

A (IN)EXISTÊNCIA DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Rodolfo Breciani Penna¹

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. O contrato administrativo; 2.1 O contrato administrativo na Constituição Federal; 2.2 O contrato administrativo na legislação infraconstitucional; 3. O caráter personalíssimo na teoria geral dos contratos; 4. Contratos administrativos e a pessoalidade; 4.1 Como se formou uma teoria de natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos no Brasil; 4.2 Inexistência de caráter personalíssimo nos contratos administrativos; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar, teoricamente, se existe ou não uma natureza personalíssima nos contratos administrativo de forma genérica, em especial considerando as formas de participação de terceiros nas contratações públicas, sob a ótica da Constituição Federal, da Legislação infraconstitucional, da jurisprudência e da doutrina, sobretudo confrontando o modelo adotado pelo legislador com as afirmações de incompatibilidade com o princípio licitatório, com a impessoalidade e com a afirmação acadêmica tradicional acerca do caráter personalíssimo dos contratos administrativos. Nessa tarefa, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa e aplicada, fazemos primeiro uma análise do conceito de contrato administrativo, sustentamos a sua natureza contratual e estabelecemos premissas iniciais que guiarão o estudo. Em seguida, escrutinamos a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional acerca dessas contratações públicas. Doutra ponta,

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de Vila Velha, Espírito Santo, Brasil.

apresentamos a discussão acerca da natureza personalíssima dos contratos administrativos, rejeitando tal afirmação. Concluímos, dessarte, que, em regra, os contratos administrativos não são personalíssimos, apenas o sendo quando a natureza do contrato específico assim o exigir, de maneira que não há, de antemão, invalidade ou inconstitucionalidade nas formas de participação de terceiros nas contratações administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações públicas. Natureza personalíssima. Direito Administrativo.

1. INTRODUÇÃO

É comum nos depararmos com uma narrativa acadêmica no sentido de que as contratações públicas ostentam natureza personalíssima, isto é, *intuitu personae*, de maneira que a Administração Pública estaria vinculada à pessoa contratada e a contratação realizada em razão de suas características particulares, subjetivas ou psicológicas.

Essa premissa adotada por boa parte dos juristas que escrevem sobre contratações públicas provoca consequências jurídicas diversas na gestão dos contratos públicos, bem como leva à arguição de inconstitucionalidade – juntamente com outros fundamentos – de alguns institutos jurídicos previstos na legislação que autorizam a modificação subjetiva dos contratos e a sua execução total ou parcial por terceiros que não venceram a licitação e, muitas vezes, sequer participaram do certame.

No entanto, faz-se necessário analisar o que dispõe o ordenamento jurídico sobre o tema e qual a origem da referida narrativa acadêmica acerca da personalidade dos contratos públicos, bem como se ela se harmoniza com o contexto atual das contratações públicas.

Com isso, a partir dessa análise sistemática da ordem jurídica, combinada com os pilares normativo-axiológicos que alicerçam as contratações públicas, buscamos neste trabalho apresentar enfoque diverso acerca da narrativa que sustenta a natureza personalíssima das contratações públicas, sobretudo por meio da análise da participação de terceiros nessas contratações.

Partindo desses elementos introdutórios, no primeiro capítulo, apresentaremos as premissas jurídicas deste trabalho, conceituando contrato administrativo e apresentando o sentido com o qual usaremos esse termo. Buscaremos expor o tratamento dado a esses ajustes contratuais pela Constituição da República Federativa do Brasil e pela legislação infraconstitucional.

No segundo capítulo, passaremos a analisar como a teoria geral dos contratos trata a questão do caráter personalíssimo nos ajustes bilaterais. Em seguida, analisaremos a alegação de natureza personalíssima dos contratos administrativos, buscando o contexto histórico e jurídico da origem dessas alegações, o motivo da sua persistência no Brasil, as consequências que poderiam ser geradas caso adotada e analisando juridicamente a validade do argumento perante a ordem jurídica nacional.

Por fim, há o capítulo conclusivo, sintetizando os principais encontrados nesta pesquisa. Diante de todo o exposto, afastamos a natureza personalíssima como regra geral dos contratos administrativos.

2. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os contratos, sejam eles públicos ou privados, são acordos de vontade, isto é, são formados pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, sendo, por esse motivo, bilaterais.

Contrato administrativo é, nesse sentido, o acordo de vontades facultado pela lei², que tem necessariamente a presença da Administração Pública. Em sentido amplo, abrange figuras jurídicas diversas, submetidas a regimes jurídicos heterogêneos, o que impossibilita um trabalho de uniformização das normas aplicáveis e a definição de um regime jurídico.

Os acordos de vontade da administração englobam convênios públicos, contratos de gestão, termos de parceria, acordo de cooperação, termo de fomento, termo de colaboração, contrato de rateio, contrato de programa e contrato de consórcio público, todos esses com natureza

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 384.

convenial³. Justen Filho ainda acrescenta, nessa categoria, os “contratos substitutivos de atos unilaterais”, tais como o termo de ajustamento de conduta e o acordo de leniência⁴.

Além das avenças acima descritas, há os contratos administrativos em sentido estrito, que se diferem dos acordos de natureza convenial por apresentarem interesses contrapostos, que devem ser satisfeitos pela atuação das partes no cumprimento das cláusulas contratuais. Possuem por objetivo satisfazer diretamente uma necessidade do órgão ou da entidade contratante ou delegar o exercício de competências públicas a um particular.

É nesse sentido que empregaremos o termo “contrato administrativo” neste trabalho, isto é, em seu sentido estrito, que envolve os contratos celebrados com base nas Leis nº 8.666 de 1993 e na Lei nº 14.133 de 2021, bem como os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos em geral, previstos nas Leis nº 8.987 de 1995 e nº 9.074 de 1995, os contratos de parceria público-privadas, com previsão na Lei nº 11.079/2004 e os demais contratos administrativos de setores específicos, excluindo-se as avenças de natureza convenial e as substitutivas de atos unilaterais.

Há ainda uma terceira subespécie tradicionalmente apontada: os contratos de direito privado pactuados pela Administração Pública. Consistem naqueles regidos predominantemente pelo Direito Privado⁵.

3 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, convênios são espécies do gênero contratos em que os interesses das partes não são contrapostos, mas coincidentes. Nos contratos em sentido estrito, os interesses das partes são contrapostos e satisfeitos por meio da atuação recíproca delas. Já nos convênios e consórcios, os interesses e as finalidades são comuns às partes. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 703, ss. Entre as espécies citadas, o contrato de gestão, o termo de parceria, o acordo de cooperação e os termos de fomento e de colaboração são ajustes celebrados com entidades do chamado “terceiro setor”, que envolve os sujeitos privados sem fins lucrativos atuantes na execução de serviços públicos e de atividades privadas de relevância pública. Já contrato de consórcio público, o contrato de rateio, o contrato de programa e os convênios em geral são ajustes bilaterais celebrados entre órgãos ou entidades da própria Administração Pública.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *op. cit.*, p. 385, 396 ss.

5 Nesse sentido: MELLO, *op. cit.*, p. 649; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 262-265; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *op. cit.*, p. 493-495; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180. HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Juspodvm, 2022, p. 1244.

Os contratos privados da Administração Pública serão estudados em tópico próprio ainda neste capítulo.

Também não há que se confundir os contratos administrativos com a expressão “contratações administrativas”. Essa é uma expressão utilizada por Renato Geraldo Mendes para designar não apenas a formalização, execução e encerramento do contrato em si, mas de todo o processo de contratação pública, perpassando pela fase preparatória (ou interna) da licitação, pelo processo administrativo licitatório ou de contratação direta e pelo contrato administrativo. Segundo o autor, denominar todas essas fases de “licitação pública” é equivocado, porquanto essa é apenas uma fase – a menor e mais simples – dentro do processo de contratação pública⁶.

Todo esse processo de contratação pela Administração Pública também se denomina metaprocessos de contratação pública, consubstanciado no “rito integrado pelas fases de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato, e que serve como padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados”⁷.

No presente estudo, trataremos dos contratos administrativos em sentido estrito e dos contratos privados da Administração, todos esses aqui denominados *contratos administrativos*. Os termos “contratações administrativas” ou “contratações públicas” serão utilizados como gênero que abrange todas as fases do metaprocessos de contratação pela Administração. Também consideraremos, no nosso trabalho, os contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, com base na Lei nº 13.303/2016.

2.1. Os contratos administrativos na Constituição Federal

A Constituição Federal trata do tema “contratos administrativos” de forma não analítica e sem estabelecer o seu regime jurídico. Em suma,

6 MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 11-13.

7 Artigo 2º, inciso IV, da Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021 que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. BRASIL. *Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021*. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021b.

há apenas dispositivos fixando a competência legislativa e apresentando alguns poucos parâmetros para o legislador infraconstitucional.

A primeira disposição constitucional importante é o art. 22, inciso XXVII⁸, que estabelece a competência privativa da União para editar normas gerais de “licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI [...]”. O dispositivo não trata do regime jurídico nem estabelece qualquer requisito, diretriz ou característica desses contratos, mas tão somente determina a observância do art. 37, XXI.

A competência se limita a edição de normas gerais, cabendo aos demais entes federativos a edição de normas específicas para atender às peculiaridades locais, sobretudo em questões de mercado local, sustentabilidade, logística, etc. Porém, definir o que são essas “normas gerais” e “normas específicas”, por sua vez, sempre foi tarefa difícil que movimentou doutrina e jurisprudência. Em verdade, essas normas a serem editadas por entes subnacionais estão muito mais relacionadas à auto-determinação do papel que exercerão como contratantes, e não se relaciona exatamente com uma competência para legislar sobre contratos.

Outro problema é definir o que é uma regra acerca da licitação e o que se relaciona com a autonomia gerencial dos entes subnacionais, como, por exemplo, a gestão dos seus bens, a definição de atribuição dos seus servidores públicos, o gerenciamento da prestação da atividade administrativa interna, etc.

Se o constituinte pretendesse que a União legislasse sobre todos os aspectos de licitações e contratos, teria editado norma semelhante ao art. 22, I, que assegura competência privativa à União para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo,

8 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Cf.: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

aeronáutico, espacial e do trabalho⁹. A previsão de competência para legislar sobre normas gerais revela a opção por tutelar o pacto federativo e permitir que os entes federados subnacionais disponham sobre suas peculiaridades em contratações públicas, de maneira que a norma editada pela União que invada essa especificidade estará eivada de inconstitucionalidade por violação ao princípio federativo.

Nessa orientação, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar suspendendo, em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a eficácia da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, contida na letra b do inciso II do art. 17 e da alínea “c”, inciso I e § 1º, do mesmo artigo¹⁰, todos da Lei Federal nº 8.666/1993¹¹.

Por outro lado, a Corte Suprema julgou inconstitucional norma do Distrito Federal que impedia a contratação de pessoas inscritas nos órgãos de proteção ao crédito, argumentando que tal restrição consiste em disciplina submetida à norma geral, relacionada ao tema da

9 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. *Ibid.*

10 Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; [...] § 1o Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário. [...] II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: [...] b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública. BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 01º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

11 EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte. (ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039). Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

habilitação no processo licitatório e, portanto, de competência legislativa da União¹².

Justen Filho adverte que as regras acerca da organização, do funcionamento e das competências dos órgãos administrativos se inserem no campo da norma específica, incluindo nessa seara a gestão dos bens públicos (doação de bens, por exemplo), classe de objetos a serem contratados e peculiares circunstâncias de interesse local¹³.

Em outras oportunidades, a Corte Suprema julgou inconstitucional norma estadual que inseria a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação¹⁴ e, em sentido diverso, declarou a constitucionalidade de norma local que fixou preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública Regional¹⁵.

O art. 22, XXVII, da Carta Magna, conquanto estabeleça apenas norma de competência, sujeita o legislador às restrições do art. 37, XXI, Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Por sua vez, tal dispositivo dispõe o 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 obrigações¹⁶.

12 Cf.: ADI 3670, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00064 EMENT VOL-02276-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 94-104.

13 JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 409.

14 Cf.: ADI 3735, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017.

15 Cf.: ADI 3059, Relator(a): AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015.

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

Trata-se de previsão que determina a prévia realização de licitação pública para as contratações pela administração, admitindo-se a contratação direta nos casos previstos em lei. Em relação aos contratos, faz apenas duas exigências: (i) que as suas cláusulas estabeleçam obrigações de pagamento; (ii) que sejam mantidas as condições efetivas da proposta. Essas exigências devem ser obedecidas “nos termos da lei”.

Já no art. 175 da Lei Maior, é definido que:

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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão¹⁷.

O dispositivo define, antes de tudo, que concessão e permissão são contratos, algo que não era fixado em regra constitucional anterior. O inciso I do parágrafo único aponta a opção do constituinte por delegar ao legislador a atribuição para dispor acerca do regime jurídico dos contratos para a delegação de serviços públicos aos particulares, que devem ter “caráter especial”.

Além desses dispositivos, o art. 54, I, “a”, CRFB, veda que deputados e senadores firmem ou mantenham contratos com pessoa jurídica de direito público, empresa estatal e com concessionários de serviços públicos, desde a sua diplomação, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes. E, desde a posse, não poderão ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada (art. 54, II, “a”, CRFB).

O artigo 71 da Carta Magna estabelece o controle realizado pelo Tribunal de Contas e pelo Congresso Nacional sobre os contratos

¹⁷ *Ibid.*

administrativos. De acordo com o art. 71, X, Constituição Federal (CF), o Tribunal de Contas da União (TCU) possui competência para sustar diretamente a execução de ato administrativo impugnado, apenas devendo comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. A expressão “se não atendido”, no entanto, impõe que, antes da sustação, o TCU estabeleça prazo para a Administração sanar a irregularidade. Apenas se não atendido, poderá sustar o ato. Já quanto aos contratos administrativos, quando houver irregularidade, apenas o Congresso Nacional poderá realizar a sustação (art. 71, § 1º), devendo solicitar de imediato ao Poder Executivo que tome as medidas cabíveis. Todavia, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não tomarem as medidas cabíveis em 90 (noventa) dias, o TCU adquirirá competência para decidir a respeito da sustação (art. 71, § 2º).

As disposições citadas não são aleatórias. Sistemáticamente, apresentam um padrão definido pelo constituinte no sentido de que a Constituição Federal não se preocupa com as minúcias do regime jurídico das contratações públicas. Em verdade, optou por deixar essa regulamentação para o legislador infraconstitucional que, ponderando os princípios constitucionais, deve estabelecer o complexo de normas que regem a atividade da Administração Pública.

Essa delegação ao legislador não é uma “carta em branco”, de maneira que devem ser observados todos os princípios e diretrizes constitucionais, bem como as restrições impostas pela Lei Maior.

O caso é que, como demonstrado, o constituinte impôs apenas duas regras aos contratos administrativos: previsão de cláusulas com as obrigações de pagamento e a manutenção das condições efetivas da proposta. Observadas essas restrições e os princípios da Administração Pública, o legislador está incumbido de definir o regime jurídico das contratações administrativas.

Em relação aos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, o artigo 175 da Carta Magna ainda prevê que possuem natureza “especial”, a ser observada pelo legislador, bem como exige que a lei disponha sobre a “obrigação de se manter serviço adequado”, exigências específicas dessa espécie.

É possível constatar, de tudo o que se verifica a disciplina constitucional sobre contratos administrativos, que o constituinte preferiu não regulamentar, na Lei Maior, o contrato administrativo. Apenas estabeleceu alguns poucos requisitos e encarregou o legislador de regulamentar esses negócios, atribuindo-lhe ampla liberdade quanto ao conteúdo dessa normatização.

2.2. Os contratos administrativos na legislação infraconstitucional

Obedecendo às determinações constitucionais supramencionadas, a União editou a Lei nº 8.666 de 1993 como norma geral sobre licitações e contratos, vinculando a própria União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Em seguida, foram editadas a Lei nº 8.987 de 1995 e a Lei nº 11.079 de 2004, dispendo acerca das concessões e permissões de serviços públicos e sobre as parcerias público-privadas (concessões especiais de serviços públicos), respectivamente.

A Lei nº 12.462 de 2011 tratou do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aplicando-se apenas a situações específicas previstas no referido diploma normativo.

Por fim, em 2021, foi editada a Lei nº 14.133, que tem por objetivo substituir as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, se tornando a norma geral de licitações e contratos.

Além disso, existem normas de contratações em setores específicos, como a Lei nº 12.232 de 2010, que trata das contratações de serviços de publicidade e propaganda, a Lei nº 9.472 de 1997, que trata dos contratos de delegação de serviços de telecomunicações, entre outras.

Em comum, essas leis estabelecem diversos instrumentos jurídicos de participação de terceiros que não venceram a licitação e sequer exige que tenham participado do processo licitatório. Essas permissões legislativas quanto à participação de terceiros serão analisadas no próximo tópico e, juntamente com outras disposições normativas, apresentam a opção do legislador por não exigir caráter personalíssimo nos contratos administrativos, ao menos não como regra geral. O próximo tópico examinará a validade dessa opção em face das normas constitucionais já apontadas acima.

3. O CARÁTER PERSONALÍSSIMO NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Na teoria geral dos contratos, conceitua-se contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Sendo conceito derivado de negócio jurídico, possui todas as características deste.

Contemporaneamente, houve algumas alterações na noção de contrato. A descrença no equilíbrio entre os contratantes – o que se vê claramente em relações trabalhistas e de consumo, por exemplo –, a interferência estatal na vida econômica, limitando a liberdade de contratar e reduzindo a autonomia privada, e a acentuação do fenômeno da despersonalização alteraram a concepção tradicional do instituto¹⁸.

Desses fenômenos recentes, destaca-se a despersonalização contratual. Essa concepção decorre da massificação de certas relações jurídicas, da análise econômica do direito¹⁹ – que passa a considerar as consequências positivas de se admitir o cumprimento de obrigações por terceiros que não faziam parte da composição original do negócio – e a própria prática das contratações que, na maioria dos negócios jurídicos, demonstraram que as características pessoais dos contratantes são irrelevantes para a consecução do objetivo final.

Nesse sentido, importante ressaltar a classificação existente na teoria geral dos contratos que distingue contratos pessoais ou *intuitu personae* e contratos impessoais. No primeiro, a pessoa concreta do contratante, com suas características pessoais, habilidades ou qualidades morais, tem influência decisiva no consentimento da outra parte, enquanto, para o segundo, tal fator é irrelevante²⁰.

Nos contratos *intuitu personae*, a consideração da pessoa contratada é, para o outro, fator determinante para a sua celebração, isto é, se fosse outra a pessoa que se apresentasse para a celebração do negócio

18 GOMES, Orlando. *Contratos*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3-8.

19 Na análise econômica do direito (AED), a economia é utilizada – ou ao menos considerada – para resolver problemas legais e jurídicos. Assim, nas soluções jurídicas adotadas, deve-se levar em consideração as consequências econômicas que serão geradas. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, p. 38.

20 Nesse sentido: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de Direito Civil*. Vol. III: *Contratos*. São Paulo: RT, 2000, p. 70. GOMES, *op. cit.*, p. 83.

jurídico, este seria rejeitado. Nesses casos, as obrigações pactuadas devem ser cumpridas exclusivamente pelo contratado, sob pena de inadimplemento contratual. Dessa maneira, a pessoa do contratante é elemento causal do contrato e geralmente originam uma obrigação de fazer cujo objeto é um serviço infungível, ou seja, que não pode ser executado por outra pessoa²¹.

Segundo Farias e Rosenvald, “grande importância se auferir aos contratos personalíssimos quando o seu objeto compreende obrigações de fazer”. Isso porque, quando se trata de obrigação de dar, essa pode ser invariavelmente cumprida por terceiros, mediante pagamento (art. 304, Código Civil - CC). Já nos casos de obrigações de fazer, é possível que o comportamento buscado pelo credor somente possa ser desempenhado por uma única pessoa²².

As obrigações personalíssimas são infungíveis, ou seja, somente podem ser prestadas pelo devedor, não podendo ser transmitidas a terceiros.

O contrato pode ser personalíssimo por sua própria natureza, quando entra o fator subjetivo da confiança ou a habilidade característica da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer, como nos contratos de mandato, de fiança e de sociedade. Por outro lado, podem ser acidentalmente personalíssimos quando, embora seja indiferente a pessoa de um dos contratantes, certas circunstâncias levam as partes a transformá-lo em *intuitu personae* de modo consensual²³.

Cita-se como exemplo de contratos naturalmente personalíssimos aqueles para a realização de um show de música por um grande artista e uma cirurgia por médico de renome. Já as obrigações acidentalmente personalíssimas podem ser exemplificadas pela outorga de procuração a advogado, vedando substabelecimento²⁴.

21 GOMES, *op. cit.*, p. 83.

22 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4: Contratos. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 373.

23 GOMES, *op. cit.*, p. 83.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4: Contratos. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

É nesse sentido que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 247, estabelece que “Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta (personalíssima por vontade das partes), ou só por ele exequível (personalíssima por natureza)”.

Não obstante, mesmo nas obrigações de fazer, a regra geral do Código Civil é a impessoalidade, ou seja, não havendo convenção em sentido contrário ou quando a natureza da obrigação não impuser o caráter *intuitu personae* à obrigação, o contrato será fungível. De acordo com Farias e Rosenvald, o Código Civil de 2002 conferiu o caráter de regra geral às obrigações fungíveis ao não reproduzir o polêmico artigo 878 do Código Civil de 1916, que possuía a seguinte redação: “Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente”²⁵.

Assim, são fungíveis as obrigações que podem ser cumpridas por pessoa diversa do devedor original sem prejuízo ao credor e essa é a regra geral do sistema para as obrigações de fazer e a regra absoluta para as obrigações de dar. O credor, nesse caso, não está interessado em características pessoais peculiares do devedor, mas apenas no cumprimento total e correto da obrigação pactuada, seja quem for o responsável por cumpri-la.

Por esse motivo o Código Civil prevê que “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível” (art. 249)²⁶.

A distinção entre contratos personalíssimos e contratos impessoais é importante para definir as consequências práticas e jurídicas decorrentes da natureza do negócio.

Nos contratos pessoais, as obrigações não podem ser cumpridas por outra pessoa, senão pela parte contratada, sendo, portanto, intransmissível. Dessa maneira, não cabe a cessão da posição contratual. Além disso, a morte do devedor é causa extintiva do contrato, que não pode ser

25 *Idem*; GOMES, *op. cit.*, p. 83.

26 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

cumprido por seus sucessores²⁷. Por último, os contratos personalíssimos são anuláveis se houver erro essencial quanto à pessoa do contratado²⁸.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A PESSOALIDADE

4.1. Como se formou uma teoria de natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos no Brasil

Diversos autores do Direito Administrativo afirmam ou afirmaram que o contrato administrativo é um negócio personalíssimo, porquanto deve ser executado pelo particular contratado que venceu a licitação²⁹, somente sendo aceita a subcontratação parcial com a expressa anuência do poder contratante, vedada 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 (art. 77, VI, Lei nº 8.666/1993 – disposições sem correspondente na Lei nº 14.133/2021)³⁰.

De tanto se repetir tal afirmação, parece que a natureza personalíssima dos contratos administrativos se tornou arraigada no “pensamento” jurídico de diversos juristas brasileiros, se tornando um verdadeiro “dogma religioso” para alguns e repetido sem qualquer análise crítica.

Esse entendimento, reiteradamente propagado e defendido no Brasil, não apresenta contornos simplesmente teóricos. Assumir que todos os contratos administrativos são celebrados com natureza *intuitu personae* leva ao questionamento de diversos institutos existentes, sobretudo aqueles relacionados com a participação de terceiros na execução do

27 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 3, p. 45.

28 DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 38. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 118.

29 Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 769, muito embora não o afirme expressamente. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 314. HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 1253. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 717. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 187. CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 134.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 276-277.

contrato ou a sua total execução por terceiros que não foram vencedores da licitação nem contratados originariamente.

Esse questionamento, por consequência, gera insegurança jurídica. Uma empresa que celebra contrato com a Administração, muito embora a lei assegure a possibilidade de contratação com terceiros, a transferência da concessão, a terceirização de serviços e os direitos de entrada dos financiadores e garantidores (*step-in rights*), sempre terá uma dúvida quanto ao entendimento que será dado a esses institutos, sobretudo porque renomados autores os questionam, sob a alegação de inconstitucionalidade, por violação de uma suposta natureza personalíssima desses contratos.

Essa insegurança jurídica não é uma suposição. De fato, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, propôs, no ano de 2003, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em face do artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, que prevê o instituto da transferência da concessão de serviços públicos. A ação foi autuada sob o número ADI 2946 e julgada definitivamente apenas no ano de 2022, quase 20 (vinte) anos depois.

Também é possível perceber, na produção acadêmica, publicações defendendo a inconstitucionalidade de outras formas de participação de terceiros nos contratos administrativos sem licitação, como a subcontratação³¹.

Nesse cenário, vários autores renomados publicaram artigos alegando a inconstitucionalidade da transferência da concessão de serviços públicos, dentre eles, destaca-se artigo publicado na *Folha de S.Paulo* e assinado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins, Weida Zancaner Bandeira de Mello, Carolina Zancaner Zockun, Pedro Estevam Serrano, Irene Nohara e Maurício Zockun, conclamando “que o Supremo honre o papel de guardião da Carta e não se submeta a interesses do poder econômico”. Os únicos argumentos do referido artigo são a suposta “submissão ao poder

31 Ver, exemplificativamente, artigo publicado na Revista Digital de Direito Administrativo da USP, defendendo a inconstitucionalidade da subcontratação sem licitação: VALENTE, Larissa Peixoto; SOUZA, Clara Santos. Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 179-201, 2019.

econômico” caso se adote raciocínio em contrário e a violação do artigo 175 da Constituição, que exige prévia licitação para as concessões e permissões de serviços públicos³².

Em seu Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que

Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na constituição.

Sem embargo, a Lei 8.,987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração. De acordo com este preceptivo, apenas se faltar tal aquiescência preliminar é que se caracteriza hipótese de prematura extinção da concessão por comportamento faltoso do concessionário, ou seja, o que se denomina caducidade³³.

Repare que o autor não menciona expressamente uma característica personalíssima desses contratos, mas afirma que o vencedor da licitação é quem deve executar o contrato de concessão de serviço público, não podendo, em absoluto, repassá-lo a outrem. O renomado autor, dessarte, extrai a natureza *intuitu personae* da exigência de licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro abre um tópico no capítulo “contratos administrativos” em sua obra para tratar na natureza *intuitu personae* desses ajustes. A primeira frase é a afirmação de que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja,

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Transferência de concessão é inconstitucional. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2021.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p 769-770.

em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação”, e apresenta os argumentos da vedação à subcontratação sem previsão expressa no edital e no contrato e a vedação à fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução contratual³⁴.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que a natureza personalíssima dos contratos administrativos decorre da “confiança recíproca”, haja vista que “o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração”, citando ainda a excepcionalidade da subcontratação³⁵.

O Tribunal de Contas da União também já se manifestou nesse mesmo sentido:

[...] a alteração subjetiva dos contratos administrativos representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal³⁶.

Os autores dizem pouco sobre a suposta natureza personalíssima dos contratos administrativos. O assunto não é desenvolvido. Parece uma afirmação dogmática, repetida sem necessidade de demonstração.

É possível resumir a oposição que se levantou em face das formas de participação de terceiros na execução de contrato administrativo em algumas premissas: de um lado, a alegada natureza personalíssima desses contratos. Considerando que a licitação seleciona, em um processo isonômico, um particular para celebrar o contrato com a Administração, este seria o responsável por toda a sua execução.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 276.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 176.

36 TCU. Acórdão nº 368/2004 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Sessão de 08.09.2004. DOU, 16 set. 2004. Destaque-se, contudo, que este entendimento foi posteriormente alterado pela Corte de Contas. Vide: TCU. Acórdão nº 634/2007 – Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. DOU, 23 abr. 2007.

No Direito brasileiro, Arnaldo Wald e colaboradores, em *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, para defender a pessoalidade dos contratos administrativos, citam o autor francês André de Laubardere, especificamente trecho de sua obra *Traité des contrats administratifs*, afirmando que é princípio geral dos contratos administrativos que eles sejam executados pessoalmente pelos contratados e o fundamento principal desse preceito é a noção de *intuitu personae*. Porém, o autor francês apresenta essa afirmação de acordo com o contexto do seu país e de seu tempo. Por isso afirma que essa característica decorreria da noção de que o contratado foi escolhido pela Administração em razão de suas qualidades e capacidades pessoais, mesmo nos casos em que o contrato foi precedido de licitação, pois, naquele contexto, a Administração poderia recusar a adjudicação³⁷.

Nesse ponto, percebe-se o grave problema de se importar uma teoria estrangeira sem realizar qualquer verificação de compatibilidade e adaptabilidade com a ordem jurídica nacional nem com a realidade das contratações administrativas brasileiras. Primeiro, como será verificado adiante, o contrato administrativo no Brasil não tem por essencial as “qualidades e capacidades pessoais” do contratado. Essas qualidades são verificadas por meio da habilitação como forma de garantir que o contrato seja executado corretamente, mas a escolha do contratado não é feita com base em aspectos subjetivos do parceiro privado, mas pela proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso. O preenchimento de critérios de habilitação objetivos, que demonstrem a capacidade de cumprimento do futuro contrato, podem ser preenchidos por diversos interessados indistintamente.

Em verdade, as contratações brasileiras não podem levar em consideração as características e qualidades pessoais do agente. A contratação, seja ela feita de forma direta, seja por meio de licitação, deve ser realizada de acordo com a impessoalidade, isto é, ignorando-se características pessoais, mediante critérios objetivos e previamente definidos. Em outras palavras, em geral os contratos podem ser executados por diversos particulares. Essa, inclusive, é a premissa da licitação: o objeto

37 WALD, Arnaldo. MORAES, Luiz Rangel de. WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

licitado pode ser executado por diversas pessoas e, por isso, é estabelecida uma competição entre elas.

A existência de prévia licitação, sobretudo quando o critério do julgamento é o preço (tarifa, valor de outorga, menor preço, maior desconto, etc.), em vez de conduzir ao caráter personalíssimo, remete ao sentido oposto, isto é, à impessoalidade, pois, qualquer um que preencha os requisitos de habilitação objetivamente definidos e vença a licitação poderá executar o contrato.

Se a melhor solução foi obtida por meio da seleção da melhor proposta e essa proposta puder ser plenamente executada nos exatos termos em que apresentada, a despeito das características pessoais e subjetivas do contratado, não há qualquer óbice à modificação subjetiva do contrato, independentemente da realização de nova licitação, tendo em vista que a finalidade do certame foi plenamente atingida.

Outro ponto a destacar é que o autor comentava legislação que admitia a recusa de adjudicação pela Administração (e por vezes não impunha a licitação, sendo a escolha realmente feita em função de características personalíssimas, por assim dizer), o que não possui correspondência no Direito brasileiro atual. Verificada a validade da licitação e, não sendo o caso de revogação – o que somente será possível em virtude de fatos supervenientes e devidamente justificados, a Administração deverá adjudicar o objeto ao licitante vencedor³⁸.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também afirmava a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Segundo o autor, não seria possível ao concessionário transferir nem a empresa nem o direito de exploração do serviço público, bem como, seria vedado revender mesmo uma parte do aparelhamento, “sem que para qualquer desses atos obtenha a aquiescência do concedente”³⁹.

38 Importa destacar que a adjudicação do objeto ao vencedor não é a celebração do contrato, trata-se do ato formal em que a administração pública atribui o objeto da licitação ao licitante detentor da melhor proposta. Com este ato, a Administração declara que, quando for contratar aquele objeto licitado, o fará com o adjudicatário.

39 MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, p. 1-18, 1951.

Para que não haja qualquer desvirtuamento dos argumentos do autor, vejamos o que ele escreveu, *ipsis litteris*:

Atendendo a que as empresas concessionárias de serviços públicos os executam por delegação e que a concessão é dada ‘intuitu personae’, precisam ser conhecidos do concedente os tomadores dos seus títulos, sejam de obrigação, sejam de ação, pois assim melhor poderá ele exercer o seu poder de polícia de gestão do serviço. Daí a conclusão a que se deve chegar: a **emissão de títulos cumpre ser exclusivamente nominal**; e as empresas de capital estrangeiro, que pretendem explorar serviço público, convém recebam nova organização no país. Na verdade, o que se impõe é a personalização e a nacionalização das empresas, a fim de se atingirem, realmente, os objetivos visados, de completa fiscalização dos serviços concedidos⁴⁰.

Repare que o autor fala em concessão de “título”. De fato, o seu pensamento está totalmente de acordo com o contexto em que lecionou. Os textos citados foram escritos em 1951 e, portanto, antes da Constituição Federal de 1988 e de toda a legislação atual acerca dos contratos administrativos. Boa parte das concessões nesse período era expedida por ato administrativo (decreto) e não por contrato. Em trecho anterior do mesmo artigo, constata-se que a dinâmica das contratações feitas pelo poder público era completamente diferente das atuais:

[...] Nada impede prévios entendimentos da Administração com alguma empresa sobre a prestação do serviço, desde que a concorrência seja levada a efeito. [...]

A outorga da concessão é **ato discricionário** do concedente, por conseguinte, não lhe cabe obrigação de reconhecê-la a determinado indivíduo, sendo-lhe **lícito apreciar, segundo as circunstâncias e conveniências, a quem deferi-la**. Assim, salvo disposição em contrário, é **permitido ao concedente, tendo em vista razões de oportunidade administrativa, recusar a concessão a qualquer dos concorrentes ou outorgá-la àquele julgado apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores**, ante o valor das propostas apresentadas, dentro dos limites legais prescritos, que regem os princípios da concorrência⁴¹.

40 *Ibid.* Grifo nosso.

41 MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, p. 1-18, 1951. Grifo nosso.

Ao mesmo tempo em que o autor menciona a concorrência, admite prévios entendimentos entre a Administração e empresa potencial contratada, admite apreciação, segundo a discricionariedade, da pessoa que receberá a concessão, a recusa da concessão a qualquer dos concorrentes e a “outorga” do serviço público para aquele que julgar apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores.

O modelo de contratação que o autor usa de referência para o desenvolvimento do seu raciocínio jurídico é muito diferente do modelo atual. Assim, transportar o seu pensamento para a atualidade sem qualquer análise crítica acerca da sua aplicabilidade não é a postura correta a se adotar. Em verdade, atualmente, a regra é que as qualidades pessoais dos competidores são avaliadas objetivamente, como condição de participação da licitação, em caráter impessoal, e não como critério de escolha do concessionário. Depois, para transferir a contratação a terceiro, esses aspectos também devem ser objetivamente aferidos, observando-se o princípio da impessoalidade. Também não se admite a rejeição de um competidor, com a outorga do contrato a outro, segundo a conveniência da administração.

Muito embora em um contexto completamente diferente, autores da atualidade seguem reverberando o argumento do saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sem maiores reflexões diante da lei e da prática atual. Em verdade, o argumento da natureza personalíssima dos contratos administrativos é reproduzido sem maiores considerações. Os autores contemporâneos que a defendem pouco ou nada justificam acerca da alegação de que os contratos administrativos possuem natureza *intuitu personae*.

A importância da matéria é clara. Toda essa discussão, que levou à propositura pelo MPF de uma ADI contra dispositivo vigente há vários anos, ao voto inicial do ministro relator do STF pela sua inconstitucionalidade, decorre de um entendimento que não se coaduna com a ordem jurídica atual do nosso país.

4.2. Inexistência de caráter personalíssimo nos contratos administrativos

Consoante ao exposto, os contratos em geral apenas são personalíssimos por sua própria natureza, quando somente podem ser executados

por uma determinada pessoa em razão da confiança ou de sua habilidade particular, ou o são por circunstâncias que levam as partes a transformá-lo em *intuitu personae*.

Os contratos administrativos são contratos, sujeitos à disciplina de direito público e, supletivamente, à teoria geral dos contratos.

No entanto, aderir à concepção de que há uma natureza *intuitu personae* no contrato administrativo é admitir que as qualidades pessoais e subjetivas da pessoa do particular vencedor da licitação são fundamentais para a execução correta do contrato, sem as quais o negócio não poderia ser concluído, de maneira que a sua modificação subjetiva seria incompatível com a sua própria natureza. Não é verdade.

Justen Filho esclarece que essa formulação tradicional da doutrina é uma “transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente na contratação administrativa brasileira”. De acordo com o autor, na França do século XX, as contratações públicas poderiam ou não ser precedidas de licitação. A realização do certame licitatório era uma escolha discricionária da Administração Pública, pois não havia previsão legal sobre o tema. O personalismo era, então, defendido na doutrina francesa justamente pela ausência de licitação, pois a escolha discricionária do contratado tornava a identidade e as características subjetivas do escolhido fundamentais para a Administração. O negócio consubstanciava uma relação subjetiva de confiança entre o particular eleito e o órgão contratante e, por isso, era impossível a modificação subjetiva do pacto: “A alteração do particular correspondia a uma espécie de destruição dos motivos determinantes da contratação”⁴².

Mesmo na França, esse modelo foi alterado pelas diversas normas do direito comunitário europeu e do próprio país, passando-se a exigir a licitação nas contratações administrativas. Além disso, o modelo licitatório francês é diferente do brasileiro, haja vista que a modelagem do certame naquele país não elimina uma razoável margem de avaliação

42 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

subjetiva para a escolha da proposta vencedora. Outrossim, com a redução da margem de utilização de critérios subjetivos nas contratações públicas, o próprio direito francês “passou a admitir a transferência da posição contratual para terceiros, sem maiores dificuldades”, exceto nos casos em que os contratos sejam efetivamente personalíssimos⁴³.

Considerando todas as diferenças do direito francês para o direito brasileiro, não se pode realizar a transposição automática da teoria dos contratos administrativos francesa para o Brasil, ainda mais após se verificar que, mesmo naquele país, essa teoria já sofreu substancial alteração.

A teoria dos contratos administrativos no Brasil deve ser elaborada de acordo com as características adotadas pelo ordenamento jurídico nacional, bem como pelas características peculiares da contratação pública brasileira.

Nessa linha, Justen Filho elucida a questão ao afirmar que não há como estabelecer uma regra previamente definida quanto à pessoalidade ou não dos contratos administrativos. Eles podem ser personalíssimos ou não, a depender se a identidade do outro contratante é essencial ou não para a satisfação dos interesses coletivos concretizados no pacto. Nessa linha, sustenta que nos negócios “não personalíssimos” são admitidas a cessão e a subcontratação. A identidade do particular contratado, com suas características peculiares, é irrelevante. Apenas se exige o preenchimento de requisitos subjetivos, que devem ser objetivamente auferidos. A licitação deve selecionar um particular para ser contratado, independentemente de uma preferência subjetiva dos agentes públicos⁴⁴.

Acresce-se a isso o fato de que não se pode estabelecer um regime jurídico único a todos os contratos administrativos, isto é, não se pode tratar todos esses pactos de modo uniforme, afirmado a natureza personalíssima de todos eles. “A multiplicidade de módulos contratuais celebrados pela Administração Pública [...] impede a incidência de um regime jurídico uniforme a esses ajustes⁴⁵”.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*, p. 406-407.

45 FREITAS, Rafael Veras. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano v. 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

Nesse ponto, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma existir no Brasil uma verdadeira “maldição do regime jurídico único” que também recai sobre os contratos administrativos, muito embora exista uma grande quantidade de tipos contratuais que a Administração pode participar⁴⁶.

De fato, não existe fundamento constitucional para sustentar uma uniformidade do regime jurídico dos contratos administrativos⁴⁷. A Constituição Federal atribuiu ao legislador a competência para regulamentar o tema com ampla liberdade, uma vez que, conforme já exposto anteriormente, não houve o estabelecimento de maiores condições no texto da Lei Maior. Não existe previsão análoga ao artigo 39 da Carta Magna, que determina o estabelecimento de um regime jurídico único aos servidores públicos em cada Ente Federativo. Também existe mais de uma previsão acerca da atribuição normativa sobre contratos: existe a previsão geral (art. 22, XXVII), a previsão relativa aos contratos especiais de concessão e permissão de serviços públicos (art. 175, parágrafo único), entre outras.

É compreensível que grandes autores brasileiros que viveram no passado, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, defendam o caráter personalíssimo dos contratos administrativos, em especial nos casos de concessão de serviços públicos. Muitas dessas concessões eram outorgadas nominalmente por decreto, considerando as características pessoais dos concessionários. Veja-se, por exemplo, uma das famosas concessões outorgadas em favor do Barão de Mauá: o Decreto nº 3622 - de 28 de fevereiro de 1866 estabelecia:

Concede ao Barão de Mauá e João Ribeiro dos Santos Camargo privilégio exclusivo pelo tempo de 90 anos, para a construção de uma estrada de ferro, a partir da freguezia da Escada no municipio de Mogy das Cruzes até a estação do Rio Grande na estrada de ferro de Santos a Jundiahy, na Provincia de S. Paulo⁴⁸.

46 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

47 Nesse sentido, SUNDFELD Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, n. 41, p. 57-72, 2013.

48 Decreto nº 3622 de 28/02/1866/PE - Poder Executivo Federal (D.O.U. 31/12/1866).

O Decreto em questão estabelece que a concessão era um verdadeiro “privilégio exclusivo”, concedido em razão das qualidades pessoais e específicas do outorgado. É o que se extrai da cláusula primeira do ato imperial: “1^a O Governo Imperial concede a companhia que fôr organizada pelo Barão de Mauá e João Ribeiro dos Santos Camargo privilegio exclusivo pelo tempo de noventa annos para construcção e gozo de uma estrada de ferro [...]”⁴⁹.

Mesmo nos tempos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o autor admitia, em publicação de 1951, prévios entendimentos entre a Administração e empresa potencial contratada, admite apreciação, segundo a discricionariedade, da pessoa que receberá a concessão, a recusa da concessão a qualquer dos concorrentes e a “outorga” do serviço público para aquele que julgar apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores⁵⁰.

Porém, o contexto atual é completamente diferente. Como regra geral, o contrato administrativo não possui caráter *intuitu personae*. Somente será personalíssimo nos casos existentes na teoria geral dos contratos, isto é, quando essa característica for exigida pela própria natureza do negócio ou por decisão das partes. No segundo caso, como a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade, não pode livremente decidir que um contrato será personalíssimo. Para tanto, será necessária autorização em lei, até porque, conforme já demonstrado, a pessoalidade é incompatível com a função pública, que é regida, em verdade, pela impessoalidade.

Os casos mais evidentes de contratos administrativos personalíssimos são verificados quando a natureza da contratação assim o exige, por exemplo, na contratação de profissional do setor artístico, de advogado em decorrência de sua notória especialização e da confiança nele depositada e de arquiteto com notória especialização e de renome no mercado. Nesses casos, o objeto do contrato deverá ser concluído pelo contratado, sendo inadmissível a sua modificação subjetiva por subcontratação, cessão ou transferência contratual.

49 *Ibid.*

50 MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. op. cit.*

No que diz respeito à indicação de profissional para fins de qualificação técnico-profissional, na forma do art. 67, incisos I e III, da Lei nº 14.133/2021⁵¹, que obrigatoriamente deverá participar da obra ou serviço objeto da licitação, não se verifica a pessoalidade da contratação, até porque o que se exige não é a participação do contratado, mas do profissional indicado pelo contratado. Trata-se de requisito de habilitação, podendo o profissional ser substituído por pessoa de experiência equivalente ou superior, desde que aprovado pela Administração (art. 67, § 6º, Lei nº 14.133/2021)⁵².

A alegação traduzida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro de que os contratos administrativos possuem natureza *intuitu personae* porque “são firmados em razão das condições pessoais do contratado, apuradas no momento da licitação” não prospera. O que se analisa não são “condições pessoais” ou subjetivas, mas, sim, condições objetivas de habilitação que demonstrem a capacidade para plena execução do contrato, as quais podem ser preenchidas indistintamente por quaisquer interessados que possuam essas qualificações, independentemente de suas características particulares.

Os requisitos de habilitação são atributos e pressupostos necessários para que o contrato seja executado de forma correta e devem ser auferidos de forma objetiva. Não se trata de critério de pessoalidade nem se prestam a examinar características subjetivas ou psicológicas peculiares dos licitantes. Sendo assim, não há qualquer óbice para a cessão contratual ou transferência da concessão, bastando que o cessionário ou

51 Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; [...] III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

52 Art. 67 [...] § 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do caput deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração. Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

a empresa que assuma a concessão comprove que preenche os mesmos requisitos. No caso da indicação do profissional, pode ser contratando o mesmo indicado pela contratada original ou contratando outro de experiência equivalente ou superior que seja aprovado pela Administração. Aliás, essa é a exigência do art. 27, § 1º, I, da Lei nº 8.987/1995⁵³ ao tratar da transferência da concessão.

Por outro lado, verifica-se, em análise sistemática da ordem jurídica, que a opção do legislador infraconstitucional, no exercício da competência a si atribuída pela Constituição, foi pela ausência, em regra, de pessoalidade nos contratos administrativos. Isso se verifica quando analisamos todos os instrumentos de atuação de terceiros nesses contratos, bem como da análise sistemática da legislação sobre o tema.

Por exemplo, observe-se o caso do sistema de registro de preços⁵⁴. Nesse procedimento auxiliar das contratações públicas, antes do encerramento da licitação e da formação da ata de registro formal de preços, o fornecedor ou prestador que não venceu o processo competitivo pode aceitar cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, situação na qual também será registrada a sua proposta na ata, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação (art. 82, VII, e § 5º, VI, da Lei nº 14.133/2021). Nesse caso, se o primeiro colocado da ata se recusar ou não puder fornecer o objeto, a Administração poderá contratar com os demais licitantes registrados, na ordem de classificação.

Evidencia-se a inexistência de natureza pessoal da contratação. O que a Administração deve observar é a manutenção das condições efetivas da proposta vencedora. A identidade de quem executará o objeto

53 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. Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995a.

54 Sistema de registro de preços é o “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras” (art. 6º, XLV, da Lei nº 14.133/2021).

do contrato não é em regra importante, desde que preenchidos os requisitos habilitação. O que se busca é suprir a necessidade da Administração de acordo com a proposta vencedora. A identidade do responsável por socorrer a essa demanda é irrelevante.

Outro exemplo elucidativo é a contratação de licitantes remanescentes, na ordem de classificação, quando o vencedor não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas ou, uma vez contratado, tiver o contrato rescindido por inadimplemento (art. 90, §§ 2º, 4º e 7º). Nesse caso, a Administração convocará os remanescentes, na ordem de classificação, para celebrar o contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor. Se não houver aceitação por nenhum deles, poderá convocá-los novamente, na mesma ordem, para negociação cuja finalidade é a obtenção de melhores condições. Por fim, caso novamente não haja aceite, poderá convocar os licitantes remanescentes para celebrar o contrato nas condições por eles ofertadas, situação na qual os convocados estarão obrigados a acudir à convocação, porquanto vinculados a suas próprias propostas.

O próprio fato de se realizar uma licitação, cogitando de uma competição entre interessados, já demonstra de plano a existência de uma obrigação fungível, que pode ser executada por mais de uma pessoa indistintamente, afastando-se a natureza personalíssima da contratação pública pretendida, haja vista o reconhecimento de que todos aqueles habilitados no certame podem vir a executar o objeto contratual⁵⁵.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

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 públicos⁵⁶.

55 LOUREIRO, Caio de Souza; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 23, 2016. SUNDFELD, Carlos Ari. Parecer apresentado na ADI 2946.

56 ADI 2946, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 17-05-2022 PUBLIC 18-05-2022.

Não se admite, por óbvio, que o resultado da licitação seja ignorado pela Administração Pública. Também não se defende a ampla e irrestrita possibilidade de modificação subjetiva dos contratos administrativos, que devem observar os requisitos previstos em lei, sobretudo a habilitação e a manutenção das condições efetivas da proposta selecionada no processo licitatório, assim como a autorização da Administração contratante.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a discussão acerca da existência ou não de natureza personalíssima dos contratos administrativos no Brasil.

Iniciamos a pesquisa conceituando contrato administrativo como o acordo de vontades entre a Administração Pública e o particular, com interesses contrapostos, que devem ser satisfeitos pela atuação das partes no cumprimento das cláusulas contratuais. Possuem por objetivo satisfazer diretamente uma necessidade do órgão ou da entidade contratante ou delegar o exercício de competências públicas a um particular.

O contrato é caracterizado como “administrativo” em virtude, primeiro, da presença da Administração Pública como contratante. Mas é necessário ainda que essa o celebre no exercício de função administrativa, isto é, revestida de prerrogativas especiais, com o objetivo de atingir finalidades públicas.

Essas prerrogativas contratuais da Administração são conhecidas como “cláusulas exorbitantes” e decorrem da lei. Porém, não estão presentes em todos os contratos firmados pela Administração Pública e podem ser restringidas pela norma ou voluntariamente suprimidas pela Administração – quando o poder público renuncia a suas prerrogativas em determinada relação jurídica, atuando como se particular fosse. Nesse caso, há um “contrato privado da Administração”, e não um contrato administrativo.

A Constituição Federal trata do tema “contratos administrativos” de forma não analítica e sem estabelecer o seu regime jurídico. Optou-se por deixar essa regulamentação para o legislador infraconstitucional que, com ampla liberdade, ponderando os princípios constitucionais, deve estabelecer o complexo de normas que regem a atividade da Administração Pública.

O legislador, por sua vez, exerceu o seu mister ao longo dos anos, editando diversas normas sobre contratações públicas, estabelecendo instrumentos jurídicos de participação de terceiros que não venceram a licitação e sequer exige que tenham participado do processo licitatório.

Essa participação de terceiros nos contratos administrativos, seja por modificação subjetiva do contrato, total ou parcial, seja por outras formas de participação na execução do pacto, sofreu – e sofre – críticas sob o ponto de vista jurídico e de suas consequências práticas. Argumenta-se que há um desvirtuamento de uma propalada “natureza personalíssima” desses contratos e violação da exigência constitucional de prévia licitação.

Por esses motivos, analisamos, primeiramente, a natureza dos contratos administrativos, perquirindo se há ou não a difundida natureza *intuitu personae*.

De acordo com a teoria geral dos contratos, os contratos são personalíssimos quando a pessoa contratada possui características pessoais, habilidades ou qualidades morais que se tornam fator determinante da contratação, ou seja, se fosse outra pessoa, o contratante não celebraria o contrato. Os contratos podem ser *intuitu personae* em razão de sua natureza, quando entra o fator subjetivo da confiança ou a habilidade característica da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer, ou podem ser acidentalmente personalíssimos, quando as partes convencionam que somente a pessoa concreta do contratado poderá executar o contrato.

A classificação é importante, pois as obrigações personalíssimas são infungíveis, ou seja, somente podem ser prestadas pelo devedor, não podendo ser transmitidas a terceiros.

Diante disso, passamos a verificar como se formou, no Brasil, uma teoria que defende a natureza personalíssima dos contratos administrativos, de maneira que deveria ser executado apenas pelo contratado que venceu a licitação.

A afirmação foi tão difundida que consistiu em um dos fundamentos para que o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, propusesse, no ano de 2003, a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2946 em face do artigo 27 da Lei nº 8.987 de 1995, que prevê o instituto da transferência da concessão de serviços públicos, sustentando sua inconstitucionalidade.

Alguns autores interpretam a exigência constitucional de licitação como fundamento para a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, de maneira que o contrato seria celebrado em razão de condições pessoais do contratado apuradas no procedimento da licitação.

No entanto, percebemos que os administrativistas que defendem essa característica contratual dizem pouco sobre o assunto e parecem não apresentar uma reflexão tão profunda sobre o tema. Parece uma afirmação dogmática, repetida sem demonstração.

Identificamos que essas afirmações decorrem de uma “importação” da teoria francesa antiga sem verificação de compatibilidade e adaptabilidade com a ordem jurídica nacional atual e com a prática das contratações públicas brasileiras, bem como de uma repetição de escritos de administrativistas brasileiros do passado, sem verificação do contexto fático e jurídico em que viviam.

Na França, quando se afirmava a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, os contratados eram escolhidos em virtude de suas qualidades e características pessoais, mesmo nas hipóteses em que o contrato foi precedido de certame licitatório, pois a administração poderia recusar a adjudicação. Em outros casos, sequer era exigida licitação, sendo a escolha totalmente vinculada a qualidades subjetivas do contratado.

No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também afirmava a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Porém, o seu pensamento estava de acordo com o contexto de sua época, em que boa parte das concessões era expedida por decreto, e não por contrato, sendo cabível prévios entendimentos entre a Administração e empresa potencial contratada e admitia apreciação, segundo a discricionariedade, da pessoa que receberia a concessão, a recusa da concessão a qualquer dos concorrentes e a “outorga” do serviço público para aquele que julgar apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores.

Os modelos teorizados, tanto na França, quanto no Brasil, em épocas passadas, são diferentes do nosso sistema de contratações atuais, não sendo possível uma transposição daquelas teorias para o nosso contexto jurídico atual.

Mesmo na França, o modelo foi alterado pelas normas do direito comunitário europeu e do próprio país, passando-se a exigir licitação como regra das contratações públicas, porém, admitindo-se uma razoável margem de avaliação subjetiva para a escolha da proposta vencedora.

Em verdade, o modelo brasileiro é, em parte, diferente e possui contornos próprios. Primeiramente, não existe uma regra previamente definida quanto à pessoalidade ou não dos contratos administrativos. Como regra geral, o contrato administrativo não possui caráter *intuitu personae*. Somente será personalíssimo nos casos existentes na teoria geral dos contratos, isto é, quando essa característica for exigida pela própria natureza do negócio ou por decisão das partes.

Para a escolha do contratado, não se analisa “condições pessoais” ou subjetivas, mas, sim, condições objetivas de habilitação que demonstrem a capacidade para plena execução do contrato, as quais podem ser preenchidas indistintamente por quaisquer interessados. Sendo assim, não há qualquer óbice para a cessão contratual ou transferência da concessão, bastando que o cessionário ou a empresa que assuma a concessão comprove que preenche os mesmos requisitos.

Em análise sistemática do ordenamento jurídico nacional, é possível perceber que a opção do legislador infraconstitucional, no exercício da competência a si atribuída pela Constituição, foi pela ausência, em regra, de pessoalidade nos contratos administrativos.

A própria licitação, cogitando uma competição entre interessados, demonstra que a obrigação pactuada é fungível, uma vez que pode ser executada por mais de uma pessoa indistintamente, pois qualquer habilitado no certame poderá executar o objeto contratual.

O que vincula a Administração é a proposta vencedora, e não as características ou qualidades pessoais do licitante vencedor. Cita-se, como exemplo elucidativo, o sistema de registro de preços, a contratação de licitantes remanescentes, na ordem de classificação, quando o vencedor não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas ou, uma vez contratado, tiver o contrato rescindido por inadimplemento, a possibilidade de seguro-garantia com cláusula de retomada, entre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria das Autolimitações Administrativas: Atos Próprios, Confiança Legítima e Contradição entre Órgãos Administrativos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 14, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=290>. Acesso em: 26 dez. 2022.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **O Direito Público em Tempos de Crise -Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, 1999.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Contrato Administrativo**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BENJAMIM, Antônio Herman V, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 9 set. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Atos públicos de liberação e efeitos positivos do silêncio administrativo**. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 239, p. 1-32. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>. Acesso em: 21 jul. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Decreto nº 3.622, de 28 de fevereiro de 1866. Poder Executivo Federal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 31 dez. 1866.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.074%2C%20DE%207%20DE%20JULHO%20DE%201995.&text=Estabelece%20normas%20para%20outorga%20e,p%C3%ABlicos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 368/2004.** Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler. Sessão de 08.09.2004. Diário Oficial da União, 16 set. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 634/2007.** Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. Diário Oficial da União, 23 abr. 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. **Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021.** Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-seges-me-no-8-678-de-19-de-julho-de-2021>. Acesso em: 5 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2946.** Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 9 mar. 2022. Processo eletrônico. Diário da Justiça Eletrônico, Divulgação em 17 mai. 2022, Publicação em 18 mai. 2022.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. **Revista de Direito Privado**, v. 26, São Paulo, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito Administrativo.** Vol. 6: licitações e contratos administrativos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. SOUZA, Ana Paula Peresi de. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 279, n. 2, p. 185-208. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82011>. Acesso em: 21 jul. 2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda. SUNDFELD, Carlos Ari. Cessão de contratos administrativos: possibilidades e limites. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 22, n. 58, p. 55-64, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 161, p. 7-28, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 38. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 16. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Vol. 4: Contratos**. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FREIRE, André Luiz. **Direito dos Contratos Administrativos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FREITAS. Rafael Vêras. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 167-196, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.

GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1982.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Juspodvm, 2022.

JÈZE, Gaston. **Les Principes généraux du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 26, 2006.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'empira allemand**. [S. n.]: Paris, tomo II.

LOUREIRO, Caio de Souza; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 23, 2016.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, v 3, n. 3, p. 237-255, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito Administrativo**. Vol. 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de *et al.* Transferência de concessão é inconstitucional. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2023.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, p. 1-18, 1951. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v34.1953.13307>

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Contrato de direito público ou administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 88, p. 15-33, 1967. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v88.1967.29858>

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. 1.

MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Revista Época*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 6 nov. 2023.

MENDES, Renato Geraldo. **O regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de Direito Civil**. Vol. III: Contratos. São Paulo: RT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SIMON, Hebert A. **Administrative behaviour**. 2. ed., Nova York: Macmillan, 1957.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUNDFELD Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, n. 41, p. 57-72, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, vol. 3.

VALENTE, Larissa Peixoto; SOUZA, Clara Santos. Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 179-201, 2019.

WALD, Arnaldo. MORAES, Luiz Rangel de. WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.