

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).

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.

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”.

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.

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 a 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 Sunfeld 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 constituiriam 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 conseqüências 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 conseqüência 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