

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**  
**Proc. de Termos Licitações e Contratos -**

PARECER Nº: 0490/2017

PROCESSO:2017.02.003115

INTERESSADO: Alliage S/A Industrias Médico Odontologica

ÓRGÃO DE ORIGEM: SECRETARIA DA SAÚDE

ASSUNTO: Consultiva Administrativa - Licitações/Edital - Pregão Eletrônico

1. Trata-se de consulta acerca de possível alteração subjetiva em contratação administrativa decorrente de reorganização societária da suposta contratada (no caso, incorporação). Em verdade, extrai-se dos autos a existência de certame licitatório (Pregão Eletrônico n. 007/2015-CPLMSA) e Ata de Registro de Preços dele decorrente (ARP n. 056/2016). Embora haja nos autos a minuta do contrato como anexo do Edital, não se tem notícia da formulação contratual em específico (instrumento contratual), sendo certo que os fornecimentos até agora foram efetivados com fundamento no art. 62, §4º da Lei de Licitações (substituição do contrato pela nota de empenho "nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica").

2. A questão que surge, pois, diz respeito à possibilidade de manutenção do liame (Ata e/ou contrato) com empresa que, diante de reorganização societária, foi incorporada por outra. É que, repisa-se, a Lei de Licitações traz previsão expressa sobre o caráter personalíssimo do contrato administrativo (relação *intuitu personae* que, por certo, abrange instrumentos como as Atas de Registro de Preços), sendo certo apontar como decorrência lógica do certame licitatório a ilação de que a contratação deverá recair obrigatoriamente sobre aquele sujeito de direito que se candidatou à prestação do objeto licitado. Nesse sentido, a Lei indica como possível motivo ensejador de rescisão contratual a “*fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato*” (Lei Federal n. 8.666/93, art. 78, VI). Assim, uma vez que a pessoa contratada pela

Administração seja alvo de processos mercadológicos de transformação societária, ter-se-ia como consequência a ruptura do lastro inicial de contratação.

3. Em um primeiro plano, necessário apontar que a ocorrência de uma transformação societária na pessoa do contratado não é motivo idôneo para que, per se, se opere a rescisão contratual. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência são uníssonos em declarar a necessidade de leitura contingencial do dispositivo legal (art. 78, VI), a abarcar apenas as situações em que a operação societária seja manejada com intuito de burla à licitação, o que não ocorre no presente caso. Mais do que isso, não há dúvidas que a mesma estrutura empresarial que participou do certame está prestando os serviços de forma idônea e satisfatória (ainda que em uma configuração alargada, decorrente da incorporação).

4. Contundente, nesse sentido, a lição de Ronny Charles Lopes de Torres, ao salientar a necessidade de se ponderar, para fins de constatação de eventuais vícios, se a alteração estatutária da empresa afetou a obtenção da melhor proposta ou mesmo a isonomia dos licitantes: Não havendo prejuízo e mantida a proposta conseguida através do certame público, parece-nos que a posição conservadora de que a alteração subjetiva implicaria desrespeito aos princípios comezinhos da Licitação é descabida. Ao revés, o tratamento radical que impinge à Administração rescindir um contrato tido como proveitoso, por conta de tais mudanças estatutárias, é que afronta o princípio da eficiência e a busca pela melhor proposta.

5. Ainda no ambiente doutrinário, Joel de Menezes Niebuhr indica os excessos que podem decorrer de uma interpretação rasa e binária da legislação de regência (art. 78, IV). Nas palavras do referido autor – e sobre as transformações societárias –, "o legislador, em exagero, quis evitar que tais operações sejam utilizadas para maquiar a transferência de contrato administrativo. Ocorre que tais operações são em tudo freqüentes e atualmente fazem parte da mecânica ordinária do capitalismo. Portanto,

para harmonizar o dispositivo com a realidade de mercado, é forçoso abrandar os efeitos dele, negando a tese de que a fusão, cisão ou incorporação por si só ensejaria a rescisão do contrato. Nesse passo, defende-se a tese de que a fusão, cisão ou incorporação somente demandaria a rescisão do contrato se elas importem prejuízo para a sua execução, o que deve ser analisado caso a caso.

6. No mesmo sentido, o TCU tem evoluído seu entendimento para salientar que, para a satisfação do interesse público, deve ser admitida a continuidade do contrato após eventual incorporação, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital ou no contrato. É o que se extrai de resposta à Consulta formulada ao Tribunal pelo Ministério dos Transportes, cuja ementa bem sintetiza a questão:

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. (TCU – Acórdão 634/2007 – Plenário – Rel. Min. Augusto Nardes – Julgamento em 18.4.2007)

7. Ainda na temática, é certo que os precedentes demonstram o elenco de requisitos para que se tenha a continuidade contratual decorrente de incorporação, com a assunção da relação contratual pela incorporadora. Eis a suma de tais requisitos: 1)

manutenção da habilitação técnica (o que ocorre, inegavelmente, quando a estrutura societária que detinha o contrato é incorporada à outra); 2) manutenção das condições contratuais (o que ocorre no presente caso, eis que inexistente qualquer alteração na relação anteriormente havida, ainda que lastreada apenas nas notas de empenho); 3) não haja prejuízo à execução do contrato (o que é atestado pela Secretaria consultente); 4) anuência da Administração diante da aferição dos requisitos anteriores (o que ocorre no caso concreto).

8. Por ora – e em termos práticos –, é de ver-se que a Ata já perdeu seu prazo de validade, não sendo oportuna sua alteração. O que deve restar registrado, no entanto, é a possível manutenção dos fornecimentos havidos após a alteração subjetiva da empresa detentora da Ata (desde que ainda no período de sua validade). Assim, vislumbro possível a manutenção de tais fornecimentos, eis que exposto nos autos o cumprimento dos requisitos acima mencionados. Em termos formais, cabe à Secretaria consultente a simples reemissão do empenho em face do novo sujeito ou, até mesmo (e caso o fornecedor assim entenda cabível), uma simples apostila à atual nota de empenho a fim de registrar a alteração subjetiva do fornecedor em função da incorporação.

9. Ao final – e na linha do que exposto no pleito da Secretaria consultente –, serve o presente opinativo como possível guia para situações análogas vindouras.

À consideração superior.

Recife, 07 de agosto de 2017

Bruno Santos Cunha  
Procurador do Município do Recife  
Matrícula 87.476-8 - OAB/PE 1.033-B