

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 0J /2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.000226/2015-22

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO NÃO PREVISTA NO EDITAL E NO CONTRATO. ALTERAÇÃO SUBJETIVA.

I. Havendo no edital ou no contrato administrativo disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação, impõe-se a rescisão do contrato administrativo, observado o devido processo legal.

II. Possibilidade, em tese, da celebração de termo aditivo de alteração subjetiva contratual diante de fusão, cisão ou incorporação não previstas no edital e no contrato administrativo regido pela Lei n.º 8.666/93, desde que atendidos, mediante exame motivado do gestor público em cada caso concreto, os seguintes requisitos gerais: a) 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; b) manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original; c) inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e d) anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato.

III. Deve ser observada, ainda, em cada caso concreto, a possibilidade de regulamentação em legislação especial, a exemplo do Decreto n.º 6.654/2008, que aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicação prestado em Regime Público, estabelecendo requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da respectiva agência reguladora, a ANATEL, quanto à emissão em ato próprio de transferência de cada uma das outorgas alcançadas pela operação de reorganização societária. Nesta situação é recomendada à Administração diligenciar junto à contratada a obtenção do ato que transfere a respectiva outorga para prestação do serviço específico na respectiva

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.

área de atuação, de sorte a demonstrar a manutenção das condições de qualificação técnica da empresa exigidas pelo edital de licitação.

IV. Não havendo no edital nem no contrato administrativo nenhuma disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação não prevista no edital e no contrato, a Administração tem o poder discricionário de proceder à verificação do cumprimento dos requisitos gerais e, em sendo o caso, especiais, não tendo, portanto, a empresa o direito subjetivo exigível quanto à continuidade do contrato administrativo, o que, deve ser objeto de acurado exame em cada caso concreto.

V. Deve o gestor atentar, ainda, para a intenção do legislador de evitar que as operações de cisão, fusão e incorporação sejam utilizadas para maquiagem e transferência do contrato administrativo, de natureza *intuitu personae*, sempre alerta aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública.

VI. Não se tem admitido por ofensa ao princípio licitatório, entre outros, a transformação da relação contratual em objeto de mercado, viabilizada pelo instituto da sub-rogação contratual, em relação ao qual também deve ser observado o disposto no PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013 e na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013, sobre a recomendação de vedação à subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida a apresentação de atestado que comprove a execução do objeto com características semelhantes, salvo na licitação regida pelo regime diferenciado de contratação - RDC, que possui disciplina específica.

VII. A matéria é tratada no mesmo sentido na Lei n.º 12.462/2011, que institui o regime diferenciado de contratações públicas-RDC, disciplinado pelo Decreto n.º 7.581/2011, nos moldes do art. 67 do regulamento.

VIII. Registra-se a possibilidade do gestor efetuar diligências que se fizerem necessárias visando subsidiar sua decisão, a exemplo da recomendação de verificação de que o CNPJ das empresas estão ativos perante a Secretaria da Receita Federal, sem prejuízo de outras medidas.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:



- I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e
- III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da discussão em torno da possibilidade jurídica, em tese, da celebração de termo aditivo de alteração subjetiva contratual diante de fusão, cisão ou incorporação não previstas no edital e no contrato administrativo regido especificamente pela Lei n.º 8.666/93.

5. É o relatório.

DA FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO NÃO PREVISTAS NO EDITAL E NO CONTRATO ADMINISTRATIVO REGIDO PELA LEI N.º 8.666/93.

6. A matéria dos efeitos da fusão, cisão ou incorporação nos contratos administrativos é tratada na Lei n.º 8.666/93, nos termos a seguir:

"Art. 78 Constituem motivo para a 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;" (destaque)

7. Uma interpretação literal do dispositivo acima transcrito conduz à conclusão de que a fusão, a cisão ou a incorporação não autorizada pelo edital e pelo contrato, por si só, implicaria na rescisão do contrato administrativo celebrado. *Contrario sensu*, apenas seria possível a



alteração contratual subjetiva se a fusão, cisão ou a incorporação estivesse previamente admitida pelo instrumento convocatório e pelo contrato celebrado, observados os requisitos previstos no instrumento editalício e no contrato.

8. Esse raciocínio, contudo, não resiste a uma análise mais acurada. Transcreve-se, sobre o assunto, por sua clareza, as lições de Joel de Menezes Niebuhr (in *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 974/975):

“O inciso VI do art. 78 da Lei n.º 8.666/93 opõe-se também às operações de fusão, cisão ou incorporação que envolvem o contratado, o que constitui medida excessiva. O legislador, em exagero, quis evitar que tais operações sejam utilizadas para maquiar a transferência do contrato administrativo. Ocorre que tais operações são em tudo frequentes 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 em cada caso.

A propósito, não faz qualquer sentido referir à fusão, cisão, ou incorporação admitidas no edital e no contrato. Ora, tais figuras são instrumentos empresariais estranhos à Administração contratante. Quer dizer que a Administração não deve permitir ou proibir fusão, cisão ou incorporação. É difícilimo, registra-se, encontrar edital ou contrato que sequer faça menção ao assunto.” (grifos)

9. No mesmo sentido, leciona Marçal Justen Filho (in *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 812/813) que:

“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 admitida no edital e no contrato”, isso não significa exigência da 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. Nem teria sentido promover licitação e, concomitantemente, estabelecer que o vencedor poderia transferir, como e quando bem o entendesse, os direitos provenientes da contratação. 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.” (original não destacado)

10. Em suma, deve-se refutar, salvo melhor juízo, a interpretação de que, se não houver prévia autorização editalícia e contratual para a modificação subjetiva, a fusão, a cisão e a incorporação não previstas no edital e no contrato da empresa contratada levaria sempre à rescisão do contrato administrativo celebrado. O que importa, em verdade, é se a reorganização da empresa originalmente contratada e sua substituição acarretarão riscos à



execução da prestação contratual, nos moldes em que originalmente avençada, independente de prévia autorização do edital licitatório e do contrato administrativo sobre a fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada.

11. A questão deve ser tratada, pois, à luz da interpretação conjugada e sistemática do art. 78, incisos VI e XI, da Lei n.º 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 78 Constituem motivo para a 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;

(...)

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato.” (destaques)

12. Outro não é o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o assunto, como se extrai do Voto do Ministro Relator do Acórdão n.º 634/2007-Plenário, nos seguintes termos:

“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 periclitada 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 *intuitu 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 subseqüentemente à reestruturação.” (g.n.)

13. Em conclusão, a Corte de Contas, por meio do Acórdão n.º 634/2007-Plenário, considerou ser viável a manutenção de contratos administrativos cujas contratadas tenham passado por processos de fusão, cisão ou incorporação, ainda que o edital e o contrato não contenham qualquer regramento sobre o tema, desde que observadas, para tanto, as seguintes condições:

“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. (Acórdão n.º 634/2007- TCU – PLENÁRIO)” (grifos)

13. Registro, por oportuno, que referido acórdão foi emitido em resposta à consulta formulada pelo Ministro de Estado dos Transportes, razão pela qual aludida decisão possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese nele veiculada, por expressa disposição do art. 1º, inciso XVII, e § 2º, da Lei n.º 8.443/92 no tocante aos institutos jurídicos da cisão, fusão e incorporação.

14. Quanto ao exame dos requisitos fáticos, a serem objeto de exame específico em cada caso concreto, convém destacar o seguinte trecho do Voto do Ministro Relator do Acórdão n.º 634/2007 – TCU – Plenário, nos seguintes termos:

“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 o 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 interferências 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.” (g.n.)

15. A decisão administrativa acerca da anuência ou discordância em relação à continuidade de cada contratação, portanto, deve ser devidamente motivada pelo gestor, até mesmo em atenção ao disposto no art. 50, inciso I, da Lei n.º 9.784/99, segundo o qual “*Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*”.



16. Por sua vez, não é demais destacar que os institutos da fusão, cisão e da incorporação de empresas são previstos e regulados de um modo geral na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e no Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), sem prejuízo da possibilidade de regulamentação em legislação especial, a exemplo do Decreto n.º 6.654/2008, que aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicação prestado em Regime Público, estabelecendo requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da respectiva agência reguladora, a ANATEL, que, por exemplo, primeiro delibera acerca da anuência prévia à reorganização societária do grupo empresarial, estabelece condição de transferência de concessão do serviço para em ato próprio posterior transferir cada uma das outorgas alcançadas pela operação de reorganização societária, situação na qual é recomendado à Administração diligenciar junto à contratada a obtenção do ato que transfere a respectiva outorga para prestação do serviço específico na respectiva área de atuação, de sorte a demonstrar a manutenção das condições de qualificação técnica da empresa exigidas pelo edital, bem como verificar se o CNPJ da(s) empresa(s) estão ativos, por exemplo, perante o Site da Secretaria da Receita Federal.

17. A título exemplificativo, a incorporação, segundo o art. 219 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), é causa de extinção da sociedade, tendo sido conceituada pelo art. 227 do mesmo diploma legal como *"a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações"*.

18. No mesmo sentido, prevê o art. 1.116 do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) que *"Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos"*.

19. Assim, em tese, é cabível a aplicação do art. 227, da Lei n.º 6.404/76 ao contrato administrativo regido pela Lei n.º 8.666/93, com fulcro no art. 54, da Lei n.º 8.666/93 (Art. 54. *Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*), desde que a incorporação não prejudique a execução do contrato, o que deve ser verificado pelo gestor e pelo fiscal do contrato no caso concreto, acostando aos autos a respectiva justificativa, acompanhada de elementos comprobatórios, com a decorrente celebração do respectivo termo aditivo, precedido de exame jurídico prévio pelo respectivo órgão de Consultoria jurídica local, nos termos do art. 38, parágrafo único, da lei de licitações e contratos.

20. Não havendo no edital nem no contrato nenhuma disposição que vede, por exemplo, a sucessão da empresa contratada por incorporação, a Administração tem o poder



discricionário de proceder à verificação do cumprimento das exigências indicadas pelo TCU no Acórdão 634/2007 Plenário.

21. De outro lado, caso a incorporação, por exemplo, prejudique a execução do contrato, o gestor público tem o poder e o dever de promover a rescisão contratual, observada a necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa prévia.

22. Digno de registro que o legislador quis evitar que as operações de cisão, fusão e incorporação sejam utilizadas para maquiar a transferência do contrato administrativo, de natureza *intuitu personae*, razão pela qual não se 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, em relação ao qual esta Câmara possui o seguinte entendimento:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. VEDAÇÃO À SUBCONTRATAÇÃO DO PRINCIPAL DO OBJETO.
CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013:

POR FORÇA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO Nº 3.144/2011-PLENÁRIO DO TCU, E BUSCANDO UNIFORMIZAR O SEU ATENDIMENTO POR PARTE DE TODAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, É RECOMENDÁVEL A VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DO PRINCIPAL DO OBJETO, ENTENDIDO ESTE COMO O CONJUNTO DE ITENS PARA OS QUAIS, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL, FOI EXIGIDA APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS QUE COMPROVASSEM EXECUÇÃO DE SERVIÇO COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES, SALVO SE TRATAR-SE DE LICITAÇÃO REGIDA PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO - RDC, QUE POSSUI DISCIPLINA ESPECÍFICA.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013.

23. Com todos os cuidados apontados acima, e sempre atento aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, tem-se 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, não tendo a empresa contratada o direito subjetivo exigível perante à Administração quanto à continuidade do contrato administrativo, o que, deve ser objeto de acurado exame em cada caso concreto.

24. Registra-se a possibilidade do gestor efetuar diligências que se fizerem necessárias, a exemplo da recomendação de certificar-se de que o CNPJ das empresas estão ativos perante a Secretaria da Receita Federal, sem prejuízo de outras medidas, visando subsidiar sua decisão.

25. Por fim, a matéria é tratada no mesmo sentido na Lei n.º 12.462/2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas-RDC, disciplinado pelo Decreto n.º 7.581/2011, nos moldes do regulamento a seguir:



“Art. 67. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais, legais e regulamentares.

§ 1º Não haverá rescisão contratual em razão de fusão, cisão ou incorporação do contratado, ou de substituição de consorciado, desde que mantidas as condições de habilitação previamente atestadas.”

26. Pelo exposto, podemos enunciar as conclusões abaixo:

a) Havendo no edital ou no contrato administrativo disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação, impõe-se a rescisão do contrato administrativo, observado o devido processo legal.

b) Possibilidade, em tese, da celebração de termo aditivo de alteração subjetiva contratual diante de fusão, cisão ou incorporação não previstas no edital e no contrato administrativo regido pela Lei n.º 8.666/93, desde que atendidos, mediante exame motivado do gestor público em cada caso concreto, os seguintes requisitos gerais: a) 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; b) manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original; c) inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e d) anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato.

c) Deve ser observada, ainda, em cada caso concreto, a possibilidade de regulamentação em legislação especial, a exemplo do Decreto n.º 6.654/2008, que aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicação prestado em Regime Público, estabelecendo requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da respectiva agência reguladora, a ANATEL, quanto à emissão em ato próprio de transferência de cada uma das outorgas alcançadas pela operação de reorganização societária. Nesta situação é recomendado à Administração diligenciar junto à contratada a obtenção do ato que transfere a respectiva outorga para prestação do serviço específico, de sorte a demonstrar a manutenção das condições de qualificação técnica da empresa exigidas pelo edital de licitação.

d) Não havendo no edital nem no contrato administrativo nenhuma disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação não prevista no edital e no contrato, a Administração tem o poder discricionário de proceder à verificação do cumprimento dos requisitos gerais e, em sendo o caso, especiais, não tendo,

portanto, a empresa o direito subjetivo exigível quanto à continuidade do contrato administrativo, o que, deve ser objeto de acurado exame em cada caso concreto.

e) Deve o gestor atentar, ainda, para a intenção do legislador de evitar que as operações de cisão, fusão e incorporação sejam utilizadas para maquiagem a transferência do contrato administrativo, de natureza *intuito personae*, sempre alerta aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública.

f) Não se tem admitido por ofensa ao princípio licitatório, entre outros, a transformação da relação contratual em objeto de mercado, viabilizada pelo instituto da sub-rogação contratual, em relação ao qual também deve ser observado o disposto no PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013 e na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013, sobre a recomendação de vedação à subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida a apresentação de atestado que comprove a execução do objeto com características semelhantes, salvo na licitação regida pelo regime diferenciado de contratação - RDC, que possui disciplina específica.

g) A matéria é tratada no mesmo sentido na Lei n.º 12.462/2011, que institui o regime diferenciado de contratações públicas-RDC, disciplinado pelo Decreto n.º 7.581/2011, nos moldes do art. 67 do regulamento.

h) Registra-se a possibilidade do gestor efetuar diligências que se fizerem necessárias visando subsidiar sua decisão, a exemplo da recomendação de verificação de que o CNPJ das empresas estão ativos perante a Secretaria da Receita Federal, sem prejuízo de outras medidas.

À consideração superior.

Brasília, 23 de março de 2015.

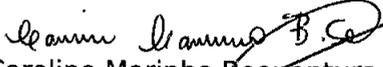
José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

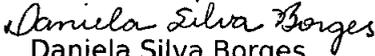
Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

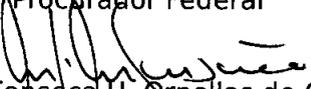
Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

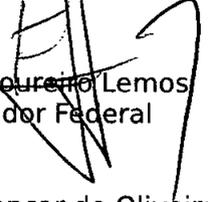

Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal


Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Daniela Silva Borges
Procuradora Federal


Diego da Fonseca H. Ornellas de Gusmão
Procurador Federal

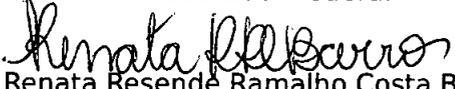
Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal


Eduardo Lourenço Lemos
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

Heliomar Alencar de Oliveira
Procurador Federal

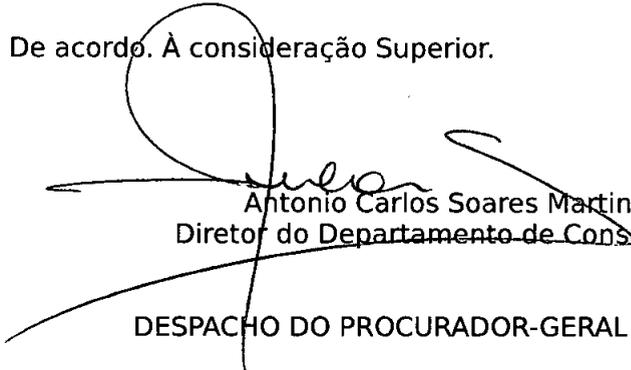
Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal


Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 24 de março de 2015.

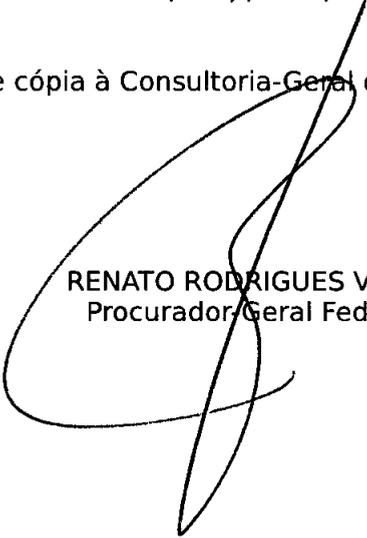

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

5
APROVO a PARECER Nº 01/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a
Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 24 de março de 2015.


RENATO RODRIGUES VIEIRA
Procurador Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº ~~91/2014~~⁵

CONTRATO ADMINISTRATIVO. FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO NÃO PREVISTA NO EDITAL E NO CONTRATO.

I. Havendo no edital ou no contrato administrativo disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação, impõe-se a rescisão do contrato administrativo, observado o devido processo legal.

II. Possibilidade, em tese, da celebração de termo aditivo de alteração subjetiva contratual diante de fusão, cisão ou incorporação não previstas no edital e no contrato administrativo regido pela Lei n.º 8.666/93, desde que atendidos, mediante exame motivado do gestor público em cada caso concreto, os seguintes requisitos gerais: a) 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; b) manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original; c) inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e d) anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato.

III. Deve ser observada, ainda, em cada caso concreto, a possibilidade de regulamentação em legislação especial, a exemplo do Decreto n.º 6.654/2008, que aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicação prestado em Regime Público, estabelecendo requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da respectiva agência reguladora, a ANATEL, quanto à emissão em ato próprio de transferência de cada uma das outorgas alcançadas pela operação de reorganização societária. Nesta situação é recomendado à Administração diligenciar junto à contratada a obtenção do ato que transfere a respectiva outorga para prestação do serviço específico na respectiva área de atuação, de sorte a demonstrar a manutenção das condições de qualificação técnica da empresa exigidas pelo edital de licitação.

IV. Não havendo no edital nem no contrato administrativo nenhuma disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação não prevista no edital e no contrato, a Administração tem o poder discricionário de proceder à verificação do cumprimento dos requisitos gerais e, em sendo o caso, especiais, não tendo, portanto, a empresa o direito subjetivo exigível quanto à continuidade do contrato administrativo, o que, deve ser objeto de acurado exame em cada caso concreto.

V. Deve o gestor atentar, ainda, para a intenção do legislador de evitar que as operações de cisão, fusão e incorporação sejam utilizadas para maquiagem a transferência do contrato administrativo, de natureza *intuito personae*, sempre alerta aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública.

VI. Não se tem admitido por ofensa ao princípio licitatório, entre outros, a transformação da relação contratual em objeto de mercado, viabilizada pelo instituto da sub-rogação contratual, em relação ao qual também deve ser observado o disposto no PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013 e na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013, sobre a recomendação de vedação à subcontratação do principal do objeto, entendido este



como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida a apresentação de atestado que comprove a execução do objeto com características semelhantes, salvo na licitação regida pelo regime diferenciado de contratação - RDC, que possui disciplina específica.

VII. A matéria é tratada no mesmo sentido na Lei n.º 12.462/2011, que institui o regime diferenciado de contratações públicas-RDC, disciplinado pelo Decreto n.º 7.581/2011, nos moldes do art. 67 do regulamento.

VIII. Registra-se a possibilidade do gestor efetuar diligências que se fizerem necessárias visando subsidiar sua decisão, a exemplo da recomendação de verificação de que o CNPJ das empresas estão ativos perante a Secretaria da Receita Federal, sem prejuízo de outras medidas.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script that is difficult to decipher. It appears to be a personal signature, possibly of a high-ranking official.