

SUB-ROGAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ivan Barbosa Rigolin

(set/22)

I – Este é um tema interessantíssimo dentro do campo teórico dos contratos administrativos, mas raramente suscitado em estudos e, não sem motivo, raramente utilizado pela Administração.

Com efeito, à primeira mirada assusta um pouco a idéia de se repassar todo um contrato licitado do contratado que venceu a licitação para pessoa estranha ao certame. Se a licitação direciona o contrato para o licitante que melhor atenda o interesse do ente licitador – *personalizando* portanto a escolha -, então o questionamento: como admitir o trespasse do contrato para um estranho ao certame ?

E não se está falando de o contrato ser assumido pelo segundo colocado no certame por convite da Administração em caso de rescisão ou extinção do contrato com aquele vencedor – o que é usual -, mas se menciona a hipótese de, por qualquer motivo de necessidade, transferir-se o contrato a quem não tenha integrado o rol dos licitantes.

Não se trata, também, de *subcontratação*, que é a usual contratação por parte do contratado de alguém que execute parte do contrato que aquele contratado mantém com o poder público, hipótese essa muito frequentemente utilizada pelos órgãos públicos contratantes e por seus contratados. Vejamos.

II – A Lei nº 8.666/93 menciona subcontratação, cessão e transferência total ou parcial do contrato. São estes os seus dispositivos pertinentes:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, *poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. (...)*

Art. 78 Constituem motivos para a rescisão dos contratos: (...)

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*; (Destaques nossos)

A nova Lei nº 14.133/21 assim se refere à subcontratação:

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.

Em toda a Lei nº 14.133/21 *não existe nenhuma alusão a cessão, transferência ou sub-rogação* de contratos administrativos.

A subcontratação está mantida e mais condicionada do que na Lei nº 8.666/93, mas nenhuma menção a cessão, transferência ou sub-rogação consta do seu texto. Não existe nada equivalente ao inc. VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, que citava os institutos.

III – Cessão, transferência e sub-rogação são institutos de direito civil, comum, e nessa condição não foram nem mereciam ter sido disciplinados pela lei de licitações. Poderiam ter sido ao menos citados como possibilidades para os contratos públicos como o foram na Lei nº 8.666/93, porém nem isso o foram.

O legislador parece ter querido simplesmente excluir as hipóteses, que na verdade e na prática são sinônimas.

Não se vislumbra, com efeito, diferença entre um contrato cedido a outrem, ou transferido a outrem, ou sub-rogado em favor de outrem: nos três casos muda apenas o nome da operação, porque o

que se dá é a pura e simples substituição do contratado por outra pessoa, sem mais condicionamentos.

No direito civil, que é privado e atende a livre vontade das partes sem nenhuma condicionante, isso é possível, bastando as partes o quererem e combinarem entre si.

No direito público a história é bem outra. O direito administrativo, um ramo do direito público, contém seus institutos mais amarrados que uma múmia egípcia.

Sendo aqui as matérias de ordem pública e sujeitas ao princípio da igualdade de todos ante o direito de concorrer a celebrar negócios públicos, então as regras são estritas, fechadas, austeras, burocráticas – e em geral *paquidérmicas* na sua lentidão, amplamente desanimadoras na sua configuração geral e francamente desalentadoras a espíritos empreendedores, ágeis e velozes como o mundo atual é.

Não se pode imaginar maior *atraso de vida* que é alguém precisar submeter-se às regras de licitação, muito especialmente as desta nova Lei nº 14.133, de 2.021. O planeta anda para a frente, mas a legislação licitatória brasileira corre velozmente para trás, para o atraso, a obsolescência, o trabalho rebarbativo e anacrônico, a complicação pela complicação, o exagero das formas e a proliferação inigualável de inutilidades. Assim por exemplo é a Lei nº 14.133/21.

IV – Então, institutos simplíssimos como cessão, transferência e sub-rogação, que não são públicos mas privados e que não evidentemente poderiam se ombrear com os institutos contratuais publicísticos, entretanto poderiam perfeitamente estar ao menos admitidos, ainda que como excepcionais hipóteses a serem utilizadas em casos muito especiais que a lei poderia sumariamente indicar - mas não o estão.

Não se pode atribuir a sua exclusão a esquecimento ou desatenção da lei: se não foram consignados há-se de entender que não o foram intencionalmente, por vontade soberana do texto legal e a nada senão isso.

A nova lei, tão pródiga em artigos – sendo o art.6º talvez *o mais longo do direito em todo o mundo*, com 60 incisos e mais de 100 subunidades no total -, excluiu a menção aos três institutos civis que em verdade são uma e só coisa, privando com isso a Administração de se valer de um recurso que muita vez *salva a pátria*, e permite aproveitar um bom contrato com outro que não o contratado originário.

V – Algo precisa restar absolutamente claro e extirpado de dúvidas: não se está pretendendo substituir o instituto administrativista próprio que é a *subcontratação* por um quase equivalente civil, nunca.

O direito civil entra nas licitações muito subsidiariamente, adventiciamente e em caráter de *estepo* apenas quando as regras do direito público se demonstram insuficientes para dar boa solução a casos concretos.

Ou então quando a matéria simplesmente é toda civil, como por exemplo nos contratos em que a Administração é usuária de serviço essencial como fornecimento de energia elétrica ou de telefonia, casos esses em que nem que quisesse o poder público conseguiria celebrar contratos administrativos.

No mais, se essa criancinha impúbere - de apenas 250 anos que é o direito público ante o direito civil que conta mais de dois mil anos da forma conhecida, e que, como o diabo, é poderoso não por ser diabo mas por ser velho – não dispõe ainda de institutos suficientes para solver inúmeras questões em que a Administração se vê diuturnamente

envolvida, então apelará ao velho direito civil, que de um modo ou de outro dá solução a todos os impasses jurídicos na Terra.

Não precisavam, francamente, ter sido descartados os institutos da transferência, da cessão e da sub-rogação de contratos, todos civis e imensamente úteis como ocasionais veredas da salvação, pela nova lei de licitações brasileira.

Um exemplo da utilidade dos institutos civis é na hipótese de o contratado desaparecer (liquidação, extinção, soçobramento em alguns casos) e inexistir segundo colocado na licitação havida. Se o serviço que prestava é essencial e não pode ser suspenso, então – se o contratado ainda puder praticar atos jurídicos – a consensual cessão ou transferência do contrato a terceiro pode representar a solução desse, potencialmente terrível, impasse do poder público.

Outra hipótese: o contratado faliu, e o ente público não pode manter o contrato, sendo que na licitação não houve segundo colocado classificado. Calha então como luva a transferência, a sub-rogação ou a cessão do contrato, o que sempre pode ser procedido nas mesmas (digamos vantajosas) condições do contrato, e o que livra a Administração de um problema circunstancialmente pesadíssimo.

Em verdade apenas a sub-rogação é um formal instituto, previsto e regrado nos arts. 346 a 351 do Código Civil brasileiro. A cessão e a transferência podem existir – tanto é que a Lei nº 8.666/93 as contempla no citado art. 78, inc. V -, mas esses dois títulos são genéricos e ‘caseiros’, não constituindo propriamente institutos formalizados na legislação. Mas trocar um por outro, entre os três, é trocar seis por meia dúzia.

Por que, assim sendo, fechar as portas aos referidos institutos civis, que ocasionalmente – apenas ocasionalmente - se

revelam os mais propícios a resolver certos estados ou determinadas situações de *necessidade pública* ?

VI – Seja como for e a esta altura na nova lei, se ela não contempla – e nem neles resvala – os institutos os as regras civis da sub-rogação, da cessão e da transferência, parece forçado concluir que pela Lei nº 14.133/21 *não será admitida essa operação*, à falta de autorização legal. Com efeito, celebrar uma cessão de contrato sem indicar o fundamento dessa operação é algo difícil de engolir dentro da formalidade essencial do direito administrativo.

Não temos dúvida de que vez que outra o poder público, ainda que na ausência de previsão legal na Lei nº 14.133/21, se valerá daqueles institutos civis, quando não entrevir salvação publicística para uma situação desesperada, ou perto disso.

Causa bastante apreensão essa hipótese, uma vez que os institutos simplesmente desapareceram da nova legislação licitatória, e o princípio da legalidade, ou da reserva legal, parece claramente impedir a sua utilização.

E, ainda que não seja nem um pouco sedutora a ideia de autorizar aquela operação ⁽¹⁾, parece certo que em certos penosos momentos da administração, e ante impasses dificilmente solucionáveis de outro modo, sub-rogações, cessões e transferências de contratos serão efetivamente autorizadas e celebradas.

Uma vez razoável e convincentemente justificadas, essas transferências em que o contratado simplesmente repassa todo o seu papel no contrato para outra pessoa – e assim se desliga do pacto – a nosso ver não merecem reprimenda e reprovação pela fiscalização e

¹ Não é propriamente que não gostaríamos de ser a autoridade responsável pela operação. Apenas não gostaríamos de estar presentes quando isso acontecesse ...

pelos controles internos e externos, senão talvez recomendações e orientações com vista a prevenir novas necessidades semelhantes.

O direito existe para servir o homem e não o homem ao direito, como no episódio bíblico do bezerro de ouro forjado pelos hebreus cansados de esperar Moisés descer do monte Sinai.

Falhou a nova lei, ainda segundo pensamos, em excluir ao menos a cessão, eis que isso priva o ente público de grandes possibilidades ‘salvacionistas’.

Enquanto a lei for assim – e oxalá mude -, a criatividade administrativa, amparada por muito desejável ponderação fiscalizatória, deverão empenhar-se no atender do melhor modo o interesse público que muita vez periclita e padece de instrumentos aptos a solver esses impasses.