

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 05/2016 DA PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE GOIÁS**

**REF.: Pregão Eletrônico n.º 05/2016**

**EMPRESA BRASILEIRA DE TECNOLOGIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONVÊNIOS HAAG S.A.**, pessoa jurídica de direito privado, com nome fantasia **ECOFROTAS**, sita na Rua Machado de Assis, n.º 50-Prédio 2, Santa Lucia, em Campo Bom – RS, telefone (51) 3920-2200, ramal 8133, e-mail: [licitacoes@embratec.com.br](mailto:licitacoes@embratec.com.br), vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, dentro do prazo legal, **IMPUGNAR** o edital da licitação supracitada, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

**I - DOS FATOS**

Está marcada para o dia 28 de julho de 2016, a realização do certame acima mencionado que tem por objeto o registro de preços para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Gerenciamento de Frota mediante sistema informatizado via internet e tecnologia de pagamento por meio de cartão magnético nas redes de estabelecimentos credenciadas, visando à manutenção preventiva e corretiva, incluindo o fornecimento de peças, acessórios originais, serviços combustíveis e higienização de veículos, para atender às necessidades do órgão gerenciador e participantes e suprir demandas em decorrência da criação de novas unidades do MPF.

Ocorre que o instrumento convocatório desta licitação está vedando a participação de empresas que se encontrem sob fusão/incorporação o que limita a participação de um maior número de empresas, prejudicando assim o propósito maior da Licitação que é a **busca pela proposta mais vantajosa para a Administração**, através da ampla disputa, conforme discorreremos a seguir.

Com efeito, como é de conhecimento geral, através de publicações liberadas há meses no mercado brasileiro no ramo de gerenciamento, as empresas popularmente conhecidas como Ticket Car e Ecofrotas – ambas de grande visibilidade nacional -, estão em processo de união e integração das suas bases operacionais através da nova marca Ticket Log (<http://www.ticketlog.com.br/>).

Esta união, já aprovada pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no último dia 24 de maio de 2016, dá origem a um importante *player* na área de gestão de despesas corporativas, criando a mais completa empresa nacional de gestão de abastecimento e manutenção, unificando as operações da Ticket Car, Repom, Ecofrotas e Experts.

Além deste impedimento, o edital também exige que as notas fiscais das despesas realizadas sejam emitidas em nome da licitante vencedora, todavia tal exigência, além de não possuir base legal, mostra-se incompatível com o mercado de gerenciamento, conforme discorreremos a seguir.

Vejamos:

## 1. DO IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO.

Ao tratar dos critérios da participação, mencionados a partir do item 3, do edital, nos deparamos com o seguinte impedimento quanto à admissão de empresas interessadas em participação do processo licitatório:

*3.7. Não poderão participar deste Pregão:*

*(...)*

*3.7.2 empresas que se encontrem sob falência, recuperação judicial ou extrajudicial, dissolução, **fusão, cisão, incorporação** e liquidação; **(grifamos)***

*(...)*

O mesmo item também veda a participação de empresas em processo de dissolução ou cisão. Nestes casos, percebe-se o racional que motiva a Administração. Ora, no caso de *dissolução*, a pessoa jurídica está findando/extinguindo suas atividades, logo a contratação de uma licitante nesta situação poderá gerar graves prejuízos para a Administração.

Os casos de *inidoneidade, falência e liquidação* também possuem a potencial capacidade de gerar graves prejuízos à Administração, pois pode ser que, ao fim do procedimento licitatório, ela não consiga obter os serviços desejados. Inclusive, para estes casos, a Lei nº 8.666/93 prevê a não participação destas empresas.

Entretanto, não há razão nem embasamento legal para que a Administração inclua, em Edital de licitação, a vedação da participação de empresas *em processo de fusão ou incorporação*.

Vale mencionar, por oportuno, os conceitos legais (Lei nº 6.404/1976) de cada um destes tipos de movimentação societária:

***Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.***

***Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.***

Nota-se que em todas estas movimentações societárias a Lei determina que a sociedade remanescente se responsabilize pelos deveres/obrigações assumidas pela Companhia originária. Dessa forma, não resta nenhum prejuízo para os contratantes e credores desta Companhia.

Ademais, não existe na Lei nº 8.666/93 ou em qualquer outro ato legislativo qualquer previsão que autorize a restrição ao direito de participar de licitações de empresas que estejam em movimentação societária nos tipos acima mencionados. Trata-se, assim, de previsão editalícia sem base na legalidade e na razoabilidade.

Gize-se que, a contraponto, não se pode confundir o mandamento legal disposto no artigo 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, que possibilita a rescisão contratual em casos semelhantes, vez que, existindo autorização editalícia para participação destas empresas, desde que salvaguardem os mandamentos editalícios quanto a sua idoneidade e responsabilidade contratual, não trará nenhum prejuízo para a Administração Pública a contratação com empresas em processos jurídicos-econômicos discutidos.

Ainda, em casos de processos de fusão/incorporação em iniciados em processos licitatórios já findos e em contratos em plena execução, tal ordenamento legal deve ser interpretado seguindo as orientações do Tribunal de Contas da União, que vem mantendo o seguinte posicionamento em situações de possível aplicação do artigo 78, inciso VI, da Lei 8.666/93:

<sup>1</sup>9. Acórdão:

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Consulta formulada pelo ex-Presidente da Câmara dos Deputados, argüindo se deve ser rescindido o contrato, por parte dos órgãos da administração pública, no caso da ocorrência de fusão, incorporação ou cisão de empresas contratadas.*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. conhecer da presente consulta, nos termos do art. 1º, inciso XVII da Lei nº 8.443/92, respondendo ao Presidente da Câmara dos Deputados que é possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:*

*9.1.1 tal possibilidade esteja prevista no edital*

*9.1.2 sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação;*

*9.1.3 sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.*

*9.2 dar ciência desta deliberação, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Presidente da Câmara dos Deputados.*

*9.3. arquivar o presente processo. (TC 013.546/2002-0, Plenário, TCU)*

<sup>2</sup>9. Acórdão:

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Consulta formulada pelo Ministro de Estado dos Transportes Alfredo Nascimento, versando sobre a suficiência de apenas dois dos três requisitos estabelecidos pelo Acórdão 1.108/2003-Plenário para celebração ou continuidade de contrato com empresa resultante da cisão, fusão e incorporação de empresa,*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente consulta, para, alterando o entendimento consubstanciado no Acórdão 1.108/2003-Plenário, responder ao consulente que, nos termos do art. 78, incisos VI e XI, da Lei 8.666/1993:*

*9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:*

*9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;*

*9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;*

*9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e*

---

<sup>1</sup> Decisão na íntegra em anexo

<sup>2</sup> Decisão na íntegra em anexo

- 9.1.1.4. *anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;*
- 9.1.1.5. *a presente resposta à consulta*
- 9.2. *deixar assente que o entendimento firmado na presente Consulta aplica-se tão-somente aos institutos jurídicos da cisão, fusão e incorporação;*
- 9.3. *dar ciência deste Acórdão ao Ministério dos Transportes e à Presidência da Câmara dos Deputados;*
- 9.4. *arquivar os presentes autos.*

Nos casos, ainda, de fusão/incorporação há que ressaltar que as diretrizes empresariais são mantidas, não acarretando nenhum prejuízo à execução das atividades operacionais. Melhor, as diretrizes empresarias nesses casos são ampliadas, melhoradas, trazendo somente benefícios aos seus usuários já integrados na base, assim como aqueles que porventura forem agregados, por meio de novos contratos.

Por oportuno, vale salientar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois “(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Vale destacar, ainda, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia.

Por fim, urge salientar que a própria cláusula décima segunda, parágrafo primeiro, do Anexo VII – Minuta de Contrato, do edital, estabelece que “**a associação da CONTRATADA com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação devem ser comunicadas à CONTRATANTE para que esta delibere sobre a adjudicação do objeto ou manutenção do contrato, sendo essencial para tanto que a nova empresa comprove atender a todas as exigências de habilitação previstas no Edital**” (grifamos).

**Ora, se a própria cláusula da minuta contratual possibilita a manutenção do contrato em caso de fusão, cisão ou incorporação, desde que atendidas todas as exigências de habilitação previstas no edital, evidente que não há que se falar em impedimento de participação de empresas que se encontrem sob fusão, cisão ou incorporação.**

Diante do exposto, requer a reforma do **item 3.7.2, do Edital**, para que seja retirada do Edital a vedação à participação de empresas *em processo de fusão ou incorporação*.

2. **DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS DAS DESPESAS REALIZADAS EM NOME DA LICITANTE VENCEDORA.**

Estabelecem os itens 4.1.1., “f.2” e 10.7., do Anexo I – Termo de Referência, do edital, que:

f.2) As Notas Fiscais das despesas realizadas deverão ser emitidas em nome da licitante vencedora, para posterior ressarcimento mensal pelo contratante.

10.7. Instruir fornecedores credenciados a emitir as Notas Fiscais das despesas realizadas em nome da licitante vencedora, para posterior ressarcimento mensal pela contratante.

Com efeito, necessário ressaltar que os serviços de intermediação e administração proporcionados pela **EMBRATEC** são realizados através do sistema denominado “*Sistema Good Card*”, que é composto de tecnologia, rede de estabelecimentos comerciais credenciados, emissão e bloqueio de cartões, atribuições de limites globais de crédito, fornecimento de ferramentas de gestão, cobrança, repasse, dentre outros serviços agregados colocados à disposição dos contratantes (“Clientes”).

Os “Estabelecimentos” que compõem a “Rede Credenciada” da **EMBRATEC** constituem-se em prestadores de serviços que utilizam as máquinas de cartões e sistema *web* para operacionalizar o recebimento de suas receitas auferidas no atendimento aos “Clientes”, que por sua vez, utilizam a seu critério, os cartões e o sistema *web* administrados pela **EMBRATEC** para operacionalizar o pagamento dos serviços contratados.

Segundo o Novo Código Civil, “*toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial pode ser contratada mediante retribuição*”, assim os serviços prestados pelos Estabelecimentos são contratados pelos Clientes na condição de contratantes e beneficiários dos referidos serviços, tanto que assumem o ônus financeiro da operação em contrapartida aos serviços contratados.

Em relação à retribuição, vejamos o que dispõe o artigo 597 do Novo Código Civil:

*“Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.*

*Doutrina*

***A retribuição ou remuneração é levada a efeito quando o serviço contratado é concluído, correspondendo ao dever jurídico do tomador em satisfazer o trabalho realizado. Essa circunstância temporal do pagamento, como é de experiência máxima, está envolvida na reciprocidade das obrigações. Serviço feito, serviço pago. Entretanto, as partes podem convencionar sistema diferenciado, com a antecipação total ou parcial da retribuição ou mesmo em prestações, após executado o serviço. Dita flexibilidade, prevista no artigo, dinamiza a relação entre prestadores e tomadores de serviços, adequando-se ao tempo e à natureza da***

*prestação de serviço ou às necessidades do prestador para o desempenho da tarefa, em conformidade com os interesses das partes e pelas circunstâncias ditadas à pretendida eficiência e rapidez na execução do serviço.”*

Assim, ainda que o pagamento pelos serviços prestados seja efetuado por meio das ferramentas tecnológicas disponibilizadas, estas constituem meio de pagamento utilizado pelo tomador dos serviços em atendimento ao dever jurídico de retribuir o serviço realizado, não alterando *a priori* a relação jurídica estabelecida inicialmente na contratação dos serviços.

No entanto, faz-se oportuno salientar, que no momento em que o pagamento é efetuado por meio das ferramentas tecnológicas, surgem obrigações distintas previstas em contratos independentes firmados entre os Clientes e a **EMBRATEC** e entre esta e os Estabelecimentos credenciados. Tais contratos versam sobre obrigações, termos e condições relativos a taxas de administração/intermediação, bem como em relação a reembolsos de valores entre as partes envolvidas.

Dessa forma, levando-se em consideração que nos contratos que envolvem as operações percebe-se ainda que a obrigação da **EMBRATEC**, dentre outras, constitui a intermediação dos valores monetários através da cobrança junto ao Cliente e o respectivo repasse aos Estabelecimentos, inclusive sem prejuízo à este último.

Isto posto, não nos parece razoável que as Notas Fiscais das despesas realizadas sejam emitidas em nome da licitante vencedora, ainda que vinculadas à execução do contrato.

Neste sentido, insta salientar que a nota fiscal deverá conter a identificação do **tomador dos serviços**, ou seja, o Cliente contratante e responsável pela devida retribuição, na forma negociada entre as partes.

Cabe ressaltar ainda, que a nota fiscal além de ser um documento para atendimento ao Fisco Brasileiro, poderá ser utilizada para comprovação dos direitos e deveres estabelecidos pela legislação.

Assim, vejamos a seguinte passagem de Fábio Ulhoa Coelho:

*“Para se entender a relação entre contrato e obrigação, é necessário partir-se da diferença entre, de um lado, o vínculo que une duas ou mais pessoas no sentido de as autorizar a exigirem determinada prestação umas das outras, e de outro, o documento comprobatório da existência deste vínculo.”*

Desta forma, a nota fiscal, além dos fins contábeis e tributários a que serve, representa uma evidência da existência do vínculo jurídico estabelecido entre Cliente e Estabelecimento, inclusive contemplando informações relevantes, tais como: data, local e descrição dos serviços.

Para fins contábeis, a despesa representa o dispêndio efetuado para aquisição de receita ou manutenção da empresa. Desta forma, para ser contabilizada, deve haver a devida comprovação de que está devidamente ligada às operações da empresa. Esta comprovação é geralmente realizada através da nota fiscal, base para o lançamento contábil devidamente efetuado nos livros comerciais.

Outra questão importante refere-se aos impostos retidos na fonte, posteriormente consignados na DIRF – Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte. Conforme disposto na legislação vigente, os pagamentos ou créditos efetuados pela prestação de determinados serviços deverão sofrer retenção na fonte de Imposto de Renda e Contribuições Sociais.

O valor retido deverá ser informado na DIRF da Pessoa Jurídica que efetuou a retenção, e para tal, a nota fiscal deverá acompanhar as informações, em que contribuinte e responsável pelo recolhimento deverão estar corretamente informados.

Se mais não fosse, vejamos o que dispõe a IN SRF nº 459/04 sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas de direito privado a outras pessoas jurídicas pela prestação de serviços:

*“Art. 8º Nos pagamentos pela prestação de serviços efetuados por meio de cartões de crédito ou débito, a retenção será efetuada pela pessoa jurídica tomadora dos serviços sobre o total a ser pago à empresa prestadora dos serviços, devendo o pagamento com o cartão ser realizado pelo valor líquido, após deduzidos os valores das contribuições retidas, cabendo a responsabilidade pelo recolhimento destas à pessoa jurídica tomadora dos serviços.”*

Note-se que o trecho acima transcrito, menciona a ocorrência de “pagamentos efetuados por meio de cartões de crédito ou débito”, atribuindo à utilização dos cartões a um meio ou forma de extinção da obrigação, inclusive devendo o “pagamento com o cartão” ser realizado pelo valor líquido, após deduzidos os valores das contribuições retidas. **Para tanto, o Órgão CONTRATANTE deve, necessariamente, solicitar a Empresa CONTRATADA a sua inclusão no Projeto Retenções para que ocorram as possíveis deduções dos valores das ditas contribuições retidas, não havendo que se falar, em hipótese alguma, na necessidade de emissão das Notas Fiscais em nome da licitante vencedora (contratada).**

## II – DOS FUNDAMENTOS

O princípio da competitividade é princípio atinente somente à licitação, e está diretamente ligado ao princípio da isonomia. Manter as condições para que haja uma competição isenta de dirigismos, preferências escusas ou interesses dissociados da coisa pública é, em primeira instância, cuidar para que essas condições de participação do certame sejam equânimes para todos os interessados. Simplesmente, podemos afirmar que não há competição sem isonomia e não há isonomia sem competição.

A exigência e o impedimento editalícios acima mencionados mostram-se claramente restritivos, sendo capazes também, de diminuir a participação das empresas no presente certame, pois da forma como o Edital foi elaborado, o pregão certamente ficará prejudicado, face à inviabilidade de diversas das Licitantes.

Pelo PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE E ECONOMICIDADE, presume-se como sendo prerrogativa da Administração Pública a congregação do maior número possível de concorrentes, viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços, como aspectos que interagem e se complementam, promovendo, desta forma, maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante em adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado.

Nesse ínterim, faz-se mister assinalar que o legislador, mediante o artigo 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, prescreve, a observância do princípio da competitividade, por considerá-lo, sem



dúvida, essencial em certames da espécie de que se cogita, porquanto se faltar a competição entre os que deles participam, a própria licitação perderá sua razão de ser, que é a de conseguir para o Poder Público a proposta que lhe seja mais vantajosa.

### III - DO PEDIDO

Diante do exposto, requeremos seja a presente impugnação **RECEBIDA, CONHECIDA e PROVIDA**, para que, ao final, esta Douta Comissão de Licitação **altere o edital deste Pregão, a fim de que seja execrado de seu conteúdo o impedimento de participação de empresas sob fusão/incorporação, bem como a exigência de que as Notas Fiscais das despesas realizadas sejam emitidas em nome da licitante vencedora.**

Termos em que pede e, espera deferimento.

Campo Bom - RS, 22 de julho de 2016.



EMPRESA BRASILEIRA DE TECNOLOGIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONVÊNIOS HAAG S/A

Guilherme Machado de Oliveira

Área de Licitações - Mercado Público

E-mail: [licitacoes@embratec.com.br](mailto:licitacoes@embratec.com.br)



**TC 013.546/2002-0**

GRUPO II - CLASSE III - Plenário

TC 013.546/2002-0

Natureza: Consulta

Órgão: Câmara dos Deputados

Interessado: Aécio Neves, ex-Presidente da Câmara dos Deputados

Advogado: não houve

Sumário: Consulta. Câmara dos Deputados. Obrigatoriedade ou não da rescisão do contrato quando houver fusão, incorporação ou cisão das empresas contratadas. O art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93 permite que se dê continuidade ao contrato nessas hipóteses, desde que previstas no edital e no contrato. Discussão a respeito da constitucionalidade do dispositivo. Interpretação conforme a Constituição. Possibilidade da manutenção do contrato, desde que prevista a hipótese no edital e no contrato e que sejam observadas as condições iniciais de habilitação e as condições contratuais. Conhecimento. Ciência à Presidência da Câmara dos Deputados.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de consulta formulada pelo então Deputado Federal Aécio Neves, como Presidente da Câmara dos Deputados, argüindo se deve ser rescindido o contrato, por parte da administração pública, no caso da ocorrência de fusão, incorporação ou cisão de empresas contratadas.

2. Transcrevo, a seguir, praticamente na íntegra, a instrução elaborada por ACE da 3ª Secex, com a qual anuíram o Diretor da 2ª DT e o Titular daquela Unidade Técnica (fls. 06/16):

“ ...

3. Destaca o consulente que a Lei nº 8.666/93 determina, no seu art. 78, “dentre outros, que constitui motivo para a rescisão contratual: 1) 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 (inc. VI); e 2) a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato (inc. XI)” (fls. 03).

4. Em face do comando legal citado, formula o seguinte questionamento: “é obrigatória a rescisão contratual quando ocorrer fusão, incorporação ou cisão de empresas contratadas, ou a rescisão é necessária apenas nos casos em que a operação afetar as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, na forma do inciso XIII do art. 55 da Lei nº 8.666, de 1993?”

5. Antes de passarmos ao exame da questão suscitada, convém consignar que os fenômenos jurídicos da fusão, cisão ou incorporação são próprios do direito societário, sendo disciplinados pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, alterada pela Lei 10.303 de 31 de outubro de 2001.

**6.A fusão consiste na operação pela qual “se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”(art. 228 da Lei 6404/76). (Grifo nosso)**

7.A cisão significa “a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”(art. 229 da Lei 6.404/76)

8.A incorporação refere-se à operação “pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”(art. 229 da Lei 6.404/76).

9.Em virtude do caráter intuitu personae da contratação administrativa, quando ocorre alteração no pólo passivo da contratação - a exemplo da fusão, cisão ou incorporação - a doutrina diverge quanto à possibilidade de se dar prosseguimento à execução do contrato.

10.Num entendimento mais restrito, assenta Jessé Torres Pereira Júnior, in verbis :

“Fica claro, portanto, que dará causa à rescisão do contrato qualquer ato que implique substituição do contratado por outra pessoa, ainda que esta signifique desdobramento daquele, como ocorre na incorporação, na fusão e na cisão, irrelevante que as sociedades resultantes assumam todos os direitos e obrigações da que foi incorporada, fundida ou cindida. A ratio está em que a empresa substituta, não tendo participado da licitação, não teve sua habilitação aferida, nem disputou preço com os demais concorrentes, sendo, portanto, uma estranha para a Administração. (...)É a única interpretação que se compadece com os princípios constitucionais regentes da matéria, que restariam efetivamente alienados se norma infraconstitucional autorizasse a Administração a admitir, em seus editais e contratos, que terceiro alheio à competição licitatória pudesse substituir-se integralmente ao vencedor do torneio( in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 459/460)”(grifos nossos).

11.Marçal Justen Filho, por sua vez, sustenta que

“As hipóteses de fusão, cisão e incorporação apresentam algumas peculiaridades comuns entre si. As três figuras correspondem a modalidades de reorganização empresarial. Em todos os casos, verifica-se uma sucessão entre pessoas jurídicas e cabe aos interessados definir a extensão da responsabilidade dos sucessores.

(...)

Ora, a reorganização empresarial, por via de fusão, cisão ou incorporação, **pode frustrar o cunho personalíssimo da contratação administrativa. Mas a Administração deve evidenciar que o evento prejudica a execução do contrato ou importa outra categoria de vícios.** (Grifo nosso)

Ainda quando inexistir vedação expressa no instrumento convocatório, essas operações de reorganização empresarial podem acarretar a rescisão do contrato se forem instrumento de frustração de regras disciplinadoras da licitação, o que deverá ser evidenciado caso a

caso. (in *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 585)”.  
*12. Acerca do tema, Antônio Roque Citadini preleciona:*

*“A Administração poderá rescindir a avença quando ocorrer alteração substancial na empresa, modificando sua composição social, finalidade ou estrutura, de modo que a mudança ocorrida inviabilize a execução do pactuado. É necessário que a nova situação criada prejudique a continuidade do contrato; isto não ocorrendo, não poderá a Administração invocar tais razões para a rescisão (in *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, p. 458; 462)”.*

*13. Na mesma esteira de raciocínio, Raul Armando Mendes considera que*

*“À fusão, cisão ou incorporação é dada atenção pelo legislador, como motivo para rescisão, salvo se não afetar a boa execução do contrato. Assim, a Administração deve ter ciência dessas transformações da empresa, a fim de que não se reflita negativamente na execução. Poderia ocorrer o caso de uma empresa fundir-se, cindir-se ou incorporar-se a outra perdendo a potencialidade que a habilitou a disputar a contratação. Em tal caso, estaria comprometida a execução, que não seria boa, na avaliação da Administração, podendo rescindir a avença. (in *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. Saraiva, 1991, p. 203; 205).*

*14. No mesmo sentido, José Cretella Júnior assinala*

*“Exceto quando admitidos no edital, no contrato, ou quando não afetarem a boa execução do acordo, constituem causa de rescisão do acordo da Administração com o contratado quaisquer modalidades de associação com outrem, de cessão, de transferência, de fusão, de cisão e de incorporação. (in *Das Licitações Públicas*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 379)*

*15. Por fim, em resposta ao questionamento “Em ocorrendo a fusão da contratada com outra empresa, deve a Administração rescindir o contrato?” (in BLC nº 05/01, Ed. NDJ, p. 323) foi assinalado pela Consultoria que:*

*“(…)diante da ocorrência de fusão, poderá a Administração adotar um dos posicionamentos acima externados - rescisão ou manutenção do ajuste -, **ponderando qual a melhor alternativa a ser adotada com base nos elementos de cada caso concreto.**(…)Perceba-se que, na fusão, a sociedade nova sucederá as anteriores em todos os direitos e obrigações, de modo que, se a Administração se arrimar na doutrina que entende pela possibilidade de manutenção do contrato, desde que inócorra prejuízo, as obrigações efetivadas junto à Administração haveriam de ser mantidas pela nova sociedade”. (Grifo nosso)*

*16. Com base nas lições trazidas à colação, nota-se que a doutrina, em sua maioria, sustenta que a Administração deve evidenciar a existência de prejuízo para a continuidade da execução do contrato, diante da ocorrência de fusão, cisão ou incorporação da*

*contratada, a fim de que possa exercer a prerrogativa de rescindir a avença. Consoante esse posicionamento, o caso concreto deverá ser avaliado, ensejando a permanência da contratação caso não se verifiquem óbices ao bom andamento do ajuste firmado e desde que não sejam frustradas regras disciplinadoras da licitação, das quais fazem parte as condições de habilitação e qualificação exigidas no edital.(Grifo nosso)*

*17.O Tribunal, entretanto, em consonância com a tese esposada pelo Professor Jessé Torres Pereira Júnior, tem se manifestado de forma contrária à eliminação ou à divisão das responsabilidades assumidas pela contratada na avença pactuada com a Administração (cfe. TC 003.839/1998 e TC 007.045/2001-2), tendo firmado o seguinte entendimento ao julgar o TC 004.440/2001-4, que trata de Relatório de Levantamento de Auditoria realizada na Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas - Seinfra/AL:*

*“8.5 firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37. XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93”.(cfe. Decisão nº 420/2002-Plenário, Sessão de 24/04/2002, Ata nº 13/2002).*

*18.Passagem do pronunciamento proferido pelo Ministério Público junto ao TCU nos autos do TC 007.045/2001-2, destacada pelo Ministro-Relator do TC 004.440/2001-4, Sr. Augusto Sherman Cavalcanti, por se tratar de questão em tese, ilustra a posição adotada por esta Corte de Contas acerca do tema :*

*“(…)*

*Analisando-se de uma forma ampla os institutos da subcontratação e da sub-rogação, no âmbito dos contratos administrativos, deve-se, antes de mais nada, esclarecer que o termo sub-rogação é termo emprestado do Código Civil (cf. artigos 985/990) ao Direito Administrativo, em nenhum momento dele se utilizando a Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações).*

*Sendo assim, prestar-se-ia a definir genericamente situação contratual em que se verifique a substituição do objeto ou da pessoa do contrato, como no caso da cessão ou da transferência das obras, serviços e fornecimentos a outrem. Cumpre observar que a principal característica de uma sub-rogação diz respeito à completa eliminação das responsabilidades contratuais e legais do contratado perante à Administração Pública.*

*(…)*

*O legislador condicionou a prática da subcontratação a três critérios básicos, de acordo com o que pode-se depreender da interpretação sistemática das normas contidas nos referidos artigos 72 e 78, inciso VI, daquela Lei, critérios esses admitidos pela maioria dos doutrinadores do Direito Administrativo. Estabelecem aqueles artigos que:*

*‘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 motivo para rescisão do contrato:*

*(…)*

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

*De acordo com o que consta das citadas normas, nos é possível afirmar que qualquer forma (subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão, incorporação) pela qual se opte para transmitir direitos e obrigações a outrem:*

*1º) não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais;*

*2º) somente pode-se lançar mão de tais mecanismos se previamente autorizados pela Administração, para o quantitativo e para as partes do objeto contratado que essa especifique; e*

*3º) a previsão da transmissão de direitos e obrigações, para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no edital quanto no contrato.*

*Cumpridas todas essas premissas, entenderíamos possível tal transmissão não fosse pelo fato de que o integral cumprimento de todas elas não permite o uso e a aplicação de outro instituto que não seja o da subcontratação.*

*Ocorre que todos os demais institutos ou sub-rogam, ou seja, substituem a figura da contratada, como no caso da cessão, da transferência e, de certa forma, da cisão (na cisão a pessoa jurídica resultante do ato resta descaracterizada ou extinta), ou, senão, dividem, se não na teoria, na prática, de forma solidária e indevida, a responsabilidade pelos atos ou omissões de terceiro que adentre relação contratual já estabelecida, como nos casos da fusão e da incorporação”(grifos nossos).*

*19.Em conformidade com os termos do parecer exarado pelo Parquet, assevera o Ministro-Relator do TC 004.440/2001-4 que “ à exceção da subcontratação, os demais movimentos contratuais indicados no inciso VI do art. 78 (cessão, transferência, fusão, cisão e incorporação) não podem ser adotados, eis que isentam a contratada da sua posição de única e plena responsável perante a administração quanto às relações jurídicas emergentes do contrato”(grifos nossos), entendendo que “o direito aplicável aos certames licitatórios está sendo contaminado com essa permissão equivocada, e o tema está maduro para ser enfrentado por esta Corte na via normativa”.*

*20.Análise minudente quanto à inteligência dos artigos 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, consta do TC 003.839/1998-2, julgado na Sessão Plenária de 26/05/99, por meio da Decisão nº 284/99, do qual foi relator o Exmo Sr. Ministro Humberto Souto:*

*“(…)*

*Prosseguindo, passemos a considerar o argumento no sentido de que a redação dada ao inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, permite interpretação de que a cessão da posição da contratada é permitida, desde que prevista no edital e no contrato. De fato, diante da confusa redação dada ao citado dispositivo, não é de se estranhar que se lhe dê tal interpretação, contudo, causaria estranheza se esse entendimento prosperasse, diante dos evidentes conflitos que ela gera, como vimos, quer com dispositivo constitucional, quer com dispositivos da Lei nº 8.666/93. Se item editalício e contratual prevêem a hipótese, conflitantes estão com a lei que rege o processo licitatório e o contrato dele decorrente, e a solução é imediata, a saber, o cumprimento dos princípios que regem as contratações da Administração Pública, dispostos na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93*

*(…)*



2.7 A expressão “não admitidas no edital e no contrato” pode ser interpretada como expressando dois significados muito diferentes. Primeiro, querendo dizer que constituem motivo para rescisão a subcontratação, cessão, fusão, etc. caso não estejam previstas no edital e no contrato. Nesse caso, fica implícito que, desde que previstas no edital e no contrato essas hipóteses não constituem motivo para rescisão. Segundo, querendo dizer que constituem motivo para rescisão a subcontratação, cessão, etc. que não são admitidas no edital e no contrato, isto é, não podem constar no edital e no contrato. Ambos nos levam a contradições, cujo deslinde deve ocorrer mediante um exercício de interpretação da norma, que nos possibilite definir qual deve prevalecer.

(...)

2.10 Ora, se suprimida fosse a expressão ‘ou parcial’ após ‘subcontratação total’, forçosamente estaríamos restritos à interpretação proibitiva de todas as hipóteses enumeradas, uma vez que não há previsão legal para nenhuma delas, exceto a subcontratação parcial, porque prevista expressamente no Art. 72. Na verdade, todas essas hipóteses configuram a introdução de terceiros na relação contratual, à revelia do processo licitatório, expressamente vedadas, portanto, pelo Art. 2º, e especialmente, neste caso, por seu parágrafo único.

(...)

Dessa forma, a interpretação extensiva transforma o inciso IV [correto: VI] do Art. 78 em abrigo de hipóteses não admitidas pela Lei, pela simples presença, entre os enumerados, da única hipótese por ela permitida.

2.11 Por outro lado, em perfeita harmonia com o espírito da Lei e com o princípio geral expresso no art. 2º, a segunda interpretação, leva no sentido oposto, ou seja, de que o inciso IV [correto: VI] enumera hipóteses que a Lei não admite que constem no Edital e no Contrato e cuja ocorrência, portanto, constitui motivo para a rescisão”(grifos nossos).

21. Ao se proceder a uma interpretação sistemática dos comandos estatuídos nos art. 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, constata-se, portanto, que, dentre os institutos mencionados, o único que se coaduna com o espírito da lei de licitações e não fere princípios constitucionais é o da subcontratação parcial.

22. “Não se concilia com o regime especial dos contratos administrativos o instituto civilista da sub-rogação, isto porque a contratação resulta de competição em que asseguradas as condições de igualdade e de acordo com os critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório, a Administração seleciona e adjudica o objeto àquele que oferece a proposta mais vantajosa. Somente este, dentre os que compareceram no certame, é o portador das condições que melhor atendem ao interesse da Administração Pública.

(...)

Desta forma e devido à natureza personalíssima do contrato administrativo, resta impossibilitada a sub-rogação a terceiros, uma vez que tal fato além de frustrar a eficácia das normas sobre a habilitação, pode caracterizar - dependendo da análise mais detida de cada caso concreto - conluio entre as interessadas e ensejar manifestação contrária dos órgãos de controles interno e externo, razão pela qual não deve ser admitida.

A sub-rogação contratual a um terceiro é, portanto, motivo ensejador da rescisão unilateral do contrato pela Administração, sem prejuízo da imposição da penalidade administrativa que vier a ser decidida em face de sua inexecução”(in BLC nº 11/99, Ed. NDJ, Questões Práticas, p. 571).



23. Poder-se-ia argumentar a favor dessa sub-rogação no âmbito dos contratos administrativos

*“a agilidade que o uso de tal instituto propiciaria à Administração Pública, considerando-se os custos de uma nova licitação, o prazo razoável requerido para o seu término e as conseqüências, muitas vezes danosas, da interrupção na prestação dos serviços ou execução das obras.*

*Há que se considerar esse argumento com cautela, pois a Lei nº 8.666/93 (...) estabelece medidas alternativas viáveis para a contratante da Administração Pública inclusive (...) no caso de rescisão contratual, com a possibilidade de se contratar diretamente o remanescente dos serviços ou obra, nos termos do inciso XI do art. 24 da citada lei. Obviamente, se esgotadas todas as hipóteses alternativas e o órgão ou entidade contratante se vê obrigado a abrir novo procedimento licitatório, danos e custos adicionais poderão advir, contudo, somente em casos extremos serão de proporções consideráveis, dignos de atenção especial”(cfe. exposto no item 5.9 do Relatório do Ministro-Relator do TC 003.839/1998-2).*

23. Carlos Ari Sundfeld esclarece que, na esfera administrativa,

*“ainda quando a prestação não tenha natureza personalíssima, podendo ser realizada indiferentemente por vários sujeitos, o contrato ficará submetido ao regime das avenças pessoais. Isso porque, independentemente da prestação envolvida, a escolha do contrato: a) deve considerar amplamente suas características subjetivas (capacitação técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal); e b) salvo exceções, resulta de licitação, cujo objetivo é também aferir tais características dentro de um universo determinado de participantes”. (in Licitação e Contrato Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 254-255)*

25. O caráter intuitu personae da contratação administrativa, no dizer do referido autor, surge como “modo de impedir que a transmissão das obrigações contratuais a sujeito diverso diminua ou elimine as garantias obtidas no processo de formação do pacto”(op. cit., p. 255).

26. Logo, quando a contratada cede ou transfere sua posição a terceiro, significa que a Administração está firmando um novo contrato. Trata-se de contratação direta, sem que a hipótese esteja contemplada nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, o que configura fuga ao processo licitatório e contraria os princípios de contratação da Administração Pública consignados na Constituição Federal e no Estatuto de Licitações e Contratos, em que pese a redação dúbia dada ao inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93.

27. O art. 50 da referida lei, porém, é explícito no sentido de coibir a celebração de contrato “com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”(grifos nossos).

28. Impende registrar, por fim, comentários constantes da proposta de decisão do Ministro-Relator do já mencionado TC 004.440/2001-4, Sr. Augusto Sherman Cavalcanti,

*acerca dos princípios constitucionais que restam violados no caso de a contratada ceder ou transferir sua posição a terceiros.*

*“(…)*

*14. A inconstitucionalidade decorre da ofensa aos princípios constitucionais expressos da eficiência e da moralidade pública (art. 37, caput), ao princípio constitucional implícito da prevalência do interesse público, e ao princípio da licitação (art. 37, XXI).*

*15. O princípio da eficiência resta lesado pelo resultado da sub-rogação em tela. É fundamento da licitação que o processo que a regulamenta tem a finalidade de obter o melhor contrato, nas melhores condições, pela melhor prestadora do ponto de vista exclusivo da Administração Pública. A eficiência que direciona a ação administrativa deve, pois, obrigatoriamente conduzir ao melhor resultado possível, com o menor custo, após a análise dos requisitos de habilitação (elementos técnicos, financeiros, jurídicos, fiscais). Assim, pela via licitatória, quando a Administração Pública define as condições gerais de participação no processo, define o seu objeto, habilita os participantes e examina as propostas - e aqui aplica-se o princípio da impessoalidade da ação administrativa - está buscando identificar, no universo dos licitantes, aquele cujos termos realizem eficientemente o objeto licitado. Neste ponto, a ação administrativa individualiza o licitante vencedor simples e diretamente porque reconheceu nele e na proposta por ele apresentada a alternativa mais eficiente e vantajosa. A personalização do vencedor revela, por conseguinte, uma opção inafastável para a contratação do objeto licitado.*

*16. Ora, a sub-rogação plena (...) simplesmente substitui o juízo da Administração - único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório - pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe - agora sem qualquer critério e sem empecilhos - terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição de contratado. Esse sacrifício do princípio da eficiência por ato unilateral de pessoa alheia à Administração Pública - única constitucionalmente autorizada a laborar juízos nessa área - representa ato diretamente atentatório à eficácia e à própria validade do preceito constitucional. A mera anuência da Administração à sub-rogação contratual não substitui nem supre o juízo anteriormente formulado na escolha do contratado, em rigoroso procedimento licitatório.*

*17. A moralidade administrativa exige do agente público que conheça, respeite, aplique e preserve tudo o quanto a Constituição e a legislação infraconstitucional impuserem à sua ação. A aceitação (...) da sub-rogação plena dos termos contratuais configura lesão direta à moralidade administrativa, por se traduzir numa opção “de terceirização” do objeto licitado e fundamentalmente das responsabilidades a ele inerentes, desprezando, ou até burlando, os interesses administrativos cuja observância teria levado à contratação do licitante vencedor.*

*18. A supremacia do interesse público impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas, físicas ou jurídicas, que com eles mantenham eventual relação. A substituição do licitante vencedor por terceiro (...) despreza o interesse público que se concretiza no relacionamento entre a Administração e a licitante vencedora.*

*19. O princípio da licitação resta diretamente lesado, além do que já consta dos argumentos acima expendidos, pela substituição da empresa e proposta vencedoras por*

*qualquer outra cujas qualificações técnica, jurídica, financeira e fiscal e os termos de sua proposta não tenham sido submetidos ao crivo do interesse público”(grifos nossos).*

*29. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo que o Tribunal conheça da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 216 e 217 do Regimento Interno, para responder à autoridade consulente que:*

*I - torna-se obrigatória a rescisão contratual quando ocorrer fusão, cisão ou incorporação de empresas contratadas, tendo em vista que a manutenção do ajuste firmado com a Administração, em havendo uma das modalidades referidas de reorganização empresarial, contraria os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição Federal) e os arts. 2º, 50, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93;*

*II - seja enviada ao consulente, para conhecimento, cópia da Decisão que vier a ser proferida nos presentes autos, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem;*

*III - seja arquivado o presente processo.”*

É o relatório.

#### VOTO

Destaco, inicialmente, que a consulta merece ser conhecida, uma vez presentes os requisitos estabelecidos no art. 264 do Regimento Interno/TCU.

2.O presente processo havia sido levado à apreciação deste Plenário na Sessão de 09/04/2003, ocasião em que o Ministro Benjamin Zymler pediu vistas dos autos.

3.Apesar de não concordar totalmente com os argumentos utilizados pelo Eminentíssimo Ministro e com a forma de encaminhamento proposta, alguns aspectos trazidos à baila no Voto Revisor me fizeram refletir melhor sobre a matéria e mudar o posicionamento que havia adotado inicialmente, que seria o de responder à consulta nos seguintes termos:

*“9.1.1 nos casos de incorporação, em que a contratada é a incorporadora, não há qualquer óbice para que se dê continuidade ao contrato após a operação de incorporação;*

*9.1.2 nos casos de incorporação, em que a contratada é incorporada, e também nos casos de fusão e cisão, a administração deve rescindir o contrato, uma vez que sua continuidade implicaria numa ofensa ao princípio de licitação, estabelecido no art. 37, inciso XXI da Lei nº 8.666/93.”*

4.O dispositivo da Lei nº 8.666/93 que trata da matéria objeto da consulta é o art. 78, inciso VI, que assim dispõe:

*“art. 78. Constituem motivo para a rescisão:*

*...*

*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” (grifos meus)*

5.A leitura do dispositivo indica que as situações ali relacionadas só constituíam motivos para rescisão do contrato no caso de não estarem previstas no edital e no contrato. *A contrario sensu*, se estiverem previstas no edital, elas devem ser aceitas como legais e não implicam na rescisão do contrato.

6.A Unidade Técnica, trazendo à baila deliberações anteriores do Tribunal, levantou a possibilidade de se adotar uma outra interpretação do dispositivo, a de que todas aquelas situações enumeradas não seriam admitidas no edital. Ou seja, seria vedado que o edital e o contrato estabelecessem a possibilidade de subcontratação, cessão, fusão, incorporação, etc. Não me parece que essa interpretação seja viável. Primeiro porque levaria à conclusão de que não seria admitida a subcontratação parcial dos serviços, implicaria negar existência ao art. 72 da Lei nº 8.666/93, que prevê, expressamente, a possibilidade da subcontratação parcial. Além disso, se essa fosse a exegese mais adequada do dispositivo, a sua parte final seria inócua - bastaria dizer que todas aquelas situações implicariam em rescisão do contrato. É um conhecido princípio de hermenêutica o de que a lei não contém palavras inúteis.

7.Entendo que a única interpretação cabível para o dispositivo é aquela descrita no item 5 acima. No posicionamento que havia adotado anteriormente, levantei um problema que poderia decorrer dessa interpretação, o de que a manutenção do contrato com empresas que tenham sofrido um processo de fusão, incorporação ou cisão, ainda que essa possibilidade estivesse prevista no edital da licitação e no contrato decorrente, representaria uma violação ao princípio da licitação, uma vez que se estaria dando prosseguimento ao contrato com uma pessoa jurídica diversa daquela que participou e venceu a licitação inicialmente.

8.Na oportunidade, eu havia mencionado que o citado art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93 também contempla o instituto da sub-rogação total, instituto esse cuja aplicação já foi repudiada pelo Tribunal em diversas oportunidades (Decisões Plenárias nºs 93/97, 284/99, 119/00, Decisão nº 129/02-2ª Câmara, dentre outras). Na Decisão nº 420/02-Plenário, inclusive, o Tribunal assim se manifestou:

*“8.5 firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37. XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93”*

9.É forçoso reconhecer, entretanto, que as situações de fusão, incorporação e cisão diferem bastante da sub-rogação. Naquelas, há uma modificação na estrutura da empresa contratante, o que não ocorre na sub-rogação, que envolve, apenas, uma transferência de responsabilidade em relação a um contrato específico. Neste último caso, a administração contrata uma empresa, em regra via licitação, e quem acaba executando, total ou parcialmente, o contrato, é um terceiro, completamente estranho, que não participou da licitação e sequer teve suas condições de habilitação verificadas. Nos demais casos, que constituem o objeto desta consulta, a empresa sucessora não é completamente estranha àquela que foi inicialmente contratada, ainda que juridicamente elas sejam diversas. Em relação às condições de habilitação, deve-se exigir que a empresa sucessora possua os requisitos de habilitação exigidos inicialmente para que possa dar continuidade ao contrato.

10.A inconstitucionalidade que se faz presente no caso da sub-rogação, por violação ao princípio da licitação, resta duvidosa no caso da cisão, fusão ou incorporação. É princípio de

direito constitucional que se busque a ‘interpretação conforme a Constituição’, ou seja: deve se tentar dar a um dispositivo legal, que permite mais de uma interpretação, aquela que se coadune com a Carta Magna, evitando sua declaração de inconstitucionalidade. Assim, em relação aos citados institutos, me parece mais adequada a interpretação de que não é obrigatória a rescisão contratual no caso da empresa contratada ter passado por um desses processos, desde que essa possibilidade esteja prevista no edital e no contrato, conforme estabelece o art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93.

11. Tal exigência legal busca atender aos princípios da publicidade e isonomia, uma vez que coloca em pé de igualdade todos os participantes do certame. Ou seja, todas sabem de antemão que essa situação será permitida, evitando que dada empresa deixe de concorrer, por estar em vias de passar por um dos processos em questão e, mais tarde, essa exigência seja relevada, privilegiando a vencedora. Esse requisito, portanto, não é uma mera formalidade, mas um reflexo dos próprios princípios constitucionais da isonomia e da publicidade.

12. Pondera, ainda, o Revisor:

*“Deve-se registrar que o artigo retrocitado [art. 78 da Lei nº 8.666/93], quando elenca as hipóteses de rescisão contratual, exige atuação discricionária do agente administrativo. Cada inciso integrante daquele dispositivo deve ser analisado de acordo com o caso concreto, momento em que devem ser julgadas a oportunidade e a conveniência de rescindir o contrato administrativo.*

...

*Desse mesmo modo, entendo que somente diante da análise do caso concreto é que a Administração analisará a oportunidade e a conveniência de rescindir um contrato administrativo em face de cisão, fusão ou incorporação de empresas”*

13. Considero que a remessa ao caso concreto não é o enfoque mais adequado quando se está analisando uma consulta, que deve ser respondida sempre em tese. O administrador está sempre sujeito a se deparar com uma situação em que a observância da legalidade estrita trará grandes prejuízos ao interesse público e acaba agindo de forma diversa. Este Tribunal, rotineiramente, analisa situações dessa natureza e muitas vezes deixa de responsabilizar ou punir o gestor, quando ele demonstra que o descumprimento de uma norma se deu por motivo relevante e que atendeu o interesse público. Qualquer que seja a resposta a uma consulta, o caso concreto poderá ensejar uma ação do administrador em sentido diverso daquele indicado pelo Tribunal em caráter normativo.

14. Entendo, sim, que a falta de previsão, no edital e no contrato, da possibilidade de fusão, cisão ou incorporação enseja a rescisão do contrato. Uma eventual decisão em contrário de um gestor no caso concreto só pode ser analisada em função das circunstâncias que envolvem a situação específica. Ressalte-se, aliás, que a previsão no edital, além de atender expressa disposição de lei, mitiga uma eventual violação ao princípio da licitação.

15. Não posso deixar de fazer menção a alguns argumentos trazidos pelo ilustre Revisor:

*“Não parece haver amparo jurídico para a interferência da Administração Pública na gerência de empresas que celebram contratos com a União. Restrição absoluta de as empresas realizarem fusão, cisão ou incorporação, somente pela existência de contrato administrativo ter o condão de tolher nesse nível a liberdade de as sociedades mercantis escolherem seus próprios caminhos de autoconformação.*

*Parece despropositado imaginar que um contrato administrativo de pequena monta possa impedir que empresa de elevado porte possa escolher o modelo societário mais*

*conveniente para fazer frente à evolução do mercado. Isso seria retirar da empresa condições de competitividade em mercados extremamente acirrados”*

16. *Data venia*, não se está a tratar de qualquer ingerência da Administração nos negócios da empresa. Em nenhum momento tratou-se de fazer qualquer restrição a processos de fusão, incorporação ou cisão de empresas, pela cristalina falta de competência do TCU para tal. Cuida-se apenas de verificar, à luz da legislação pertinente, as consequências que um processo desse tipo provocará no contrato administrativo celebrado com a Administração. Se houver uma rescisão contratual em função da contratada ter passado por um processo de cisão, incorporação ou fusão, nenhum reflexo essa rescisão trará para esse processo, mas apenas para aquele determinado contrato administrativo.

17. Concordo com o Ministro Benjamin Zymler, entretanto, quando ele ressalta que é imperioso que a empresa resultante da fusão, cisão ou incorporação preencha os mesmos requisitos de habilitação exigidos inicialmente. O preenchimento desses requisitos resguarda a administração de possíveis problemas que poderiam ocorrer em cada um desses processos, como o comprometimento da saúde financeira da empresa, a perda da capacidade técnica para executar determinados serviços (no caso de uma cisão, por exemplo), ou a ausência de regularidade fiscal da empresa sucessora. Tal necessidade é, ate mesmo, uma consequência do art. 55, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, que estabelece que o contratado deve manter, durante todo o contrato, as condições de habilitação exigidas na licitação. Também é fundamental, como bem ressaltou o Ministro-Revisor, que o contrato seja mantido nas exatas condições em que foi originalmente ajustado.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de agosto de 2003.

UBIRATAN AGUIAR  
Ministro-Relator

ACÓRDÃO 1108/2003 - Plenário - TCU

1. Processo TC 013.546/2002-0
2. Grupo: II - Classe: III - Consulta
3. Interessado: Aécio Neves, ex-Presidente da Câmara dos Deputados
4. Órgão: Câmara dos Deputados
5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR
- 5.1 Revisor: MINISTRO BENJAMIN ZYMLER
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 3ª Secex
8. Advogado constituído nos autos: não houve

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Consulta formulada pelo ex-Presidente da Câmara dos Deputados, argüindo se deve ser rescindido o contrato, por parte dos órgãos da administração pública, no caso da ocorrência de fusão, incorporação ou cisão de empresas contratadas.



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, nos termos do art. 1º, inciso XVII da Lei nº 8.443/92, respondendo ao Presidente da Câmara dos Deputados que é possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

9.1.1 tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93;

9.1.2 sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação;

9.1.3 sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.

9.2 dar ciência desta deliberação, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Presidente da Câmara dos Deputados.

9.3. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 31/2003 - Plenário

11. Data da Sessão: 13/8/2003 - Ordinária

12. Especificação do quorum:

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator) e Benjamin Zymler (Revisor)

12.2. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

**VALMIR CAMPELO**

Presidente

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral



**TC 009.072/2006-0**

GRUPO I – CLASSE III – Plenário.

**TC-009.072/2006-0**, apenso: TC 027.656/2006-7

Natureza: Consulta.

Entidade: Ministério dos Transportes.

Interessado: Alfredo Nascimento, Ministro de Estado dos Transportes.

Advogado constituído nos autos: não há.

Sumário: CONSULTA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SUBJETIVA DE CONTRATO CUJA CONTRATADA PASSOU POR CISÃO, INCORPORAÇÃO OU FUSÃO. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO EM EDITAL, MANTIDAS AS DEMAIS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ACÓRDÃO 1.108/2003-PLENÁRIO. CONHECIMENTO. RESPOSTA AFIRMATIVA. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.

## **RELATÓRIO**

Adoto como Relatório, por bem consolidar as manifestações exaradas no âmbito da zelosa 1ª Secex acerca da matéria aqui versada, o meticoloso parecer de fls. 27/35, exarado pelo Sr. Procurador do Ministério Público junto a esta Corte, Dr. Sérgio Ricardo Costa Caribé, que atuou nos autos em atenção à minha solicitação de fl. 26:

“Versam os autos de Consulta apresentada pelo então Ministro de Estado dos Transportes, Senhor Alfredo Nascimento, formulada nos seguintes termos:

Em estrito cumprimento do princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração, evitando prejuízos para o erário e para os administrados, a serem materializados com a realização de nova licitação, que decerto redundaria em propostas muito superiores às então obtidas, e na demora considerável para a conclusão de outro certame, se, dada à não-proibição no edital e no contrato, este Ministério pode, obedecidas as condições estabelecidas nos subitens 9.1.2 e 9.1.3 do multicitado Acórdão n. 1108/2003-Plenário, manter vigentes contratos cujas contratadas venham a ser submetidas a processo

de cisão, incorporação ou fusão e, se, pelas mesmas razões, pode contratar licitante que, antes da celebração do contrato, tenha passado por um desses processos?

O aludido Acórdão também tratou de consulta sobre o mesmo tema, ocasião em que o Tribunal de Contas da União decidiu:

9.1. conhecer da presente consulta, nos termos do art. 1º, inciso XVII da Lei nº 8.443/92, respondendo ao Presidente da Câmara dos Deputados que é possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

9.1.1 tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93;

9.1.2 sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação;

9.1.3 sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.

O consulente justifica a nova consulta sobre o tema em decorrência de outro **decisum**, o Acórdão n. 1.517/2005 (TC 009.985/2004-0), em que o Plenário do TCU, apreciando caso concreto, acatou as razões de justificativas dos responsáveis e, nos termos do Voto do Ministro-Relator, não reputou ‘pertinente proceder-se à rescisão do contrato n. 071/2000-RAJ, apenas pelo fato de não estar expressa, tanto no edital como no instrumento citado, a possibilidade de ser realizada cisão’. Para o então Ministro dos Transportes, ao decidir sobre o TC 009.985/2004-0, o Tribunal concluiu pela suficiência das condições relacionadas nos subitens 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, sem que o caso concreto examinado tivesse abordado, a seu ver, qualquer circunstância que pudesse ser considerada exceção à regra.

O consulente argumenta, ainda, que os termos utilizados no inciso VI do art. 78 da Lei de Licitações e Contratos, que estabelece que é motivo para rescisão de contrato a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato, amparam duas interpretações distintas: uma primeira, adotada pelo TCU, no sentido de que a ocorrência de cisão, fusão ou incorporação, sem que exista no edital e no contrato autorização expressa, é motivo de rescisão contratual; e uma segunda, na qual o consulente defende que tais reorganizações estariam admitidas caso não estivessem expressamente vedadas no edital e no contrato.

No âmbito desta Corte, foi elaborada instrução técnica, às fls. 6/14, a qual relacionou os argumentos que fundamentaram o Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, podendo ser assim resumidos:

a) o contrato administrativo tem natureza personalíssima, o que impossibilita a sub-rogação a terceiros;

b) a sub-rogação envolve apenas a transferência de responsabilidade em relação a um contrato específico, enquanto que na cisão, fusão e incorporação há modificação na estrutura da empresa contratante;

c) nos casos de reorganização empresarial, a empresa sucessora não é completamente estranha àquela que foi inicialmente contratada, ainda que sejam juridicamente diversas;

d) a possibilidade de a licitante ou contratada passar por processo de cisão, fusão ou incorporação deve estar expressamente admitida no edital para colocar em pé de igualdade todos os participantes do certame que, de antemão, saberão que tais reorganizações são permitidas;

e) em que pese a ausência de previsão, no edital e no contrato, da possibilidade de a licitante/contratada poder passar por um dos processos de reorganização empresarial, sem

que dê motivo para rescisão de contrato, cada caso concreto deve ser analisado em função das circunstâncias que envolvem a situação específica.

A mesma instrução destacou pontos importantes abordados no Voto condutor do Acórdão n. 1.517/2005-Plenário, assim sintetizados:

- a) é necessária uma atuação discricionária do agente administrativo ao aplicar o art. 78 da Lei n. 8.666/1993, pois cada inciso do mencionado artigo deve ser analisado de acordo com o caso concreto, devendo ser considerada a oportunidade e conveniência de rescindir o contrato administrativo em face de cisão, fusão ou incorporação de empresas;
- b) no caso concreto então analisado, o novo contratado não era totalmente estranho ao contrato e ao processo licitatório;
- c) além disso, estava em jogo a paralisação de um empreendimento com custos bastante elevados para a sociedade e a cisão ocorrida não teria causado prejuízos, uma vez que foram mantidas as condições estabelecidas no contrato original e os requisitos de habilitação previstos na Lei de Licitações;
- d) o Ministro-Relator daquele processo ressaltou que ‘a maioria da doutrina sustenta que a Administração deve evidenciar a existência de prejuízo para a continuidade da execução do contrato, diante da ocorrência de fusão, cisão ou incorporação da contratada, a fim de que possa exercer a prerrogativa de rescindir a avença. Consoante esse posicionamento, o caso concreto deverá ser avaliado, ensejando a permanência da contratação caso não se verifiquem óbices ao bom andamento do ajuste firmado e desde que não sejam frustradas as regras disciplinadoras da licitação, das quais fazem parte as condições de habilitação e qualificação exigidas no edital’;
- e) a rescisão do contrato redundaria em custos elevados para a sociedade em função da paralisação da obra por tempo indeterminado, até que novo certame licitatório fosse preparado e finalizado com a assinatura de novo contrato.

A instrução inicial da Sra. Analista concluiu que o Acórdão n. 1.517/2005- Plenário não foi de encontro ao Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, tendo em vista que o primeiro dirigiu-se ao caso concreto e o Voto condutor do último **decisum** previa a possibilidade de decisões em sentido contrário daquela então proferida, em função das circunstâncias presentes em cada caso concreto. Por fim, apresentou proposta no sentido de que a presente consulta seja conhecida para esclarecer ao consulente que subsiste o entendimento firmado pelo Plenário do TCU por intermédio do Acórdão n. 1.108/2003-Plenário.

Por sua vez, o Diretor Técnico e Secretário em Substituição da 1ª Secex elaborou despacho apresentando proposta alternativa para o tema. O Diretor destaca que, ‘em circunstâncias normais, a rescisão de um contrato implica, certamente, perdas para ambas as partes, decorrentes da paralisação dos serviços, do atraso na execução e na disponibilização do produto final à sociedade ou ao usuário, dos custos de mobilização e desmobilização, dos prejuízos causados a itens de serviços ainda não acabados e que fiquem desprotegidos pela paralisação, dos custos advindos de um novo processo licitatório, inclusive com a necessária reavaliação dos serviços novos para retomada do que já tenha sido realizado, dos custos financeiros, e outros’. Assim, no seu entender, a rescisão ou a paralisação de um contrato, via de regra, gera prejuízos, atentando contra os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, pois a intenção da Administração é a obtenção do produto contratado sem custos adicionais.

Destaca o Sr. Diretor que, nos casos de cisão, fusão e incorporação, não ocorre a total substituição do contratado, pois a empresa, ou parte dela, sempre estará compondo a estrutura societária da nova contratada.

Dessa forma, entende o Diretor que as condições acima, analisadas pelo Tribunal no âmbito do TC 009.985/2004-0 (Acórdão n. 1.517/2005-Plenário), assim também, as relativas à manutenção das características do contrato e das condições de habilitação da nova empresa não são específicas do caso concreto então examinado, mas são, na verdade, regras gerais do ponto de vista prático, o que permite ventilar a possibilidade de o Tribunal ter adotado um novo entendimento com o Acórdão n. 1.517/2005-Plenário.

O Diretor sustenta que esse entendimento não fere o princípio da legalidade, caso seja adotada a interpretação apresentada pelo ex-Ministro dos Transportes acerca do inciso VI do art. 78 da Lei de Licitações e Contratos, ou seja, que ao invés de considerar que é motivo de rescisão toda fusão, cisão ou incorporação não permitidas expressamente no edital e no contrato, considere-se que só é motivo de rescisão a fusão, cisão ou incorporação que estiver expressamente vedada no edital e no contrato.

Em defesa desta última alternativa de interpretação do citado dispositivo legal, é argumentado que a expressão 'não admitidas', utilizada no referido inciso da Lei de Licitações, é de duvidosa interpretação e que a Lei n. 8.666/1993 utiliza, em sua redação, os termos 'previsto' ou 'prevista' mais de 60 vezes, ao passo que os termos 'admitido' ou 'admitida' são empregados apenas oito vezes, o que permite concluir que a intenção do legislador era empregar a palavra 'admitida' no sentido de 'permitida', como nas demais sete vezes em que foi utilizada no corpo da Lei, e não no sentido de 'prevista'. Assim, a expressão 'não admitidas no edital e no contrato' contida no inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, pode ser entendida como 'não permitidas no edital e no contrato', o que difere da expressão 'não previstas' ou 'não constantes'.

No Despacho do Diretor, são também destacados outros argumentos em defesa da tese de que, atendidos os requisitos constantes dos itens 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, não se faz necessária a rescisão de contrato mesmo nos casos em que a possibilidade de cisão, fusão ou incorporação não esteja expressamente prevista no edital e no contrato, quais sejam:

- a) os princípios da licitação são garantidos por meio do atendimento dos requisitos estabelecidos nos itens 9.1.2 e 9.1.3 do mencionado **decisum**, os quais devem ser observados;
- b) o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador de um lado e do nome do administrado do outro;
- c) a intenção da Administração ao licitar é a de obter o produto contratado em conformidade com as necessidades especificadas no instrumento convocatório e no contrato;
- d) a natureza **intuitu personae** dos contratos deve ser analisada com cautela, especialmente em função dos princípios da supremacia do interesse público e da impessoalidade restringirem a sua aplicação aos contratos administrativos;
- e) é necessário que a Administração verifique se a alteração da estrutura da empresa representa um prejuízo à sua qualificação e, caso isso ocorra, recorra ao inciso XI do art. 12 da Lei n. 8.666/1993, o qual estabelece que é motivo de rescisão do contrato a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato.

Nesse sentido, o Diretor propõe que, 'em resposta à consulta formulada pelo então Ministro dos Transportes, Sr. Alfredo Nascimento, seja informado que fica tornado sem efeito o item 9.1.1 do Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, permanecendo válidos os itens 9.1.2 e 9.1.3 daquela decisão'.

Registro, preliminarmente, que as cisões, fusões e incorporações são procedimentos de reorganização empresarial cada vez mais freqüentes no cotidiano das empresas, como decorrência de uma dinâmica de mercado que o torna a cada dia mais competitivo, requerendo das empresas a capacidade de tomar decisões em curto espaço de tempo e a flexibilidade necessária para implementar tais mudanças, sob pena de perderem sua competitividade. As empresas passam por reorganização empresarial com o intuito de ganhar mercado, aumentar a capacidade produtiva e o nível de eficiência, propiciar a otimização dos custos, ou, simplesmente, com o fim de permanecerem competitivas.

O entendimento firmado pelo TCU, por intermédio do Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, é o de que a cisão, a incorporação e a fusão de uma empresa contratada somente são permitidas: quando tais procedimentos estiverem expressamente previstos no edital e no contrato; quando a empresa resultante da cisão, fusão ou incorporação preencher os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei n. 8.666/93, originalmente previstos na licitação; e, ainda, quando forem mantidas as condições estabelecidas no contrato original.

Nesse contexto, impende destacar que o TC 009.985/2004-0 (Acórdão n. 1517/2005-Plenário), utilizado como precedente a justificar nova consulta sobre o tema, não trata de simples reestruturação empresarial. Naquele caso concreto, além de ter sido promovida a cisão da contratada, houve a sua substituição, no pólo passivo do contrato, por um consórcio, o qual foi formado pelas duas empresas resultantes da cisão da contratada. Portanto, o caso analisado no aludido processo trata de cisão e de consórcio formado após a contratação e, por conseguinte, não se enquadra no contexto do entendimento firmado por meio do Acórdão n. 1.108/2003-Plenário, que só aborda as reestruturações empresariais.

No entanto, ante a relevância da matéria e a possibilidade de mudança de entendimento, especialmente quando considerado o teor do Despacho do Sr. Diretor Técnico da 1ª Secex, julgo necessário um exame pormenorizado do assunto.

O então Ministro de Estado dos Transportes trouxe à baila uma nova alternativa de interpretação do inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, por meio da qual são admitidas as cisões, incorporações ou fusões de licitantes ou contratadas, desde que essas reorganizações não estejam expressamente vedadas no edital e no contrato, e desde que sejam atendidos os demais requisitos estabelecidos no Acórdão n. 1.108/2003-Plenário.

Diversas argumentações trazidas nas instruções precedentes destes autos, bem como nos TCs 009.985/2004-0 e 013.546/2002-0, e já mencionadas neste parecer, quando analisadas conjuntamente, colaboram para a análise do tema.

Como bem destacou o Diretor da 1ª Secex, a rescisão contratual, regra geral, traz prejuízos à Administração: seja pelos custos de realização de uma nova licitação; pela paralisação da prestação dos serviços; ou mesmo pelo atraso na entrega do objeto contratado, o que afronta os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público. Tais circunstâncias evidenciam a relevância da matéria, mormente quando considerado que boa parte da doutrina orienta a Administração a comprovar a existência de prejuízo aos cofres públicos para rescindir um contrato por motivo de cisão, fusão ou incorporação da licitante/contratada.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho que sempre que a Administração pretender rescindir um contrato por inadimplemento do particular, deverá não só indicar a ocorrência de uma das hipóteses do art. 78, mas também demonstrar o vínculo entre essa conduta e a lesão ao interesse público (in Comentários a Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 2004. 10ª Edição. 2004, p. 556).

Tomando por base os argumentos acima e sem considerar, ainda, o texto da lei, mostra-se mais razoável que um contrato seja mantido, mesmo que a contratada tenha sofrido uma reorganização empresarial, e ainda que não exista previsão expressa para tal procedimento no edital e no contrato, desde que a empresa sucessora atenda aos requisitos de habilitação e qualificação, e o contrato seja mantido com as condições originais. Uma decisão nesse sentido permitiria a execução do objeto contratado no prazo acordado no instrumento de ajuste, em consonância com os princípios da impessoalidade e da finalidade, tendo em vista que esse é o interesse principal da Administração: a prestação do serviço ou entrega do produto especificado no edital e no contrato de acordo com a proposta mais vantajosa apresentada pelos licitantes.

Contudo, a atividade administrativa deve observância perene ao princípio da legalidade, o qual não permite que o administrador público tome qualquer atitude que não esteja previamente definida e amparada por lei. Daí a imperiosa necessidade de se identificar, com precisão, o conteúdo do inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, **verbis**:

‘Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

Com efeito, a expressão ‘não admitidas no edital e no contrato’, como apresentada no dispositivo acima transcrito, aceita mais de uma interpretação, podendo-se entender como sendo motivo de rescisão do contrato a reorganização empresarial que não foi expressamente prevista no edital e no contrato, assim como aquela vedada nos mesmos instrumentos. Registro que no TC 013.546/2002-0, outra possibilidade de interpretação já foi discutida e rejeitada pelo TCU: a de que seria vedada a possibilidade de o edital e o contrato admitirem a cisão, a fusão e a incorporação. Portanto, verifica-se que a interpretação gramatical ou literal, por si só, não socorre a análise da consulta em tela.

O normativo anterior à Lei n. 8.666/1993 a tratar da mesma matéria: Decreto-Lei n. 2.300/1983, apresentava uma redação mais clara para o dispositivo em exame, senão vejamos:

‘Art. 68. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, exceto se admitida no edital e no contrato, bem como a fusão, cisão ou incorporação, que afetem a boa execução deste.’

Não obstante a total desvinculação existente entre o legislador atual e o anterior, mas considerando que a redação do dispositivo sob exame possibilita mais de uma interpretação, pode-se utilizar da norma pretérita na tentativa de identificar a intenção legislativa embutida no inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993.

Como se pode observar, o Decreto-lei n. 2.300/1983 apontava a necessidade de rescisão do contrato firmado com empresas que sofressem fusão, cisão ou incorporação, desde que tais circunstâncias viessem a afetar a boa execução do contrato. Já quanto à subcontratação total ou parcial do objeto do contrato, sua cessão ou transferência, total ou parcial, ou à associação do contratado com outrem, diversamente do tratamento dado pelo inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, permitia a norma anterior tais ocorrências, quando expressamente admitidas no edital e no contrato.



Ao que pese a reunião de institutos jurídicos que em muito se diferenciam no mesmo dispositivo legal, a sugerir que tanto o Decreto-lei n. 2.300/1983 quanto a Lei n. 8.666/1993 não se valeram da melhor técnica legislativa, parece-me de todo evidente que ambos os normativos estabeleceram tratamento jurídico próprio para as distintas hipóteses de ingresso de terceiro na relação contratual. Entrementes, se em relação à subcontratação, à cessão ou transferência do contrato e à associação do contratado com outrem se mostra cristalina a vedação incondicional inaugurada pela Lei n. 8.666/1993 (salvo a exceção prevista no art. 72), o mesmo não se dá em relação aos institutos da fusão, da cisão e da incorporação, vez que ressaltou a Lei n. 8.666/1993 a possibilidade de que o edital e o contrato complementassem seu comando, ainda que dando margem à dúbia interpretação de seu sentido. De qualquer modo, oportuno registrar que a locução 'bem como' delimita o alcance da expressão 'não admitidas no edital e no contrato' à parte final do inciso VI do art. 78 da Lei de Licitações e Contratos, ou seja, às hipóteses de fusão, cisão e incorporação.

Perseguindo na busca da melhor exegese a ser dada ao inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, impõe fazer uso da interpretação sistemática. Nesse caminho, observo que interpretação que busque conferir à expressão 'não admitidas' o mesmo sentido de 'não permitidas', além de manter coerência com as demais sete vezes em que o termo admitido(a) foi utilizado(a), em nada afronta aos demais dispositivos da referida lei. Sobretudo se considerado que quando o legislador pretendeu autorizar determinado procedimento, reclamando sua previsão em edital, o fez de forma explícita, tal como ocorreu nos arts. 33 e 72.

O art. 33 fixa as condições a serem observadas para a participação de empresas em consórcio na licitação, quando expressamente permitida pela Administração. Situação em que caberá ao edital estabelecer, dentre outros aspectos, as condições de liderança da empresa responsável pelo consórcio. A associação da contratada com outrem, tratada no inciso VI do art. 78, a sua vez, conquanto deva ser entendida como consórcio entre duas ou mais empresas, não se confunde com a hipótese do citado art. 33. Vê-se, assim, que a interpretação do inciso VI do art. 78 ora proposta não vai de encontro ao art. 33, pois este último admite a possibilidade de participação de consórcio de empresas em procedimento licitatório, enquanto o primeiro trata de consórcio formado após a celebração do contrato, situação esta vedada, tanto pelo inciso VI do art. 78, quanto pelo § 2º do art. 33.

O art. 72, por seu turno, permite ao contratado, na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Parâmetro este a ser definido, por natural, no edital licitatório.

Nos casos de cisão, fusão e incorporação não há nenhuma condição específica a ser apontada no edital e no contrato. O único dispositivo que a meu ver complementa o alcance do inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, é o inciso XI do mesmo artigo, o qual reclama a rescisão contratual quando a alteração da estrutura da empresa prejudique a execução do contrato.

Ademais, caso se opte por manter o entendimento de que a interpretação correta para o dispositivo é a de que a reorganização empresarial já é motivo suficiente para a rescisão do contrato, pelo simples fato de não estar expressamente prevista no edital e no contrato, forçoso reconhecer a desnecessidade do inciso XI do art. 78, ao menos no que diz respeito à modificação da estrutura da empresa. Pois tal ocorrência, ainda que não prejudique a execução do objeto pactuado, já constituiria motivo a ensejar a rescisão contratual.

Valendo-me da máxima de que a lei não contém palavras inúteis, extraio que a **mens legis** do texto legal em vigor é a mesma do normativo revogado, qual seja: de que a fusão, a cisão ou a incorporação de empresa contratada autoriza a rescisão contratual, quando restar demonstrado prejuízo à execução do contrato.

Tendo por foco o texto constitucional, inclino-me no sentido de que interpretação conforme a Constituição é aquela que, preservando o relevante interesse público da conformidade do procedimento licitatório, não afasta valores outros igualmente resguardados na Carta Magna, tal qual o da livre iniciativa. Por tal princípio, atribui-se à iniciativa privada o papel de principal protagonista na produção e circulação de bens e serviços, cabendo ao Estado apenas uma função supletiva, conforme depreende-se do art. 173, além das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, estabelecidas no art. 174, ambos da Constituição Federal, **verbis**:

‘Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.’

A interpretação que melhor se coaduna com esse contexto de mínima interferência do Estado na vida econômica da Nação, ao que me parece, é aquela na qual se entende a expressão ‘não admitidas’ do inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993 como ‘não permitidas’ ou ‘vedadas’ no edital e no contrato.

Digo isto por considerar que os processos de reorganização societária, além de um direito, por não raras vezes expressam necessidade inafastável das empresas privadas. A fusão, a cisão e a incorporação ocorrem no mundo empresarial em função, sobretudo, da necessidade enfrentada pelas empresas de se manterem competitivas. A interpretação atualmente adotada pelo TCU engessa as empresas que são contratadas pela Administração, pois durante a vigência do contrato ficam tolhidas de passar por qualquer tipo de reorganização empresarial, a não ser que haja previsão no contrato e no edital, sob pena de rescisão do contrato. Ora, se a cisão, fusão e incorporação são práticas freqüentes no mundo empresarial, e se além de um direito, são elas muitas vezes necessárias à sobrevivência de empresas que atuam em mercados competitivos, a reorganização empresarial não deve ser tratada como uma exceção pela Administração Pública, que a permite apenas em alguns tipos de contratações. A administração deve, isto sim, vedar a reorganização empresarial em editais e contratos que abordem situações em que entenda que tal processo será, de fato, prejudicial para o interesse público.

Sobre o assunto, considero apropriado transcrever excerto do Voto Revisor do Exmo. Ministro Benjamin Zymler no TC 013.546/2002-0:

‘Não parece haver amparo jurídico para a interferência da Administração Pública na gerência de empresas que celebram contratos com a União. Restrição absoluta de as empresas realizarem fusão, cisão ou incorporação, somente pela existência de contrato administrativo ter o condão de tolher nesse nível a liberdade de as sociedades mercantis escolherem seus próprios caminhos de autoconformação.

Parece despropositado imaginar que um contrato administrativo de pequena monta possa impedir que empresa de elevado porte possa escolher o modelo societário mais conveniente

para fazer frente à evolução do mercado. Isso seria retirar da empresa condições de competitividade em mercados extremamente acirrados.'

No mesmo sentido caminham os comentários do Professor Marçal Justen Filho (Ob. cit. pp. 566/567):

'Não se afasta a aplicação do raciocínio antes desenvolvido em virtude da ausência de autorização expressa. A fórmula verbal consagrada na parte final do inc. VI do art. 78 deve ser bem interpretada. Quando a Lei se refere à modificação 'não admitidas no edital e no contrato', isso não significa exigência de prévia e explícita autorização para substituição do sujeito. Interpretação dessa ordem conduziria, aliás, a sério problema prático. É que nenhum edital prevê, de antemão, a livre possibilidade de cessão de posição contratual (...) Essa não é a regra norteadora da contratação administrativa.

Tem de reputar-se que a cessão de posição não será admitida, de modo algum, quando a contratação tiver sido avençada em virtude de condições específicas e peculiares do contratado, de modo que a modificação subjetiva importaria alteração radical na qualidade do objeto contratado.

Ou seja, o disposto no inc. VI tem de ser interpretado de modo consentâneo com a exigência contida no inc. XI: configura-se obstáculo insuperável à modificação subjetiva o risco de prejuízo à execução do contrato, tal como originalmente pactuado.

(...)

Em suma, não se exige a previsão de autorização expressa, mas a Lei alude à existência de vedação explícita, e cunho absoluto e intransponível.

(...)

O fundamento dessa interpretação reside no descabimento de vedações desvinculadas das circunstâncias ou do interesse público. Em princípio, pretende-se que o contrato, tal como derivou da licitação, seja fielmente executado. Mas isso não afasta a possibilidade de alterações supervenientes, objetivas ou subjetivas, especialmente quando o interesse público não esteja afetado (...).

Oportuno se faz destacar que o ilustre Professor registrou que os comentários a respeito do 'câmbio subjetivo na contratação administrativa' constantes da 10ª edição de sua obra retromencionada, os quais foram tecidos ao tratar do inciso VI do art. 78 da Lei de Licitações e Contratos, representam uma mudança de entendimento em relação às observações apresentadas nas edições anteriores.

Dois outros argumentos ainda não levantados nestes autos também concorrem para que a expressão 'não admitidas no edital e no contrato' seja entendida como 'vedadas no edital e no contrato'. O primeiro diz respeito à possibilidade de sujeição da contratada às consequências capitaneadas no art. 80 Lei n. 8.666/1993. Ora, se a reestruturação societária é prática não defesa em lei e, por vezes, indispensável à manutenção da empresa, seria lícito atribuir à empresa contratada a responsabilidade pela rescisão contratual levada a cabo pela Administração exclusivamente pelo fato de ter a empresa passado por processo de fusão, cisão ou incorporação não previsto no edital e no contrato? O segundo argumento, conseqüente do primeiro, diz respeito à possibilidade de ampliação da competição. É possível que empresas não participem de licitações para não ficarem sujeitas às obrigações decorrentes da rescisão do contrato, que lhe seriam forçosamente impostas caso elas sofressem qualquer tipo de reestruturação empresarial que não estivesse expressamente permitida no edital e no contrato, reestruturação esta, frise-se, não proibida em lei. Caso seja adotada nova interpretação para o inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, após a devida divulgação, empresas que atualmente não participam de licitações por estarem

planejando algum tipo de cisão, fusão ou incorporação, poderiam vir a participar. Necessário se faz registrar que essa ampliação da competição entre licitantes toma contornos ainda maiores ao se considerar que as reorganizações empresárias são práticas cada vez mais freqüentes no mundo moderno, como resultado da intensificação da competição entre as empresas, conforme já comentei neste parecer.

Pelas razões expostas, este representante do Ministério Público opina no sentido de que:

- com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei n. 8.443/1992, c/c o art. 264 do RI/TCU, seja a presente consulta conhecida;

- seja informado ao consulente que:

- a) é possível a celebração de novos contratos, assim também, a continuidade dos contratos já celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, cisão ou incorporação posterior ao processo licitatório, desde que: sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei n. 8.666/1993, originalmente previstos na licitação; sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original; a modificação na estrutura da empresa não prejudique a execução do objeto pactuado;

- b) de acordo com o inciso VI do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, constituem motivo para rescisão do contrato:

- b.1) a fusão, a cisão e a incorporação expressamente vedadas no edital e no contrato; e

- b.2) a subcontratação total ou parcial do objeto, a associação do contratado com outrem e a cessão ou transferência, total ou parcial (salvo a exceção prevista no art. 72 da mesma Lei)."

#### VOTO

Trago à apreciação deste Plenário consulta formulada pelo então Ministro de Estado dos Transportes, Sr. Alfredo Nascimento, vazada nos seguintes termos:

"Em estrito cumprimento do princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração, evitando prejuízos para o erário e para os administrados, a serem materializados com a realização de nova licitação, que decerto redundaria em propostas muito superiores às então obtidas, e na demora considerável para a conclusão de outro certame, se dada à não proibição no edital e no contrato, este Ministério pode, obedecidas as condições estabelecidas nos subitens 9.1.2 e 9.1.3 do multicitado Acórdão 1.108/2003-Plenário, manter vigentes contratos cujas contratadas venham a ser submetidas a processo de cisão, incorporação e fusão e, se, pelas mesmas razões, pode contratar licitante que, antes da celebração do contrato, tenha passado por um desses processos?"

2. Em outros termos, o ilustre consulente deseja ver confirmada por esta Corte a suficiência de apenas dois dos três requisitos estabelecidos pelo Acórdão 1.108/2003-Plenário para celebração ou continuidade de contrato com empresa resultante da cisão, fusão e incorporação de empresa fusão, quais sejam, aqueles constantes dos subitens 9.1.2 – que fala da observância, pela nova empresa das condições de habilitação prevista na licitação original – e 9.1.3 – manutenção das condições originais do contrato. Em sua consulta, o Sr. Ministro dos Transportes sustenta que, à luz do dispositivo da Lei de Licitações que trata do assunto, não seria necessária a autorização expressa no edital e no contrato para a continuidade ou celebração do contrato com a empresa cindida, incorporada ou fundida, que é o requisito previsto no subitem 9.1.1 do referido Acórdão, veiculador da posição desta Corte até o presente momento.

3. Como bem apontado nos pareceres emitidos nos autos, o cerne da questão em discussão reside na exegese que se deve dar ao disposto no art. 78, inciso VI, da Lei

8.666/1993, que admitiria duas interpretações, como se pode perceber do seu texto, **in verbis**:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

4. As interpretações possíveis referem-se ao significado literal da expressão “não admitidas no edital e no contrato”. Uma primeira interpretação, aquela que esta Corte consagrou no Acórdão 1.180/2003-Plenário, em caráter normativo, toma o verbo “não admitir” no sentido de “não prever”. Por ela, as diversas contingências mencionadas na norma, caso ocorram, dão causa à extinção do contrato, se o edital ou termo próprio não disciplinar expressamente a possibilidade de continuidade da avença. A Sr<sup>a</sup> Analista responsável pela instrução da presente consulta no âmbito da 1<sup>a</sup> Secex advoga, após proceder a uma revisão dos motivos que levaram o Tribunal a prolatar o Acórdão 1.108/2003-Plenário, a manutenção do entendimento inicial ali fixado, prestigiando essa interpretação do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.

5. A bem da verdade, ao fixar o entendimento de que o silêncio do edital retiraria ao gestor a possibilidade de prosseguir com a contratação em caso de reorganização empresarial da contratada, o Tribunal não cerrou fileiras em torno desse ponto. Concedeu, diversamente, que as circunstâncias do caso concreto poderiam, em vista do interesse público, prevalecer sobre a falta de previsão editalícia, e determinar a continuidade da contratação. É o que se infere do seguinte excerto do Voto do eminente Ministro Ubiratan Aguiar, relator dos autos subjacentes daquela multirreferida deliberação:

“14. Entendo, sim, que a falta de previsão, no edital e no contrato, da possibilidade de fusão, cisão ou incorporação enseja a rescisão do contrato [justamente porque se deu à expressão “não admitidas” o significado literal de “não previstas”]. Uma eventual decisão em contrário de um gestor no caso concreto só pode ser analisada em função das circunstâncias que envolvem a situação específica. Ressalte-se, aliás, que a previsão no edital, além de atender expressa disposição de lei, mitiga uma eventual violação ao princípio da licitação.”

6. A discussão posta nestes autos oferece interpretação segundo a qual a indisponibilidade do princípio licitatório não seria o valor máximo protegido pelo dispositivo em análise da Lei 8.666/1993. Essa segunda interpretação, esposada pelo Sr. Diretor Técnico da 1<sup>a</sup> Secex e pelo douto Ministério Público junto à Corte, dá à expressão em comento o sentido de possibilidade de estar vedado no edital ou no contrato o prosseguimento do contrato na eventualidade de que ocorra uma das hipóteses previstas naquele dispositivo. Assim, se não há vedação editalícia expressa, a administração estaria livre para prover a sobrevida contratual, consideradas as circunstâncias, caso sobrevenha alguma espécie de alteração da personalidade da contratada ou de ingresso de terceiro na relação contratual, proporcionada pela ocorrência de quaisquer dos institutos citados na norma.

7. De acordo com a 1<sup>a</sup> Secex, essa última interpretação se conformaria mais adequadamente à regra geral de que a extinção do contrato inconcluso é prejudicial à Administração Pública, por acarretar a paralisação dos serviços, a realização de uma nova licitação, com todas as incertezas que cercam esse complexo procedimento administrativo, sujeito a todo tipo de delongas, e sem garantias de que resulte em solução economicamente superior à que estava cristalizada na contratação original.

8. A Unidade Técnica lembra também que, quando a Lei 8.666/1993 obriga a que o edital da licitação expressamente disponha sobre determinado assunto, o faz valendo-se do termo “prever”, sem deixar margem a que o administrador exima-se da tarefa de regulamentar o ponto exigido. Isso ocorre em mais de sessenta passagens do corpo da lei. O mesmo não ocorre nas oito vezes em que o legislador utilizou-se da expressão “não admitido”, nas quais há sempre espaço para que se pense ou em regulamentação editalícia obrigatória, sob pena de efeito proibitório para as soluções não previstas, ou, inversamente, em disciplina facultativa, em que uma ou mais soluções são previa e expressamente vedadas, de acordo com as características peculiares de cada contratação.

9. O representante do Ministério Público, por seu turno, colaciona relevante lição do renomado professor Marçal Justen Filho, segundo quem não só não há necessidade de regulamentar, sempre e de antemão, a possível superveniência de reestruturação empresarial da contratada, como se verifica na prática, como uma tal regulamentação só se justificaria se houver, da parte da Administração Pública, sensível interesse em manter estritamente o mesmo sujeito na relação contratual, sem qualquer alteração. A tese é manifestamente forte porque, evidentemente, os contratos se distinguem pelo nível de interferência da pessoa da contratada no objeto perseguido. O sentido teleológico da norma em comento seria, então, o de permitir ao administrador, ao mensurar o transtorno que seria produzido por uma eventual alteração subjetiva prejudicial, prescrever desde logo a conseqüente rescisão contratual, pondo-se a salvo de maiores questionamentos, inclusive judiciais, contrários a essa medida e que certamente adviriam com mais força caso não houvesse o respaldo legal, editalício e contratual.

10. O douto Ministério Público detém-se na demonstração exaustiva da compatibilização sistemática do novo sentido que se quer dar à fórmula textual empregada no art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, não encontrando, a cada confrontação do dispositivo com outros artigos da mesma lei, nada que desautorize a noção de que o legislador, ao invés de obrigar, e ademais conferir efeitos proibitórios à eventual omissão, na verdade facultou a regulamentação do tema em cada edital, de acordo com as peculiaridades envolvidas, como o prefalado grau de interferência subjetiva da contratada na realização do objeto. Seria até despidendo dizer que, nessa tarefa, houve-se muito bem.

11. Com efeito, manifesto desde logo aderência a todos os argumentos esgrimidos pelo Sr. Diretor da 1ª Secex e pelo douto Ministério Público junto a esta Corte, com cujas conclusões ponho-me também de acordo, permitindo-me apenas fazer alguns poucos acréscimos e uma pequena ressalva.

12. Penso não restar dúvidas de que a rescisão do contrato pós-reestruturação da contratada, ao invés de regra, tem na verdade caráter excepcional, uma vez que, por princípio, a atividade administrativa não pode estar sujeita à ruptura causada por atos dos administrados, totalmente alheios à vontade e à capacidade de interferência do administrador público. Natural que, só diante da periclitção de um valor maior, poderia a lei vulnerar tal princípio da continuidade administrativa, sob pena de se estar criando desnecessariamente mais um fator de inconclusividade dos contratos públicos, não bastasse a diversificada genealogia de entraves ao linear andamento das ações administrativas existentes em nosso país. Porém, entendo que tal valor não seria o princípio constitucional da licitação.

13. De fato, se o contrato já existe e o intento do administrador é simplesmente o de assegurar o normal prosseguimento da avença, não se pode acusá-lo de malferir a lei de licitações pelo simples motivo de que a licitação já foi feita, ou foi dispensada na forma



devida, conforme o caso. De fato, se não há desnaturação do contrato, principalmente uma alteração essencial do objeto ou da equação econômico-financeira advinda da licitação, o procedimento permanece inteiramente válido, sendo até contraproducente desconsiderá-lo, com desperdício de tempo e dinheiro além de atraso na execução do objeto pretendido.

14. Há, sim, certa despersonalização quando ocorre a reestruturação empresarial da contratada, afetando a natureza **intuito personae** dos contratos administrativos, mas tal despersonalização, como ficou evidenciado no voto condutor do Acórdão 1.108/2003, não é absoluta nos casos de cisão, incorporação ou fusão, ao contrário do que ocorre na sub-rogação e, possivelmente, na subcontratação total. Se a execução do objeto do contrato não poderá ser afetada pela nova formatação societária da contratada, nada impede que o novo sujeito possa legitimamente sucedê-la em todas as obrigações avençadas, podendo inclusive fazê-lo em melhores condições, como se pode presumir principalmente nos casos de fusão ou incorporação.

15. O que esta Corte não tem admitido, aí, sim, por ofensa ao princípio licitatório, entre outros, é a transformação da relação contratual em objeto de mercado, viabilizada pelo instituto da sub-rogação contratual, já devidamente repudiado por esta Corte desde a fixação do entendimento constante do subitem 8.5 da Decisão Plenária 420/2002. Mas, parece-me claro que os institutos da cisão, incorporação e fusão, como mecanismos de adaptação das empresas às contingências de mercado, voltados para a preservação ou incremento de produtividade, não se prestam como veículo de transações obscuras envolvendo contratos públicos.

16. Cabe ressaltar o acerto do Ministério Público em integrar, pela via sistemática, a interpretação do inciso VI do art. 78 com a do inciso XI do mesmo dispositivo da Lei 8.666/1993, que diz ser também motivo de rescisão contratual “a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato”. Em certo sentido, essa última disposição, voltada para modificações societárias ocorridas no âmbito interno da contratada, abrange os institutos da cisão, fusão e incorporação, que, em termos práticos, nada mais são que uma alteração da estrutura das empresas envolvidas, sendo cabível exigir-se que a permanência do contrato firmado com empresa cindida, fundida ou incorporada esteja condicionada à não prejudicialidade da execução do objeto por causas vinculadas à reestruturação. Até mesmo porque, como já dito, se uma eventual prejudicialidade decorrente da alteração societária puder de algum modo ser presumida com a devida antecedência, isso já seria motivo bastante para a expressa previsão em edital da rescisão subsequente à reestruturação.

17. Uma ressalva que faço à proposição de mérito do Ministério Público diz respeito à referência aos institutos da subcontratação total ou parcial, da associação do contratado com outrem e da cessão ou transferência, total ou parcial, os quais, no entender do ilustre parecerista, seriam motivo de rescisão do contrato, ressalvado o previsto no art. 72 da Lei 8.666/1993, autorizador da subcontratação de parte do objeto nos limites admitidos pela administração. Não é que a proposição deva ser objetada, mas entendo que, como a consulta não versa especificamente sobre essas formas de terceirização contratual, torna-se dispensável manifestação desta Corte sobre a questão, ainda mais em caráter normativo, como é próprio das respostas às consultas que lhe são formuladas.

18. Com todos os cuidados apontados acima, e sempre atento aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, vejo ainda necessidade de que se reserve expressamente espaço para a ação discricionária da Administração a ser desencadeada em resposta a particularidades de que tenha conhecimento acerca da



reestruturação e que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública. Por isso mesmo, impõe-se ao administrador público acompanhar os procedimentos afetos à reestruturação de empresas que tenham contratos com o poder público, por tudo importando que o gestor, em ato formal próprio, expresse, de maneira fundamentada, sua anuência ou discordância com a continuidade da contratação com a empresa resultante da fusão, cisão ou incorporação. Devo lembrar que um pronunciamento prévio da autoridade competente acerca da continuidade do contrato será sempre necessário até para que se possa avaliar do atendimento às demais condicionantes relacionados neste Voto

19. Necessário enfatizar que a exigência da anuência prévia e expressa da Administração formalizando a decisão sobre a manutenção do contrato não quer dizer que o Poder Público deva ter ingerência nos acertos empresariais tendentes à reestruturação da empresa contratada. Tais acertos, é bom frisar, estão adstritos exclusivamente aos particulares neles envolvidos. Longe de franquear interferência indevidas, o que se pretende é que, por uma questão de observância ao princípio da supremacia do interesse público, possa o Poder Público assegurar-se de que os arranjos particulares guardam compatibilidade com aquele interesse maior.

20. Por último, entendo que uma cópia do acórdão que vier a ser prolatado no presente processo, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, a ser remetida ao consulente na forma usual, deva também ser encaminhada à Presidência da Câmara dos Deputados, cujo titular, à época, atuou como consulente no processo de Consulta em que foi proferido o Acórdão 1.108/2003-Plenário, fixando o entendimento ora objeto de alteração parcial.

Ante o exposto, enaltecendo o valor das contribuições agregadas aos autos pelos pareceres emitidos no âmbito da 1ª Secex e pelo douto representante do Ministério Público, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à elevada apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 18 de abril de 2007.

**AUGUSTO NARDES**

*Ministro-Relator*

ACÓRDÃO Nº 634/2007- TCU - PLENÁRIO

**1. Processo: TC-009.072/2006-0, apenso: TC 027.656/2006-7.**

2. Grupo: I; Classe de Assunto: III – Consulta.

3. Interessado: Exmº Sr. Ministro de Estado dos Transportes Alfredo Nascimento.

4. Entidade: Ministério dos Transportes.

**5. Relator: Ministro Augusto Nardes.**

**6. Representante do Ministério Público: Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé.**

7. Unidade Técnica: 1ª Secex.

8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Consulta formulada pelo Ministro de Estado dos Transportes Alfredo Nascimento, versando sobre a suficiência de apenas dois dos três requisitos estabelecidos pelo Acórdão 1.108/2003-Plenário para celebração ou continuidade de contrato com empresa resultante da cisão, fusão e incorporação de empresa,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente consulta, para, alterando o entendimento consubstanciado no Acórdão 1.108/2003-Plenário, responder ao consulente que, nos termos do art. 78, incisos VI e XI, da Lei 8.666/1993:

9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

9.1.1.4. anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;

9.1.1.5. a presente resposta à consulta

9.2. deixar assente que o entendimento firmado na presente Consulta aplica-se tão-somente aos institutos jurídicos da cisão, fusão e incorporação;

9.3. dar ciência deste Acórdão ao Ministério dos Transportes e à Presidência da Câmara dos Deputados;

9.4. arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 15/2007 – Plenário

11. Data da Sessão: 18/4/2007 – Ordinária

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0634-15/07-P

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro.

13.2. Auditor convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Presidente

AUGUSTO NARDES  
Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO  
Procurador-Geral