. Desta forma o instituto da cessão passa a ser uma ferramenta de sobrevivência das empresas na economia moderna que se apresenta cada vez mais complexa.

Em seguida, no acórdão, encontramos a defesa do conceito de que em nosso sistema jurídico o que interessa é a proposta mais vantajosa, independentemente da identidade e dos atributos psicológicos e subjetivos do contratado. Ficando claro que o que se vincula à Administração Pública é exatamente a proposta mais vantajosa, como vemos em trecho extraído da decisão:

2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 2).

Outro fator relevante que está intimamente ligado ao nosso tema é justamente o fato de que uma vez que a melhor proposta é a que se vincula à Administração e não as características psicológicas e subjetivas do contratado. Dando assim a abertura para que ocorra a cessão da posição contratual, desde que seja respeitada a comprovação da capacidade de quem for assumir o compromisso para tal empreitada contratual.

Diante de tais argumentos, fica notório que o apego ao caráter personalíssimo nos contratos com a Administração Pública, não só são superados como entram em contradição com os princípios constitucionais que regem o nosso ordenamento jurídico. Prova disso é o princípio exarado na decisão em comento, o princípio da impessoalidade, no qual a Administração Pública não pode exarar preferência por determinado competidor, uma vez que a mesma deve se vincular somente pelas características objetivas do contratado e principalmente na comprovação da capacidade de que o contratado tenha condições de executar o objeto contratado nas melhores condições ao ente público. Segue trecho extraído da decisão:

3. O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 2).

Nesse sentido, como a identidade do contratado não faz diferença à Administração mais uma vez o instituto da cessão da posição contratual não encontra obstáculos para ser exercida em nosso ordenamento jurídico.

Na próxima posição acatada pela suprema corte, embora seja especificamente direcionado aos casos de concessão, podemos estender por analogia ao instituto da cessão da posição contratual, pois uma vez que o que se vincula à Administração é a proposta mais vantajosa e que, de acordo com a decisão, a modificação da pessoa contratada não implica a burla ao princípio de licitar. Da mesma forma podemos extrair que o nosso ordenamento jurídico não possui proibição de que ocorra a cessão da posição contratual desde que sejam mantidos os termos da proposta mais vantajosa. Segundo extraímos do ponto de número quatro do acórdão publicado:

4. É a proposta mais vantajosa que, *prima facie*, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 2).

Notoriamente, de acordo com o julgado a proposta mais vantajosa é o bem jurídico que se pretende proteger com o processo de contratação definido pelo Direito Administrativo, sendo que nos casos em que a cessão seja considerada também uma ferramenta para a continuidade da prestação ou do cumprimento do contrato, pode-se extrair que por analogia, tal decisão seja estendida para os demais casos licitados.

Algo que também é observado no julgamento é a “dinâmica peculiar e complexa” das contratações com o poder público que muitas vezes exige uma estrutura mais robusta por parte do contratado. Desta forma, percebemos exarada no texto do julgado em questão, não só a permissão como também um incentivo para que existam no ordenamento jurídico brasileiro institutos capazes de permitir que os contratados se ajustem às vicissitudes da execução contratual, como vemos:

5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza. (ADI nº 2496/DF, 2022, p.3)

Neste sentido a Lei nº14.133/21 inovou, com já discutido anteriormente, em não reconduzir o dispositivo que existia no diploma anterior, a subcontratação ou a cessão como causas de rescisão contratual.

Com isso, a evolução doutrinária, jurisprudencial e legal está no sentido de que: se a cessão da posição contratual for necessária para se preservar a execução do contrato, nas mesmas condições da proposta mais vantajosa que logrou êxito no processo licitatório, isso não só será permitido como também incentivado para a preservação do interesse maior da Administração Pública.

Seguindo adiante, o julgado enfrenta a questão sobre a necessidade de os contratos de concessão necessitem seguir a mesma regra do disposto na lei revogada de licitações e contratos administrativos a Lei nº 8.666/93. A conclusão que se chega é que para cada tipo de

contratação, é permitida a regulamentação pela legislação infraconstitucional. Não existindo uma subordinação das demais disciplinas ao regime geral de contratação pública.

No que tange ao instituto da cessão da posição contratual, como já abordado em capítulo próprio, o que se percebe é que os principais pontos colocados a respeito da Lei nº 8.666/93 que originaram a ação proposta, foram frutos de revisão por parte do legislador infraconstitucional que adequaram a nova lei de licitações e contratações administrativas de acordo com a tendência de se priorizar o que é mais importante, que, no caso em tela, é a vinculação da Administração à proposta mais vantajosa e não às características psicológicas e subjetivas de quem irá executar o contrato. Podemos perceber isso no trecho do acórdão em questão:

6. Os contratos de concessão seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Não há na Constituição brasileira de 1988 fundamento que ampare a suposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. Existem regimes diversos de contratação administrativa que convivem paralelamente e de forma pontualmente subsidiária, não havendo embates entre os modelos previstos nas Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95 (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 3).

A evolução jurisprudencial apresentada nesse julgado é de extrema relevância para o tema desta tese, pois as principais resistências à existência da cessão da posição contratual é justamente a necessidade de rigidez do contrato administrativo para se manter fiel ao princípio da legalidade do qual a Administração Pública deve observar fielmente.

Mas a inovação jurisprudencial está justamente no fato do judiciário dar importância equalizada à real dinâmica do mundo negocial. Pois, afinal de contas, quando o poder público contrata alguém da iniciativa privada, o está fazendo e com quem, embora seja regulado pelo público, atua em um ambiente cujas regras são definidas pelo mercado. Sendo assim, é de fundamental importância que a Administração tenha em seu radar que um contratado, que está sujeito às regras do mercado, necessita se adaptar a tais regras para continuar existindo e, conseqüentemente, tendo condições de cumprir com o contrato pactuado.

Percebe-se no trecho abaixo, que a Suprema corte brasileira, atribuiu a valoração de uma via de mão dupla ao ponderar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial. Principalmente em reafirmar que uma vez que ocorra uma avença entre particulares no que tange a cessão do contrato, tal ato jurídico deve obter a anuência da Administração Pública como forma de se manter o controle e a rigidez necessária para que a legalidade seja acompanhada. Segue sessão do julgado em comento:

7. A norma impugnada é uma “via de mão dupla”, porque, “por um lado, busca equacionar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial (...); por outro,

assegura à Administração Pública o controle da regularidade desse ato”. Trata-se de norma de duplo escopo, que institui a anuência da Administração Pública como relevante prerrogativa de verificação da regularidade da avença havida entre particulares, em prol do interesse público (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 3)

Chama a atenção o binômio dos termos utilizados no texto do acórdão, dinâmica e regularidade, uma vez que de forma geral em relação às ações dos gestores públicos, não se pode ter um sem renunciar ao outro. Em linhas gerais, no que se percebe na rigidez dos contratos administrativos em prol da regularidade, não se percebe uma preocupação por parte da Administração Pública com a dinâmica que é exigida das empresas que operam no mercado.

Mais uma vez, esse julgado se torna um precedente muito relevante para o nosso tema, pois ao abordar que “a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível” (ADI nº 2496/DF), a corte expõem justamente que existem situações que irão requerer certo grau de flexibilidade para se obter o objetivo, sem abrir mão é claro dos valores constitucionais que devem ser protegidos.

Porém, é certo que, tal flexibilidade dever ser definida por escolha legislativa, uma vez que a própria Constituição prevê casos em que a regulamentação de determinadas matérias atribuídas à legislação infraconstitucional. No caso em comento, o trecho do julgado a seguir pressupõe que os precedentes do Supremo Tribunal Federal privilegiam a escolha legislativa como podemos ver a seguir:

8. Mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário. Os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI⁴⁷, e no art. 175, *caput*⁴⁸, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de privilegiar a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 3).

A próxima tese fixada no julgado vem consolidando o entendimento da corte de que a exigência de licitação se dá no momento da outorga inicial da prestação de serviços públicos a

⁴⁷ Consoante o texto constitucional: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

⁴⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

particulares. Em seguida, o argumento exposto prevê que o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 que previa a possibilidade de transferência da concessão ou do controle societário a terceiros, se tratava de um momento posterior ao da outorga inicial, sendo assim permitido tal transferência desde que houvesse a anuência do poder concedente.

Ao se aplicar o mesmo raciocínio a cessão da posição contratual, que é o tema desta tese, encontramos também dois momentos distintos. No primeiro, a legislação especifica os casos em que existe a obrigatoriedade de licitação para se buscar a proposta mais vantajosa para o ente público que está contratando. Após a outorga inicial, ou contrato celebrado de acordo com a proposta mais vantajosa, inicia-se um novo marco temporal, no qual seria possível haver a cessão da posição contratual, respeitando os princípios constitucionais e as características objetivas do fornecedor de produtos e serviços, fato esse que é chancelado com a anuência da Administração Pública que só o fará após verificar que o cessionário em questão possui as credenciais necessárias para a execução do contrato nos termos iniciais.

Constatamos no acórdão a validação dos dois marcos temporais, que embora seja para os casos de concessão, podemos estender para o instituto da cessão como vemos:

9. Do cotejo da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle, verifica-se que eles se referem a momentos distintos da contratação, possuindo diferentes âmbitos de incidência. O art. 175 da Constituição exige a realização de licitação para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos a particulares. Enquanto isso, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 só se aplica após licitada a prestação do serviço público e formalizado o respectivo contrato de concessão. É no decorrer da execução contratual, e havendo anuência do poder concedente, que se procede à transferência da concessão ou do controle societário (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 4).

Lembrando mais uma vez a importância dada pela corte a anuência por parte da Administração Pública, como ponto essencial para a concretização do negócio jurídico.

Em discussão do tema desta tese diante do trecho de número dez do acórdão, precede de bastante atenção, pois pode-se conduzir para a indicação de que o instituto da cessão geraria um novo contrato com a Administração Pública, como é o caso mencionado no julgado em função de que “a subconcessão instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior” (ADI nº 2496/DF), e, neste sentido, é justamente o que a cessão da posição contratual se propõe a evitar.

No caso da cessão da posição contratual, não se cria um novo contrato, mesmo porque o que se cede é a posição de um dos contratantes na relação contratual, não se tem uma nova relação jurídico-contratual e sim uma manutenção dos mesmos termos, só havendo uma mudança de uma das partes do contrato. Segue o trecho do acórdão que prevê tal situação:

10. O ato de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, não se assemelha, em essência, à subconcessão de serviço público prevista no art. 26⁴⁹ do mesmo diploma, justificando-se o tratamento legal diferenciado. Diversamente da transferência da concessão ou do controle acionário, que não dá início a uma relação jurídico-contratual nova e mantém intacta a base objetiva do contrato, a subconcessão instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 4)

No ponto décimo primeiro do julgado ora analisado chegamos a um ponto de argumentação crucial para a defesa da tese que se pretende, ponto esse que merece redobrada atenção. Primeiramente o julgado fixa a tese de que a transferência da concessão não burla a exigência do artigo 175 da CF/88, pela existência do certame efetuado para a outorga inicial e posteriormente ocorrendo a preservação dos efeitos jurídicos. Neste ponto, a corte aborda um dos principais argumentos contrários a cessão da posição contratual, a saber, a necessidade prévia de licitação para se contratar com a Administração Pública.

Logo em seguida a corte já passa a discutir sobre um outros dois pontos de resistência ao instituto da cessão da posição contratual, já tratadas em capítulo próprio, que são: a obrigatoriedade de isonomia por parte da Administração e a impessoalidade, ou caráter personalíssimo do contrato administrativo.

No que se refere à isonomia, a Suprema corte, reafirma, no caso em comento, que estamos utilizando, por analogia, a aplicação do instituto da cessão da posição contratual. No certame realizado para a outorga inicial, todos os interessados tiveram a oportunidade de participarem em situação de igualdade, não podendo então se alegar a falta de isonomia no momento da transferência ou, no nosso caso, da cessão, por tal discussão não ser mais aplicável ao momento posterior ao da outorga inicial.

No segundo argumento do trecho diz respeito à impessoalidade, ou caráter personalíssimo do contrato administrativo. A corte preceitua que no caso de transferência ora analisado não houve burla ao princípio constitucional uma vez que são seguidas as regras objetivas predefinidas na lei e no edital durante o certame para a escolha da proposta mais vantajosa, tais regras já são decisivas para a determinação das características de um futuro contratado. Sendo assim, não há que se falar em caráter personalíssimo se as características

⁴⁹ “Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. § 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência. § 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão” (Lei nº 8.987/95).

objetivas definidas no certame anterior a outorga inicial forem estritamente observadas no ato da transferência ou da cessão da posição contratual. Segue transcrição do trecho comentado:

11. Na espécie, não se constata a alegada burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa. Também não se pode cogitar afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. No procedimento licitatório, a isonomia se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade. A impessoalidade, por sua vez, decorre da observância de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame para a seleção da proposta mais vantajosa, bem como para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado. (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 11).

Fazendo uma análise mais minuciosa do voto individual de alguns ministros percebemos mais riqueza nos precedentes e nas doutrinas que influenciaram a consciência dos ministros para prolação dos seus votos. O relator Ministro Dias Toffoli considerou para tanto, a opinião de renomados juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro, que argumentam que a transferência sem licitação viola o princípio licitatório e a isonomia. No entanto, o Ministro Toffoli defende que a cessão de contratos para terceiros, desde que possuam as credenciais necessárias, não viola os princípios de licitação. Ele argumenta que o Direito Administrativo brasileiro deve evoluir para permitir transferências que garantam a continuidade e eficiência dos serviços, sem se prender à personalização dos contratos. O Ministro destaca que o artigo 65⁵⁰ da Lei nº 8.666/93 permite alterações contratuais objetivas e subjetivas, desde que preservem o interesse público.

Em seu voto o ministro ressalta a capacidade de cumprir com as obrigações assumidas:

Como regra geral, as características pessoais, subjetivas, ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que seja pessoa idônea, ou seja, que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato, o que também é aferido por critérios objetivos e preestabelecidos. (ADI 2.946/DF, 2022, p. 21).

O Ministro Toffoli também ressalta que a licitação é um dever constitucional, conforme estabelecido nos artigos 37, inciso XXI, e 175, caput, mas que o legislador ordinário tem a prerrogativa de estabelecer normas que harmonizem o dever de licitar com valores constitucionais, permitindo exceções para garantir a eficiência na contratação pública. Ele

⁵⁰ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:”.

invoca o artigo 64⁵¹, §2º, da Lei nº 8.666/93, que permitia a convocação dos próximos classificados para assumir o contrato nas mesmas condições do vencedor em casos de vacância, reforçando a ideia de que a proposta mais vantajosa é prioritária.

Nessa esteira, a própria lei prescreve que, não comparecendo o licitante vencedor para assinar o termo do contrato, ou não tendo ele aceitado ou retirado o instrumento equivalente no prazo e condições previstos, é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado (art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93). E isso só é possível porque se presume que todos os licitantes habilitados têm idênticas condições de executar o contrato e porque o que vincula a administração não é, propriamente, a identidade do licitante vencedor (ou suas características inerentes), mas sim as condições constantes de sua proposta comercial (ADI 2.946/DF, 2022, p. 21).

Em sua conclusão, o Ministro Toffoli afirma que a Administração Pública deve priorizar a proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do contratado, e que a cessão de contratos não constitui violação se não houver prejuízo ao interesse público ou fraude à lei.

O Ministro Gilmar Mendes acompanha o relator, enfatizando que a licitação deve ser vista como uma garantia institucional que preserva princípios como moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência. Ele destaca que a Constituição confere ao legislador ordinário a discricionariedade para regulamentar a licitação e prever exceções conforme necessário, citando casos como as ADIs 4829, 2452/SP e 5942, onde a licitação foi dispensada por razões econômicas e políticas. Conforme transcrição de trecho do voto:

Outrossim, rememorou-se, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4829, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 12/04/2021, que “o Plenário desta Suprema Corte já assentou que razões econômicas e políticas são aptas a legitimar restrições à regra geral das licitações”. Precedentes: ADI 2452/SP (Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.9.2010) e ADI 5942 (Redator p/ acórdão Ministro Luiz Fuz, DJe 08.02.2021) (ADI 2.946 DF, 2022, p. 75).

O Ministro Nunes Marques também acompanha o relator, argumentando que as empresas podem passar por mudanças significativas durante a execução de contratos de longa

⁵¹ “Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.”

duração e que a anuência da Administração na aprovação dessas mudanças é fundamental para garantir a legalidade e continuidade dos serviços.

O Ministro Alexandre de Moraes, inicialmente inclinado a favor da necessidade de realizar uma nova licitação para a cessão de contratos administrativos, revisa sua posição devido às razões apresentadas durante o processo. Ele observa que a própria Constituição prevê situações em que a licitação pode ser considerada inexigível e conclui que a exigência inicial de licitação é suficiente para garantir a legalidade do contrato, evitando interrupções na prestação de serviços. Nas palavras do ministro, o texto constitucional prevê a existência de exceções à regra de licitar, conforme veremos a seguir:

A exegese constitucional indica que, havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação, e somente excepcionalmente a dispensa ou a inexigibilidade prevista na legislação ordinária deverão ser aplicadas. O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório. No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação. Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a Administração Pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade (ADI 2.946/DF, 2022, p. 137).

Em voto divergente, o Ministro Edson Fachin argumenta que a cessão de contratos deve ocorrer mediante licitação para preservar a competitividade e isonomia. Ele divide a análise da lide em duas perspectivas distintas. De um lado, defende que a cessão de contratos só pode ocorrer mediante licitação prévia, em conformidade com o artigo 175 da Constituição Federal, sustentando que todos os contratos administrativos são *intuitu personae*, ou seja, vinculados à pessoa do contratado. Isso implica que qualquer mudança no contrato requer uma nova licitação para garantir a igualdade de oportunidades.

Por outro lado, Fachin considera a possibilidade de que, devido à longevidade dos contratos e à liberdade das empresas em se organizarem, os contratos administrativos não tenham necessariamente natureza personalíssima. Ele argumenta que, desde que seja mantida a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a modificação subjetiva dos contratados não deve ser vedada para não violar o princípio da impessoalidade. Segue descrição de trecho do voto:

Dois são os posicionamentos colocados em perspectiva nessa demanda. Como defende a PGR, e vários autores de Direito Administrativo, o artigo 27 da Lei das Concessões Públicas seria inconstitucional, pois a redação do art. 175 exige prévia licitação para qualquer modalidade de contratação pela Administração, sendo a dispensa a exceção à

regra. Além disso, assinala-se que o contrato administrativo teria natureza *intuitu personae*, restando impossível a alteração subjetiva da avença.

De outra parte, um outro entendimento defende uma compreensão diversa do Direito Administrativo, a permitir que as empresas concessionárias de serviço público, diante da longevidade dos contratos, organizem livremente sua atividade econômica, pois o contrato firmado não teria natureza personalíssima, uma vez que a licitação elegeria apenas proposta mais vantajosa à Administração Pública, sem vedar a modificação subjetiva contratual, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade” (ADI 2.946/DF, 2022, p. 141).

O Ministro Fachin adota a doutrina de José Afonso da Silva, que define a licitação como "um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou alienações do Poder Público" (Silva, 2012, p. 350). Em sua conclusão, o Ministro Fachin argumenta que não há espaço para interpretações que permitam a transferência da concessão como um negócio entre particulares, conforme permitido pelo artigo 27 da Lei nº 8.987/95. Ele sustenta que a cessão sem licitação desrespeita o princípio da licitação e quebra a isonomia necessária para as contratações com o poder público.

Fachin também menciona que, embora a Corte já tenha decidido em sentido semelhante em casos anteriores, como no julgamento da ADI 5492 e no julgamento da ADI 5991, a discussão em plenário oferece uma oportunidade para uma revisão aprofundada do tema. Ele destaca a importância de garantir que o processo licitatório seja conduzido de forma a proporcionar as melhores condições para o Estado e para os participantes interessados, reiterando que a transferência sem licitação pode burlar o artigo 175 da Constituição.

A Ministra Cármen Lúcia também acompanha a divergência, destacando a importância de garantir que o processo licitatório seja conduzido de forma a proporcionar as melhores condições para o Estado e para os participantes interessados. Ela argumenta que “a transferência sem licitação pode burlar o artigo 175 da Constituição” (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 116).

O acórdão traz em seu trecho final, um outro argumento de suma importância para a tese em questão, primeiramente ressaltando mais uma vez a importância da anuência pelo Administrador como requisito específico e essencial para a realização da transferência. Em seguida afirma que a relação negocial privado da transferência, que mais uma vez estendemos para o entendimento do instituto da cessão da posição contratual, sobre a qual se opera a anuência é configurado pela Suprema Corte como um negócio jurídico entre particulares, e o sendo, deve ser regido pelo direito privado, entendimento esse, que encontramos em análise de institutos do direito comparado já tratados também em sessão própria.

E na parte final do acórdão, se expõe que em um negócio jurídico entre particulares não há espaço para aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade que são típicos da relação verticalizada na qual o Estado está em um dos polos. Vejamos a transcrição do importante trecho do acórdão:

12. Não faz sentido exigir que o ato de transferência do art. 27 da Lei nº 8.987/95 observe os princípios da isonomia e da impessoalidade. A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos. A par disso, a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre seus parceiros empresariais conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos (ADI nº 2496/DF, 2022, p. 5).

Isso posto, vemos que na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2496/DF, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 27, caput e §1º, da Lei nº 8.987/95, alterada pela Lei nº 11.196/05. O Procurador-Geral da República argumentou que este artigo permitia a transferência de concessões sem licitação, o que seria uma violação ao artigo 175 da Constituição Federal, que exige licitação para a prestação de serviços públicos.

A Suprema Corte do Brasil, em seu acórdão, destacou 12 pontos relevantes que apoiam a tese de que a melhor proposta se vincula à Administração e que as características subjetivas do executor não são de interesse primordial. O acórdão discute a concepção do caráter personalíssimo dos contratos administrativos, destacando que este entendimento é uma transposição mecânica do Direito Administrativo francês, já superado na própria França. No Brasil, essa visão ainda é adotada por alguns doutrinadores, como Di Pietro e Justen Filho. Esta perspectiva está baseada em um período anterior à exigência de licitação, onde a discricionariedade e a confiança entre as partes eram predominantes.

A Corte reforça que, em nosso sistema jurídico, o que importa é a proposta mais vantajosa, independentemente da identidade ou dos atributos subjetivos do contratado. Isto abre espaço para a cessão da posição contratual, desde que a capacidade do cessionário para cumprir as obrigações seja comprovada. O princípio da impessoalidade é enfatizado, vedando qualquer preferência por parte da Administração Pública por um competidor específico. A identidade do contratado é irrelevante, desde que os requisitos objetivos definidos pela lei e pelo edital sejam cumpridos.

A Corte também reconhece a necessidade de uma certa flexibilidade nos contratos de concessão, devido à sua natureza incompleta e dinâmica. A mutabilidade contratual é vista

como essencial para garantir a estabilidade econômica e a segurança jurídica, permitindo ajustes às mudanças externas. A Lei nº 14.133/21, que não prevê a subcontratação ou cessão como causas de rescisão contratual, representa uma evolução legislativa que se alinha à jurisprudência e à doutrina que priorizam a continuidade da execução do contrato e da proposta mais vantajosa.

O acórdão distingue claramente entre a transferência da concessão e a subconcessão. A transferência não cria uma nova relação jurídico-contratual, mantendo intacta a base objetiva do contrato, enquanto a subconcessão instaura uma nova relação contratual. A anuência da Administração Pública é vista como essencial para qualquer transferência, garantindo a legalidade e a regularidade do ato. A relação negocial subjacente à anuência é regida pelo direito privado, não se aplicando os princípios da isonomia e impessoalidade típicos das relações verticais com o Estado.

Os votos dos ministros, como Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Nunes Marques e Alexandre de Moraes, sustentam a flexibilidade na aplicação da licitação, privilegiando a continuidade e eficiência dos serviços. Divergências, como a do Ministro Edson Fachin, defendem a necessidade de nova licitação para qualquer cessão, enfatizando a manutenção da competitividade e isonomia.

O acórdão consolidou o entendimento de que a cessão de contratos administrativos a terceiros, desde que qualificados, não infringe os princípios licitatórios. A proposta mais vantajosa e a anuência da Administração Pública são os pilares que garantem a legalidade e a continuidade dos contratos, sem necessidade de novas licitações, respeitando os princípios constitucionais e a dinâmica do mercado.

Este resumo expande o entendimento do trecho 3.1 da tese, abordando os pontos cruciais discutidos no julgamento e como eles fundamentam a defesa da cessão de contratos administrativos a terceiros.

3.2 A flexibilização para a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas sem a exigência de licitação

Embora o julgado não seja sobre a cessão da posição contratual, ele aborda uma flexibilização quanto à necessidade de se realizar licitações para todos os casos em que de um lado esteja a Administração Pública. Como pudemos extrair da tese exarada no acórdão,

justamente a flexibilidade e a agilidade são pontos fundamentais para que se obtenha o resultado esperado, principalmente quando envolve agentes que estão competindo no mercado. Porém não se pode de maneira alguma desistir de atender aos princípios constitucionais exigidos.

A ADI nº 5624/DF colocou em pauta a constitucionalidade do artigo 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/16, que trata das condições para a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como de suas subsidiárias. O foco do questionamento era a exigência de autorização legislativa e de realização de processo licitatório para essas operações.

Segue transcrição do diploma analisado:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:
(...)
XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. (Lei nº 13.303/16).

Após um debate extenso no plenário do STF, os ministros decidiram dois pontos relevantes que colaboram para a defesa desta tese. Primeiramente que a venda do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista deve, de fato, ser precedida de autorização legislativa e de um processo licitatório. Essa decisão sublinha a importância de transparência e de supervisão legislativa em decisões de grande impacto sobre o patrimônio público. Segue transcrição do primeiro trecho do julgado:

I – A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública (ADI nº 5.624, 2019, p. 1).

O primeiro ponto do acórdão possui relevância para essa tese, pois reafirma linhas determinantes para os atos que necessitam autorização legislativa. No julgado em comento, trata-se de alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista nas quais o governo é o majoritário.

Este julgado está alinhado ao julgado anteriormente analisado, pois neste caso não se trata de um negócio jurídico feito entre particulares. Em um dos lados no negócio está o governo, e assim sendo, carece da aplicação dos princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública, não sendo possível tal negócio ser regido pelo direito privado. Sendo assim, como se trata de uma empresa que tem como seu único ou principal acionista o Estado, não existem dúvidas de que é necessária a autorização legislativa nos moldes do texto legal.

Já no segundo ponto do julgado, o plenário do STF esclareceu que essas exigências não se estendem à alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas dessas empresas. Nestes casos, a operação pode ser realizada sem processo de licitação pública, desde que observados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal. Esta decisão reflete uma diferenciação importante no tratamento das empresas-mãe em relação às suas subsidiárias, permitindo uma maior flexibilidade operacional, enquanto ainda assegura a observância dos princípios constitucionais básicos que regem a Administração Pública.

Vejamos o trecho do acórdão exarado:

II – A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República (ADI nº 5.624, 2019, p. 1).

Fato relevante aqui para esta tese é que o Estado para transferir o controle necessita de uma autorização legislativa, mas a empresa em si, não precisa de tal formalidade para alienar o controle de um dos seus ativos que, neste caso seria uma de suas subsidiárias ou controladas, uma vez que como empresa precisa ter agilidade para fazer tais operações para que a empresa tenha êxito em seus objetivos.

Neste sentido, o ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, equipara as ações em determinadas subsidiárias como sendo um investimento e, conseqüentemente, um ativo. Da mesma forma que, em sua visão, não se necessita a permissão para que uma empresa de economia mista adquira ações de outras empresas, ou as constitua, não seria necessário também uma autorização específica para o fazer, pois se trata de um ativo e a empresa precisa ter liberdade para gerir seus ativos para ser competitiva.

No caso em questão, vejamos o trecho da decisão em comento:

Eu volto a insistir, todas as subsidiárias, não há subsidiária autorizada expressamente pelo Congresso Nacional. O Congresso poderia se quisesse, ou isso é um instrumento de gestão? O Congresso dá autorização genérica; e a finalidade é manter a empresa-mãe. Da mesma forma que - e volto ao exemplo da Petrobras porque é o paralelo – a Petrobras, num determinado momento, investe, portfólio de investimentos, aquisição de ações, em determinadas subsidiárias, em empresas privadas nas quais ela não mantém o controle acionário, se de repente isso está prejudicando a empresa-mãe, ela deve ter a possibilidade - e o art. 64 permite - de mudar o portfólio. Nós todos aqui, qualquer pessoa que tenha uma aplicação, se aquela aplicação começa a ir por água abaixo, você muda a aplicação. Isso não significa privatização. A Petrobras continua, só que a Petrobras tem que continuar forte! Para continuar forte, ela deve ter a possibilidade de gestão (ADI 5624/DF, 2019, p. 51).

O ministro ressalta a necessidade de os executivos, que gerem uma empresa no regime competitivo de mercado, de terem liberdade de gerir os seus ativos de modo que os mesmos possam alcançar os objetivos pelos quais a empresa os possui. Assim, na transcrição acima, o ministro classifica a participação em subsidiárias e controladas como investimentos (ativos) e traz ainda, como exemplo, o comparativo com os investimentos das pessoas físicas que procuram a otimização dos mesmos e os aliena no momento que não são mais desejados.

Desta forma o ministro atribui que o artigo 64 da Lei nº 9.478/97 em comento, faz uma autorização genérica para que a empresa de economia mista, que opera no mercado competitivo, ou seja, não opera no regime de monopólio, tenha liberdade de comprar ações de outras companhias e, da mesma sorte, vendê-las quando for oportuno.

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas (Lei nº 9.478/97).

Da mesma sorte, esse assunto é extremamente relevante para esta tese, uma vez que um contrato a executar com a Administração Pública é um ativo do particular contratante, e como tal deve estar à disposição do gestor para geri-lo da melhor maneira possível e, com isso, podendo ceder sua posição contratual quando lhe for conveniente. De outro lado, o gestor público no exercício de fiscalização do contrato quanto a sua execução, uma vez que o cedente possua as características objetivas adequadas ao fiel cumprimento das condições originais, deve anuir com intuito de preservar a concretização do objeto contratual. Como já discutimos anteriormente, a cessão pode ser a única ferramenta para possibilitar a execução do mesmo.

No caso em questão, considerou-se que o processo de alienação não necessitaria de licitação prévia, contudo, é de fundamental importância resguardar os princípios constitucionais. Pois, embora exista a necessidade de flexibilizar, a gestão dessas empresas deve seguir os princípios da Administração Pública, promovendo assim a garantia de competitividade entre os potenciais interessados.

Os ministros consideraram ainda o disposto no artigo 170⁵² da Constituição Federal, que estabelece no Brasil o modelo capitalista de produção, conhecido como economia de mercado,

⁵² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

caracterizado pela livre iniciativa e livre concorrência. A própria Constituição conferiu à Lei Complementar a legitimidade para regular as regras de atuação das empresas públicas e das sociedades de economia mista, bem como de suas subsidiárias e controladas, reservando a regulação constitucional para assuntos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Ainda sobre o tema de liberdade o voto do Ministro Alexandre de Moraes exara a seguinte ponderação:

Senhor Presidente, para ganharmos tempo e já adiantar que, da mesma forma, em relação às subsidiárias, que é uma autorização genérica, e o empresário, no caso, o Estado atuando como empresário, ele é que poderá ou não criar, fundir, investir, tirar daqui pra ali, entendo que ele possa, o Estado, vender todas as suas ações de uma determinada subsidiária; possa investir em outra; numa que ele é majoritário, ele vira minoritário; na outra que ele é minoritário, agora é interessante virar majoritário; ele está nas regras aqui de mercado do Direito privado. O que ele não pode - e aí me parece ser a única limitação - é perder o controle acionário da empresa-mãe, aí nós estamos falando de privatização (ADI nº 5.624, 2019, p. 54).

Ao associarmos a decisão desta ADI ao tema desta tese, é notória a corrente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir um grau de liberdade econômica, inclusive à Administração Pública, sem renunciar aos requisitos exigidos pelo artigo 37 da Carta Magna. Este artigo estabelece os princípios da Administração Pública, incluindo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais devem ser observados em todas as operações de alienação de controle acionário para não ocorrer desvio de finalidade.

Exatamente sobre o combate a desvio de finalidade é que o ministro aponta ainda que a própria lei de licitações, à época a lei nº 8.666/93 já previa inexigibilidade e dispensa de licitação para alguns casos desde que observados os princípios constitucionais aplicados ao caso.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux, faz um comentário sobre o desejo do legislador em conferir maior competitividade para as empresas públicas que estão atuando no mercado.

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Vejamos: “Já a Lei das Estatais veio, exatamente, para emprestar maior flexibilidade da atuação das estatais no mercado, em que ela também pode competir. A Petrobras é uma empresa competidora.” Esse trecho apresenta mais uma vez a preocupação da corte nos aspectos de flexibilização para o atendimento das regras de competitividade do mercado.

Dessa forma, a decisão do STF, na ADI nº 5624/DF, reitera a importância de uma regulação equilibrada que promova tanto a liberdade econômica quanto a transparência e a integridade nas operações envolvendo o patrimônio público. A necessidade de autorização legislativa e de processo licitatório para a alienação do controle acionário das empresas públicas e das sociedades de economia mista visa assegurar que tais operações sejam conduzidas de maneira transparente e responsável, garantindo o interesse público.

Por outro lado, a flexibilização para a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas sem a exigência de licitação, desde que em conformidade com o artigo 37 da Constituição Federal, reflete uma compreensão pragmática das dinâmicas econômicas e do papel das subsidiárias no contexto empresarial. Tal abordagem visa permitir maior agilidade e eficiência nas operações dessas entidades, alinhando-se aos princípios de livre iniciativa e concorrência que fundamentam a economia de mercado (Heck, 1992, p. 415).

A ADI nº 5624/DF trouxe uma importante flexibilização para a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, eliminando a exigência de licitação, desde que observados os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Essa decisão permite maior agilidade e competitividade para essas entidades, sem comprometer a transparência e a supervisão necessárias.

A decisão do STF destaca que, embora a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exija autorização legislativa e licitação, essa exigência não se aplica às suas subsidiárias e controladas. O voto do Ministro Alexandre de Moraes reforça a ideia de que a gestão de ativos por essas empresas deve ser eficiente e competitiva, tratando participações em subsidiárias como investimentos.

Essa flexibilização é relevante para a tese de cessão de contratos com a Administração Pública, pois sugere que a mesma necessidade de agilidade e eficiência se aplica à cessão de posições contratuais. Assim como na alienação de controle acionário, a cessão de contratos pode ser uma ferramenta crucial para garantir a realização dos objetivos contratuais, desde que os princípios constitucionais sejam respeitados.

Em síntese, a ADI nº 5624/DF apoia a tese de que a flexibilidade na gestão de contratos e ativos públicos é essencial para que a Administração Pública opere de maneira eficiente e competitiva, mantendo a observância dos princípios constitucionais e promovendo a transparência e a integridade nas operações.

Seguindo a mesma linha da decisão anterior, a dispensa da necessidade de autorização legislativa para a alienação do controle de subsidiárias de empresas públicas e de economia mista demonstra uma flexibilidade voltada para a melhoria do ambiente de negócios, semelhante à intenção por trás da permissão para a cessão da posição contratual.

3.3 Dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos

No mesmo sentido do voto anterior, a importância desse julgado para esta tese está na abordagem relativa à dispensa de licitação para casos de contratação de serviços de tecnologia. Demonstrando mais uma vez que a necessidade de licitação não é absoluta e que a mesma pode ser flexibilizada para atender objetivos da sociedade, sem, contudo, desrespeitar os princípios gerais da Constituição.

No julgamento da ADI nº 4829/DF, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, o STF confirmou a tese de que "ao especificar hipótese de dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos, o art. 67 da Lei nº 12.249/10⁵³, em sentido formal e material, atende à exigência dos artigos 2º, 5º, II e 37, caput e XXI, da Constituição Federal". Esta decisão demonstrou que o dever de licitar pode ser flexibilizado, desde que atenda aos requisitos positivados pela própria Constituição que instituiu tal obrigatoriedade.

A ADI 4829/DF questionava a constitucionalidade do artigo 67 da Lei nº 12.249/10, que prevê a dispensa de licitação para a contratação de serviços de tecnologia da informação considerados estratégicos. A decisão do STF, ao reconhecer a conformidade desse dispositivo

⁵³ “Art. 67. O art. 2º da Lei no 5.615, de 13 de outubro de 1970, passa a vigorar com a seguinte redação, reenumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 2º É dispensada a licitação para a contratação do Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO pela União, por intermédio dos respectivos órgãos do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para a prestação de serviços de tecnologia da informação considerados estratégicos, relacionados com as atividades de sua especialização.”

com os princípios constitucionais, reforça a ideia de que a obrigatoriedade de licitação, prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não é absoluta. Em determinadas circunstâncias, a dispensa de licitação pode ser justificada, desde que estejam presentes os requisitos constitucionais e legais que garantam a transparência, a impessoalidade e a moralidade no processo de contratação pública.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto vencedor, destacou que o artigo 67 da Lei nº 12.249/10 foi elaborado em conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, o dispositivo atende ao princípio da razoabilidade, uma vez que a contratação direta de serviços de tecnologia da informação estratégicos visa assegurar a continuidade e a eficiência dos serviços públicos, alinhando-se aos objetivos da Administração Pública. Neste sentido, a transcrição de trecho de seu voto demonstra seu entendimento:

O art. 37, XXI, da CF exige que quaisquer exceções à regra geral da licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração somente serão hígidas se especificadas em lei. Ora, ao especificar hipótese de dispensa de licitação na contratação do Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO, pela União, para a prestação de serviços de tecnologia da informação que sejam estratégicos, no âmbito dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão (hoje Ministério da Economia), o art. 67 da Lei nº 12.249/2010, lei em sentido formal e material, atende efetivamente à exigência dos arts. 2º e 37, XXI, da Lei Maior, bem como dos arts. 5º, II, e 37, caput, no que concerne à observância dos postulados da separação de Poderes e da legalidade. O Plenário desta Suprema Corte já assentou que razões econômicas e políticas são aptas a legitimar restrições à regra geral das licitações. Confira-se, nesse sentido, a ADI 2452/SP (Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 17.6.2010, DJE 17.9.2010) (ADI 4829/DF, 2021, p. 42).

A decisão do STF na ADI 4829/DF também reforça a importância da flexibilidade na Administração Pública, permitindo que, em casos específicos, a dispensa de licitação seja uma ferramenta legítima para garantir a eficiência e a eficácia dos serviços prestados à sociedade. No contexto de serviços de tecnologia da informação estratégicos, essa flexibilidade é particularmente relevante, dada a rápida evolução tecnológica e a necessidade de resposta ágil às demandas da Administração Pública.

Em síntese, o julgamento da ADI 4829/DF pelo STF reafirma a possibilidade de flexibilização do dever de licitar, desde que tal flexibilização esteja fundamentada em requisitos constitucionais e legais bem definidos. Esta decisão contribui para a construção de uma Administração Pública mais eficiente e adaptável, capaz de atender às necessidades da sociedade sem comprometer os princípios de transparência e legalidade que regem os processos de contratação pública.

A flexibilização do dever de licitar, quando em função de estratégias essenciais para o país, reafirma que a licitação não deve ser considerada um fim em si mesma, mas sim um meio instrumental para assegurar a proteção dos bens jurídicos da isonomia e da transparência nas contratações públicas. Essa perspectiva evidencia que, em determinadas situações, a rigidez dos procedimentos licitatórios pode ser relativizada para atender a interesses maiores, sem comprometer os princípios fundamentais que regem a Administração Pública. Assim, a licitação mantém seu papel como ferramenta de controle e equidade, mas com a adaptabilidade necessária para promover o desenvolvimento estratégico nacional.

3.4 Em setores politicamente e economicamente estratégicos para o País, a obrigatoriedade de licitação não é absoluta

O julgado, ora analisado, possui ampla relevância, pois se trata da utilização do instituto da cessão, total ou parcial, de um contrato celebrado com a Administração Pública. Sendo que neste caso foi enfrentado algumas das objeções à utilização deste mecanismo com os contratos com o Estado.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 5.942, de relatoria do Ministro Luiz Fux, buscava combater a possibilidade de cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas sem a necessidade de licitação. O voto do Ministro Luiz Fux, que prevaleceu no plenário do STF, sustentou que, em setores politicamente e economicamente estratégicos para o País, a obrigatoriedade de licitação não é absoluta. Segundo o Ministro, a legislação infraconstitucional possui legitimidade para estabelecer regras que atendam ao interesse nacional, desde que respeite os princípios que regem a Administração Pública. Conforme vemos da transcrição de trecho do seu voto:

Ora, se a empresa estatal pode alienar uma empresa subsidiária sem licitação, é razoável que possa se desfazer de seus ativos, via cessão de direitos ou transferência de contrato, desde que não configure alienação do controle e que sejam observados os princípios constitucionais aplicáveis. Não se pode equalizar a inexistência de licitação com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas (ADI 5942/DF, 2020, p. 31).

O Ministro Fux argumentou que, em determinados contextos, a dispensa de licitação pode ser justificada para assegurar a agilidade e eficiência nas operações de concessão,

especialmente em setores estratégicos, como o de exploração de jazidas. Ele ressaltou que a “Constituição Federal, em seu artigo 37, estabelece os princípios da Administração Pública, incluindo legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem ser observados em todas as contratações públicas”. No entanto, esses princípios não excluem a possibilidade de dispensa de licitação, desde que sejam respeitados os parâmetros legais e constitucionais.

A decisão do STF na ADC nº 5.942 reforça a ideia de que a legislação infraconstitucional tem um papel crucial na definição das normas aplicáveis às concessões de exploração de jazidas. Essa legislação deve ser elaborada de maneira a conciliar a necessidade de eficiência administrativa com a observância dos princípios constitucionais. A flexibilização da obrigatoriedade de licitação, nesses casos, permite que o Estado atue de forma mais dinâmica e responsiva, alinhando-se aos interesses estratégicos e econômicos do País.

O voto vencedor do Ministro Fux também destacou que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem previsões legais que permitem a contratação direta, sem a necessidade de licitação, em situações específicas. Essas previsões buscam atender a interesses públicos relevantes e garantir a continuidade e eficiência dos serviços essenciais. A decisão do STF, portanto, legitima a utilização dessas disposições legais, desde que aplicadas de maneira criteriosa e em conformidade com os princípios constitucionais.

Um aspecto interessante do voto do relator, relevante para o desenvolvimento desta tese, reside na afirmação de que, se uma subsidiária de uma empresa estatal ou de economia mista tem a liberdade de alienar seu controle, ela também possui a prerrogativa de dispor de um ativo por meio de cessão.

Em relação à Lei nº 8.666/93, revogada pela Lei nº 14.133/21, o ministro Luís Roberto Barroso fez o seguinte comentário:

Eu devo dizer, já disse outras vezes, que eu não tenho um fetiche muito grande pela Lei nº 8.666, para ser sincero. Eu creio que a Lei nº 8.666, infelizmente, não é eficaz para impedir o administrador desonesto de cometer desonestidades, mas ela é muito eficaz em impedir que os administradores honestos sejam eficientes. É uma lei que dificulta a vida de quem quer fazer corretamente e bem feito (ADI 5942/DF, 2020, p. 61).

A posição do ministro sugere que o formalismo e a interpretação estrita da lei não são suficientes para garantir a integridade nos procedimentos administrativos. Pelo contrário, a eficácia dos controles e as regras de gestão eficiente em nosso ordenamento jurídico

proporcionam condições favoráveis para que gestores honestos possam desempenhar seu trabalho de maneira adequada.

Dada a importância desse julgado para esta tese, em seguida, deve-se analisar o resultado publicado.

O primeiro ponto do julgado faz uma referência direta à admissão da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas. Como podemos ver no trecho extraído do acórdão:

1. A Constituição admite a possibilidade da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas, ao permitir que a União delegue contratualmente a realização de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, “observadas as condições estabelecidas em lei” (177, §1º), e autorize ou conceda por prazo determinado essa pesquisa e lavra, assim como o aproveitamento dos potenciais “na forma da lei” (176, §1º), à Petrobras e a outros agentes econômicos, que poderão ser ceder ou transferir essa delegação, desde que a União anua previamente (176, §3º) (ADI 5942/DF, 2020, p. 2).

Em consonância com o que se defende nesta tese, a decisão primeiramente demonstra que a Petrobras possui autorização legislativa para conceder a exploração de jazidas, sem a necessidade de licitação. Outro ponto relevante é a admissão de que o contrato possa ser cedido a terceiros, demonstrando o entendimento da Corte de que o contrato é um ativo da empresa e, como tal, pode ser cedido conforme o interesse da detentora, visando a otimização de seus recursos para a obtenção de seu objeto social.

O terceiro assunto abordado no primeiro tópico é a necessidade de anuência por parte do órgão responsável. Tais argumentos estão em linha com os pontos defendidos nesta tese, de que o particular que participou do certame e obteve êxito na apresentação da proposta mais vantajosa poderá realizar a cessão do seu contrato para terceiros, desde que estes possuam as características objetivas do vencedor do certame, se comprometam a executar o contrato de acordo com os termos iniciais e obtenham a anuência do órgão responsável.

Antes de conceder a anuência, o órgão poderá verificar a idoneidade do cessionário, suas características objetivas, sua capacidade técnica e validar se tal cessão poderá expor a Administração a algum prejuízo. Só após essa verificação a cessão poderá surtir os efeitos necessários.

Em seguida, o acórdão trata da possibilidade de cessão de direitos de exploração na forma estabelecida na legislação específica. Dessa forma, pode-se fazer um comparativo com o instituto da cessão contratual, uma vez que a legislação atual, em alguns pontos, possibilita a

cessão total ou parcial, ou subcontratação, como disposto na Lei nº 14.133/21, Inciso VI, §9º, ao não positivar a prática da cessão total ou parcial como causas de rescisão, permanecendo silente quanto ao exercício da cessão. Vejamos o trecho do acórdão citado:

2. O Decreto 9.355/2018 estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A., na forma estabelecida na legislação a que remete - sabidamente a Lei 9.478/1997 e a Lei 12.351/2010, que tratam da transferência do contrato de concessão e, especificamente, da cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção (ADI 5942/DF, 2020, p. 2).

Temos, estampada nas palavras da Suprema Corte brasileira, a caracterização do contrato como um conjunto de direitos e obrigações suscetíveis de serem cedidos a terceiros como um ativo. Sem sombra de dúvidas, o julgado trata do tema específico de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos por parte da Petrobras. Porém, em linhas gerais, expressa o pensamento da Corte quanto à possibilidade de cessão, desde que se obtenha a anuência do ente específico e não se fira nenhum princípio constitucional que oriente a Administração Pública, principalmente os elencados no artigo 37 da Constituição Federal.

O terceiro ponto do acórdão reafirma ainda mais a tese da cessão da posição contratual sem que haja nova licitação, desde que se preservem algumas condições, a saber: expressa autorização do órgão responsável, preservação do objeto contratual e suas condições, que o cessionário possua os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos no certame e que se respeite o direito de outros interessados envolvidos na operação. Segue o ponto três do acórdão:

3. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção foi regulamentada pelo artigo 31 da Lei 12.351/2010, que não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo as condições de (i) prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP; (ii) preservação do objeto contratual e de suas condições; (iii) atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e (iv) exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio (ADI 5942/DF, 2020, p. 2).

Neste sentido, pode-se perceber que o instituto da cessão da posição contratual é cada vez mais reforçado na jurisprudência da Suprema Corte, pois os requisitos elencados na doutrina que apoia sua existência preveem justamente a mesma linha de condições expostas no julgado: preservação das condições da proposta mais vantajosa vencedora do certame, anuência do órgão responsável e preenchimento pelo cessionário dos requisitos estipulados no certame quanto à idoneidade, características técnicas e jurídicas estabelecidas no edital.

No quarto tópico do acórdão, a Corte inicia uma análise das vantagens da cessão para a continuidade de investimento no setor essencial e estratégico para o Brasil, como petróleo e gás. Como abordado em sessão própria, a cessão da posição contratual se trata de um instrumento para a manutenção da capacidade de execução do contrato nos termos iniciais. Nem sempre a empresa vencedora do certame mantém sua condição econômica e financeira para honrar o contrato assumido, sendo necessário que utilize um arranjo empresarial para dar continuidade ao contrato.

Vem novamente à tona a importância do princípio da eficiência, uma vez que a corte dá a devida importância ao fluxo de investimento necessário para o desenvolvimento do setor e não só ao formalismo, por muitas vezes privilegiado pelos órgãos de controle e membros da Administração Pública.

Da mesma forma, sendo o governo, o maior comprador de bens e serviços do país, em muitos setores é necessário se buscar a eficiência acima do formalismo exagerado, pois quando se necessita satisfazer as demandas através do envolvimento de particulares que estão sujeitos às regras de mercado, será necessário agilidade e flexibilidade para se obter a situação mais vantajosa para o Estado. Vejamos o trecho de número quatro do acórdão:

4. A cessão de direitos tem como objetivo a continuidade de investimentos em exploração e no desenvolvimento de determinado bloco, que se apresentam indispensáveis à autossuficiência da indústria do petróleo e à atratividade do setor brasileiro para novos investidores, como explica a doutrina especializada (Aragão, 2005, p. 433-436).

Da mesma forma, a cessão da posição contratual pode ser a única saída para a continuidade da prestação de serviços e do fornecimento de bens essenciais ao bem-estar da população.

Um estudo realizado pela Universidade Federal de Santa Maria comprovou que 75,55% dos contratos de obras da universidade sofreram aditivos de preço e prazo em relação ao termo inicial. Uma das principais causas desses aditivos foi a alteração de projetos e o consequente reflexo da falta de planejamento e condições de execução da empresa vencedora do certame (Colpo et al., 2018, p. 1).

O quinto ponto do acórdão continua reafirmando a não exigência do processo licitatório para a realização da cessão do contrato de concessão, uma vez que a lei específica não exigiu tal procedimento. Mais uma vez chama a atenção que, conforme abordado no capítulo anterior,

todas as referências de proibição à prática da cessão da posição contratual em diplomas anteriores foram silenciadas na nova Lei de Licitações e Contratos Públicos, Lei nº 14.133/21.

Dessa forma, a lei específica, Lei nº 9.478/96, estabeleceu duas condições fundamentais para que a cessão ocorresse: (i) a preservação do objeto do contrato inicial e suas condições; e (ii) a capacidade técnica, econômica e jurídica estabelecida no marco inicial pelo órgão competente. Segue a transcrição do trecho:

5. A transferência do contrato de concessão, por sua vez, está disciplinada no artigo 29 da Lei 9.478/96, que, mais uma vez, não exigiu procedimento licitatório, estabelecendo como condições (i) a preservação de seu objeto e as condições contratuais; e (ii) o atendimento dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP pelo novo concessionário (ADI 5942/DF, 2020, p. 2).

Observa-se que, em todos os julgados escolhidos pela interligação com o tema desta tese, há uma sintonia quanto aos pontos abordados anteriormente para que se celebre a cessão da posição contratual nos contratos administrativos.

No próximo ponto do julgado, ora analisado (sexto), reafirma-se a relevância que a legislação específica tem nas questões políticas e técnicas de um setor economicamente estratégico para o Brasil.

Cabe ressaltar mais uma vez o disposto nos julgados anteriormente analisados, que reafirmam que o modelo econômico adotado pela Constituição Federal de 1988 é o de capitalismo de mercado. Sendo assim, existem várias regras e condições de mercado que devem ser observadas pelos agentes públicos na hora de executar as políticas públicas desenhadas.

Ao se constatar tal afirmação no acórdão, percebe-se uma corrente doutrinária, jurisprudencial e legislativa no sentido de conferir maior flexibilidade e agilidade à Administração Pública, para que alcance maior eficiência na aplicação das políticas públicas e, com isso, favoreça a população sem incorrer em desvio de função.

No trecho a seguir, fica demonstrada a evolução legislativa no sentido de se privilegiar o caráter político e técnico de um setor economicamente estratégico como o do petróleo.:

6. A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter político e técnico do setor economicamente estratégico. Precedente: ADI 3273, Relator Min. Carlos Brito, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007 (ADI 5942/DF, 2020, p. 3).

Em continuidade do enfrentamento do tema, a Suprema Corte do Brasil, enxerga na cessão de concessões um negócio jurídico entre empresas que operam em atividades

econômicas em caráter de livre competição dentro do mercado. Não se afirma aqui que seria um negócio entre particulares, pois a Petrobras por ser uma sociedade de economia mista e ter como acionista majoritário o governo, não poderia ser classificada como tal. Mas, como em sua constituição, ela é uma empresa que por mais que não seja privada, opera num setor altamente competitivo que possui competidores internacionais e está sujeita não apenas ao mercado interno, mas também ao mercado internacional. Assim se atribui à cessão por ela realizada uma característica de negócio jurídico efetuado entre competidores no mercado.

Pode-se extrair desse julgado, que a cessão da posição contratual também se trata de um negócio jurídico, só que entre particulares, que estão expostos às condições concorrenciais e de sobrevivência ditadas pelo mercado, não só nacional como também internacional.

O sétimo trecho do acórdão, caracteriza a cessão de concessões como um negócio jurídico elaborado entre empresas que operam no mercado de livre concorrência. Como vemos:

7. As operações de cessão de concessões e partilhas constituem negócios jurídicos vinculados à atividade preponderante da Petrobras sociedade de economia mista que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e que exerce suas atividades econômicas em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, consoante estabelece a lei de regência (ADI 5942/DF, 2020, p. 3).

No último ponto do julgado em análise, temos a comparação da concessão como um ativo da empresa que pode ser cedido pela empresa com objetivo de maximizar seus resultados via cessão de direitos ou transferência do contrato. Porém a Corte é categórica em afirmar que a alienação do ativo pode ser feita, desde que não ocorra a transferência do controle da companhia. Pois a transferência do controle da companhia principal só poderá ocorrer, segundo entendimento pacificado pela corte, através de autorização legislativa.

Já a cessão da posição contratual entre particulares, não esbarra nesta limitação, pois uma vez entendido que a posição contratual num contrato administrativo configura um ativo da empresa e como tal pode ser cedido ou transferido à terceiros. Desta forma não há que se preocupar se tal transferência poderá afetar o controle da empresa cedente. Segue o trecho do acórdão:

8. A empresa estatal pode se desfazer de seus ativos, via cessão de direitos ou transferência de contrato, nos termos estabelecidos pela legislação setorial, desde que não configure alienação do controle e que observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a Ordem Econômica, mercê do entendimento consagrado por esta Corte quanto à alienação do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista, sem autorização legislativa e prévio procedimento licitatório (Precedentes: ADI 5624 MCRRef, Relator

Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5.846 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 6029 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019; ADI 5924 MC, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, DJe 29-11-2019) (ADI 5942/DF, 2020, p. 3).

Em resumo, a análise da ADC nº 5.942 demonstra que, em setores politicamente e economicamente estratégicos para o País, a obrigatoriedade de licitação não é absoluta. A decisão do STF reforça a importância de uma legislação que permita a flexibilidade necessária para que a Administração Pública atue com eficiência e agilidade, alinhada aos interesses estratégicos nacionais.

A jurisprudência consolidada pela Corte destaca que, embora a licitação seja um princípio fundamental, existem contextos em que a dispensa desse processo é justificada para assegurar a continuidade e a qualidade dos serviços públicos essenciais. Isso é especialmente relevante em setores onde a rapidez e a capacidade de resposta são cruciais para o sucesso das operações e para o atendimento do interesse público.

Assim, a cessão de contratos administrativos emerge como um instrumento válido e necessário, permitindo que os serviços e projetos continuem de maneira ininterrupta e eficaz. Essa prática, no entanto, deve ser conduzida dentro de um arcabouço legal rigoroso que observe os princípios constitucionais e legais, garantindo a transparência, a moralidade e a eficiência na gestão pública. A decisão do STF, portanto, legitima a necessidade de flexibilidade administrativa, sem comprometer os valores fundamentais que regem a Administração Pública, promovendo um equilíbrio entre a necessidade de eficiência e a obrigatoriedade de uma gestão pública íntegra e transparente.

3.5 Priorização da eficiência na gestão pública em detrimento de formalismos excessivos

Neste caso, trata-se da ADI 5991/DF, 2020, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, questionando a possibilidade de prorrogação antecipada e alteração no contrato de concessão sem prévia licitação. O entendimento da relatora, Ministra Cármen Lúcia, que foi acompanhado pelo plenário do STF, foi no sentido de que, embora seja essencial o melhor atendimento ao interesse público e à prestação adequada do serviço concedido, isso deve ser realizado respeitando os princípios constitucionais pertinentes. O que importa, portanto, é a

melhor escolha econômica que preserve tanto o interesse público quanto a prestação adequada do serviço.

No acórdão foram fixados alguns entendimentos da Suprema Corte que serão analisados a seguir. Segue o primeiro trecho do acórdão citado acima:

1. O parâmetro temporal e material estabelecido pelo inc. II⁵⁴ do § 2º do art. 6º da Lei n. 13.448/2017 não compromete, em tese, a adequação do serviço público, não se comprovando inconstitucionalidade da previsão legal de prorrogação antecipada do contrato (ADI 5991/DF, 2020, p. 2).

Neste ponto do acórdão, se destaca a ponderação entre a necessidade de se realizar uma nova licitação para se continuar a exploração da concessão contra a prorrogação antecipada em função de investimentos realizados pelo concessionário atual. Outro ponto interessante é o disposto no texto legal, corroborado pela Suprema Corte, no sentido de se verificar o cumprimento das metas de desempenho estabelecidas no contrato original.

Mais uma vez se confronta a melhor condição para o Estado em comparação da formalidade na condução e na fiscalização dos contratos Administrativos. Em seu voto a Ministra Cármen Lúcia, cita o pensamento de Rafael Veras de Freitas sobre o tema:

A prorrogação antecipada pode ser mais vantajosa para o Poder Público porque “(i) possibilita a realização de novos investimentos, de forma imediata, em infraestruturas públicas, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões; (ii) tais investimentos serão realizados, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou, tampouco, de aumento de tarifário; e (iii) os bens que forem incorporados à prestação do serviço público serão revertidos ao patrimônio público (Freitas, 2017, p. 364).

O autor citado no voto da Ministra Cármen Lúcia demonstra que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão pode ser mais vantajosa para o Poder Público. Essa abordagem evidencia, mais uma vez, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência atribuem maior importância à obtenção da proposta mais vantajosa para o Poder Público do que ao formalismo pelo formalismo.

É fundamental destacar que esses doutrinadores e julgadores, progressistas no sentido de buscar a eficiência e as consequentes vantagens para o Poder Público, em momento algum desprezam a legalidade e o controle. O que se torna evidente em todos os argumentos

⁵⁴ “Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

§ 2º A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:

I - quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos” (Lei nº 13.448/97).

apresentados nesta tese é que deve ocorrer uma ponderação que vise alcançar a proteção do bem jurídico tutelado.

Ainda sobre a prorrogação antecipada em detrimento da relicitação da concessão, observa-se que, no primeiro caso, novos investimentos são realizados de forma imediata em infraestruturas públicas. Tradicionalmente, esses investimentos teriam que aguardar o término do período da concessão. Com isso, a população passa a ter acesso a mais serviços sem a necessidade de empregar recursos públicos para tanto.

Ressalta-se o desapego ao caráter personalíssimo do contrato administrativo, uma vez que tanto o texto legal quanto a jurisprudência analisada não enfatizam a identidade do executor do contrato. Pelo contrário, o que fica evidente é o cumprimento das metas de desempenho e a capacidade de investimento da concessionária, necessários para a boa prestação do serviço público.

Embora a questão em pauta trate da concessão de serviço público, os princípios discutidos são aplicáveis a todos os tipos de contratos administrativos, pois estão relacionados ao modo de agir da Administração Pública. Outro ponto de extrema relevância é que os bens empregados na prestação de serviços públicos serão incorporados ao patrimônio público através de inventário devidamente realizado. Este procedimento garante transparência e controle sobre os bens transferidos, prevenindo a dilapidação do patrimônio público e assegurando que as transferências sejam conduzidas de acordo com os princípios da legalidade e da eficiência administrativa.

Neste sentido, o segundo ponto do acórdão ressalta a importância do inventário como instrumento de legalidade e controle do patrimônio público. Segue trecho em comentário:

2. A transferência de bens imóveis e móveis, operacionais ou não, nos termos da Lei n. 13.448/2017, deve ser precedida de inventário no qual especificados e referentes aos extintos contratos de arrendamento (ADI 5991/DF, 2020, p. 2).

A incorporação dos bens utilizados na prestação de serviços ao patrimônio público demonstra duas vantagens essenciais: primeiramente, a antecipação de novos investimentos antes do término da concessão; e, em segundo lugar, a incorporação de todos esses investimentos ao patrimônio público.

A decisão da Ministra Cármen Lúcia destacou que, para garantir a eficiência da Administração Pública, é necessário observar os limites constitucionais estabelecidos. No entanto, em determinadas circunstâncias, a flexibilização de regras, como a exigência de

licitação prévia para a prorrogação e alteração de contratos de concessão, pode ser justificada. Essa flexibilização deve sempre ser direcionada para evitar desvios de finalidade e assegurar que os recursos públicos sejam utilizados de maneira eficiente e em benefício do interesse público.

Além disso, o acórdão prevê a legalidade do deslocamento do patrimônio público em função da continuidade do serviço público concedido. Contudo, é imprescindível que, no caso em questão, ocorra a preservação do domínio da União sobre esses bens. Essa medida garante que, mesmo havendo flexibilidade nas regras de transferência e prorrogação dos contratos, os bens públicos continuem sob a supervisão e controle do Poder Público, evitando qualquer forma de dilapidação ou uso inadequado do patrimônio público.

Portanto, a decisão judicial não apenas reforça a importância da eficiência administrativa e da proteção do patrimônio público, mas também reconhece a necessidade de flexibilidade em situações específicas para promover o bem-estar social e a continuidade dos serviços públicos. Essa abordagem busca equilibrar a rigidez formal das regras administrativas com a necessidade prática de adaptabilidade e inovação na gestão dos contratos públicos, sempre com foco no interesse público e na transparência das ações governamentais. Vejamos:

3. No § 4º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 se acolhe hipótese de deslocamento do bem a ser gerido pelo concessionário para dar continuidade ao serviço público concedido, preservando-se o domínio da União (ADI 5991/DF, 2020, p. 2).

Pode-se analisar a questão à luz da continuidade do serviço público, destacando a relevância da cessão da posição contratual. Em muitos casos, essa cessão pode proporcionar maior agilidade na disponibilização de bens ou serviços à população, garantindo que os benefícios sejam usufruídos o mais rapidamente possível.

De acordo com o relatório do Tribunal de Contas da União (TCU), mencionado anteriormente, há inúmeros casos de obras paralisadas no Brasil, privando a população dos benefícios que essas obras poderiam gerar. Embora não se possa afirmar categoricamente que a cessão da posição contratual resolverá todos os casos de obras paralisadas, ela representa uma ferramenta adicional para solucionar parte desses problemas. Essa cessão pode ser particularmente útil quando é comprovado que sua utilização permitirá a manutenção das condições iniciais do contrato em um prazo mais curto.

Adicionalmente, a cessão da posição contratual evita o longo e oneroso processo de rescisão contratual e a subsequente seleção de novos candidatos que participaram do certame

original. Este processo frequentemente se revela infrutífero e não contribui para a obtenção do princípio da eficiência na gestão pública. Ao contrário, a cessão contratual pode garantir que os projetos continuem com interrupções mínimas, promovendo a continuidade e a eficácia dos serviços públicos.

A adoção dessa prática deve, entretanto, ser cuidadosamente regulamentada para assegurar que os princípios de legalidade, moralidade e eficiência sejam rigorosamente observados. A cessão da posição contratual deve ser utilizada como um mecanismo de última instância, destinado a preservar os interesses públicos e a garantir que os contratos administrativos sejam executados de maneira eficiente e conforme o planejamento inicial. Portanto, a cessão da posição contratual, quando bem aplicada, pode contribuir significativamente para a continuidade e eficiência dos serviços públicos, mitigando os impactos negativos das obras paralisadas e assegurando que a população tenha acesso aos benefícios prometidos de maneira mais rápida e eficaz.

O quarto ponto abordado no acórdão faz referência a dois valores na prestação do serviço público: *i)* o interesse público, e *ii)* a prestação adequada do serviço concedido. Vejamos:

4. A disposição dos bens móveis mencionada no § 5º do art. 25 da Lei n. 13.448/2017 é interpretado como gestão do bem público afetado à atividade da concessionária, da forma que melhor atender ao interesse público e à prestação adequada do serviço concedido (ADI 5991/DF, 2020, p. 2).

Nessa esteira, pode-se estabelecer uma conexão com a cessão da posição contratual conforme já exposto em capítulo próprio. Superados os pontos de objeção catalogados na doutrina e nas avaliações dos órgãos de controle, temos um instrumento capaz de conferir maior agilidade à prestação de serviços de interesse público de forma mais eficiente.

A cessão da posição contratual, ao ser devidamente regulamentada e aplicada, pode proporcionar uma solução eficaz para diversos entraves burocráticos e operacionais que frequentemente retardam a execução de contratos administrativos. Esse mecanismo, uma vez aceito pela doutrina e aprovado pelos órgãos de controle, oferece uma alternativa válida para garantir a continuidade e eficiência dos serviços públicos.

Além disso, a cessão da posição contratual permite uma resposta mais rápida às necessidades emergentes da Administração Pública, evitando os atrasos associados aos processos de rescisão e nova licitação. A celeridade proporcionada por essa ferramenta é

essencial para que os serviços públicos não sofram interrupções prolongadas, o que, por sua vez, beneficia diretamente a população.

Portanto, ao se integrar a cessão da posição contratual como uma prática reconhecida e validada pelos estudos doutrinários e pelo aval dos órgãos de controle, cria-se uma oportunidade para otimizar a Administração Pública. Esse mecanismo, quando bem aplicado, não só promove a eficiência administrativa, mas também assegura que os recursos públicos sejam utilizados de maneira mais eficaz, sempre em consonância com o interesse público.

O penúltimo ponto do acórdão é extremamente relevante para a presente tese, pois aborda a ponderação de alguns princípios fundamentais para a Administração Pública. Primeiramente, afirma que a imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato, ressaltando que tais alterações são motivadas por necessidades econômicas e sociais que surgem durante a prestação do serviço público.

Essa flexibilidade contratual é essencial para adaptar os contratos administrativos às realidades dinâmicas e mutáveis do contexto socioeconômico. Ao permitir essas modificações, a Administração Pública pode responder de maneira mais ágil e eficaz às demandas emergentes, assegurando que os serviços públicos continuem sendo prestados de forma eficiente e adequada às necessidades da população.

Além disso, o acórdão reafirma a importância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esse princípio é crucial para que o ecossistema de prestação de serviços públicos seja sustentável a longo prazo. O equilíbrio econômico-financeiro garante que as condições pactuadas originalmente no contrato sejam mantidas justas e viáveis tanto para o concedente quanto para o concessionário. Dessa forma, assegura-se que os recursos necessários para a continuidade e qualidade dos serviços públicos estejam disponíveis, evitando a interrupção ou degradação dos serviços oferecidos à população.

Portanto, a consideração desses princípios no acórdão sublinha a necessidade de uma abordagem equilibrada e flexível na gestão dos contratos administrativos. A imutabilidade do objeto da concessão, quando rigidamente interpretada, pode se tornar um obstáculo para a adaptação necessária às mudanças econômicas e sociais. Por outro lado, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é fundamental para garantir que as concessões permaneçam viáveis e eficazes ao longo do tempo.

Em suma, o penúltimo ponto do acórdão não só reforça a importância da adaptabilidade e sustentabilidade na gestão dos contratos de concessão, mas também destaca como esses princípios podem ser harmonizados para promover uma Administração Pública mais eficiente e responsiva às necessidades da sociedade. A análise dessas questões é vital para a compreensão e desenvolvimento de práticas que assegurem a continuidade e a qualidade dos serviços públicos. Segue a transcrição do trecho:

5. A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes (ADI 5991/DF, 2020, p. 3).

Por fim, a Suprema Corte estabelece que uma alteração contratual para adequação às necessidades mutáveis do interesse público não implica na alteração do objeto da concessão. Essa abordagem reforça a ideia de que a flexibilidade contratual é essencial para a eficiência e continuidade dos serviços públicos, sem comprometer a essência do contrato original.

Além disso, essa tese demonstra que a alteração de uma das partes do contrato administrativo também não provoca mudanças no objeto do contrato, nem afeta a condição da proposta mais vantajosa para o Poder Público que venceu o certame licitatório. Essa distinção é crucial para assegurar que o processo licitatório, que visa selecionar a proposta mais benéfica para a Administração, permaneça íntegro e eficaz, mesmo quando ajustes contratuais são necessários.

No contexto do investimento cruzado, a Suprema Corte reafirma que não há alteração do objeto da concessão. O investimento cruzado consiste em ajustes contratuais destinados a adaptar o contrato às necessidades emergentes do interesse público, garantindo que os objetivos e metas do serviço concedido sejam atendidos de maneira eficiente e oportuna.

Essa capacidade de realizar investimentos cruzados sem alterar o objeto da concessão permite que a Administração Pública responda rapidamente a novas demandas e desafios, mantendo a qualidade e continuidade dos serviços públicos. É um mecanismo que promove a adaptabilidade e resiliência dos contratos administrativos, assegurando que eles possam evoluir juntamente às necessidades da sociedade.

Em suma, as decisões da Suprema Corte sublinham a importância de uma abordagem pragmática e flexível na gestão dos contratos de concessão. Ao permitir alterações contratuais e a participação de novas partes sem comprometer o objeto do contrato ou a vantagem

competitiva original, a Administração Pública pode garantir que os serviços públicos sejam prestados de maneira contínua e eficiente, sempre alinhados ao interesse público. Essas práticas são fundamentais para o desenvolvimento de um sistema de concessões robusto e responsivo, capaz de atender às demandas sociais e econômicas em constante evolução. Segue transcrição do último ponto abordado no julgado:

6. No investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis do interesse público (ADI 5991/DF, 2020, p. 3).

Em resumo, a ADI 5.991/DF questionava a constitucionalidade de dispositivos que permitiam a prorrogação antecipada e a alteração de contratos de concessão sem licitação prévia. A Ministra Relatora, Cármen Lúcia, argumentou que tais medidas são válidas quando resultam em melhor atendimento ao interesse público e na prestação adequada dos serviços, desde que respeitem os princípios da Administração Pública.

O plenário do STF, ao seguir o voto da Ministra, reforçou que a eficiência na gestão pública não deve ser prejudicada por formalismos excessivos. A decisão destaca a necessidade de equilibrar a observância das normas legais com soluções que promovam a eficácia e a qualidade dos serviços públicos. Assim, a flexibilização da exigência de licitação prévia pode ser benéfica para a eficiência administrativa, desde que aplicada de forma criteriosa e fundamentada em princípios constitucionais.

A decisão do STF demonstra que a eficiência da Administração Pública aliada ao respeito aos limites constitucionais pode justificar a flexibilização de regras que, de outra forma, restringiriam a capacidade do Estado de atender ao interesse público de maneira eficiente. Prorrogações antecipadas e alterações contratuais sem prévia licitação, quando bem justificadas e transparentes, podem melhorar os serviços públicos e satisfazer as necessidades da sociedade.

Portanto, o julgamento da ADI 5.991/DF reafirma a importância de uma Administração Pública eficiente e adaptável, capaz de responder rapidamente às demandas sociais. A flexibilização das exigências formais, como a licitação prévia, é vista como uma estratégia para melhorar a prestação dos serviços públicos, desde que aplicada com rigor e fundamentada nos princípios de transparência, responsabilidade e eficiência. Dessa forma, o STF estabelece um precedente significativo para a gestão pública, promovendo um equilíbrio entre flexibilidade administrativa e cumprimento das normas legais.

3.6 Os arranjos empresariais são extremamente necessários para manter a competitividade e a sobrevivência das empresas

O Recurso Extraordinário RE 958252/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com repercussão geral, foi pautado para examinar a constitucionalidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Esta súmula proíbe a terceirização de atividade-fim e responsabiliza o contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada.

O precedente é relevante aos propósitos da presente tese porque consolida o entendimento de que o princípio da livre iniciativa autoriza múltiplas formas de organização econômica, estruturadas de maneira descentralizada. Nesse sentido, pode-se sustentar que a terceirização consiste em um arranjo econômico legítimo tanto para a estruturação das relações econômicas entre particulares quanto nos contratos administrativos

Dentre os argumentos apresentados pelo Ministro Luiz Fux, destaca-se a necessidade de deliberar sobre a subsistência da orientação sumular do TST após as reformas legislativas. O Ministro ressaltou que os valores do trabalho e da livre iniciativa, consagrados no artigo 1º, IV, da Constituição Federal, são intrinsecamente conectados. Ele argumentou que uma decisão deve considerar ambos os valores, pois o progresso das posições de trabalho depende da liberdade de organização produtiva dos cidadãos. O poder regulatório deve exercer seu papel com proporcionalidade e razoabilidade. Segue o trecho do acórdão:

4. Os valores do trabalho e da livre iniciativa, insculpidos na Constituição (art. 1º, IV), são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, haja vista ser essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (RE 958.252/MG, 2018, p. 2).

Com os direitos de liberdade das organizações, surgem os pressupostos para a utilização da cessão, total ou parcial, da posição contratual, bem como da subcontratação. O acórdão demonstra que, na economia moderna, é necessário recorrer a esses tipos de arranjo para que a empresa possa se manter viva e competitiva.

A cessão da posição contratual permite que as empresas transfiram suas obrigações e direitos contratuais a terceiros, oferecendo maior flexibilidade e adaptabilidade às mudanças do mercado. Da mesma forma, a subcontratação possibilita que as empresas deleguem partes de

suas operações a outras entidades, o que pode resultar em eficiência operacional e redução de custos.

O julgado em questão apresenta que os arranjos empresariais são essenciais para a sobrevivência das empresas em um ambiente econômico dinâmico, onde a capacidade de ajustar rapidamente a estrutura e as operações é um fator crítico para o sucesso. Além disso, a liberdade econômica promovida por essas práticas incentiva a inovação e a competitividade, permitindo que as empresas explorem novas oportunidades de negócios e se adaptem às demandas do mercado com maior agilidade.

Neste sentido, o princípio da liberdade jurídica emerge como um facilitador de um ambiente competitivo, onde o setor privado pode realizar seus arranjos livremente, desde que não sejam proibidos pelo Poder Público. Esse princípio permite que as empresas inovem e adaptem suas estratégias de negócios conforme as exigências do mercado, promovendo eficiência e competitividade.

A liberdade jurídica garante que as empresas possam negociar contratos, estabelecer parcerias e realizar subcontratações sem restrições desnecessárias, desde que respeitem os limites impostos pela legislação vigente. Essa flexibilidade é crucial para a sustentabilidade e crescimento das empresas, especialmente em um cenário econômico globalizado e dinâmico.

O debate sobre a aplicação e os limites dessa liberdade jurídica já foi objeto de discussão em sessões específicas, destacando a importância de um equilíbrio entre a autonomia das empresas e a necessidade de regulamentação para evitar abusos e garantir a proteção de interesses públicos e privados.

O julgado afirma que o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal do Brasil consagra o princípio da legalidade, que é fundamental para a garantia da liberdade jurídica. Este princípio, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal disposição assegura que o Estado não pode exigir ou impor condutas que não estejam expressamente previstas em lei, protegendo os cidadãos de abusos de poder e de arbitrariedades. Segue trecho do acórdão exarado:

5. O art. 5º, II, da Constituição consagra o princípio da liberdade jurídica, consectário da dignidade da pessoa humana, restando cediço em sede doutrinária que o “princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível “(ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177)” (RE 958.252/MG, 2018, p. 2).

O ambiente no qual se ordena e proíbe o mínimo possível, segundo Alexy (2024), é uma manifestação direta da liberdade jurídica, pois permite que os indivíduos tenham previsibilidade sobre seus direitos e obrigações e confiança de que somente a lei pode criar tais exigências. Além disso, reforça a noção de que a lei deve ser o instrumento pelo qual a sociedade regula as condutas permitidas e proibidas, garantindo que todos os atos estatais estejam em conformidade com o que foi democraticamente decidido pelo legislativo.

Essa vinculação do Estado e de seus agentes à lei é uma expressão da soberania popular e um dos pilares da democracia, garantindo que a liberdade individual seja protegida contra possíveis excessos governamentais. A liberdade jurídica, portanto, é um corolário da dignidade da pessoa humana, sustentando que a autonomia pessoal e a capacidade de autodeterminação são respeitadas dentro do marco legal que governa o país.

Segundo as palavras de Robert Alexy (2024), o Estado deve ordenar e proibir o mínimo possível. A restrição ao direito geral de liberdade só pode ser imposta por medidas definidas na Constituição e submetidas ao teste de proporcionalidade. O poder moderador possui o ônus de demonstrar objetivamente o que se pretende proteger para poder restringir uma liberdade constitucional.

O Ministro Fux argumentou que a terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores, pois esta é organizada por categoria de trabalhadores e não pelo tipo de empresa que os contrata. Ele também destacou que a dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio é imprecisa diante da economia moderna. A adaptação da sociedade à evolução econômica é imprescindível para a sobrevivência das organizações. Como apontado por John Roberts (2007, p. 195), os arranjos societários são necessários para atender às exigências do mercado e sobreviver ao risco, culminando na manutenção dos empregos.

9. A terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores, porquanto o art. 8º, II, da Constituição contempla a existência de apenas uma organização sindical para cada categoria profissional ou econômica, mercê de a dispersão territorial também ocorrer quando uma mesma sociedade empresarial divide a sua operação por diversas localidades distintas (RE 958.252/MG, 2018, p. 4).

De acordo com Ronald H. Coase (1937, p. 386), o objetivo dos arranjos societários é justamente reduzir custos e otimizar os resultados. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como uma organização de desintegração vertical com o objetivo de ganho de performance.

O Ministro Fux enumerou uma série de benefícios econômicos decorrentes da terceirização. Ele destacou que a terceirização possibilita o aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado e a obtenção de economias de escala e de escopo. Além disso, a terceirização contribui para a redução da complexidade organizacional e de problemas de cálculo e atribuição, o que facilita a provisão de incentivos mais fortes aos empregados. Também permite a precificação mais precisa de custos e maior transparência nas operações, bem como o estímulo à competição de fornecedores externos.

A adaptação às necessidades de modificações estruturais é facilitada, e há a eliminação de problemas de possíveis excessos de produção. A eficiência aumenta com o fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes, e os custos iniciais de entrada no mercado são reduzidos, o que facilita o surgimento de novos concorrentes. A terceirização também supera eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas, proporciona menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos, e oferece maior flexibilidade para adaptação ao mercado.

Adicionalmente, ela não compromete recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos, diminui a possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros e melhora a adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura para setores e atividades distintas.

Estudos demonstram que a terceirização reduz o *turnover*, através do crescimento do mercado e aumento dos salários. Por fim, o Ministro Fux argumentou em seu voto que a proibição da terceirização viola os princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da Constituição Federal) e da liberdade contratual (artigo 5º, II da Constituição Federal).

O voto do Ministro fixou a seguinte tese: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". Com essa jurisprudência, o STF reforça o entendimento de que os arranjos empresariais são extremamente necessários para manter a competitividade e a sobrevivência das empresas, conseqüentemente, promovendo a geração de emprego e renda.

Essa discussão sobre a possibilidade da terceirização da atividade-fim é muito relevante para a presente tese, pois representa uma grande quebra de paradigma, superando inclusive uma

súmula do TST que dispunha que tal prática era proibida, mesmo após autorização legislativa específica.

Nos julgados recentes do STF, percebe-se a importância do equilíbrio econômico entre o Poder Público e as empresas como condição *sine qua non* para o desenvolvimento do país. Esse equilíbrio é fundamental para garantir que as empresas possam operar de maneira eficiente e competitiva, contribuindo para a sustentabilidade econômica e a geração de empregos.

Outro ponto relevante é a preocupação com a competitividade em níveis internacionais. As empresas em diversos segmentos enfrentam desafios significativos para se manterem competitivas globalmente. O Poder Público, por sua vez, necessita criar um ambiente regulatório flexível e ágil, que permita às empresas buscarem competitividade e, conseqüentemente, sobreviver e prosperar.

Dentro dessa perspectiva, a cessão da posição contratual se apresenta como uma ferramenta essencial para a continuidade da execução dos contratos administrativos. Quando uma empresa que assinou um contrato com o Poder Público se encontra em condições desfavoráveis para cumprir com suas obrigações, ela pode transferir sua posição contratual para uma parceira de negócios que possua as condições técnicas e financeiras adequadas para executar o contrato.

Essa possibilidade de cessão é vantajosa para o Poder Público, pois assegura a continuidade da execução da proposta mais vantajosa por uma empresa que tenha condições iguais ou até melhores do que a cedente. Para que tal negócio jurídico se concretize, é necessário contar com a anuência do órgão responsável, garantindo que a transação seja conduzida de forma transparente e alinhada com os princípios legais e constitucionais.

Em suma, a flexibilização das regras de terceirização e cessão contratual, conforme demonstrado pelos julgados do STF, representa um avanço significativo na modernização das práticas de contratação pública no Brasil. Essas mudanças não apenas promovem a eficiência administrativa, mas também incentivam a competitividade e a inovação no setor privado, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país.

3.7 Ponderações sobre os Precedentes do STF Examinados

Ao longo deste capítulo, foram examinados diversos precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que destacam a evolução da jurisprudência em relação à cessão da posição contratual. Os julgados analisados revelam uma tendência clara do STF em adotar uma postura mais flexível e pragmática, que equilibra a necessidade de eficiência administrativa com a observância dos princípios constitucionais.

Os julgados analisados demonstram uma linha jurisprudencial comum do STF no tratamento das questões relativas à necessidade de licitação em situações específicas e à flexibilização das regras de contratação pública. Em todos os casos, o STF buscou um equilíbrio entre a necessidade de eficiência administrativa e o cumprimento dos princípios constitucionais. Os ministros destacaram que, embora a licitação seja uma regra geral para garantir a transparência, moralidade e impessoalidade nas contratações públicas, existem circunstâncias em que a flexibilização desta exigência pode ser justificada para atender ao interesse público de forma mais eficiente.

A decisão na ADI nº 2496/DF demonstra que a cessão de contratos para terceiros qualificados, desde que assegurada a continuidade e eficiência dos serviços, não infringe os princípios licitatórios. Este entendimento reflete a modernização do Direito Administrativo, reconhecendo que a personalização excessiva dos contratos não deve impedir a Administração Pública de garantir o melhor interesse público.

A ADI nº 5624/DF reforça essa tendência ao permitir a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas de empresas públicas sem a necessidade de licitação, desde que observados os princípios constitucionais. Essa decisão sublinha a importância da liberdade econômica e da agilidade nas operações empresariais, alinhando-se aos princípios de livre iniciativa e concorrência.

O julgamento da ADI nº 4829/DF valida a dispensa de licitação para serviços de tecnologia da informação estratégicos, destacando que tal flexibilização é compatível com os princípios constitucionais. Essa decisão é essencial para garantir a continuidade e eficiência dos serviços públicos em um contexto de rápida evolução tecnológica.

Na ADC nº 5.942, o STF afirma que a obrigatoriedade de licitação não é absoluta em setores politicamente e economicamente estratégicos. A flexibilização da licitação, nesses casos, permite que o Estado atue de forma mais dinâmica e eficiente, respeitando os princípios constitucionais.

A ADI nº 5991/DF sublinha a importância de evitar formalismos excessivos que possam comprometer a eficiência da gestão pública. A decisão de permitir a prorrogação antecipada e a alteração de contratos de concessão sem licitação, desde que observados os princípios constitucionais, exemplifica essa abordagem pragmática.

Finalmente, o Recurso Extraordinário nº 958.252/MG reafirma a licitude da terceirização e outros arranjos empresariais, destacando seus benefícios econômicos, como a redução de custos e o aumento da eficiência. Essa decisão reconhece a importância de tais práticas para a sobrevivência das empresas e a promoção de emprego e renda.

Os julgados reconhecem a legitimidade da legislação infraconstitucional em estabelecer regras específicas que possam flexibilizar a obrigatoriedade de licitação. A possibilidade de o legislador ordinário criar exceções à regra geral de licitação, desde que respeitados os princípios constitucionais, foi um ponto reiteradamente abordado. Este entendimento foi fundamental para a validação de normas que permitem a transferência de concessões, a prorrogação de contratos e a terceirização de atividades, sem licitação prévia.

A continuidade e eficiência dos serviços públicos foram apontadas como justificativas centrais para a flexibilização das regras de licitação. Em contextos como a cessão de contratos de concessão, a alienação de controle acionário de empresas públicas e a contratação de serviços estratégicos de tecnologia da informação, o STF enfatizou a importância de garantir que as operações ocorram sem interrupções, assegurando a prestação adequada dos serviços.

Os ministros destacaram a necessidade de aplicar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na análise das situações em que a licitação pode ser dispensada. A decisão deve ser pautada pela busca do melhor interesse público, avaliando se a dispensa de licitação proporciona benefícios econômicos e administrativos significativos, sem comprometer a legalidade e a transparência do processo.

Os julgados também abordaram a importância de considerar o impacto econômico das decisões sobre licitação. Argumentou-se que a flexibilização das regras de contratação pode fomentar a competitividade, reduzir custos e otimizar os resultados, contribuindo para a sobrevivência e crescimento das empresas. A terceirização, por exemplo, foi defendida como uma prática que pode trazer vários benefícios econômicos, desde o aprimoramento de tarefas especializadas até a maior flexibilidade para adaptação às demandas do mercado.

A livre iniciativa e a liberdade contratual foram princípios frequentemente mencionados como fundamentais para a economia de mercado. As decisões ressaltaram que a intervenção do Estado deve ser mínima, respeitando a autonomia das empresas para organizar suas atividades de maneira eficiente e competitiva (Silva Filho, 1995, p. 209). A proibição de práticas como a terceirização foi vista como uma violação desses princípios, justificando a necessidade de revisões jurisprudenciais que permitam maior liberdade econômica.

Embora a flexibilização das regras de licitação seja permitida, os ministros reforçaram que deve sempre haver respeito aos limites constitucionais. As exceções devem estar claramente fundamentadas em normas legais e constitucionais, garantindo que o processo seja conduzido de maneira transparente e justa, evitando desvios de finalidade e favorecimentos indevidos.

Em suma, as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) evidenciam uma clara tendência de flexibilização das regras de licitação e contratação pública. Essas decisões promovem um equilíbrio delicado e necessário entre a necessidade de eficiência administrativa e o respeito rigoroso aos princípios constitucionais. Esse movimento do STF proporciona maior segurança jurídica e previsibilidade, elementos fundamentais para a estabilidade e confiabilidade nas relações contratuais entre a Administração Pública e as empresas.

Essa nova abordagem jurisprudencial permite que a Administração Pública e as empresas adaptem suas práticas em conformidade com os valores constitucionais de transparência, impessoalidade e moralidade, sem comprometer a eficiência e a competitividade dos processos licitatórios e contratuais. Ao flexibilizar determinadas regras, o STF busca não apenas assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais, mas também fomentar um ambiente de negócios mais dinâmico e adaptável às mudanças e demandas do mercado.

4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL NA DIREÇÃO DE RECONHECER A VALIDADE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A evolução legislativa e jurisprudencial no Brasil tem apontado para uma maior flexibilidade e modernização nas práticas de gestão pública, especialmente no que se refere à cessão da posição contratual em contratos administrativos. Este capítulo propõe-se a organizar sistematicamente, a partir das discussões travadas nos capítulos anteriores, as mudanças normativas e os avanços jurisprudenciais que estão contribuindo para essa transformação, permitindo uma Administração Pública mais eficiente e dinâmica. Propõe-se, assim, demonstrar que existem elementos suficientes na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias para reconhecer a validade do instituto.

Inicialmente, são revisitados os debates doutrinários e jurisprudenciais que cercam a cessão da posição contratual. Tradicionalmente, os contratos administrativos são vistos como personalíssimos, não suscetíveis de cessão. Esta visão é influenciada pelo Direito Administrativo francês do passado, que enfatiza a confiança e a relação pessoal entre a Administração Pública e o contratado. No entanto, a evolução do Direito Administrativo e as mudanças nas práticas de gestão pública exigem uma reavaliação desse princípio, destacando a importância da capacidade técnica e idoneidade financeira do contratado.

Em seguida, examinam-se as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21, que modernizou profundamente os procedimentos de licitações e contratos públicos no Brasil. A lei introduziu conceitos como os Diálogos Competitivos, novos princípios de planejamento e segurança jurídica, e a implementação de programas de *compliance* e governança. Essas inovações visam flexibilizar os processos, aprimorar o sistema de controle e facilitar a cessão da posição contratual, sem comprometer os cuidados constitucionais com o zelo pelo recurso público.

Também se discute a proposta de atualização do Código Civil brasileiro para incluir explicitamente a cessão da posição contratual. Este instituto, amplamente reconhecido em sistemas jurídicos de vários países, permite a substituição de uma das partes contratantes por outra, mantendo o contrato original intacto. A inclusão deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro aumentaria a segurança jurídica, promoveria a continuidade das relações contratuais e alinharia o Brasil com as melhores práticas internacionais.

Por fim, são analisados os precedentes dos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem adotado uma postura mais flexível e pragmática em relação à cessão da posição contratual, buscando conciliar a necessidade de eficiência administrativa com a observância dos princípios constitucionais. Decisões como a validação da cessão de contratos para terceiros qualificados e a flexibilidade na alienação do controle acionário de subsidiárias destacam a importância da modernização das práticas contratuais e da segurança jurídica.

Esses aspectos juntos ilustram a importância de um Direito Administrativo moderno e eficiente, capaz de responder aos desafios contemporâneos e promover o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

4.1 Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil

Como já foi discutido no capítulo 2 desta tese, a Lei nº 14.133/21 trouxe consigo a positivação de diversos princípios pelos quais a lei deve ser aplicada. Importante ressaltar que tal positivação foi criticada até por autores mais progressistas, como Justen Filho (2023, p. 98). No entanto, essa inserção legislativa demonstra estar em linha com as transformações pelas quais o Direito Administrativo está passando.

Nessa perspectiva, o Direito Administrativo, conforme aponta Binenbojm, está sofrendo alterações significativas influenciadas por duas vertentes principais: o “giro democrático-constitucional”, que eleva o Direito Administrativo ao plano superior da normatividade constitucional, e o “giro pragmático”, que propõe que a Administração Pública busque alcançar os melhores resultados possíveis dentro dos limites e possibilidades estabelecidos pela lei (Binenbojm, 2023, p. 779).

Com isso em mente, Binenbojm (2023, p. 778) argumenta que a constitucionalização do Direito Administrativo proporcionou uma revisão teórica de diversos institutos. Embora ele reconheça as críticas à aplicação dos princípios constitucionais à atividade administrativa, como as realizadas por Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 70). De acordo com o autor, tais críticas foram motivadas pelo uso “tosco e desordenado” dos princípios por parte de operadores do Direito totalmente despreparados para as tarefas que estavam diante deles.

Ainda segundo as palavras do autor: “O giro pragmático do Direito Administrativo tem como objetivo, ao fim e ao cabo, matizar o idealismo excessivo e selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade” (ibidem, p. 780).

Nesse sentido, Binenbojm (2023) afirma existir uma tendência de pragmatismo que vem sendo adotada pela Administração Pública sob a influência do direito norte-americano, caracterizada pelo que ele denomina de “temperamento pragmático” (*pragmatic mood*). Nesse contexto, as decisões administrativas são formuladas com base em uma análise detalhada dos fatos e das consequências práticas, em vez de serem guiadas por teorias abstratas ou concepções puramente teóricas. Ele reafirma que essa postura contrasta com a cultura dos países europeus continentais e do Brasil que se apegam mais às formalidades e aos textos legais do que aos resultados obtidos com as decisões (Binenbojm, 2023, p. 779).

Diante dessas observações, observa-se que o método pragmático norte-americano, desenvolvido por William James (1907), John Dewey e seus seguidores (1935), rejeita a crença de que teorias abstratas, definições formais, tipologias ideais e generalizações metafísicas conseguem refletir com precisão o mundo real. Ao invés de avaliar o mundo prático através de modelos teóricos ideais, o pragmatismo defende uma abordagem mais empírica, que examina como ideias e instituições realmente funcionam no dia a dia. Essa perspectiva antiformalista, realista, pluralista e instrumental mede as alegações de verdade pelos resultados concretos — os efeitos e consequências reais das ideias e instituições em prática. Como os criadores do método expressaram de forma provocativa, a verdade é algo que "acontece a uma ideia" — o seu "valor prático", ou seja, sua capacidade de nos levar utilmente de um ponto a outro e dar sentido comum à experiência humana e histórica. Em vez de se engajar em debates metafísicos intermináveis sobre definições, essências, normas e princípios, o pragmatismo promove a investigação social das consequências reais de uma ideia para os seres humanos vivos (Novak, 2008, p. 764).

Dentro da perspectiva do pragmatismo, todas as esferas da Administração Pública devem estar atentas às consequências práticas de suas ações. Isso significa que o princípio da legalidade, ao qual todos os servidores públicos estão subordinados, não deve ser interpretado de forma restrita, limitada apenas à conformidade com a letra de uma lei específica. Pelo contrário, o princípio da legalidade deve ser entendido em um sentido mais amplo, abrangendo todo o ordenamento jurídico e os princípios constitucionais. Dessa forma, as ações dos servidores públicos devem ser guiadas não apenas pela observância formal das leis, mas também pela consideração de seus impactos reais, garantindo que as decisões e políticas

implementadas sejam efetivas e alinhadas com os valores e objetivos maiores do direito e da justiça na sociedade.

Binenbojm (2023) reafirma ainda que a promulgação da Lei nº 13.655/18, que deu nova redação ao artigo 20 da LINDB, tem auxiliado na implantação paulatina dessa tendência internacional no Brasil, ao atribuir força jurídica às consequências práticas das decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial. Essa mudança normativa reflete a valorização do impacto concreto das decisões, alinhando-se ao movimento de pragmatismo observado em outros sistemas jurídicos, especialmente o norte-americano (Binenbojm, 2023, p. 779).

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (LINDB Decreto Lei nº 4.657/42).

Não se pode deixar de ponderar que a corrente majoritária da doutrina brasileira, representada por autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, entre outros, ensina que toda ação da autoridade administrativa deve ser pautada em autorização legislativa, reforçando o entendimento de que a Administração Pública só pode agir conforme o que está expressamente previsto em lei, evitando abusos de poder e assegurando a observância dos direitos dos administrados (Justen Filho, 2023, p. 113).

No entanto, nos últimos anos, o entendimento sobre o princípio da legalidade no Brasil tem evoluído, ampliando-se para incluir o conceito de juridicidade. Essa expansão vincula a Administração Pública não apenas à estrita observância da lei em sentido formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, com ênfase especial na Constituição. Isso significa que a atuação administrativa deve estar em conformidade não apenas com a lei, mas principalmente com os princípios constitucionais, além de normas gerais e outros preceitos jurídicos que compõem o sistema jurídico brasileiro (Oliveira, 2018, p. 81 e 82).

Ainda sobre juridicidade, Orlando Vilas Bôas Filho (2014, p. 290-295) aborda a noção como uma categoria que abrange um fenômeno regulatório mais amplo do que o direito estrito senso, ao incluir diferentes formas de regulação social que se manifestam em diversos contextos culturais. Ele argumenta que a juridicidade transcende o direito positivo, oferecendo uma visão mais inclusiva e intercultural da normatividade. Esse conceito permite uma análise mais abrangente da regulação social, ao reconhecer que o direito ocidental é apenas uma entre muitas formas de expressar juridicidade, ao invés de uma representação universal do fenômeno jurídico.

O autor ressalta que essa abordagem critica a tendência etnocêntrica de considerar o direito ocidental como universal, propondo, ao contrário, uma perspectiva pluralista que valoriza as diferentes expressões normativas existentes em diversas culturas. A juridicidade, assim, é entendida como um conceito que revela a complexidade das interações sociais e normativas, destacando a importância de reconhecer e respeitar a diversidade cultural nas formas de regulação social (Vilas Bôas Filho, 2014, p. 290-295).

O conceito de juridicidade consiste numa das mudanças de paradigmas, que conforme Barroso (2005, p. 15), estão profundamente entrelaçadas com o avanço do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial. Esse movimento, que teve início na Alemanha e posteriormente na Itália, influenciou gradualmente toda a Europa Continental ao longo dos anos. No Brasil, o constitucionalismo moderno chegou em 1988, com a redemocratização, marcando o início do mais longo período de estabilidade política do país, segundo o autor. Mesmo enfrentando diversas crises políticas, como o impeachment de presidentes da República, o afastamento de senadores, e escândalos na Câmara dos Deputados, o constitucionalismo no Brasil não apenas se manteve, mas ganhou força ao longo do tempo, consolidando-se como um pilar fundamental da governança democrática e do Estado de Direito no país.

Ainda segundo Barroso, após a Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a florescer no campo do Direito, inaugurando a era do pós-positivismo. Nesse novo paradigma, busca-se ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito positivado, mas reconhecendo a supremacia da norma constitucional. A Constituição passa a ser vista não apenas como um documento político, mas como uma norma jurídica de superior hierarquia, capaz de orientar e fundamentar a interpretação e a aplicação de todas as outras normas do ordenamento jurídico. Esse movimento trouxe uma nova compreensão do Direito, onde a justiça, a moralidade e os princípios constitucionais ganham destaque na construção e interpretação das leis (ibidem, p. 5).

É importante salientar a relevância da interpretação constitucional das leis em virtude da força normativa da Constituição. Para Barroso, a interpretação jurídica deve ser guiada por critérios bem definidos. Em primeiro lugar, no que diz respeito ao critério hierárquico para a resolução de conflitos entre normas, devem ser observados três princípios fundamentais: o hierárquico, onde a lei superior prevalece sobre a inferior; o temporal, em que a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o especial, onde a lei especial prevalece sobre a geral (Barroso, 2009, p. 45).

Além disso, ainda segundo Barroso (*idem*), deve-se utilizar os princípios constitucionais como instrumentos para a interpretação das normas, integrando-os com os métodos tradicionais de interpretação já consagrados, que são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Esses elementos permitem uma análise abrangente e contextual das normas, garantindo que a aplicação do direito seja compatível com os valores e objetivos da Constituição.

Por fim, ao reconhecer a supremacia constitucional, pressupõe-se que os atos da Administração Pública devem seguir critérios de interpretação que estejam em conformidade com a Constituição, respeitando os princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade. Isso assegura que as decisões administrativas não apenas cumpram a legalidade, mas também estejam alinhadas com os princípios constitucionais que orientam o Estado Democrático de Direito (Barroso, 2009, p. 8).

A partir do conceito de constitucionalização do direito infraconstitucional, destaca-se um ponto fundamental para esta tese: a constitucionalização do Direito Administrativo. Barroso (2005) observa que tanto o direito constitucional quanto o Direito Administrativo tiveram sua gênese na intenção de limitar o poder do Estado. No entanto, como o autor aponta, “ambos percorreram trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês” (Barroso, 2005, p. 30).

Essa distinção se deve, em grande parte, aos eventos ocorridos na França, onde o Direito Administrativo emergiu como um ramo jurídico autônomo, especialmente com o surgimento de uma jurisdição administrativa atribuída ao Conselho de Estado francês. Este Conselho, por sua independência em relação ao poder judiciário tradicional, consolidou-se como a última instância nas questões administrativas, desempenhando um papel crucial na delimitação e na fiscalização da atuação do Estado.

No Brasil, a origem do Direito Administrativo foi fortemente influenciada pelo Direito francês, como já mencionado anteriormente. No entanto, ao longo do tempo, seu desenvolvimento seguiu caminhos distintos, distanciando-se gradualmente do modelo francês e adquirindo características próprias. Com a promulgação da Constituição de 1988, o Direito Administrativo, assim como os demais ramos do Direito brasileiro, passou por um processo significativo de constitucionalização. Esse processo integrou os princípios constitucionais diretamente no cerne das normas e práticas administrativas, reforçando a ideia de que todas as ações da Administração Pública devem ser conduzidas em conformidade com os valores e diretrizes estabelecidos pela Constituição. Dessa forma, o Direito Administrativo brasileiro

evoluiu para um sistema que, embora inspirado em suas raízes francesas, se consolidou de maneira única, moldado pelos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito (Barroso, 2005, p. 30).

A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro trouxe mudanças paradigmáticas que transformaram profundamente as relações entre a Administração Pública e os administrados. Mais decisivo do que qualquer outro fator para essa transformação foi a incidência dos princípios constitucionais no domínio do Direito Administrativo. Esses princípios, tanto os específicos quanto os de caráter geral, passaram a irradiar-se por todo o sistema jurídico, centrando-se na dignidade humana e na preservação dos direitos fundamentais. Isso alterou a qualidade das relações entre a Administração e os cidadãos, superando ou reformulando paradigmas tradicionais.

Dentre as principais mudanças promovidas por esse processo, Barroso destaca três transformações que merecem atenção. A primeira delas é a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A constitucionalização trouxe uma necessária distinção entre o interesse público primário, que representa o interesse da sociedade em valores como justiça, segurança e bem-estar social, e o interesse público secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público, como a União, os Estados e os Municípios, geralmente associado ao interesse da Fazenda Pública (Ávila, 2004, p. 70). Com essa distinção, fica claro que o interesse público secundário não goza de supremacia a priori sobre o interesse particular. Quando há colisão entre esses interesses, cabe ao intérprete ponderá-los, levando em consideração os elementos normativos e fáticos relevantes ao caso concreto. Essa abordagem promove uma aplicação mais equilibrada e justa do direito, respeitando os direitos individuais sem desprezar o interesse coletivo (Barroso, 2005, p. 31).

A segunda transformação é a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária. Supera-se aqui a ideia tradicional de que o administrador público está vinculado exclusivamente à lei, conforme a leitura convencional do princípio da legalidade. A partir da constitucionalização, o administrador não só pode, como deve, fundamentar suas ações diretamente na Constituição, independentemente da existência de uma manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade evoluiu para um princípio de juridicidade, que compreende a subordinação do administrador, primeiramente, à Constituição e, em seguida, à lei. Essa mudança reforça a necessidade de que as decisões administrativas sejam orientadas pelos princípios constitucionais, garantindo maior coerência e legitimidade nas ações do poder público (Barroso, 2005, p. 32).

Cabe aqui registrar que alguns autores, representados por Justen Filho (2023, p. 98), acreditam que a tomada de decisões com base em princípios constitucionais, em vez de uma estrita aderência ao texto legal, pode gerar insegurança jurídica no sistema administrativo, pelos motivos já abordados anteriormente, como a possibilidade de múltiplas interpretações do texto legal. Esses críticos argumentam que a flexibilização do princípio da legalidade, ao permitir que o administrador público fundamente suas ações diretamente na Constituição sem a necessidade de uma manifestação prévia do legislador ordinário, pode levar a interpretações subjetivas e inconsistentes. Essa subjetividade potencialmente enfraquece a previsibilidade e a estabilidade das normas administrativas, criando um ambiente onde as decisões podem variar significativamente conforme a interpretação do administrador, aumentando o risco de arbitrariedade e, conseqüentemente, de insegurança jurídica. Por outro lado, os defensores da constitucionalização das decisões administrativas argumentam que essa abordagem fortalece a coerência e a legitimidade das ações do poder público, uma vez que alinha as práticas administrativas diretamente aos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Por fim, a terceira mudança destacada é a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo. Tradicionalmente, o controle judicial dos atos administrativos estava restrito à verificação da legalidade, considerando aspectos como competência, forma e finalidade, sem adentrar no mérito, que envolve motivos e objetos do ato, incluindo sua conveniência e oportunidade. Contudo, com a constitucionalização, essa limitação foi superada. Princípios constitucionais, como a moralidade, a eficiência e, especialmente, a razoabilidade e a proporcionalidade, passaram a permitir o controle da discricionariedade administrativa. Embora esse controle deva ser exercido com prudência, para evitar a substituição da discricionariedade do administrador pela do juiz, ele é fundamental para assegurar que as decisões administrativas estejam em conformidade com os princípios constitucionais e não sejam arbitrárias (Barroso, 2005, p. 33).

Binenbojm vai além de Barroso ao destacar quatro paradigmas do Direito Administrativo que estão em transformação no Brasil (Binenbojm, 2006, p. 5). Primeiro, o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, que tradicionalmente fundamentava os privilégios do regime jurídico-administrativo, é agora revisitado. Há uma crescente necessidade de equilibrar direitos fundamentais com interesses coletivos, questionando a antiga visão de que o interesse público sempre prevalece de forma absoluta.

Essa mudança do princípio da supremacia do interesse público para uma abordagem baseada na ponderação proporcional marca uma transformação profunda na interpretação e

aplicação do Direito Administrativo. Agora, a Administração Pública não pode mais se apoiar em uma prevalência automática e incontestável dos interesses coletivos sobre os individuais. Em vez disso, cada decisão deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais, buscando um equilíbrio cuidadoso que leve em conta o contexto específico de cada caso. Essa nova abordagem exige que os direitos fundamentais sejam considerados de forma integral, sem serem automaticamente subordinados ao interesse público, mas sim ponderados em conjunto para alcançar a melhor realização possível de todos os valores em jogo (Mello, 1967, p. 45-47).

Nesse sentido, a ponderação proporcional torna-se um mecanismo central para assegurar que as decisões administrativas sejam não apenas legalmente corretas, mas também legitimadas pelo respeito aos direitos fundamentais e aos princípios democráticos. Essa metodologia promove uma atuação administrativa mais justa e contextualizada, capaz de se adaptar às complexidades da realidade social, sem recorrer a uma lógica rígida e hierárquica. Com isso, o Direito Administrativo se alinha de maneira mais precisa aos valores e exigências do Estado democrático de direito, fortalecendo a legitimidade das ações do poder público e protegendo, ao mesmo tempo, os direitos dos cidadãos (Binenbojm, 2006, p. 06).

O segundo paradigma apontado por Binenbojm (2006), o da “legalidade administrativa”, antes entendido como uma submissão estrita da Administração Pública à lei, está sendo reinterpretado. A Constituição passa a ocupar o centro da legalidade, impondo um novo equilíbrio entre a lei e a autonomia da Administração, permitindo um maior espaço para a atuação discricionária dentro dos limites constitucionais. De acordo com esse conceito, a Administração não está subordinada apenas à lei, mas a todo o ordenamento jurídico, começando pela Constituição (Meirelles, 1998, p. 82-83).

A evolução do princípio da legalidade administrativa para o princípio da juridicidade administrativa reflete uma mudança significativa na compreensão da função da Administração Pública. Tradicionalmente, a legalidade era vista como a estrita submissão da Administração à lei, conforme a clássica definição de Hely Lopes Meirelles (1998, p. 58), em que a Administração “só é permitida fazer o que a lei autoriza”. Essa visão concebia a Administração como uma executora passiva da vontade do legislador, sem espaço para autonomia. No entanto, essa perspectiva vem sendo superada, pois se reconhece que a atividade administrativa não se limita à aplicação mecânica da lei. Como Binenbojm afirma que Kelsen apontou, a interpretação da lei sempre envolve um certo grau de criação, o que revela que a Administração possui, de fato, um papel formador e uma liberdade maior do que a visão tradicional sugeria (Binenbojm, 2006, p. 7).

Com o surgimento do Estado providência e a complexidade crescente das relações sociais e econômicas, ficou claro que a Administração Pública necessita de uma flexibilidade maior do que a oferecida pela rigidez da lei formal. A crise da lei, marcada por seu enfraquecimento e pela proliferação das normas administrativas setoriais, trouxe à tona preocupações sobre os riscos de uma normatização excessivamente burocrática e de uma possível "neofeudalização" normativa (ibidem, p. 8). Em resposta a esses desafios, surge a constitucionalização do Direito Administrativo, na qual a Constituição e seus princípios fundamentais, especialmente os direitos fundamentais, assumem um papel central na legitimação e fundamentação das decisões administrativas. Esse novo paradigma amplia o campo de atuação da Administração Pública para além da lei, subordinando as normas administrativas à Constituição e promovendo uma juridicidade mais abrangente, que vincula a atividade administrativa diretamente aos valores e princípios constitucionais.

Terceiro, a "intangibilidade do mérito administrativo", que defendia a incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, está sendo desafiada. Esse conceito é substituído por uma visão que admite o controle dessas escolhas com base em princípios constitucionais e técnicas jurídicas que buscam legitimar as decisões administrativas (Di Pietro, 1991, p. 91).

Outra evolução importante no Direito Administrativo brasileiro é a superação da rígida dicotomia entre atos vinculados e discricionários (Neto; Figueiredo, 2002, p. 33). Tradicionalmente, essa dicotomia, conforme caracterizada por Hely Lopes Meirelles (1998, p. 143), estabelecia que os atos vinculados eram aqueles em que a lei determinava todas as condições e requisitos, deixando o administrador sem nenhuma margem de escolha, enquanto nos atos discricionários, a Administração tinha liberdade de decisão quanto ao conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de realização. No entanto, as recentes transformações no Direito Administrativo demandam uma revisão dessa noção de discricionariedade, que agora é compreendida não como um espaço de livre decisão subjetiva, mas como uma área que requer legitimação, onde as escolhas administrativas devem ser fundamentadas dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

Nesse cenário, a noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, redefine a discricionariedade como uma questão de graus de vinculação à juridicidade, em vez de uma liberdade decisória externa ao direito ou imune ao controle jurisdicional (Krell, 2004, p. 45). Esse novo entendimento implica que a intensidade do controle judicial sobre os atos administrativos varia conforme o grau de vinculação à

juridicidade e a complexidade técnica envolvida. Assim, em áreas de alta complexidade técnica, onde o Judiciário pode carecer de parâmetros objetivos para um controle seguro, a revisão tende a ser menos intensa, respeitando a expertise e a legitimidade democrática do Poder Executivo. Por outro lado, quando os atos administrativos discricionários impõem restrições significativas aos direitos fundamentais, o controle judicial deve ser mais rigoroso, assegurando que as decisões administrativas estejam em conformidade com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais (Baptista, 2003, p. 129-130).

Por fim, a ideia de um “Poder Executivo unitário”, sustentada por uma hierarquia rígida entre a burocracia e as autoridades superiores, como Ministérios e a Presidência, está sendo transformada. Esse paradigma está cedendo espaço à autonomia das agências reguladoras independentes, que, embora possuam independência política, são submetidas a um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais para garantir sua conformidade com o Estado Democrático de Direito (Binenbojm, 2006, p. 10).

Essa transformação foi impulsionada pela Reforma do Estado, implementada no Brasil a partir de meados dos anos 1990, que resultou na criação de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, conhecidas como agências reguladoras independentes. Essas agências, moldadas à semelhança das *independent regulatory agencies* dos Estados Unidos, foram concebidas para funcionar fora da influência direta das escolhas políticas do Presidente da República, visando a um ambiente regulatório mais estável e previsível, especialmente no contexto das privatizações e desestatizações (Mattos, 2003, p. 131-133). A independência política de seus dirigentes, nomeados pelo Chefe do Executivo com aprovação do Legislativo e com mandato fixo, assegura que essas agências operem de forma relativamente autônoma, rompendo com a estrutura hierárquica tradicional e introduzindo um modelo policêntrico na Administração Pública.

A implementação desse modelo, contudo, levanta várias questões complexas, como a legitimidade das decisões tecnocráticas das agências, a supervisão parlamentar e judicial de suas ações, e a necessidade de novas formas de participação e controle social para assegurar a responsabilidade e responsividade dos reguladores autônomos. Embora não seja um produto direto do neoconstitucionalismo (Binenbojm, 2006, p. 11), mas sim uma consequência da Reforma do Estado orientada pelo princípio da eficiência, a administração policêntrica representa um novo paradigma que desafia as estruturas tradicionais e exige uma adequação cuidadosa aos marcos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Binenbojm (2006, p.13) destaca a “constitucionalização do Direito Administrativo” como uma resposta fundamental às transformações dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo brasileiro. A centralidade da Constituição no ordenamento jurídico não apenas reposiciona a base normativa da Administração Pública, mas também redefine a legitimidade e o controle de suas ações. Nesse novo contexto, a Constituição, focada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, substitui a lei como o principal guia para a atuação administrativa, promovendo uma interpretação e aplicação mais contextualizada e ponderada dos princípios e regras que regulam o poder público (Sarmiento, 2003, p. 59-60).

Essa mudança reflete um distanciamento da ideia de que o Direito Administrativo surgiu como um instrumento de garantia liberal contra o poder estatal. Ao contrário, como aponta Binenbojm, a origem do Direito Administrativo está enraizada em uma tradição que não necessariamente promoveu as conquistas liberais e democráticas. O Direito Administrativo francês, por exemplo, se desenvolveu a partir da autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade, e não da submissão à lei e aos direitos individuais, reforçando, assim, a autoridade do Estado sobre o controle jurisdicional (Binenbojm, 2006, p. 18). Essa herança autoritária se manifesta na manutenção de conceitos como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cuja teórica inconsistência se torna cada vez mais evidente quando confrontada com a estrutura constitucional contemporânea de direitos fundamentais (Santamaria Pastor, 2000, p. 88).

No cenário atual, a constitucionalização do Direito Administrativo convola a antiga supremacia do interesse público em um conceito mais dinâmico e complexo, onde o interesse público não é simplesmente sobreposto ao privado, mas definido através de um processo de ponderação entre os diversos direitos e metas constitucionais. A Constituição, ao contrário de ser um mero documento de referência, assume um papel ativo na conformação das decisões administrativas, guiando-as não apenas pela legalidade estrita, mas por uma juridicidade que incorpora princípios como moralidade, proporcionalidade, e proteção da confiança legítima (Binenbojm, 2006, p. 20).

Além disso, essa transformação reflete um fenômeno mais amplo de integração entre os direitos público e privado. A constitucionalização do Direito Administrativo não significa simplesmente uma publicização do direito privado ou uma privatização do direito público, mas sim a constitucionalização de ambos. Como resultado, a rigidez da dualidade entre direito público e privado se dilui, criando áreas de confluência onde a distinção entre eles se torna mais quantitativa do que qualitativa. Isso fortalece a aplicação dos princípios constitucionais em

todas as esferas do Direito, promovendo uma maior harmonia e coerência no sistema jurídico como um todo (Binenbojm, 2006, p. 20).

Essa mudança paradigmática também traz à tona a crise da lei formal, onde a lei, outrora vista como a expressão máxima da vontade geral, passa a ser apenas um componente dentro de um sistema jurídico mais amplo. A crise se manifesta de forma mais acentuada no Direito Administrativo, onde a legalidade, embora ainda importante, é agora um dos muitos princípios que compõem o complexo sistema de juridicidade instituído pela Constituição. Nesse novo ambiente normativo, a Administração Pública não só atua com base na lei, mas também com fundamentação direta na Constituição, o que permite uma flexibilidade maior em sua atuação, especialmente em matérias não reservadas exclusivamente ao legislador (Binenbojm, 2006, p. 16).

Vejamos a transcrição de um trecho de outra obra do mesmo autor a respeito desse tema:

A constitucionalização do Direito Administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. Como registra corretamente Juarez Freitas (2004, p. 45), “esta parece ser a melhor postura, em vez de absolutizações incompatíveis com o pluralismo nuclearmente caracterizador dos Estados verdadeiramente democráticos, nos quais os princípios absolutos são usurpadores da soberania da Constituição como sistema. Com efeito, a soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelski, deve ser vista, antes de tudo, como soberania de princípios à procura da síntese no intérprete constitucional (Binenbojm, 2008, p. 69).

A constitucionalização do Direito Administrativo também implica uma redefinição da noção de discricionariedade. O espaço de liberdade decisória do administrador público, que outrora era visto como uma expressão de autonomia dentro dos limites legais, agora é entendido como um campo de aplicação de ponderações proporcionais entre diferentes princípios constitucionais. A discricionariedade, portanto, deixa de ser um espaço imune ao controle jurisdicional e passa a ser avaliada em graus de vinculação à juridicidade, dependendo da complexidade e da tecnicidade envolvidas na decisão administrativa.

A transformação do Direito Administrativo sob a ótica constitucional não deve ser vista como uma simples incorporação do direito ordinário ao texto constitucional. Trata-se, na verdade, de uma releitura crítica e inovadora dos conceitos e estruturas tradicionais, com o objetivo de alinhar o Direito Administrativo aos valores e exigências do Estado Democrático de Direito. Esse processo visa não apenas a uma maior eficiência e consistência teórica, mas, principalmente, a um compromisso sólido com a proteção e promoção dos direitos

fundamentais, estabelecendo novos paradigmas para a atuação do poder público em uma sociedade cada vez mais complexa e interdependente.

Esta tese discute as transformações profundas que têm ocorrido no Direito Administrativo brasileiro, impulsionadas pela centralidade da Constituição e pela necessidade de maior flexibilidade na atuação da Administração Pública. Com a constitucionalização, o Direito Administrativo passa a adotar uma interpretação mais ampla e contextualizada, orientada pelos princípios constitucionais, afastando-se da antiga concepção de supremacia automática do interesse público sobre o privado. Em vez disso, adota-se uma abordagem baseada na ponderação proporcional, que busca equilibrar os direitos fundamentais com os interesses coletivos, levando em conta as particularidades de cada caso concreto (Baptista, 2003, p. 129-130).

Nesse sentido, Grotti (2000, p. 21) afirma que, no Direito brasileiro, há uma tendência de limitar a discricionariedade da Administração Pública por meio da aplicação de princípios, como os de interesse público, razoabilidade e proporcionalidade. Esses princípios funcionam como balizas que orientam e restringem a atuação dos gestores públicos, garantindo que suas decisões sejam fundamentadas em critérios objetivos e em conformidade com o ordenamento jurídico. A seguir, vejamos uma transcrição de sua afirmação:

No direito brasileiro, a maior parte dos doutrinadores pende para esta última tendência, com a preocupação de traçar limites à discricionariedade através de princípios como o do interesse público e o da razoabilidade ou proporcionalidade (Grotti, 2000, p. 21).

Além disso, a evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade administrativa amplia o campo de atuação da Administração Pública, vinculando-a diretamente à Constituição. A sessão também explora o impacto das agências reguladoras independentes, que operam sob um modelo policêntrico, desafiando a estrutura hierárquica tradicional do Poder Executivo e exigindo novas formas de controle e supervisão. Essa mudança reflete a necessidade de maior flexibilidade e adaptação às complexidades da realidade social e econômica, sempre em conformidade com os valores e princípios constitucionais.

Por fim, a sessão enfatiza a crescente e significativa integração entre os direitos público e privado, evidenciada como uma consequência direta do processo de constitucionalização do Direito Administrativo. Essa integração contribui para a diminuição da tradicional separação rígida entre essas duas esferas jurídicas, promovendo uma maior harmonia e coerência dentro do sistema jurídico como um todo. Essa aproximação não só reforça a capacidade do Direito

Administrativo de enfrentar os desafios impostos pela sociedade contemporânea, mas também assegura que ele esteja em plena consonância com os princípios fundamentais de justiça, equidade e democracia, que são os pilares do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o Direito Administrativo se consolida como uma ferramenta essencial para a realização dos valores constitucionais, garantindo que as ações da Administração Pública sejam orientadas por critérios de legalidade, transparência e respeito aos direitos fundamentais.

4.2 A utilização da cessão da posição contratual entre entes públicos

Embora o foco principal desta tese seja a análise da cessão da posição contratual entre particulares, é fundamental reconhecer a relevância e as implicações da cessão de posição contratual entre entes públicos, dado o impacto significativo que essa prática pode ter em situações de interesse público. A cessão de posição contratual entre entes públicos, apesar de não estar expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se como uma necessidade prática em determinadas circunstâncias, especialmente para mitigar os efeitos adversos da extinção de um ente público que atua como parte em contratos de obras ou serviços de grande relevância social. A ausência de um mecanismo claro para a transferência de direitos e obrigações contratuais pode gerar graves prejuízos financeiros e causar atrasos substanciais na execução de projetos essenciais para a sociedade (Santos, 2020, p. 153).

A realização de uma nova licitação para dar continuidade a obras inacabadas, sem a experiência acumulada pelo contratante original, pode introduzir uma série de desafios adicionais. Entre esses desafios estão as complicações técnicas, a descontinuidade nos processos e o aumento dos custos, exacerbando os impactos negativos para a sociedade. Em razão disso, é crucial que o ordenamento jurídico evolua para incorporar a possibilidade de cessão da posição contratual entre entes públicos, assegurando maior segurança jurídica e continuidade na execução de projetos de interesse público.

A efetivação dessa prática requer uma revisão dos paradigmas tradicionais que ainda restringem a atuação do Direito Administrativo. Um desses paradigmas é o da "legalidade estrita", que, conforme apontado por Santos (2020), limita a atuação da Administração Pública ao que está explicitamente previsto em lei. Embora esse conceito tenha sido historicamente relevante para o desenvolvimento do Direito Administrativo, ele já não se alinha às exigências

contemporâneas do Estado moderno, que requer maior flexibilidade e adaptabilidade (Santos, 2020, p. 54).

Carlos Bastide Horbach (2018), observa que o campo de aplicação do Direito Administrativo expandiu-se significativamente, refletindo as transformações nas necessidades e na natureza da Administração Pública, desde o Estado liberal até o Estado Social. Nesse contexto, a análise das normas deve basear-se em princípios e valores constitucionais, superando a mera literalidade das leis (Horbach, 2018, p. 767).

Essa evolução conceitual foi significativamente impulsionada pelo processo de constitucionalização do Direito Administrativo, que elevou a Constituição ao status de principal guia e parâmetro para a atuação da Administração Pública. Esse processo trouxe uma mudança paradigmática na forma como se entende a legalidade administrativa, pois, ao colocar a Constituição no centro da atuação administrativa, rompeu-se com a visão restrita de que o administrador público deveria se subordinar apenas à lei em sentido estrito (Santos, 2020, p. 156).

A doutrina moderna, ao introduzir e desenvolver o conceito de juridicidade, propõe uma abordagem que vai além da mera observância da lei, exigindo que a Administração Pública atue em conformidade com todo o ordenamento jurídico, tendo a Constituição como a referência normativa primordial. Roberto Barroso (2005, p. 32), ao abordar essa transformação, destaca que ela supera a concepção tradicional de que o administrador público deve estar vinculado exclusivamente à lei. Ele argumenta que a atuação administrativa deve ser diretamente fundamentada na Constituição, mesmo na ausência de uma lei específica que autorize tal ação.

Dessa forma, o princípio da legalidade, tradicionalmente entendido como a vinculação estrita do administrador público à lei, evolui para um conceito mais abrangente de constitucionalidade, ou juridicidade. Nesse novo contexto, a Administração Pública se subordina diretamente à Constituição, que se afirma como a norma suprema e orientadora, legitimando todas as suas ações. As leis ordinárias, embora ainda importantes, passam a ser vistas como instrumentos que derivam e se subordinam à Constituição.

O conceito de juridicidade inaugura uma nova ordem jurídica em que a Constituição não só impõe limites à atuação administrativa, mas também guia de forma proativa as decisões e ações da Administração Pública. Esse conceito assegura que todos os atos administrativos sejam conduzidos em estrita conformidade com os valores e princípios constitucionais,

fortalecendo o compromisso do Estado com a justiça, a democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Esse desenvolvimento no entendimento da legalidade administrativa reflete a necessidade de que a atuação da Administração Pública não se limite a uma simples obediência às leis, mas que esteja diretamente alinhada aos princípios e valores fundamentais consagrados pela Constituição. A abordagem contemporânea exige que as ações administrativas sejam orientadas pela Constituição, mesmo na ausência de uma lei específica, garantindo assim que a Administração atue sempre em consonância com os valores superiores do ordenamento jurídico.

Lucas Rocha Furtado (2016) destaca que, em um Estado democrático, é imperativo que a Administração se comprometa com a garantia do bem-estar social e a proteção dos direitos fundamentais, objetivos que devem orientar tanto a interpretação quanto a aplicação de todas as normas jurídicas, especialmente no âmbito do Direito Administrativo. A cessão da posição contratual entre entes públicos, por exemplo, deve ser analisada à luz desse novo paradigma, onde a atuação da Administração Pública busca concretizar direitos fundamentais, mesmo que tal atuação não esteja expressamente detalhada na legislação ordinária. Isso reflete um compromisso contínuo com a realização dos valores constitucionais e uma adaptação às exigências da justiça social em um contexto democrático (Furtado, 2016, p. 21-22).

A cessão da posição contratual entre entes públicos não deve ser vista, no entanto, como uma simples extensão dos princípios de direito privado ao campo do Direito Administrativo. A aplicação supletiva das regras de direito privado nos contratos administrativos representa uma evolução importante no entendimento da relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares. Historicamente, o direito contratual privado foi desenvolvido dentro do paradigma do Estado liberal, onde predominavam a proteção da propriedade privada e a autonomia da vontade. Contudo, o Direito Administrativo brasileiro, influenciado pela teoria francesa, adotou o conceito de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, assegurando à Administração Pública uma posição de supremacia sobre o particular para garantir a indisponibilidade do interesse público.

Os contratos administrativos, conforme exposto por Wassila Caleiro e Di Pietro (2013, p. 410), possuem características específicas que os distinguem dos contratos puramente privados, como o desnivelamento das partes, a presença da cláusula “*rebus sic stantibus*”, e a competência administrativa para alterar unilateralmente o contrato e impor sanções. No entanto,

a realidade prática demonstra a necessidade de uma abordagem mais flexível, como previsto na Lei nº 14.133/21, que regula as licitações e contratos administrativos no Brasil. Essa legislação permite a aplicação supletiva dos princípios e regras do direito privado quando as normas de direito público não são suficientes para resolver as questões surgidas. Isso significa que, em determinados aspectos, a Administração Pública pode recorrer às disposições do direito privado para suprir lacunas, desde que essas disposições sejam compatíveis com os princípios gerais do Direito Administrativo.

É fundamental destacar que a aplicação supletiva das normas de direito privado em contratos administrativos não significa uma renúncia às prerrogativas específicas do regime jurídico-administrativo. Conforme Furtado (2010) observa, mesmo quando a Administração Pública recorre a normas de direito privado, ela continua rigidamente vinculada aos princípios fundamentais do Direito Administrativo. Esses princípios são essenciais para assegurar que a atuação administrativa esteja sempre voltada para a realização do interesse público, que é o objetivo primordial da Administração (Furtado, 2010, p. 296).

Nesse sentido, o contrato celebrado pela Administração Pública mantém sua natureza administrativa, mesmo que inclua a aplicação supletiva de normas do direito privado. A aplicação dessas normas não altera a essência do contrato, que permanece ancorado no Direito Administrativo e, portanto, sujeito às prerrogativas e limitações próprias desse regime. Isso reflete a ideia de que a Administração Pública, ao celebrar contratos, deve sempre garantir que suas ações estejam alinhadas ao interesse público, independentemente das regras específicas que possam ser utilizadas para complementar o contrato.

A doutrina moderna rejeita, portanto, a ideia de uma divisão rígida e inflexível entre contratos administrativos e contratos privados celebrados pela Administração Pública. A presença de um ente público em qualquer contrato confere a este uma característica especial, pois a atuação do poder público é sempre orientada pela busca de interesses que transcendem os interesses individuais e visam ao bem comum. Assim, esses contratos possuem uma natureza híbrida, que não pode ser facilmente categorizada como puramente privada ou administrativa.

Nesse contexto, a cessão da posição contratual entre entes públicos deve ser cuidadosamente analisada dentro do contexto dos contratos administrativos. Santos (2020), observa que, embora o instituto da cessão da posição contratual não seja expressamente abordado no Código Civil brasileiro, sua aplicação é amplamente aceita na esfera civil, especialmente em contratos bilaterais que envolvem obrigações recíprocas e não sejam “*intuitu*

personae”, ou seja, aqueles que não dependem de características pessoais do contratante original. Para que a cessão seja válida, é necessário o consentimento do cedido, liberando o cedente de suas obrigações e substituindo-o pelo cessionário.

Entretanto, a cessão da posição contratual no polo ativo, ou seja, entre entes públicos, é uma área menos regulamentada e suscita debates sobre sua viabilidade e legitimidade. Embora a Lei nº 14.133/21 não ofereça respaldo explícito para essa prática, a constitucionalização do Direito Administrativo abre espaço para a aplicação de mecanismos não expressamente autorizados em lei, desde que respeitem os princípios constitucionais e visem à concretização dos direitos fundamentais.

A negativa peremptória da possibilidade de cessão de posição contratual pode resultar em graves prejuízos à coletividade, especialmente em situações excepcionais como calamidades, reestruturações administrativas ou extinção de órgãos públicos. Nesses casos, a cessão de contratos pode ser uma solução necessária para garantir a continuidade dos serviços e a realização dos objetivos públicos. A Lei nº 14.133/21, em seu artigo 89, permite a aplicação subsidiária de institutos de direito privado aos contratos administrativos, quando os mecanismos disponíveis no direito público são insuficientes para a realização dos preceitos constitucionais. Dessa forma, se a cessão da posição contratual for demonstrada como necessária e suficiente para a concretização dos direitos fundamentais, sua utilização entre entes públicos pode ser justificada.

A compatibilidade da cessão da posição contratual entre entes públicos com os princípios gerais do Direito Administrativo depende, portanto, da observância de regras fundamentais que regem as licitações e os contratos públicos, conforme delineado no artigo 5º da Lei nº 14.133/21. Este artigo assegura que as contratações públicas devem obedecer aos princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e probidade administrativa, além de visar à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Os contratos administrativos desempenham um papel crucial na materialização dos direitos e interesses públicos delineados pela Constituição, atuando como ferramentas indispensáveis para a concretização dos objetivos do Estado. Como já abordado de forma detalhada no Capítulo 2 desta tese, esses contratos são concebidos para garantir que as finalidades públicas sejam atingidas de maneira eficiente e transparente. Sob a ótica dos valores republicanos, a licitação pública emerge como um mecanismo fundamental, não apenas para

assegurar a escolha da proposta mais vantajosa do ponto de vista econômico, mas também para garantir que os princípios de impessoalidade e moralidade sejam rigorosamente observados durante todo o processo administrativo.

Conforme discutido anteriormente, a licitação pública não se limita a um procedimento técnico de seleção, mas serve como um instrumento que reforça a confiança pública nas decisões administrativas, ao exigir que estas sejam pautadas por critérios objetivos e éticos. Nesse contexto, é importante reiterar que, desde que o processo licitatório tenha sido conduzido com integridade e em conformidade com os princípios estabelecidos, a cessão da posição contratual entre entes públicos não infringe os princípios administrativos fundamentais.

O Capítulo 2 já tratou da questão da cessão da posição contratual, destacando que essa transferência de titularidade não compromete a essência do contrato administrativo nem os princípios que o sustentam. A transferência, quando realizada entre entes públicos, preserva os objetivos originais do contrato, garantindo que o interesse público continue a ser priorizado e respeitado. Assim, a cessão não altera as bases sobre as quais o contrato foi celebrado, mantendo intactos os princípios de impessoalidade, moralidade e eficiência que orientam a Administração Pública.

Embora a cessão da posição contratual entre entes públicos seja uma prática viável dentro do regime jurídico-administrativo, é essencial que essa transação seja analisada à luz de três aspectos cruciais para garantir sua compatibilidade e eficácia: o caráter personalíssimo dos contratos administrativos, a adaptação das regras de licitação entre diferentes entidades federativas e a compatibilidade com a dotação orçamentária de cada ente envolvido (Santos, 2020, p. 162).

Primeiramente, no que diz respeito ao caráter personalíssimo dos contratos administrativos, é importante destacar que essa característica se aplica principalmente ao particular que foi selecionado pelo poder público através do processo licitatório. Essa personalização visa assegurar que o contratado seja devidamente qualificado para executar o objeto do contrato de maneira eficiente e conforme as exigências administrativas. No entanto, quando a cessão da posição contratual ocorre entre entes públicos, essa característica não é comprometida, pois a cessão não altera a lógica subjacente ao processo licitatório original. A Administração Pública, ao realizar tal cessão, mantém o compromisso de garantir que o objeto do contrato seja cumprido adequadamente, preservando a intenção e os requisitos do processo licitatório.

Em segundo lugar, a compatibilidade das regras de licitação entre diferentes entidades federativas deve ser objeto de uma análise minuciosa, especialmente em situações onde os entes cedente e cessionário estão sujeitos a legislações diferentes. Esse é um ponto particularmente sensível, pois as normas que regem os processos licitatórios podem variar de uma entidade federativa para outra. No entanto, a Lei Geral de Licitações proporciona uma base uniforme que minimiza os riscos de conflitos normativos, assegurando que os princípios gerais do Direito Administrativo, como a legalidade, impessoalidade e moralidade, sejam respeitados, independentemente das variações legislativas locais.

Por último, mas não menos importante, a questão da dotação orçamentária deve ser cuidadosamente considerada ao realizar a cessão da posição contratual entre entes públicos. Embora a substituição da dotação orçamentária não seja, em si, considerada uma alteração contratual significativa, é fundamental que essa mudança seja formalizada de maneira adequada. A transmutação do ente contratante exige a celebração de um termo aditivo ao contrato original, que deve ser assinado com a anuência do contratado. Essa formalização é essencial para garantir que todos os requisitos legais sejam cumpridos, mantendo a integridade e a conformidade do contrato com as disposições do regime jurídico-administrativo. Assim, assegura-se que a cessão seja realizada de maneira ordenada e transparente, respeitando tanto os interesses públicos quanto os direitos dos envolvidos.

Para assegurar a validade da cessão da posição contratual entre entes públicos, é imperativo observar uma série de requisitos que garantam a legitimidade e a conformidade dessa prática com o regime jurídico-administrativo. Em primeiro lugar, é crucial que a cessão seja justificada como o meio mais adequado para a concretização dos direitos fundamentais e o cumprimento da função pública de maneira eficiente e em estrita observância aos princípios constitucionais. Essa prática deve ser demonstrada como a melhor alternativa para evitar interrupções em serviços públicos essenciais, particularmente em contextos de reestruturações administrativas, extinção de órgãos ou outras situações extraordinárias que possam comprometer a continuidade da prestação desses serviços.

Ademais, é indispensável que o ente cessionário, ou seja, a entidade pública que assume a posição contratual, possua a competência legal necessária para executar as obrigações decorrentes do contrato. Essa competência deve estar claramente estabelecida no ordenamento jurídico, assegurando que a entidade cessionária não usurpe funções que não lhe são próprias. A clareza na definição das competências é fundamental para evitar conflitos de atribuições e garantir que a cessão esteja em conformidade com o arcabouço legal vigente.

Outro aspecto essencial a ser considerado é a capacidade técnica e operacional do cessionário para cumprir as obrigações contratuais assumidas. Não basta que a entidade pública que assume o contrato tenha recursos financeiros adequados; ela também deve dispor da infraestrutura necessária e de pessoal qualificado para garantir a continuidade e a qualidade dos serviços prestados. A capacidade de cumprir eficientemente as obrigações contratuais é um dos pilares que sustentam a validade e a eficácia da cessão, assegurando que os objetivos do contrato original sejam plenamente alcançados.

A cessão da posição contratual também exige a concordância expressa do contratado, uma vez que a substituição de uma das partes na relação contratual representa uma mudança significativa nas condições originalmente pactuadas. Portanto, é necessário formalizar essa alteração por meio de um termo aditivo ao contrato, no qual a anuência do contratado deve ser claramente expressa. Essa formalização é crucial para garantir que todas as partes envolvidas estejam cientes e de acordo com as novas configurações contratuais, preservando a transparência e a segurança jurídica da transação.

Além disso, a análise da cessão deve incluir uma avaliação rigorosa da compatibilidade entre as regras de licitação dos diferentes entes federativos envolvidos. Embora a Lei Geral de Licitações forneça um conjunto de normas gerais aplicáveis a todas as esferas da Administração Pública, é fundamental verificar se existem particularidades nas legislações específicas dos entes federados que possam afetar a validade da cessão. Essa análise é necessária para assegurar que a cessão seja realizada de forma consistente com as exigências legais de cada ente, evitando possíveis nulidades ou questionamentos jurídicos.

Assim, a cessão da posição contratual entre entes públicos, quando realizada em conformidade com os requisitos mencionados, não apenas respeita os princípios gerais do Direito Administrativo, mas também se configura como uma medida eficaz para garantir a continuidade dos serviços públicos e a efetivação dos direitos fundamentais. Essa prática, conduzida com transparência, justificativa sólida e respaldo legal, se apresenta como um instrumento valioso para a Administração Pública, garantindo que projetos e serviços essenciais continuem a ser executados sem interrupções, mesmo diante de mudanças estruturais na Administração.

Dessa forma, a cessão da posição contratual, apesar de não estar expressamente prevista na legislação brasileira, pode ser uma ferramenta crucial para manter a eficiência e a eficácia da gestão pública, assegurando a concretização dos interesses públicos em situações

excepcionais. Quando realizada com os devidos cuidados e observando todos os requisitos legais, essa prática pode contribuir de forma significativa para a continuidade de serviços essenciais e para a proteção dos direitos fundamentais, mesmo em meio a mudanças administrativas complexas.

4.3 Inovações da Lei 14.133/21 que dão respaldo à cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública

A introdução dos Diálogos Competitivos pela Lei nº 14.133/21 reflete uma tentativa ambiciosa de modernizar o processo licitatório no Brasil, particularmente em projetos de alta complexidade técnica. Essa inovação é concebida como uma maneira de permitir que a Administração Pública obtenha soluções mais personalizadas e adaptadas às suas necessidades específicas, promovendo um diálogo aberto e construtivo com licitantes qualificados durante a fase de planejamento da contratação.

No entanto, ao incorporar esse modelo, o legislador também trouxe uma série de desafios práticos à tona. A aplicação eficaz desse instrumento demanda uma capacitação considerável dos agentes públicos, que devem estar aptos a conduzir diálogos técnicos complexos sem comprometer a imparcialidade do processo. Além disso, a subjetividade inerente à escolha das soluções propostas pode gerar insegurança jurídica, especialmente se os critérios de avaliação não forem claramente definidos e devidamente comunicados a todos os participantes.

Em consonância com o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, o princípio em questão tem sido objeto de revisões doutrinárias que sugerem uma reconsideração de seu conteúdo original. Argumenta-se que a abertura do Direito Administrativo a uma certa consensualidade não implica, necessariamente, em uma renúncia ao interesse público. Pelo contrário, em determinadas circunstâncias, a celebração de um acordo (*lato sensu*) com o particular pode atender de forma mais eficaz ao interesse público do que a mera imposição unilateral de obrigações.

No contexto da cessão da posição contratual, os Diálogos Competitivos podem desempenhar um papel crucial ao permitir que a Administração Pública estabeleça, desde o início, os parâmetros para a eventual transferência de posições contratuais. Isso é particularmente relevante em projetos onde a continuidade e a especialização técnica são

fundamentais, como na construção de grandes infraestruturas ou na implementação de soluções tecnológicas complexas.

Certamente, o sucesso desse modelo depende da transparência e da clareza das regras estabelecidas durante a celebração do acordo. Se essas condições não forem atendidas, há um risco considerável de que o processo licitatório seja contestado, levando a litígios que podem atrasar a execução dos projetos e comprometer a realização dos objetivos públicos.

Além disso, a natureza colaborativa do Diálogo Competitivo pode, paradoxalmente, gerar uma forma de dependência em relação aos licitantes, o que pode ser prejudicial caso ocorra uma cessão de posição contratual. A transferência de responsabilidades para um novo cessionário que não participou do diálogo inicial pode resultar em descontinuidades ou na necessidade de revisões contratuais, o que aumenta os custos e os riscos para a Administração Pública. Assim, embora o Diálogo Competitivo seja uma ferramenta inovadora e promissora, ele exige uma estrutura regulatória robusta e uma gestão extremamente cuidadosa para evitar que a flexibilidade pretendida se converta em insegurança jurídica e operacional.

Por fim, é importante considerar que, apesar das vantagens potenciais do Diálogo Competitivo, sua implementação em um cenário onde a cessão de posição contratual é frequente pode exigir a criação de mecanismos adicionais de controle e monitoramento. A ausência de tais mecanismos pode levar a uma execução contratual fragmentada, onde o novo cessionário, que não esteve envolvido nas fases iniciais do diálogo, pode não estar completamente alinhado às expectativas e aos compromissos estabelecidos entre a Administração e os licitantes originais. Portanto, a adoção desse modelo requer não apenas um rigor técnico na fase de licitação, mas também um acompanhamento contínuo durante toda a execução do contrato, especialmente em casos em que a cessão da posição contratual se torna necessária.

Diante de tudo isso, a positivação dos princípios constitucionais no artigo 5º da Lei nº 14.133/21, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e outros, foi saudada como uma tentativa de criar um arcabouço normativo mais robusto e transparente para as licitações e contratos administrativos. Esses princípios, que antes eram considerados implícitos ou interpretados de maneira dispersa na legislação, agora ganham um status formal e explícito, proporcionando maior segurança jurídica e previsibilidade na aplicação das normas. No entanto, a crítica levantada por juristas, como Justen Filho, destaca um aspecto importante: a multiplicação excessiva de princípios pode, paradoxalmente, gerar ambiguidades e incertezas,

especialmente quando diferentes princípios entram em conflito e não há uma hierarquia clara para sua aplicação.

No entanto, em consonância com o que foi abordado no tópico 4.1 sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, o fato de que o arcabouço de princípios já está positivado no texto constitucional reforça ainda mais a tendência de que a Administração Pública deve estar estritamente vinculada à Constituição e aos seus princípios, que prevalecem sobre as disposições legais ordinárias. Dessa forma, a atuação administrativa deve ser guiada prioritariamente pelos valores constitucionais, assegurando que todas as ações públicas estejam em conformidade com os princípios fundamentais que regem o Estado.

No contexto da cessão da posição contratual, a aplicação desses princípios deve ser cuidadosamente equilibrada. Por exemplo, o princípio da eficiência pode, em alguns casos, entrar em conflito com o princípio da legalidade estrita, já debatida em sessão anterior. Se a cessão for considerada necessária para garantir a continuidade de um serviço público essencial, mas não estiver explicitamente prevista em lei. Além disso, o princípio da impessoalidade pode ser desafiado se a cessão for percebida como uma forma de beneficiar indevidamente um terceiro que não participou do processo licitatório inicial. Portanto, embora a positivação dos princípios constitucionais forneça um guia normativo importante, ela também exige uma interpretação cuidadosa e equilibrada para evitar que a aplicação de um princípio comprometa outro.

Outro ponto de crítica reside na aplicação prática desses princípios em cenários complexos e dinâmicos, como os contratos administrativos de grande vulto. A exigência de que a Administração Pública atue sempre de acordo com todos esses princípios pode se tornar uma tarefa hercúlea, especialmente quando a cessão da posição contratual está em jogo. A interpretação desses princípios deve ser feita de maneira holística, considerando não apenas o texto literal da lei, mas também os objetivos constitucionais mais amplos de garantir a continuidade e a qualidade dos serviços públicos. Esse equilíbrio é delicado e, se mal conduzido, pode resultar em decisões administrativas que, embora formalmente corretas, não atendam plenamente aos interesses públicos.

Adicionalmente, a aplicação extensiva desses princípios pode gerar uma sobrecarga de controles e exigências que, em última análise, podem retardar os processos licitatórios e contratuais. A tentativa de cumprir rigorosamente todos os princípios listados pode levar a um

excesso de formalismo, onde a Administração Pública se vê paralisada pela necessidade de justificar cada decisão com base em múltiplos princípios, muitas vezes conflitantes.

Em casos de cessão da posição contratual, essa complexidade adicional pode resultar em atrasos significativos, prejudicando a eficiência e a eficácia dos contratos. Portanto, embora a positivação dos princípios constitucionais seja uma inovação importante, sua implementação prática deve ser cuidadosamente calibrada para evitar que o excesso de zelo se transforme em um obstáculo à boa administração.

Inovação já discutida no item 2.2.2, a obrigatoriedade da implantação dos programas de *compliance* e governança para contratos de grande vulto, como previsto no artigo 25, §4º da Lei nº 14.133/21, é uma das inovações mais relevantes da nova legislação. Esta exigência reflete uma tendência global de promoção da integridade e da transparência nas relações entre o setor público e privado, visando prevenir práticas corruptas e garantir que as empresas contratadas cumpram rigorosamente as normas legais e éticas. No entanto, a implementação desses programas apresenta desafios significativos, especialmente para pequenas e médias empresas que podem não dispor dos recursos necessários para desenvolver e manter estruturas de *compliance* robustas.

A relevância desse tema reside no fato de que, ao se ampliar o nível de discricionariedade da Administração Pública na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, bem como na interpretação dos princípios constitucionais, torna-se imprescindível intensificar os controles administrativos e judiciais. Esse aumento de controle é essencial para garantir que a discricionariedade não seja usada de forma inadequada, permitindo que a corrupção seja combatida de maneira eficaz e proporcional.

No contexto da cessão da posição contratual, a obrigatoriedade de *compliance* se torna ainda mais crítica. Quando uma posição contratual é cedida, o novo cessionário deve, obrigatoriamente, assumir todos os compromissos de *compliance* estabelecidos no contrato original, o que pode representar um desafio significativo, especialmente se a empresa cessionária não tiver experiência prévia em implementar programas de integridade complexos. Isso pode criar uma situação em que a cessão, em vez de resolver um problema de inadimplência ou incapacidade do contratado original, acaba por introduzir novos riscos, caso o cessionário não esteja devidamente preparado para cumprir essas obrigações.

Outro aspecto a ser considerado é a eficácia real dos programas de *compliance* exigidos pela lei. Embora a obrigatoriedade desses programas seja, em teoria, um avanço para a

integridade nas contratações públicas, há um risco de que essa exigência se torne uma mera formalidade. Empresas podem desenvolver programas de *compliance* apenas para cumprir o requisito legal, sem realmente incorporar uma cultura ética e de conformidade em suas operações. Isso é especialmente preocupante no caso de cessões contratuais, onde o cessionário pode estar menos comprometido com os valores e princípios estabelecidos pelo contratante original. Portanto, é essencial que a Administração Pública implemente mecanismos eficazes de monitoramento e avaliação para garantir que os programas de *compliance* sejam mais do que um simples requisito documental e que realmente contribuam para a integridade e a transparência na execução dos contratos.

Adicionalmente, a imposição de programas de *compliance* pode, paradoxalmente, aumentar a burocracia e os custos para as empresas, especialmente em setores onde as margens de lucro são estreitas e a competitividade é acirrada. Isso pode desestimular a participação de empresas menores, que podem ter maior dificuldade em absorver esses custos adicionais, levando a uma concentração de mercado nas mãos de grandes conglomerados que já possuem estruturas de *compliance* estabelecidas. No caso de cessões contratuais, isso pode resultar em uma menor diversidade de fornecedores e em um ambiente menos competitivo, o que contraria os princípios de economicidade e competitividade que a nova lei pretende promover.

A nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) mais uma vez demonstra sua sintonia com a tendência de constitucionalização do Direito Administrativo ao omitir disposições específicas sobre a subcontratação e a cessão do contrato como causas de rescisão contratual, representando uma mudança significativa em relação ao regime anterior estabelecido pela Lei nº 8.666/93. Essa omissão pode ser vista como uma flexibilidade intencional da legislação, permitindo que tais práticas sejam viáveis, desde que estejam alinhadas aos princípios gerais e aos objetivos que a nova lei busca promover.

No entanto, essa flexibilidade também traz consigo o potencial para incertezas e disputas jurídicas, especialmente em contratos de grande vulto ou em setores altamente regulados, onde a continuidade e a qualidade dos serviços são essenciais. A ausência de regulamentação explícita sobre essas questões pode gerar desafios na interpretação e aplicação da lei, exigindo atenção cuidadosa por parte dos operadores do direito para assegurar que as práticas adotadas estejam em conformidade com os princípios constitucionais e não comprometam a eficácia dos serviços públicos.

Um dos principais riscos dessa omissão é a potencial insegurança jurídica que ela pode gerar. Sem diretrizes claras sobre as condições em que a subcontratação ou a cessão do contrato são permitidas ou proibidas, a Administração Pública e os contratados ficam expostos a interpretações divergentes da lei. Isso pode levar a litígios prolongados, que não apenas atrasam a execução dos contratos, mas também aumentam os custos para todas as partes envolvidas. No caso de cessões contratuais, a ausência de uma regulamentação específica pode resultar em uma aplicação inconsistente da lei, com decisões variando de acordo com a interpretação de cada ente ou órgão administrativo.

Além disso, a omissão legislativa também pode ser vista como uma forma de flexibilizar excessivamente o controle sobre as contratações públicas, o que pode resultar em práticas questionáveis, como a transferência de contratos para empresas que não participaram do processo licitatório original ou que não possuem a capacidade técnica adequada para cumprir as obrigações contratuais. Essa situação pode comprometer a qualidade dos serviços prestados ao público e resultar em prejuízos significativos para a Administração Pública, especialmente em contratos de alta complexidade técnica ou de grande valor econômico.

Outro ponto crítico é que, ao deixar de abordar expressamente a subcontratação e a cessão como causas de rescisão contratual, a Lei nº 14.133/21 pode estar implicitamente transferindo a responsabilidade de regulamentar essas práticas para os editais de licitação e contratos específicos. Isso pode resultar em uma fragmentação das regras e em uma falta de uniformidade na aplicação da lei, com cada ente público estabelecendo suas próprias normas e critérios para a cessão e a subcontratação. Essa fragmentação pode ser prejudicial para a previsibilidade e a transparência do processo licitatório, dificultando a vida dos licitantes, que precisarão se adaptar a regras variáveis conforme o ente contratante.

Finalmente, a flexibilidade introduzida pela omissão legislativa pode ser vista tanto como uma oportunidade quanto como um risco. Enquanto permite que a Administração Pública adapte os contratos às circunstâncias específicas de cada caso, essa mesma flexibilidade pode ser explorada de maneira inadequada, resultando em práticas que comprometam a integridade e a eficiência das contratações públicas. Portanto, é fundamental que a Administração Pública exerça essa flexibilidade com responsabilidade, estabelecendo critérios claros e objetivos nos editais e contratos para a subcontratação e cessão, a fim de garantir que essas práticas sejam utilizadas de maneira justa, eficiente e em conformidade com os princípios constitucionais.

Além de ficar silente em proibir, a previsão expressa de subcontratação no artigo 122 da Lei nº 14.133/21 é uma inovação que reconhece a importância dessa prática em contratos de grande vulto e alta complexidade. A subcontratação permite que o contratado principal delegue partes específicas da obra, serviço ou fornecimento a empresas especializadas, o que pode aumentar a eficiência e a qualidade do projeto. No entanto, a subcontratação também introduz uma série de desafios e riscos que precisam ser gerenciados de maneira eficaz para garantir que essa prática não comprometa os princípios de transparência, economicidade e eficiência que devem nortear as contratações públicas.

Dessa forma, uma das principais preocupações em relação à subcontratação é a potencial diluição de responsabilidades. Quando o contratado principal delega partes significativas do contrato a subcontratados, há um risco de que a Administração Pública perca o controle sobre a qualidade e a conformidade da execução. Isso é especialmente preocupante em projetos de alta complexidade técnica, onde a coordenação entre diferentes subcontratados é crucial para o sucesso do projeto. Se não forem estabelecidos mecanismos eficazes de supervisão e controle, a subcontratação pode resultar em atrasos, aumento de custos e comprometimento da qualidade dos serviços ou obras entregues.

Além disso, a subcontratação pode criar desafios em termos de cumprimento das obrigações contratuais e legais. O contratado principal é o responsável perante a Administração Pública, mas quando parte das obrigações são delegadas a terceiros, pode ser difícil garantir que esses subcontratados estejam em conformidade com todos os requisitos legais e regulatórios. Isso inclui a observância de normas trabalhistas, ambientais e de segurança, que podem ser negligenciadas por subcontratados que não estejam sob vigilância direta da Administração Pública. A falta de fiscalização rigorosa pode levar a irregularidades que, além de comprometerem o projeto, podem gerar responsabilidade para a Administração Pública, caso sejam descobertas durante auditorias ou investigações.

Outra crítica relevante é que a subcontratação, se não for bem regulamentada, pode criar desigualdades no mercado de licitações públicas. Empresas menores, que não têm capacidade técnica ou financeira para competir diretamente em grandes contratos, podem ser prejudicadas se a subcontratação for utilizada de maneira a favorecer empresas já estabelecidas e com maior poder de mercado. Isso pode resultar em uma concentração de oportunidades nas mãos de poucas empresas, limitando a concorrência e a inovação. Para evitar esses problemas, é crucial que os editais de licitação estabeleçam critérios claros e objetivos para a subcontratação,

garantindo que todos os subcontratados sejam escolhidos com base em sua competência técnica e capacidade de entregar o que foi contratado.

Finalmente, a subcontratação, embora seja uma ferramenta útil para aumentar a eficiência e a especialização na execução de contratos públicos, deve ser utilizada com cautela. A Administração Pública deve adotar uma abordagem proativa na fiscalização e supervisão dos contratos que envolvem subcontratação, garantindo que os subcontratados cumpram todas as obrigações contratuais e legais. Além disso, a transparência e a clareza nos processos de escolha dos subcontratados são essenciais para garantir que a subcontratação seja utilizada de maneira justa e eficaz, contribuindo para o sucesso dos projetos e para a proteção dos interesses públicos.

Outro ponto que confirma a tendência de constitucionalização do Direito Administrativo é a revogação do artigo 50 da Lei nº 8.666/93, que exigia a convocação dos licitantes na ordem de classificação, é uma das inovações mais polêmicas introduzidas pela Lei nº 14.133/21. Essa mudança confere ao administrador público maior discricionariedade na escolha dos contratados, permitindo, por exemplo, a seleção de fornecedores que não necessariamente tenham sido classificados em primeiro lugar no certame. Essa flexibilização pode, à primeira vista, ser vista como uma forma de tornar o processo licitatório mais dinâmico e capaz de responder de maneira mais eficaz às necessidades específicas da Administração Pública. No entanto, essa maior discricionariedade também carrega consigo riscos significativos, especialmente no que se refere à transparência e à isonomia do processo.

Uma das principais preocupações em relação a essa flexibilização é o potencial para a prática de favoritismo ou mesmo de corrupção. Sem a obrigatoriedade de seguir a ordem de classificação das propostas, há um risco real de que a Administração Pública possa escolher contratados com base em critérios subjetivos ou mesmo questionáveis, o que pode comprometer a integridade do processo licitatório. Essa situação pode ser exacerbada em casos de cessão da posição contratual, onde a discricionariedade ampliada pode ser usada para justificar a transferência de contratos para empresas que não participaram do processo licitatório ou que não estavam entre as primeiras classificadas, mas que possuem algum tipo de vínculo ou interesse particular com a Administração.

Essa flexibilização pode ser vista como uma forma de modernizar a gestão contratual, possibilitando que a cessão da posição contratual seja utilizada como uma ferramenta eficaz para garantir a continuidade e a eficiência na execução dos contratos. A possibilidade de ceder a posição contratual, sem estar rigidamente vinculada à ordem de classificação do certame,

oferece à Administração Pública a oportunidade de responder com mais agilidade e pragmatismo às exigências de projetos de grande vulto ou em setores críticos. Contudo, essa maior flexibilidade também exige que a cessão da posição contratual seja cuidadosamente regulamentada e monitorada, para que continue alinhada aos princípios constitucionais, assegurando que as finalidades públicas sejam plenamente atendidas sem comprometer a integridade do contrato administrativo.

Finalmente, embora a flexibilização da ordem de classificação possa, em alguns casos, permitir uma maior adaptabilidade do processo licitatório às necessidades específicas da Administração, essa mudança também exige uma maior responsabilidade e transparência por parte dos gestores públicos. A introdução dessa nova dinâmica deve ser acompanhada de mecanismos rigorosos de controle e supervisão, que garantam que as escolhas feitas sejam realmente as mais vantajosas para o interesse público. Sem esses mecanismos, a maior discricionariedade concedida pela Lei nº 14.133/21 pode facilmente se tornar um fator de risco, comprometendo a confiança da sociedade na integridade do processo licitatório e nos princípios que deveriam guiá-lo.

Da mesma sorte, a introdução do artigo 102 na Lei nº 14.133/21, que permite que a seguradora, em caso de inadimplência do contratado, assuma a execução do contrato ou subcontrate sua conclusão, é uma inovação que visa aumentar a segurança jurídica e a continuidade dos projetos públicos. Essa disposição busca proteger a Administração Pública contra os riscos associados ao não cumprimento das obrigações contratuais pelo contratado original, assegurando que o objeto do contrato seja concluído, mesmo em cenários adversos. Contudo, essa inovação também traz consigo uma série de desafios operacionais e legais que precisam ser cuidadosamente avaliados.

Tal inovação também se alinha às duas tendências apontadas por Binenbojm (2023, p. 779), conhecidas como o “giro democrático-constitucional” e o “giro pragmático”. Essas tendências enfatizam a importância do objetivo final que a Administração Pública pretende alcançar, transcendendo a mera observância da legalidade estrita. Nesse contexto, a nova legislação reconhece a necessidade de flexibilizar as normas para que a Administração possa atuar de maneira mais eficaz e adaptável às demandas reais do serviço público.

Assim, a seguradora, já amparada pelo texto legal, está autorizada a assumir a obra e contratar terceiros para sua conclusão, o que demonstra uma aproximação clara ao conceito de cessão da posição contratual. Essa mudança normativa reflete a intenção de possibilitar

soluções mais pragmáticas e eficazes, permitindo que a Administração Pública alcance seus objetivos de forma mais eficiente, ao mesmo tempo em que se mantém alinhada aos princípios constitucionais e às exigências práticas do contexto administrativo.

Uma das principais críticas a essa inovação é que, embora ela ofereça uma solução pragmática para garantir a continuidade dos projetos, a transferência da execução do contrato para a seguradora ou para um subcontratado pode comprometer a qualidade e a integridade do serviço ou obra. A seguradora, por não ser originalmente responsável pela execução, pode não ter o mesmo nível de comprometimento ou expertise técnica que o contratado original, o que pode resultar em um resultado inferior na execução do contrato. Além disso, a possibilidade de subcontratação amplia ainda mais a distância entre a Administração Pública e o executor final, o que pode dificultar o controle de qualidade e a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais. Outro ponto de crítica é que a inclusão da seguradora como interveniente anuente no contrato pode gerar conflitos de interesse. A seguradora, ao assumir a execução do contrato, pode ter incentivos financeiros para minimizar custos e maximizar lucros, o que pode não estar alinhado com o interesse público de garantir a máxima qualidade na execução dos projetos.

Além disso, a subcontratação, permitida pelo artigo 102, pode resultar em uma fragmentação da responsabilidade, onde múltiplas partes estão envolvidas na execução do contrato, mas nenhuma delas é plenamente responsável pelo resultado. Isso pode complicar a responsabilização em caso de falhas ou irregularidades na execução do contrato, dificultando a aplicação de sanções e a recuperação de eventuais prejuízos para a Administração Pública.

A flexibilização proporcionada por essa inovação também levanta questões sobre a equidade e a transparência do processo licitatório. Se a possibilidade de que a seguradora ou um subcontratado assumam a execução do contrato não for claramente estabelecida e regulamentada desde o início, isso pode gerar dúvidas sobre a lisura do processo. Licitantes que não foram informados dessa possibilidade durante o processo de licitação podem sentir-se prejudicados, especialmente se acreditarem que o contrato será executado diretamente pelo licitante vencedor. A falta de transparência nesse aspecto pode comprometer a confiança no processo licitatório e levar a disputas legais.

Finalmente, a inovação introduzida pelo artigo 102, embora seja positiva em sua intenção de garantir a continuidade dos serviços públicos, requer uma regulamentação e uma supervisão cuidadosas para garantir que não se torne um instrumento de diluição de responsabilidades e comprometimento da qualidade. A Administração Pública deve estar atenta aos riscos

potenciais e adotar medidas preventivas para assegurar que a seguradora ou os subcontratados cumpram rigorosamente as obrigações contratuais, garantindo que o interesse público seja plenamente atendido. A inclusão de cláusulas de controle de qualidade, auditorias independentes e a manutenção de um acompanhamento rigoroso são essenciais para mitigar os riscos associados a essa flexibilização e para garantir que os objetivos do contrato sejam alcançados com a máxima eficácia e integridade.

4.4 Possibilidade de Inclusão do Instituto da Cessão da Posição Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Reconhecer a validade do instituto da cessão da posição contratual no ordenamento jurídico brasileiro é uma medida que visa modernizar e flexibilizar as relações contratuais no país, proporcionando maior segurança jurídica e adaptabilidade. Atualmente, a cessão da posição contratual, embora amplamente reconhecida em sistemas jurídicos de vários países, como Itália, Portugal, Espanha e França, ainda não possui uma positivação clara no Brasil. A proposta de atualização do Código Civil brasileiro, que contempla a inclusão deste instituto, tem como objetivo preencher esta lacuna e proporcionar uma base legal robusta para a transferência de direitos e obrigações contratuais.

A cessão da posição contratual é um mecanismo que permite a substituição de uma das partes contratantes por outra, mantendo o contrato original intacto. Este instituto é essencial para a flexibilidade e dinamismo das relações contratuais, especialmente em um contexto de crescente globalização e interconectividade econômica. A inclusão deste instituto no Código Civil brasileiro proporcionaria uma base legal clara para a transferência de direitos e obrigações contratuais, aumentando a segurança jurídica e facilitando a continuidade das relações contratuais.

O ordenamento jurídico brasileiro já reconhece a importância da liberdade contratual e da autonomia privada como pilares das relações jurídicas. Esses princípios são consagrados na Constituição Federal e no Código Civil, permitindo que as partes ajustem livremente suas obrigações e direitos, desde que respeitados os limites legais e os princípios da ordem pública e dos bons costumes. No entanto, a ausência de regulamentação específica para a cessão da posição contratual cria lacunas que podem gerar incertezas e conflitos jurídicos.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a cessão da posição contratual é regulada de forma clara e detalhada, como é o caso da Itália e Portugal. No Código Civil italiano, este instituto foi positivado em 1942, permitindo a transferência de todos os direitos e obrigações de um contrato para uma nova parte, desde que o outro contratante concorde com a substituição. Em Portugal, os artigos 424 a 427 do Código Civil regulam de forma semelhante, garantindo que a cessão só produza efeitos após a notificação ou reconhecimento pelo outro contratante. Esses exemplos demonstram como a regulamentação clara e detalhada da cessão da posição contratual pode aumentar a segurança jurídica e promover a continuidade das relações contratuais.

A proposta de atualização do Código Civil brasileiro para incluir a cessão da posição contratual poderia ser estruturada em um novo capítulo, detalhando os requisitos, efeitos e limitações deste instituto. Este novo capítulo poderia seguir a estrutura adotada por outros países, adaptando-a às especificidades do ordenamento jurídico brasileiro. A regulamentação clara e detalhada reduziria incertezas e conflitos, proporcionando uma base legal robusta para a transferência de direitos e obrigações contratuais. Além disso, facilitaria a adaptação das relações contratuais às mudanças nas circunstâncias e às necessidades das partes envolvidas, harmonizando o ordenamento jurídico brasileiro com as melhores práticas internacionais e aumentando a competitividade e atratividade do Brasil como destino para investimentos e negócios.

A inclusão do instituto da cessão da posição contratual no Código Civil brasileiro traria inúmeros benefícios, incluindo maior segurança jurídica, flexibilidade nas relações contratuais, alinhamento com práticas internacionais e promoção da continuidade contratual. A regulamentação clara e detalhada asseguraria que a cessão da posição contratual fosse realizada de maneira justa e equitativa, promovendo um ambiente jurídico seguro e favorável para o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

A cessão da posição contratual é particularmente relevante para setores que demandam alta adaptabilidade e inovação, como tecnologia, infraestrutura e serviços financeiros. A capacidade de transferir contratos permite que empresas ajustem suas operações rapidamente em resposta às mudanças de mercado, sem a necessidade de renegociar contratos complexos ou interromper serviços críticos. Isso é especialmente importante em projetos de longo prazo, onde as condições podem mudar significativamente ao longo do tempo.

Além disso, a cessão da posição contratual pode ser uma ferramenta valiosa para a reestruturação empresarial e para a atração de investimentos estrangeiros. Investidores internacionais muitas vezes buscam garantias de que poderão assumir contratos existentes sem enfrentar obstáculos legais significativos. A inclusão deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro forneceria essa segurança, tornando o país mais atraente para investimentos.

A proposta de inclusão da cessão da posição contratual no Código Civil brasileiro também pode contribuir para a uniformização das práticas contratuais, reduzindo a fragmentação jurídica e aumentando a eficiência dos negócios. Empresas que operam em múltiplas jurisdições frequentemente enfrentam desafios ao lidar com diferentes regimes legais. A adoção de normas compatíveis com as práticas internacionais simplificaria essas operações, facilitando a conformidade e a execução de contratos.

Portanto, a inclusão do instituto da cessão da posição contratual no Código Civil brasileiro é uma medida necessária para modernizar e flexibilizar as relações contratuais no país. Esta atualização proporcionaria uma base legal clara e detalhada, aumentando a segurança jurídica e promovendo a confiança nas transações comerciais. A harmonização com práticas internacionais e a promoção da continuidade contratual são essenciais para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, tornando-o um ambiente mais seguro e favorável para negócios e investimentos.

4.5 Reflexos da evolução dos julgados do STF para a prática da cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública

A cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública encontra respaldo nos precedentes dos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem adotado uma postura mais flexível e pragmática em relação a essa prática. As decisões judiciais analisadas no capítulo sobre jurisprudência recente do STF mostram uma evolução no entendimento do tribunal, que busca conciliar a necessidade de eficiência administrativa com a observância dos princípios constitucionais.

Uma das principais razões para justificar a cessão da posição contratual é a garantia de continuidade e eficiência dos serviços públicos. A decisão na ADI nº 2496/DF, que validou a cessão de contratos para terceiros qualificados, destaca que essa prática não viola os princípios

licitatórios, desde que assegure a continuidade e eficiência dos serviços públicos. A possibilidade de substituir o contratante original sem interrupção dos serviços é crucial para a Administração Pública, garantindo que os serviços essenciais não sejam prejudicados.

Além disso, a flexibilidade e a adaptação às mudanças são aspectos fundamentais. A decisão do STF na ADI nº 5624/DF, que permite a alienação do controle acionário de subsidiárias e controladas sem licitação, demonstra a importância da flexibilidade na gestão pública. Essa decisão sublinha que a Administração Pública precisa de mecanismos que permitam a adaptação rápida às mudanças econômicas e organizacionais, algo que a cessão da posição contratual oferece de maneira eficaz.

A eficiência econômica e a preservação do interesse público também são argumentos importantes. No julgamento da ADI nº 4829/DF, o STF reconheceu a validade da dispensa de licitação para serviços de tecnologia da informação estratégicos, desde que observados os princípios constitucionais. Esse julgamento reflete que a cessão da posição contratual pode contribuir para a eficiência econômica, ao permitir que contratos sejam transferidos para empresas mais capacitadas, garantindo assim a utilização eficiente dos recursos públicos e a manutenção da qualidade dos serviços prestados.

Outro ponto crucial é o alinhamento aos princípios constitucionais. As decisões do STF têm reiteradamente afirmado que a cessão da posição contratual é compatível com os princípios constitucionais, como a moralidade, impessoalidade, eficiência e transparência. A decisão na ADC nº 5.942 destaca que a flexibilização da obrigatoriedade de licitação em setores estratégicos é justificada, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais, permitindo uma atuação mais dinâmica e eficiente do Estado.

A modernização do Direito Administrativo é outro argumento forte. Os julgados do STF mostram uma evolução no Direito Administrativo, reconhecendo a necessidade de modernização das práticas contratuais. A decisão na ADI nº 5991/DF enfatiza que a eficiência na gestão pública não deve ser comprometida por formalismos excessivos, permitindo a prorrogação e alteração de contratos de concessão sem prévia licitação, desde que observados os princípios constitucionais.

A segurança jurídica e a previsibilidade proporcionadas pela jurisprudência recente do STF também são elementos essenciais na justificativa da cessão da posição contratual. A decisão no Recurso Extraordinário nº 958.252/MG, que reafirma a licitude da terceirização e outros arranjos empresariais, demonstra que o STF busca oferecer um ambiente jurídico estável

e claro, onde as práticas contratuais possam ser ajustadas de maneira eficiente e transparente. De acordo com o entendimento, o ordenamento jurídico-constitucional acolhe uma ampla variedade de formas de organização da atividade econômica - sendo a cessão da posição contratual uma consequência lógica da tese firmada. De fato, trata-se de mecanismo eficiente que cumpre, a um só tempo, a finalidade da contratação pública, aproveitando os atos administrativos praticados de modo economicamente eficiente.

A cessão da posição contratual é uma ferramenta que pode aumentar significativamente a eficiência administrativa. Permitir que empresas mais capacitadas assumam contratos pode resultar em serviços públicos de maior qualidade e menor custo. Por exemplo, em contratos de infraestrutura, onde a empresa original pode enfrentar dificuldades financeiras ou operacionais, a cessão permite que outra empresa com melhores condições técnicas e financeiras assumo o projeto, garantindo a sua continuidade e a entrega dentro do prazo e do orçamento previstos.

Além disso, a cessão da posição contratual pode facilitar a modernização e inovação nos serviços públicos. Em setores que demandam constante atualização tecnológica, como a saúde e a educação, a possibilidade de transferir contratos para empresas mais avançadas tecnologicamente assegura que a Administração Pública se mantenha atualizada e eficiente, sem a necessidade de passar por longos e complexos processos de licitação a cada atualização necessária.

A jurisprudência do STF também contribui para a segurança jurídica, um fator essencial para a atração de investimentos. Investidores estrangeiros, em particular, buscam garantias de que poderão assumir contratos existentes sem enfrentar obstáculos legais significativos. A previsibilidade das decisões judiciais e a clareza nas regras sobre cessão de contratos aumentam a confiança dos investidores, tornando o Brasil um destino mais atraente para capital estrangeiro.

A previsibilidade das regras também facilita a gestão interna das empresas, permitindo um planejamento mais eficiente e seguro. Empresas que operam com contratos de longo prazo podem se reestruturar ou se adaptar às mudanças de mercado sem comprometer seus compromissos contratuais com a Administração Pública.

A inclusão e a regulamentação clara da cessão da posição contratual também harmonizam o Brasil com as melhores práticas internacionais. Em muitos países, a cessão de contratos é uma prática comum e bem regulamentada, proporcionando flexibilidade e segurança nas relações contratuais. A adoção dessas práticas no Brasil não apenas moderniza o Direito

Administrativo, mas também facilita a integração do país no cenário econômico global, alinhando-se com os padrões internacionais de governança e *compliance*.

Em resumo, a cessão da posição contratual nos contratos com a Administração Pública é fundamentada na jurisprudência recente do STF, que promove um equilíbrio entre a eficiência administrativa e a observância dos princípios constitucionais. Todas as decisões expostas nesta tese estão em plena consonância com a tendência de constitucionalização do Direito Administrativo, que busca assegurar que a atuação da Administração Pública esteja sempre guiada pelos valores e princípios constitucionais, acima das normas infraconstitucionais.

A flexibilização das regras de licitação, quando justificada e bem regulamentada, permite que a Administração Pública se adapte rapidamente às mudanças e mantenha a qualidade dos serviços prestados, promovendo a eficiência econômica e a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento sustentável das atividades estatais. Com a inclusão deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, o país avança rumo a uma Administração Pública mais moderna, eficiente e alinhada com as melhores práticas internacionais, sempre respeitando os princípios constitucionais que norteiam o Estado Democrático de Direito.

4.6 Superação das objeções à figura da cessão da posição contratual nos contratos administrativos

A cessão da posição contratual nos contratos administrativos configura-se como um dos temas mais debatidos e controversos no Direito Administrativo brasileiro. Historicamente, essa prática enfrentou consideráveis objeções, ancoradas principalmente no caráter personalíssimo dos contratos administrativos e na rígida obrigatoriedade do processo licitatório. A tradicional doutrina brasileira, fortemente influenciada pelo ordenamento jurídico francês, sustentava que os contratos administrativos deviam ser firmados com base em critérios subjetivos, como a confiança e a relação pessoal entre as partes. Essa perspectiva atribuía aos contratos um caráter personalíssimo, pressuposto essencial para a execução contratual, onde as qualidades pessoais do contratado eram vistas como indispensáveis para garantir a qualidade e a eficiência do serviço prestado.

Todavia, com o advento de evoluções legislativas recentes, especialmente a Lei nº 14.133/21, e as decisões judiciais que têm acompanhado essa transformação, observa-se uma

clara tendência de superação das objeções tradicionais, promovendo uma maior flexibilização e modernização nas práticas de contratação pública. A Lei nº 14.133/21, que regulamenta a obrigatoriedade de licitação nos contratos administrativos, reforça a importância desse princípio como garantia de isonomia e competitividade nos processos de contratação pública, assegurando que a Administração Pública escolha a proposta mais vantajosa com base em critérios objetivos e transparentes. No entanto, a legislação também reconhece que a licitação não deve ser vista como um fim em si mesma, mas como um meio para alcançar a eficiência e a transparência na gestão pública.

A superação das objeções ao caráter personalíssimo dos contratos administrativos surge, assim, como uma necessidade frente às novas demandas de eficiência e agilidade na Administração Pública. O entendimento tradicional, que vinculava a execução do contrato às qualidades pessoais do contratado original, é reavaliado à luz da possibilidade de cessão da posição contratual. Em muitos casos, sobretudo em contratos de fornecimento de bens e serviços padronizados, as características pessoais do contratado são menos determinantes, permitindo que a execução seja realizada por qualquer empresa que atenda aos requisitos técnicos e financeiros estabelecidos no edital. Essa distinção entre contratos onde a pessoalidade é efetivamente relevante e aqueles onde a execução pode ser conduzida por diferentes entes contratantes é crucial para entender a flexibilização atual.

A modernização da gestão pública exige, portanto, uma reavaliação do caráter personalíssimo nos contratos administrativos, especialmente nos casos em que a execução do contrato não depende exclusivamente das qualidades individuais do contratado inicial. A nova legislação prevê situações específicas em que a licitação é inexigível ou dispensável, como na contratação de fornecedores exclusivos ou em situações de emergência. Essas disposições legais refletem uma maior flexibilidade e demonstram que o ordenamento jurídico brasileiro está disposto a permitir exceções quando a competição se mostra inviável ou quando a urgência do serviço assim o justifica.

Dentro desse contexto, a cessão da posição contratual pode ser vista como uma extensão natural dessa lógica, permitindo à Administração Pública manter a continuidade e a qualidade dos serviços contratados mesmo quando o contratado original não está mais apto a executar o contrato. Para que a cessão seja efetiva e benéfica, é imperativo que o cessionário atenda aos mesmos critérios técnicos e financeiros do cedente, garantindo assim a manutenção dos padrões de qualidade e eficiência pactuados inicialmente.

O princípio da liberdade econômica, consolidado pela Constituição Federal e pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), também fortalece a ideia de que a cessão da posição contratual deve ser interpretada não como uma violação aos princípios da licitação e da moralidade administrativa, mas como uma ferramenta que promove flexibilidade e adaptabilidade nas relações contratuais. Esse princípio incentiva um ambiente de negócios mais dinâmico, no qual as empresas podem reorganizar suas operações para melhor responder às demandas do mercado e da Administração Pública, de forma ágil e eficiente.

Ademais, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF) tem demonstrado uma tendência crescente de flexibilização das regras de contratação pública, equilibrando a necessidade de segurança jurídica com a adaptação às realidades econômicas e administrativas. Decisões que permitem a cessão de contratos ou a alteração do controle societário das empresas contratadas sem a exigência de um novo processo licitatório refletem uma visão mais pragmática e moderna do Direito Administrativo. Nessa nova interpretação, a continuidade e a eficiência dos serviços públicos são priorizadas, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais da Administração Pública.

Portanto, a cessão da posição contratual nos contratos administrativos, quando realizada em conformidade com critérios bem definidos e transparência, pode não apenas ser compatível com os princípios de transparência, eficiência e liberdade econômica, mas também representar uma evolução necessária para a modernização do Direito Administrativo brasileiro. A superação das objeções tradicionais a essa prática requer uma interpretação moderna e flexível, que leve em consideração a necessidade de eficiência na gestão pública e a promoção do desenvolvimento econômico.

A regulamentação cuidadosa da cessão da posição contratual é essencial para garantir que essa prática ofereça soluções eficazes para a continuidade e eficiência dos serviços públicos. Devem ser estabelecidos procedimentos claros para avaliar a capacidade técnica e financeira do cessionário, garantindo que a cessão não comprometa a qualidade dos serviços prestados. Além disso, é fundamental que existam mecanismos rigorosos de fiscalização e controle para evitar abusos e irregularidades.

Dessa forma, é possível harmonizar os requisitos de legalidade e moralidade com a busca por uma Administração Pública mais eficiente e dinâmica, assegurando que a execução dos contratos atenda aos melhores interesses da coletividade. A cessão da posição contratual, longe de ser uma mera transferência de responsabilidades, surge como uma ferramenta

poderosa para a gestão pública moderna, capaz de assegurar a continuidade dos serviços e a adaptação às novas demandas sociais e econômicas, contribuindo assim para a evolução do Direito Administrativo brasileiro em direção a um modelo mais eficaz, justo e alinhado às necessidades contemporâneas.

CONCLUSÃO

A cessão da posição contratual nos contratos administrativos, tema central desta tese, apresenta-se como um dos assuntos mais complexos e desafiadores do Direito Administrativo brasileiro. Ao longo dos anos, essa prática tem sido objeto de intensos debates, sendo tradicionalmente vista com desconfiança, especialmente devido ao caráter personalíssimo que historicamente se atribuiu aos contratos administrativos no Brasil. Contudo, diante das transformações econômicas, sociais e legislativas que marcam o contexto atual, torna-se imperativo revisitar e reinterpretar essa prática à luz das exigências contemporâneas de eficiência, transparência e continuidade dos serviços públicos.

O primeiro capítulo desta tese se debruça sobre as origens e os fundamentos históricos do caráter personalíssimo dos contratos administrativos no Brasil, traçando um panorama que remonta às influências do Direito francês, particularmente do conceito de “*intuitu personae*”. Esse conceito, desenvolvido no contexto pós-Revolução Francesa, exerceu uma profunda influência sobre o Direito Administrativo brasileiro, sustentando a ideia de que as contratações públicas deveriam se basear na confiança e nas qualidades subjetivas do contratado. Essa visão tradicional foi fundamental para garantir que a Administração Pública mantivesse controle rigoroso sobre a escolha de seus parceiros contratuais, garantindo, assim, que o contratado original tivesse as qualidades e competências necessárias para executar o contrato de forma satisfatória.

Entretanto, esse caráter personalíssimo, que foi adequado às necessidades da Administração Pública durante grande parte do século XX, começou a ser questionado à medida que as demandas por maior eficiência e flexibilidade na gestão pública aumentaram. No Brasil, a obrigatoriedade de licitação, estabelecida pela Constituição Federal e regulamentada por sucessivas legislações, sempre foi vista como um princípio fundamental para assegurar a isonomia e a competitividade nos processos de contratação pública. A licitação visa garantir que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa com base em critérios objetivos e transparentes, promovendo a igualdade de condições entre os concorrentes. No entanto, a aplicação rígida desse princípio, aliada ao caráter personalíssimo dos contratos, muitas vezes resultou em uma Administração Pública excessivamente burocratizada e inflexível, incapaz de responder com a agilidade necessária às demandas sociais e econômicas contemporâneas.

O segundo capítulo explora as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21, que reformulou profundamente o regime de licitações e contratos públicos no Brasil. Essa nova legislação surge como resposta a um cenário de crescente necessidade de modernização da gestão pública, trazendo consigo uma série de mudanças que visam flexibilizar e tornar mais eficiente o processo de contratação pública. Entre as inovações mais significativas está a introdução dos Diálogos Competitivos, um procedimento que permite à Administração Pública dialogar com licitantes previamente qualificados para desenvolver soluções alternativas, especialmente em projetos de grande complexidade técnica ou que demandem inovação tecnológica. Essa medida, ao promover a criatividade e a adaptação das soluções às necessidades específicas da Administração, representa uma ruptura com o formalismo excessivo que caracterizou as práticas de contratação pública no Brasil por décadas.

Outro aspecto crucial abordado neste capítulo é a possibilidade de subcontratação e a flexibilização das normas relacionadas à cessão da posição contratual. A Lei nº 14.133/21, ao permitir essas práticas de forma mais clara e explícita, reflete uma mudança paradigmática na compreensão do papel da Administração Pública, que agora é vista como uma entidade que deve ser eficiente e adaptável, em vez de simplesmente rígida e controladora. A cessão da posição contratual, neste novo contexto, é compreendida como uma ferramenta legítima para garantir a continuidade e a qualidade dos serviços públicos, especialmente em situações onde o contratado original não pode mais executar o contrato. A legislação estabelece critérios claros para a cessão, exigindo que o cessionário atenda aos mesmos requisitos técnicos e financeiros do cedente, assegurando, assim, a manutenção dos padrões de qualidade e eficiência originalmente pactuados.

No terceiro capítulo, a tese aprofunda a análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem desempenhado um papel crucial na consolidação de uma visão mais moderna e pragmática do Direito Administrativo brasileiro. Através de um exame detalhado de casos emblemáticos, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 2496/DF, 5624/DF, 4829/DF, 5942/DF e 5991/DF, o capítulo revela como o STF tem progressivamente adotado uma postura que privilegia a eficiência administrativa sem desrespeitar os princípios constitucionais. Essas decisões refletem uma tendência de flexibilização das regras de contratação pública, permitindo, por exemplo, a cessão de contratos a terceiros qualificados sem a necessidade de um novo processo licitatório, desde que sejam preservados os critérios técnicos e financeiros estabelecidos originalmente.

Esses precedentes jurisprudenciais indicam uma clara evolução no entendimento do STF sobre a cessão da posição contratual, mostrando que, em situações específicas, a rigidez da exigência de licitação pode ser relativizada em favor da eficiência e da continuidade dos serviços públicos. A análise desses casos destaca a importância de uma abordagem pragmática no Direito Administrativo, onde a proteção dos interesses públicos não se dá apenas pela manutenção de formalismos, mas pela adoção de práticas que garantam a realização dos objetivos constitucionais de forma eficiente e eficaz.

Finalmente, no quarto capítulo, a tese realiza uma análise comparativa do tratamento da cessão da posição contratual em outros ordenamentos jurídicos, como os da França, Itália e Portugal. Esses países, que também possuem tradições jurídicas influenciadas pelo Direito francês, oferecem exemplos valiosos de como a cessão da posição contratual pode ser regulamentada de maneira eficaz, garantindo tanto a segurança jurídica quanto a flexibilidade necessária para a Administração Pública adaptar-se às mudanças econômicas e sociais. A comparação revela que, em diversas jurisdições, a cessão da posição contratual é uma prática consolidada, regulada por normas claras que estabelecem critérios rigorosos para a avaliação da capacidade técnica e financeira do cessionário, assegurando que a cessão não comprometa a qualidade dos serviços prestados.

Esse capítulo sugere que o Brasil, ao harmonizar seu Direito Administrativo com essas práticas internacionais, poderia não apenas aumentar a segurança jurídica, mas também tornar-se um destino mais atrativo para investimentos estrangeiros. A tese propõe que a atualização do Código Civil brasileiro para incluir explicitamente a cessão da posição contratual poderia representar um passo importante nesse sentido, oferecendo maior previsibilidade e flexibilidade nas relações contratuais entre a Administração Pública e as empresas.

Além disso, o capítulo discute a necessidade de uma regulamentação cuidadosa no Brasil, que inclua mecanismos robustos de fiscalização e controle para evitar abusos e irregularidades na cessão da posição contratual. A adoção de práticas de governança corporativa e programas de *compliance*, como exigido pela Lei nº 14.133/21, é destacada como fundamental para garantir a transparência e a integridade nos processos de contratação pública, especialmente em casos de cessão de contratos.

A cessão da posição contratual, longe de ser uma mera formalidade, é apresentada nesta tese como uma prática essencial para a modernização do Direito Administrativo brasileiro. Ao permitir maior adaptabilidade e eficiência na gestão dos contratos administrativos, essa prática

pode assegurar que os serviços públicos sejam prestados de maneira contínua e eficaz, mesmo diante de adversidades.

No entanto, apesar do avanço significativo que essa tese apresenta em termos de análise legislativa e jurisprudencial, bem como de comparações internacionais, há várias áreas que demandam investigação mais profunda, e que poderiam servir como base para futuras pesquisas acadêmicas. Primeiramente, a constitucionalidade do Direito Administrativo, especialmente no contexto da cessão da posição contratual, merece um exame mais detalhado. Questões como a compatibilidade da cessão com os princípios constitucionais de moralidade, impessoalidade e publicidade precisam ser exploradas, especialmente à luz das mudanças legislativas recentes.

Além disso, a escola do pragmatismo norte-americano, que tem influenciado diversos aspectos do Direito Administrativo globalmente, poderia ser utilizada como um marco teórico para analisar a evolução do Direito Administrativo brasileiro. Esse enfoque pragmático, que privilegia soluções eficientes e práticas frente à rigidez formal, pode oferecer novas perspectivas sobre como a cessão da posição contratual pode ser aplicada de forma eficaz sem comprometer os princípios fundamentais da Administração Pública.

Por fim, o controle da discricionariedade da Administração Pública, especialmente no que tange à cessão da posição contratual, é outro campo promissor para futuras investigações. A forma como a Administração Pública exerce seu poder discricionário na aprovação ou rejeição de cessões contratuais, e os critérios utilizados para tal, poderiam ser objeto de estudos aprofundados, visando assegurar que essa prática seja utilizada de maneira justa e equitativa.

Assim, esta tese não apenas contribui para o entendimento da cessão da posição contratual no contexto do Direito Administrativo brasileiro, mas também abre caminhos para novas pesquisas que podem aprofundar e expandir o conhecimento sobre esse importante instituto jurídico. Essas futuras investigações poderão ajudar a consolidar a cessão da posição contratual como uma ferramenta legítima e eficaz na Administração Pública brasileira, garantindo que ela continue a evoluir em consonância com as melhores práticas globais e com as necessidades da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, W. C.; DI PIETRO, M. S. Z. **Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013.
- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso Da Silva. 3ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.
- AMATO NETO, J. Reestruturação industrial, terceirização e redes de subcontratação. **Revista de Administração de Empresas**, v. 35, p. 33-42, 1995.
- AMORIM, A. R. de. Os aspectos inderrogáveis acerca do reconhecimento da condição de refugiado e a jurisprudência dos tribunais europeus. **Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas**, v. 26, n. 1, p. 67-76, 22 out. 2018.
- AMORIM, V. A. J. de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.
- ANDREOLI, M. **La Cesión Del Contrato**. Santiago-Chile: Ediciones Olejnik, 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, 2005, p. 433-436
- ASCENSÃO, J. de O. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- AZEVEDO, Á. V. **Teoria Geral das Obrigações e da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BAPTISTA, P. F. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARRETO, R. T. D. S.; VIEIRA, J. B. Os programas de integridade pública no Brasil: indicadores e desafios. **Cadernos EbApE. BR**, v. 19, n. 3, p. 442–463, 2021.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva. 2009
- BDINE JÚNIOR, H. C. **Cessão da posição contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BEVILÁQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958. v. 4
- BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 1-32, 23 jan. 2005.

_____. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, 2006.

_____. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. [s.l.] Renovar Rio de Janeiro, 2008.

_____. Direito Administrativo: Entre justificação e operacionalização. **Revista Estudos Institucionais**. São Paulo, p.774-782, 2023

BLANQUET, P. **Le sous-contrat - Étude de droit administratif**. Paris: Dalloz, 2022.

BÔAS FILHO, O. V. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 109, p. 281–325, 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 3 ago. 2024.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1996, revogada pela Lei nº 10.406, de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/////LEIS/L3071.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 37, redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, sobre os princípios da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art37. Acesso em: 22 jan. 2024.

_____. **LINDB Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 22 jan. 2024.

_____. **Lei nº 6.404 - Das Sociedades por Ações**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 28 jan. 2024.

_____. **Lei nº 8.987**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 27 jul. 2024.

_____. **Lei nº 9.478**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 jan. 2024.

_____. **Lei nº 13.303**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 27 jul. 2024.

_____. **Lei nº 13.448**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm>. Acesso em: 1 ago. 2024.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. Ministério do Planejamento, O. E. G. (MP); UNIÃO (CGU), B. C.-G. DA. Instrução Normativa Conjunta MP/CGU n. 01, de 2016. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 958252/MG**. Minas Gerais: STF, [s.d.]. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365202206&ext=.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4829/DF**. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755551246>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5624/DF**. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341840220&ext=.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5942/DF**. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345584596&ext=.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5991/DF**. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345857619&ext=.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.946 DF**. STF-DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>>.

CARRESI, F. *La cessione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1950.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO, M. **Nova Lei de Licitações Comentada e Comparada**. Salvador: JusPodivm, 2023.

CESAR, D. DE O. Estudo sobre a cessão do contrato. **Revista dos Tribunais**, 1954.

CHÉNEDÉ, F. **DROIT DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS**. Paris: Dalloz, 2023.

COASE, R. H. *The Nature of the Firm*. **Economica, New Series**. v. 4, p. 386-405, 1937.

COELHO, D. M. O instituto da licitação no Direito Francês. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39. n. 156, 2002.

COELHO, I. P. Cessão da posição contratual: estrutura e função. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 5, n. 03, 2015.

COLPO, I. *et al.* Atrasos na execução das obras públicas: estudo em uma instituição federal de ensino superior. **Revista Produção Online**, v. 18, n. 4, p. 1322–1343, 15 dez. 2018.

CORNU, G. **Sous-contrat**. 13ª ed. Paris: PUF, 2020.

CORREIA, J. A. O reconhecimento do contrato administrativo de matriz germânica no direito português | *The recognition of the German administrative contract in Portuguese Law*. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura** | **RDAI**, v. 6, n. 23, p. 187–227, 18 mar. 2023.

COSTA, M. J. DE A. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, N. C. “A NOVAÇÃO” INSTITUTO CIVIL. 15 maio 2021.

CRETELLA JR, J. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DE ARAÚJO, E. N. O Direito Administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 2000.

DELAYGUA, J. J. F. *La cesión de contrato*. Barcelona: Bosch, 1989.

DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DI PIETRO, M. S. Z.; MARRARA, T. Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios. *in: Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1 de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIREITO, C. G. V. **Do contrato: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUBREUIL, C.-A. *DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS*. 2^a ed. Paris: Thémis Droit, 2022.

ESCALONA, N. M. *LA Cesión del Contrato. Derecho contractual comparado (Una perspectiva europea y transnacional)*, 2016.

FIGUEIREDO, V. DA S.; SANTOS, W. J. L. DOS. Transparência e controle social na administração pública. **Temas de Administração Pública**, v. 8, n. 1, p. 1–20, 2013.

FRANCE. *Code des marchés publics - Légifrance*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005627819/2016-01-01. Acesso em: 12 mar. 2024.

FRANCE. *Constitution. Article 55 - Constitution du 4 octobre 1958 - Légifrance*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006527541. Acesso em: 8 jul. 2024.

FORSTHOFF, E; STERN K. *Bundesverwaltungsgericht*. 4, Februar 1966.

FRANCO SOBRINHO, M. de O. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1986.

FREITAS, R. V. DE. A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, n. 10, 2016.

FREITAS, R. V. DE. As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. **Direito de Estado**, 2017.

FREITAS, J. **O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FURTADO, L. R. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FURTADO, L. R. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABARDO, E. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, p. 95-130, 15 abr. 2019.

GARBACCIO, G. L.; FRANCISCO, M. M. DA C. L.; SCAFF, J. H. DE A. Modelos Regulatórios e Compliance: a influência das ações das agências regulatórias para a formação da cultura de conformidade. **Revista Direito Mackenzie**, v. 18, n. 1, 5 jun. 2024.

GAZIER, F. **O Conselho de Estado francês**. 1955.

GOMES, O. **Contratos**. 7ª ed. Rio de Janeiro: 1979.

GOODNOW, F. J. **Comparative Administrative Law: An analysis of the administrative systems national and local, of the United States, England, France and Germany**. New York: Burt Franklin, 1903.

GRAU, E. R. Licitação-Dispensa-Notória especialização. **Revista de Direito Administrativo**, v. 150, p. 216-226, 1982.

GROTTI, D. A. M. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

GUSTIN, M. B. DE S.; DIAS, M. T. F.; NICÁCIO, C. S. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droite Administratif et de Droit Public. General. À l'usage des étudiants en licence et en doctorat en sciences politiques, Paris*, p. 532, 1900-1901.

HECK, L. A. Hermenêutica da constituição econômica. **Revista de Informação Legislativa**, 1992.

HERRERA, J. P. DE. *Lecciones de administración. Madrid: Establecimiento Tipográfico*, 1943. v. 1

HOEPFFNER, H. *Droit des Contrats Administratifs*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2022.

HORBACK, C. B. Objeto e Conceito do Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, 2018.

HOTZ, C. **Princípios constitucionais da atividade administrativa no direito luso-brasileiro**. PhD Thesis— 2023.

HOUTCIEFF, D. *DROIT DES CONTRATS*. 8ª ed. Paris: Bruylant, 2024.

JÈZE, G. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução: Júlio N. San Millan. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. 6

JUSTEN FILHO, M. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, M. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v. Ano 4, n. 41, 2005.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023a.

JUSTEN FILHO, M. J. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. [s.l.] Thomson Reuters Brasil, 2023b.

JUSTEN FILHO, M. J. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. [s.l.] Thomson Reuters Brasil, 2023c.

KRELL, A. J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LAGO, L. Contrato Administrativo, modificação subjetiva e controle das incertezas nas atividades estatais: possibilidade e limites na mensuração dos riscos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, 2013.

LAJOYE, C. **DROIT DES MARCHÉS PUBLICS**. Paris: Gualino Lextenso, 2023.

LEITE, F. B. A LICITUDE DA CESSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E OPERAÇÕES SIMILARES E O MITO DO PERSONALISMO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. **Revista de Direito Administrativo**, p. 255-281, 2003.

LEONARDO, R. X. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, p. 133-145, 2005.

LIKER, J. K. **O modelo Toyota. 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

MACEDO, R. R. De. Direito da concorrência: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico. 29 maio 2008.

MARIANO, A. A. C. **Abuso de voto na recuperação judicial**. PhD Thesis—São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

MARKY, T. **Curso elementar de Direito romano**. [s.l.] Saraiva, 1992. v. 8

MARQUES NETO, F. De A. A Cessão de Contrato Administrativo entre Estado e Município como Alternativa para Evitar a Interrupção de Obras Públicas. **Boletim de Licitações e Contratos**, n. ano XIII, n 3, p. 146–147, 2000.

MARQUES NETO, F. De A.; LOUREIRO, C. De S. Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 23, 2016.

MARQUES NETO, F. P. De A. Contratos administrativos: a possibilidade jurídica da sua cessão de titularidade à luz do interesse público. **Direito Administrativo**, v. 4, 2013.

MARTINEZ, P. R. **O subcontrato**. Coimbra: Almedina, 2006.

MAYER, Otto. **Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge**, AöR, p. 42, 1888.

MATOS, Y. A. DE. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas**. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

MATTOS, P. (ED.). **Regulação econômica e democracia: O debate norte americano. O constitucionalismo pós o *The New Deal***. São Paulo: [s.n.].

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MEIRELLES, H. L. **Estudos e pareceres de direito Público**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

MEIRELLES, H. L. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998a.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998b.

MELLO, C. A. B. DE. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Público**, v. 2, 1967.

MEUCCI, L. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1892.

MONTEIRO, W. DE B.; MALUF, C. A. D. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAND-DEVILLER, J. As mutações do Direito Administrativo francês. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 12, n. 50, p. 51-65, 2012.

MOREIRA NETO, D. DE F. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, C. P. C. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOURA, A. M. M. DE. As comprar públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil. **Boletim regional, urbano e ambiental**, n. n.7, p. 23-33, 2013.

NASCIMENTO, S. **Cessão de Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NETO, M.; FIGUEIREDO, D. **Legitimidade e discricionaridade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionaridade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui. La Successione nel debito e la c. d. cessione del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1936.

NOVAK, W. J. *The Myth of the "Weak" American State*. *American Historical Review*. p. 752-772. 2008

OLIVEIRA, R. C.R. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

OLIVEIRA, F. C. DOS S. *Accountability*: O estudo de sua aplicação a partir da Constituição da República de 1988 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 281, n. 3, p. 143-177, 12 dez. 2022.

OLIVEIRA FILHO, R.; LOVO, L. M. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA CESSÃO DE CRÉDITO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA. **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, 2021.

OLIVEIRA, M. F. DE A. A disciplina das obrigações fungíveis no direito brasileiro: participação de terceiros e autotutela como instrumentos de efetivação do programa obrigacional. **INSPER**, 2016.

OLIVEIRA, R. C. R. **Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ORLANDO GOMES. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORLANDO, V. E. **II Sistema del Diritto Amministrativo, em Primo Trattato completo de Diritto Amministrativo**. Milano: Società Editrice Libreria, 1900.

PIMENTA, E. G. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 55-74, 2006.

PINTO, C. A. DA M. **Cessão da Posição Contratual**. São Paulo: Almedina, 2003.

POLETTO, G. A. **O seguro-garantia: eficiência e proteção para o desenvolvimento**. São Paulo: Roncarati, 2021.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 38

RAUEN, A. T. (ED.). **Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais**. Brasília: IPEA, 2022.

RICHER, L.; LICHÈRE, F. **DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS**. 12. ed. Paris: LGDJ, Lextenso, 2021.

ROBERTS, J. **The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

ROCHA, C. L. A. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. julho-setembro, p. 189-222, 1997.

ROCHA, F. G.; OLIVEIRA, G. V. De. Inexigibilidade de Licitação para Contratação de Artistas pelo Poder Público. **Revista Eixo**, v. 12, n. 1, p. 82-94, 29 mar. 2023.

ROMANHOL, W. M. **Inovação Jurídica, Sustentabilidade/ ESG & Compliance na Argentina e no Brasil / Artigo: Novas perspectivas de governança e compliance alidadas à nova Lei de Licitações e Contratos Públicos Brasileira**. Pg 125-134. Brasília: IDP, 2023.

ROSENVALD, N.; NETTO, F. B. **Código Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2020.

SALVATORE, P. **La cessione del contratto**. Milano: Dott. A. Giuffré, 1939.

SANTAMARIA PASTOR, J. A. **Princípios de derecho administrativo**. Madrid: Iustel, 2000.

SANTOS, R. C. A cessão da posição contratual entre entes públicos nos contratos administrativos - Google Search. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 7, n. 1, p. 152-174, 2020.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, J. A. da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIMÕES, M. E. Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal. **São Paulo: Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da USP**, 2011.

SOUSA, G. C. E. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 260, p. 183-201, 1 jan. 2012.

STIGLER, G. J. **The Theory of Price**. New York: 1952.

STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica e (m) crise. **Porto Alegre: Livraria do Advogado**, v. 2, 1999.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Cessão de contratos administrativos possibilidades e limites. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, p. 55-64, 2021.

SZKLAROWSKY, L. F. Subcontratação e cessão de Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 5, 1999.

TÁCITO, C. Evolução Histórica do Direito Administrativo. **Revista do Serviço Público**, v. 66, n. 3, p. 536-540, 17 mar. 1955.

TÁCITO, C. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 151–158, 2005.

TELES, I. G. **Cessão do contrato**. Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade, 1950.

UBAUD-BERGERON, M. **DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS**. 5ª ed. Paris: LexisNexis, 2024.

UYARRA, E.; FLANAGAN, K. *Understanding the Innovation Impacts of Public Procurement*. **European Planning Studies**, v. 18, n. 1, p. 123-143, jan. 2010.

VARELA, J. DE M. A. **Das obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, 1997.

VIANA, U. S. Inovações no processo civil brasileiro: objetivação, racionalização e redução dos custos de acesso à jurisdição civil. abr. 2011.

WARDE JÚNIOR, W. J. **Tratado de Direito Empresarial - Teoria Geral da Empresa**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2016.

YEUNG, L.; CAMELO, B. **Introdução à análise econômica do direito**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

ZANOBINI, G. **Corso de Diritto Amministrativo**. 6ª ed. [s.l.] Dott. A. Giuffrè, 1950. v. 1