



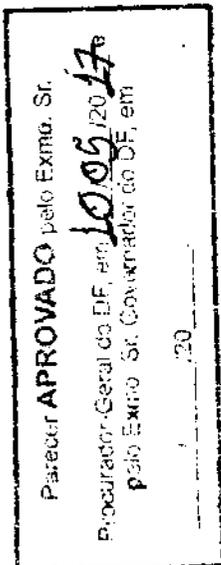
PARECER Nº: **380** /2017 – PRCON/PGDF
PROCESSO Nº: 060.010.205/2015
INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
ASSUNTO: ADITIVO CONTRATUAL.

Ementa

ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA POR OUTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. ART.78, VI, DA LEI N. 8.666/93. REVISÃO DO PARECER NORMATIVO N. 126/99-GAB/PRG.

I - Os institutos da fusão, cisão e da incorporação de empresas são previstos e regulados de um modo geral na Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e no Código Civil (Lei nº 10.406/2002). De acordo com a Lei nº 6.404/76, 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. 227).

II – Mostra-se possível proceder à alteração subjetiva do contrato, substituindo a empresa contratada originalmente por aquela que a incorporou via operação societária. Como condição para a alteração contratual, a Secretaria de Saúde deverá atender os requisitos e recomendações apresentados no presente opinativo.

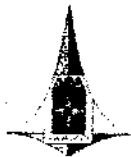


I. RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal acerca da possibilidade de firmar termo aditivo à Ata de Registro de Preços n. 016/2016-A-SES/DF, tendo por objeto a alteração da empresa contratada, uma vez que a detentora da referida Ata foi incorporada por outra empresa do mesmo grupo econômico.

A Ata de Registro de Preços em questão¹, assinada com a empresa BSB COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES S.A., tem por objeto o eventual

¹ Original às fls.1374 e segts.



fornecimento de medicamentos, oriunda do Pregão Eletrônico n. 16/2016-SES/DF² (Itens 05 e 06), e foi assinada em 22 de julho de 2016, com validade de 12 meses.

Em 04 de abril p.p., a Consulente recebeu o expediente de fls. 1411/12, por meio do qual a empresa CM HOSPITALAR S.A. (nome de fantasia MAFRA HOSPITALAR S.A.) comunica que estão sendo tomadas providências visando incorporar a BSB COMÉRCIO LTDA, nos termos do art. 1.116 do Código Civil³.

Instruindo o referido expediente, a MAFRA HOSPITALAR apresenta Ata de Assembléia Geral Extraordinária da BSB COMÉRCIO, de 22 de março p.p., na qual deliberou-se pela aprovação de protocolo de incorporação, firmado também naquele mês de março.

Às fls.1429/29-v encontra-se minuta de Termo Aditivo, e às fls.1431/1435 manifestação da Assessoria Jurídico Legislativa, no qual aquela unidade jurídica ressalta a existência de pareceres desta Casa Jurídica, datados de 1999 e 2002, que dão pela impossibilidade de aditamento contratual que tenha por objeto a inclusão de empresa incorporadora em sucessão àquela originalmente contratada, impondo-se necessária a rescisão contratual com fulcro no art. 78, VI, da Lei n. 8.666/93.

De outro lado, ao tempo em que destaca a existência desses opinativos, a AJL/SES-DF ressalta a existência de Acórdãos do Tribunal de Contas da União dando pela possibilidade de alteração contratual em situações como a presente, bem como do Parecer n. 01/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU perfilhando essa mesma linha de entendimento.

Por fim, a Consulente destaca que a empresa BSB COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES S.A. é titular de outras 18 (dezoito) Atas de Registros de Preços vigentes, além de ter recentemente saído vencedora de um outro pregão, que está em fase de elaboração da respectiva Ata. Diante desse quadro, argumenta que as conclusões aqui firmadas serão replicadas nos demais casos.

É o breve relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Conforme se verá logo a seguir, a possibilidade de continuidade do contrato administrativo nas hipóteses de sucessão empresarial é objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Considerando, todavia, as peculiaridades deste caso concreto, e o entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente, mostra-se viável – em tese – a alteração subjetiva contratual, com fulcro na incorporação, substituindo-se a empresa contratada por aquela que a adquiriu. Devem entretanto ser observados uma série de requisitos, em especial a manutenção das condições inicialmente pactuadas, inclusive no

² Original fls.138 e segts.

³ Art. 1.116. 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.



que toca aos requisitos de habilitação e qualificação técnica, cabendo à Administração verificar a inexistência de prejuízo aos princípios que a regem.

Vejam os.

A Lei 8.666/93 estabeleceu em seu artigo 78, inciso VI, que é motivo de rescisão do contrato 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. Confira-se:

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.

Tais regras tem como motivo subjacente o fato de que o Contrato Administrativo, é, em regra, *intuitu personae*, cabendo portanto à Contratada executar o objeto, sem transferir as responsabilidades, ou subcontratar.

Sob essa ótica, as alterações na estrutura societária da empresa contratada pelo Poder Público após o procedimento licitatório seriam consideradas subjetivas e, em regra, provocariam uma desnaturação da sociedade inicialmente contratada.

Em razão disso, tais situações teriam sido tomadas pelo legislador como potencialmente aptas a causar insegurança quanto ao cumprimento do objeto e, eventualmente, ofender princípios administrativos.

De outro lado, temos porém, que de acordo com o artigo 78, VI, da LNL, embora o contrato administrativo seja pessoal, ele não é necessariamente personalíssimo, podendo ocorrer a subcontratação, total ou parcial, do objeto, a associação do contratado com outrem bem como a fusão, cisão ou incorporação, desde que esta condição esteja prevista no edital e no contrato.

A par desse fato, deve-se levar em consideração que o dinamismo da atividade empresarial importa, muitas vezes, em mudanças na estrutura societária das pessoas jurídicas, inclusive daquelas que contratam com a Administração Pública.

Os institutos da fusão, cisão e da incorporação de empresas são previstos e regulados de um modo geral na Lei n. 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.

De acordo com a Lei nº 6.404/76, 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. 227). Na incorporação, a empresa incorporadora reunindo interesse e responsabilidades da incorporada, assume não só o patrimônio, mas, também todo o complexo de relações jurídicas que pertenciam ao acervo da sucedida, isto é, suas responsabilidades, direito e obrigações, inclusive decorrentes da execução de contratos anteriormente firmados.

Folha nº

Processo:

Rubrica:

1442

060.080.205/2015

Mat. 43182-6



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

Por fim, a cisão é 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).

De outro lado, ainda segundo a Lei nº 6.404/76 (art.219), a incorporação é causa de extinção da sociedade.

No mesmo sentido, prevê o art. 1.116 do Código Civil 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"*.

Tal transformação societária pode, de fato, acarretar evidente risco ao erário se a nova sociedade que surgir no pólo contratual não se revestir das qualificações necessárias ao cumprimento do objeto.

Esse risco estará minimizado, contudo, se a nova sociedade comprovar todos os requisitos exigidos no edital para habilitação no certame e na contratação.

Segundo Marçal Justen Filho⁴, a possibilidade de rescisão em caso de incorporação da empresa contratada deve ser avaliada "caso a caso", cabendo à Administração *"evidenciar que o evento prejudica a execução do contrato ou importa outra categoria de vícios"*, para que não haja frustração da finalidade buscada pela contratação.

Assim, ainda que inexista vedação expressa, as operações de cisão, fusão ou incorporação societárias poderão acarretar a rescisão do contrato se for instrumento de violação das regras disciplinadoras da licitação, o que deverá ser evidenciado caso a caso.

Ainda segundo o renomado doutrinador:

"Qualquer evento superveniente modificador das circunstâncias poderá influenciar a adequação da proposta à satisfação das necessidades estatais. A mutabilidade do contrato administrativo retrata essa dinamicidade da realidade e é reflexo do princípio de que a situação existente no momento da contratação (rectius, da licitação) não pode ser congelada ou tornada inalterável. A dinamicidade da realidade exige que as soluções mais compatíveis com os interesses do Estado e do particular contratado prevaleçam sempre. (...)"

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 586.



No mesmo sentido, ensina Antônio Roque Citadini, *in* Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, 3ª edição:

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 execução do contrato; isto não ocorrendo, não poderá a Administração invocar tais razões para a rescisão.

Mesma conclusão é perfilhada pelo Subprocurador Geral da Fazenda Aposentado Leon Frejda Szklarowsky, *in* Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, 1995, pp. 396/7.

Poderíamos então sintetizar o entendimento dessa linha doutrinária no sentido de que uma vez ocorrida fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, deve a administração demonstrar o prejuízo à execução do contrato para, então, poder rescindi-lo. Caso contrário, o contrato pode – a princípio – ser mantido.

Tais conclusões demonstram um avanço na reflexão sobre o tema, de modo a procurar atender às finalidades legais e constitucionais em sua justa medida, sem, com isso, impor uma desproporcional restrição sobre a atividade empresarial, igualmente protegida pela Constituição Federal (art. 170).

De outro lado, cabe à Administração, no caso a SES/DF, no exercício de seu poder discricionário, verificar se há interesse público em continuar a execução contratual, em decorrência da incorporação empresarial, avaliando inclusive os potenciais reflexos da rescisão. Tendo sido feito esse juízo, o administrador não pode, arbitrariamente, deixar de observar o que foi pactuado entre os particulares, a não ser que comprove, fundamentadamente, que a continuação da execução contratual não atende ao interesse público (cf. Acórdão 2.071/2006-P).

Conclusão semelhante foi alcançada pela Advocacia Geral da União, no Parecer n. 01/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de cujos fundamentos extraímos as seguintes passagens:

"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. Contrário 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.

(...)

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.

(...)

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:*





(...)

19. Assim, em tese, é cabível a aplicação do art. 227, da Lei nº 6.404/76 ao contrato administrativo regido pela Lei nº 8.666/93, com fulcro no art. 54, da Lei nº 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 maquiagem a transferência do contrato administrativo, de natureza intuito 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:

(...)

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. 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.

(...)"(g.a.)

Folha nº

Processo:

Rubrica:

1446

06001020510015

Mat. 43182-6

7



O Tribunal de Contas da União, a seu turno, vem relativizando as premissas a serem observadas quando da alteração de posição contratual, de modo a admitir, desde que cumpridos alguns requisitos, a alteração subjetiva dos contratos administrativos decorrentes de fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada.

Se, de um lado, é possível encontrar precedentes desfavoráveis à possibilidade de alteração subjetiva do contrato em situações como a presente (v.g. Acórdãos 420/2002-P, 1.419/2003-P e 1.978/2004-P e 1.368/2004), é também possível localizar precedentes favoráveis à alteração contratual em situações de reorganização empresarial da contratada.

Nos Acórdãos 1.458/2003, 1.108/2003-P, 1.245/2004 e 1.517/2005-P, o Tribunal manifestou-se pela possibilidade de continuidade do contrato, desde que previsto expressamente no edital e desde que sejam mantidas todas as condições inicialmente pactuadas.

Posteriormente, a Corte de Contas manifestou-se de forma mais flexível nos Acórdãos 113/2006-P; 2.071/06-P⁵ e 634/07 e outros⁶, nos quais passou a admitir a possibilidade de continuidade contratual, ainda que não prevista expressamente no edital e no contrato, ressalvando, no entanto, que devem ser observados os demais requisitos fixados anteriormente pelo Tribunal.

Dentre esses mais recentes, talvez o mais conhecido seja o Acórdão nº 634/2007-Plenário, Relator: Ministro Augusto Nardes, cuja ementa encontra-se lavrada nos seguintes termos:

⁵ Trecho do voto: 6. Vale dizer, acerca do primeiro requisito, que o Tribunal vem evoluindo para considerar que, restando caracterizado o interesse público, admite-se a continuidade do contrato, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Essa é a posição, aliás, da Unidade Técnica, do autor da representação e do órgão contratante do Distrito Federal. Ademais, está contida no recente Acórdão nº 113/2006 - Plenário. 7. Penso ser louvável a evolução jurisprudencial ocorrida no TCU sobre essa matéria. A dinâmica empresarial inerente a um mercado competitivo e globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, não pode ficar engessada por falta de previsão, nos contratos administrativos, sobre a possibilidade de alteração organizacional, por meio de cisão, fusão ou incorporação.

(...) 10. Assim, a previsão contida no art. 78, inc. VI, no que tange à ocorrência de fusão, incorporação ou cisão, deve ser vista como uma prerrogativa, uma faculdade da Administração, e não como uma consequência direta e inexorável da reorganização empresarial, que não admite avaliação acerca do interesse público na adoção da medida extrema.

11. A rescisão há de ser aplicada quando a hipótese prevista no dispositivo mostrar-se inconveniente para o serviço público ou quando ferir os princípios básicos da Administração Pública. (grifos nossos)

⁶ REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA. CISÃO EMPRESARIAL. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A cisão empresarial não determina, por si só, a revogação contratual prevista no art. 78, inc. VI, da Lei 8.666/93.

2. Observado o interesse público, acordo firmado entre particulares sob o império do direito privado pode nortear decisão do administrador público.

3. Revoga-se medida cautelar anteriormente concedida quando insubsistentes os motivos para sua adoção.



*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 unuência expressa da Administração à continuidade do contrato.
(g.a.)*

Importa conferir algumas passagens do voto condutor do sobredito Acórdão, *verbis*:

“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 Uiratan Aguiar, relator dos autos subjacentes daquela multirreferida deliberação

(...)

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 periclitacão 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

Portanto, conclui-se que o posicionamento do próprio Tribunal de Contas da União, com o passar do tempo, passou a flexibilizar o tema e admitir a possibilidade da continuidade do contrato em caso de fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, em prol da continuidade do serviço público e do interesse público, desde que não haja proibição no edital nem no contrato, que sejam mantidas as condições de habilitação exigidas na licitação e desde que não haja qualquer prejuízo para a fiel execução do contrato.

Também no âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal é possível identificar julgado favorável à manutenção do contrato, nessa hipótese.

Tal é o que se extrai do voto da Sra. Conselheira Marli Vinhadeli, nos autos do Processo n 7.581/96:

"Ao relatar os presentes autos, na Sessão Ordinária de 18.05.99, manifestei entendimento no sentido de que a incorporação da empresa CUPOM Administração, Serviços e Alimentação Ltda. pela SOCIAL CARD S/C Ltda. não se constituía motivo suficiente para a rescisão do Contrato n 011/97,



celebrado com a TCB, vez que nem o edital nem o termo contratual vedavam expressamente esta espécie de reorganização empresarial.

(...)

As hipóteses de fusão, cisão e incorporação (que é o caso aqui tratado), em princípio, em nada alteram as condições operacionais e econômicas de participação dos concorrentes. Tampouco é formulada uma proposta de preços mais ou menos atraente, contando com esta possibilidade. Não é por outro motivo que o legislador, in casu, tratou apenas de proteger a Administração contra o fato dessas modificações porventura promovidas na contratada virem a prejudicar a boa execução do ajuste.

(...)

Com o advento da Lei n. 8.666/93, o referido dispositivo legal assumiu a seguinte redação, verbis:

Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratada com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato (sublinhou-se).

(...)

À primeira vista, ao se deparar com a inovação contida na parte final do inciso, tem-se a impressão de que o atual Estatuto passou também a exigir previsão expressa no edital e contrato para os casos de fusão, cisão e incorporação. Verifica-se, no entanto, que este pensamento não resiste ao argumento lógico de que a ausência de previsão editalícia e contratual, nestas hipóteses, não frustra as regras disciplinadoras da licitação e, portanto, não faz qualquer sentido, como não fazia na égide da legislação anterior, que esse fator venha a ser considerado como motivo para a rescisão do ajuste. Em face disso, chego à conclusão de que, para as situações envolvendo fusão, cisão e incorporação, a expressão "não admitidas no edital e no contrato" não deve ser interpretada como " não previstas no edital e no contrato" e sim como "vedadas expressamente no edital e no contrato".

A modificação ora introduzida pelo legislador, aparentemente desprovida de finalidade, justifica-se como forma de ampliar a proteção anteriormente conferida à Administração pelo Decreto-Lei n 2.300/86, no que diz respeito à possibilidade de as alterações ocorridas com a contratada virem a prejudicar a adequada execução do contrato. Isso porque, agora, o ente público, se não quiser correr o risco de ter o seu contrato prejudicado por conta de eventual fusão, cisão ou incorporação, pode estabelecer no edital de licitação e no contrato que tal situação é expressamente proibida e, mais tarde, ante a configuração desta hipótese, rescindir unilateralmente o ajuste, sem precisar demonstrar que a mudança realizada afeta diretamente a execução da avença.

Partindo para o exame do caso concreto, à luz das considerações aqui expendidas, noto que nem o edital de licitação nem o contrato (fls. 46/65 e 11/16, respectivamente) vedaram expressamente a possibilidade de incorporação, não estando, in casu, caracterizada a hipótese de rescisão

Folha nº

1450

Processo

060.010.005/2015

11

Rubrica

lmc Mat. 43182-6





contratual prevista no art. 78, VI, da Lei n 8.666/93' ". (Decisão de 24/076/99)

Desse modo, considerados os argumentos anteriormente expendidos e a evolução jurisprudencial e doutrinária que se apresenta no enfrentamento da matéria, mostra-se recomendável alterar o posicionamento desta Casa, representado pelo Parecer Normativo n. 126/99-GAB/PRG e Parecer 347/2002-PROCAD/PGDF, os quais espelhavam as conclusões cabíveis à época (mais de quinze anos atrás), conclusões estas de viés mais rígido e baseadas em uma interpretação literal da vedação contida no art. 78, VI, da LNL.

Cabe deixar assente, entretanto, que o entendimento firmado na presente Consulta aplica-se tão-somente ao instituto jurídico da incorporação.

Voltando-se os olhos para o caso presente, é de se notar, ainda, que – do que se apresenta dos documentos juntados aos autos - as duas empresas (Incorporadora e Incorporada) fazem parte de um mesmo grupo econômico.

Conforme Contrato Social da BSB COMÉRCIO, às fls.1302/04, os sócios da empresa são Carlos Alberto Mafra Terra (majoritário) e Cleber Aparecido Ribeiro.

Já a CM HOSPITALAR (MAFRA HOSPITALAR) teria como Presidente Carlos Alberto Mafra Terra e Cleber Aparecido como Conselheiro de Administração. É o que se verifica da consulta ao Quadro de Sócios e Administradores da empresa, junto ao site da Receita Federal⁷.

Além disso, é de se ver que o Edital não veda, expressamente, a incorporação da Contratada.

Em consulta ao Instrumento Convocatório, a única disposição acerca do tema encontra-se no Item 14.8. (fl.147v) que veda a subcontratação, cessão ou transferência do objeto, mas nada dispõe sobre a incorporação, fusão ou cisão. A Ata Assinada, da mesma forma, nada dispõe sobre a questão. Caso houvesse previsão expressa no edital vedando a incorporação, a única solução seria a rescisão do contrato administrativo, observado o devido processo legal.

Vale ressaltar, no entanto, que caberá à Consulente atestar o cumprimento dos demais requisitos, a seguir elencados, antes de proceder ao aditamento contratual, uma vez que não é possível à PGDF, neste momento e considerando a falta de documentos no processo, validar a alteração subjetiva contratual. Veja-se que sequer foi juntado aos autos o Estatuto da empresa CM HOSPITALAR.

Conforme delineado anteriormente, a jurisprudência mais recente tem decidido que a ocorrência de incorporação pela empresa contratada, pode ser acatada pela Administração Pública, desde que atendidos os seguintes pressupostos:

- Sejam mantidas as condições de habilitação originalmente exigidas na licitação, por parte da incorporadora;

⁷ https://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/Cnpjreva_qsa.asp





- Não haja qualquer prejuízo para a fiel execução do contrato causado pela modificação da estrutura da empresa, o que deve ser atestado pela área técnica da Consulente;

- Verificar se é possível a manutenção de todas as condições previstas na Ata/Contrato, recomendando-se que a Consulente concorde expressamente com todos os termos e disposições do Edital/Ata.

- Anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;

Ademais, não se pode perder de vista que, a continuidade do presente ajuste está condicionada ao mérito administrativo, competindo à área técnica analisar a viabilidade e o interesse administrativo pela continuidade contratual. Caso seja este o interesse da Administração Pública, deverá manifestar através do seu titular, justificando a necessidade da continuidade dos serviços.

Além destes requisitos, mostra-se recomendável que a Consulente verifique se inexistem penalidades aplicadas contra a empresa Incorporadora, em quaisquer esferas da federação.

Por fim, quanto à minuta de Termo Aditivo, as observações que se tem a fazer seguem logo abaixo:

- Cláusula Segunda: Alterar o trecho “proceder à alteração da razão social, dados cadastrais...” para “proceder à alteração da Empresa Contratada, e respectiva razão social, dados cadastrais...”

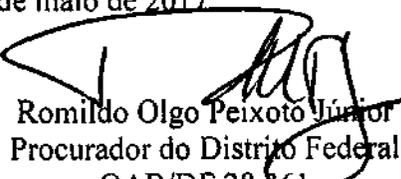
Ainda na Cláusula Segunda, alterar “pelo grupo econômico” para “pela Sociedade Empresária”.

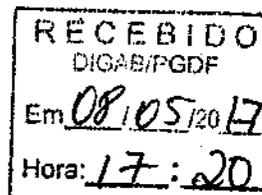
III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se pela possibilidade, em tese, de a Consulente proceder à alteração subjetiva do contrato, substituindo a empresa contratada originalmente por aquela que a incorporou via operação societária. Como condição para a alteração contratual, a Secretaria de Saúde deverá atender os requisitos e recomendações apresentados no presente opinativo.

Outrossim, recomendamos que sejam tomadas as providências necessárias à revisão dos efeitos normativos concedidos ao Parecer n. 126/99-GAB/PRG.

É o parecer, *sub censura*.
À elevada consideração superior.
Brasília-DF, 08 de maio de 2017.


Romildo Olgo Peixoto Júnior
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF 28.361



Folha nº 1452
Processo: 060.010.2057/2015
Rubrica: [Handwritten signature]



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



PROCESSO Nº: 060.010.205/2015
INTERESSADO: SES/DF
ASSUNTO: Aquisição Medicamento
MATÉRIA: Administrativa

Folha nº: 1453 - Mat. 39.754,7
Processo: 060010205/2015
Rubrica RS

APROVO O PARECER Nº 0380/2017 – PRCON/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal Romildo Olgo Peixoto Junior.

Por oportuno, anoto que a alteração de entendimento, citada pelo i. Procurador, a fim de viabilizar a alteração subjetiva do contrato para substituir a empresa contratada originalmente pela empresa incorporadora, não é nova nesta Casa Jurídica. Cito, a propósito, alguns precedentes que já abordavam o tema:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS Nº 025/2014-PGDF. SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO - STFC. ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE DA CONTRATADA. INCORPORAÇÃO DA GLOBAL VILLAGE TELECOM S/A - GVT PELA TELEFÔNICA BRASIL S/A. AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL.

- A celebração do Termo Aditivo visa a substituição da contratada original, GLOBAL VILLAGE TELECOM S/A.
- GVT, pela empresa incorporadora TELEFÔNICA BRASIL S/A.
- Nos termos do art. 227 da Lei n.º 6.409/76, a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.
- O Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de que restando caracterizado o interesse público, admite-se a continuidade do contrato, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Inteligência do Acórdão TCU n.º 2071/2006.
- Pela viabilidade do Termo Aditivo. (Parecer nº 484/2016-PRCON/PGDF).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO. PRETENDIDA ALTERAÇÃO SUBJETIVA DO CONTRATO Nº 122/2014-SES/DF, CELEBRADO ENTRE O DISTRITO FEDERAL (SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE) E A EMPRESA LANLINK INFORMÁTICA LTDA. CISÃO PARCIAL DA CONTRATADA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SUBJETIVA DO CONTRATO, DESDE QUE MANTIDAS AS CONDIÇÕES CONTRATUAIS ORIGINÁRIAS E DEMONSTRADA A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 78, INCISO VI, DA LEI

Para subsidiar novas análises por esta Casa Jurídica a respeito do assunto versado no opinativo, deve o **CENTRO DE ESTUDOS** desta Procuradoria-Geral proceder às devidas anotações no sistema de consulta de pareceres, a fim de registrar a alteração do entendimento adotado no Parecer Normativa nº 126/1999-GAB/PRG e no Parecer nº 347/2002-PROCAD/PGDF. Após a revogação dos efeitos normativos, deve ainda providenciar a retirada do referido parecer do acesso "Pareceres Normativos" constante do sítio eletrônico da Procuradoria-Geral do DF

Por fim, restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 10 / 05 / 2017.


KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo

Folha nº: 1454 - Mat. 39.754-7
Processo: 060 010 205 / 2015
Rubrica: nm



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

Ofício SEI-GDF n.º 2/2017 - PGDF/GAB/PRCON

Brasília-DF, 10 de maio de 2017

Referência: Parecer nº 380/2017-PRCON/PGDF

Senhor Secretário,

Encaminho a Vossa Senhoria cópia do Parecer nº 380/2017-PRCON/PGDF, para conhecimento das orientações veiculadas por esta Casa no que tange à viabilidade de alteração subjetiva do contrato nos casos de fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada e, por conseguinte, submissão ao Excelentíssimo Senhor Governador do Distrito Federal para análise quanto à pertinência da revogação dos efeitos normativos concedidos ao Parecer nº 126/1999-GAB/PRG, considerando a alteração de entendimento.

Atenciosamente,

MÁRCIA CARVALHO GAZETA
Procuradora-Chefe de Gabinete

A Sua Excelência o Senhor

SÉRGIO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA

Secretário de Estado da Casa Civil, Relações Institucionais e Sociais do Distrito Federal

NESTA



Documento assinado eletronicamente por **MARCIA CARVALHO GAZETA - Matr.0049254-X**, Procurador(a)-Chefe, em 10/05/2017, às 18:41, conforme art. 6º, do Decreto nº 36.756, de 16 de Setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.

Além destes requisitos, **mostra-se recomendável que a Consulente verifique se inexistem penalidades aplicadas contra a empresa Incorporadora, em quaisquer esferas da federação. (grifamos)**

Nesse sentido é o Parecer nº 05/2019 - PGDF/GAB/AJL:

ADMINISTRATIVO. **ALTERAÇÃO CONTRATUAL. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA.** ART.78, VI, DA LEI N. 8.666/93.

Viabilidade da substituição da empresa contratada originalmente por aquela que a incorporou via operação societária, desde que atendidas, previamente, as recomendações constantes no bojo do opinativo. **(grifo acrescido)**

Ressalte-se que, no caso concreto do Parecer nº 380/2017 - PRCON/PGDF, não havia proibição expressa de incorporação no edital (**tal qual o presente caso**), e, no contexto do Parecer nº 05/2019 - PGDF/GAB/AJL, havia proibição expressa apenas no edital, nos seguintes termos:

3.2 Não poderão participar, direta ou indiretamente, **desta licitação**:

(...)

3.2.6 Pessoa jurídica que se encontre em processo de dissolução, recuperação judicial ou extrajudicial, falência, concordata, concurso de credores, liquidação, fusão, cisão, ou incorporação;

Como se vê, o edital que foi analisado no segundo precedente continha vedação à participação apenas na licitação, **mas não proibia eventual incorporação durante a execução do contrato**. Portanto, com mais razão reforça-se a conclusão do presente opinativo, já que nem proibição editalícia se observa.

Inobstante isso, em ambos os casos concluiu-se pela **viabilidade da alteração subjetiva da parte contratada para inclusão da nova empresa incorporadora, desde que atendidos os requisitos acima mencionados**. É dizer: se não há proibição expressa nem no edital (fazendo referência à fase de execução do contrato, que é o momento atual), nem no contrato, é possível a alteração contratual pretendida.

Ressalto, ainda, que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Por fim, saliento que o teor do pronunciamento desta Procuradoria não obsta a possibilidade de nova análise deste órgão central do Sistema Jurídico do Distrito Federal, caso subsista dúvida jurídica específica.

GABRIEL ABBAD SILVEIRA

Procurador-Chefe

De acordo.

Para subsidiar novas análises por esta Casa Jurídica a respeito do assunto versado no opinativo em apreço, deve a **Biblioteca Jurídica Onofre Gontijo Mendes** desta Procuradoria-Geral proceder às devidas anotações no sistema de consulta de pareceres, a fim de registrar a consolidação do entendimento anteriormente adotado por ocasião da emissão do Parecer nº 05/2019 - PGDF/GAB/AJL e do Parecer nº 380/2017 - PRCON/PGDF.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Administração do Distrito Federal, para conhecimento e providências.

HUGO DE PONTES CEZARIO

Procurador-Geral Adjunto do Consultivo



Documento assinado eletronicamente por **GABRIEL ABBAD SILVEIRA - Matr.0171596-8, Procurador(a)-Chefe**, em 24/02/2023, às 16:27, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **HUGO DE PONTES CEZARIO - Matr.0232490-3, Procurador(a)-Geral Adjunto(a) do Consultivo**, em 14/03/2023, às 20:11, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **106154221** código CRC= **D7134797**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SAM, Bloco I, Ed. Sede - Asa Norte, Brasília - DF - CEP 70620-000 - DF



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Procuradoria-Geral do Consultivo
Gabinete dos Procuradores-Chefes da Procuradoria-Geral do Consultivo

Cota - PGDF/PGCONS/CHEFIA

PROCESSO Nº: 00040-00005171/2019-02

MATÉRIA: Administrativo

APROVO O PARECER Nº 45/2023 - PGCONS/PGDF Exarado pela ilustre Subprocuradora-Geral do Distrito Federal Maridalva Freitas de Almeida.

Cumprir registrar que a incorporação de uma empresa por outra já foi enfrentada por esta Casa Jurídica no bojo do Parecer nº 380/2017 - PRCON/PGDF, sendo válido destacar a ementa e os seguintes trechos:

ADMINISTRATIVO. **ALTERAÇÃO CONTRATUAL. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA POR OUTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.** ART. 78, VI, DA LEI N. 8.666/93. REVISÃO DO PARECER NORMATIVO N. 126/99- GAB/PRG.

I - Os institutos da fusão, cisão e da incorporação de empresas são previstos e regulados de um modo geral na Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e no Código Civil (Lei nº 10.406/2002). De acordo com a Lei nº 6.404/76, 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. 227).

II - Mostra-se possível proceder à alteração subjetiva do contrato, substituindo a empresa contratada originalmente por aquela que a incorporou via operação societária. Como condição para a alteração contratual, a Secretaria de Saúde deverá atender os requisitos e recomendações apresentados no presente opinativo.

(...)

Tal transformação societária pode, de fato, acarretar evidente risco ao erário se a nova sociedade que surgir no pólo contratual não se revestir das qualificações necessárias ao cumprimento do objeto.

Esse risco estará minimizado, contudo, se a nova sociedade comprovar todos os requisitos exigidos no edital para habilitação no certame e na contratação. Segundo Marçal Justen Filho", a possibilidade de rescisão em caso de incorporação da empresa contratada deve ser avaliada "caso a caso", cabendo à Administração "*evidenciar que o evento prejudica a execução do contrato ou imporia outra categoria de vícios*", para que não haja frustração da finalidade buscada pela contratação. Assim, ainda que inexistir vedação expressa, as operações de cisão, fusão ou incorporação societárias poderão acarretar a rescisão do contrato se for instrumento de violação das regras disciplinadoras da licitação, o que deverá ser evidenciado caso a caso.

(...)

Poderíamos então sintetizar o entendimento dessa linha doutrinária no

sentido de que uma vez ocorrida fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, deve a administração demonstrar o prejuízo à execução do contrato para, então, poder rescindi-lo. Caso contrário, o contrato pode -- a princípio - ser mantido.

Tais conclusões demonstram um avanço na reflexão sobre o tema, de modo a procurar atender às finalidades legais e constitucionais em sua justa medida, sem, com isso, impor uma desproporcional restrição sobre a atividade empresarial, igualmente protegida pela Constituição Federal (art. 170).

De outro lado, **cabe à Administração**, no caso a SES/DF, **no exercício de seu poder discricionário, verificar se há interesse público em continuar a execução contratual**, em decorrência da incorporação empresarial, **avaliando inclusive os potenciais reflexos da rescisão**. Tendo sido feito esse juízo, o administrador não pode, arbitrariamente, deixar de observar o que foi pactuado entre os particulares, **a não ser que comprove, fundamentadamente, que a continuação da execução contratual não atende ao interesse público** (cf. Acórdão 2.071/2006-P).

(...)

Portanto, conclui-se que o posicionamento do próprio Tribunal de Contas da União, com o passar do tempo, passou a flexibilizar o tema e admitir a possibilidade da continuidade do contrato em caso de fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, em prol da continuidade do serviço público e do interesse público, **desde que não haja proibição no edital nem no contrato, que sejam mantidos as condições de habilitação exigidas na licitação e desde que não haja qualquer prejuízo para a fiel execução do contrato**.

Também no âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal é possível identificar julgado favorável à manutenção do contrato, nessa hipótese.

(...)

Além disso, é de se ver que o Edital não veda, expressamente, a incorporação da Contratada.

(...)

Conforme delineado anteriormente, a jurisprudência mais recente tem decidido que a ocorrência de incorporação pela empresa contratada, pode ser acatada pela Administração Pública, **desde que atendidos os seguintes pressupostos:**

- Sejam mantidas as condições de habilitação originalmente exigidas na licitação, por parte da incorporadora;

- Não haja qualquer prejuízo para a fiel execução do contrato causado pela modificação da estrutura da empresa, o que deve ser atestado pela área técnica da Consulente;

- Verificar se é possível a manutenção de todas as condições previstas na Ata/Contrato, recomendando-se que a Consulente concorde expressamente com todos os termos e disposições do Edital/Ata.

- Anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;

Ademais, não se pode perder de vista que a continuidade do presente ajuste está condicionada ao mérito administrativo, competindo à área técnica analisar a viabilidade e o interesse administrativo pela continuidade contratual. Caso seja este o interesse da Administração Pública, deverá manifestar através do seu titular, justificando a necessidade da continuidade dos serviços.

Além destes requisitos, **mostra-se recomendável que a Consulente verifique se inexistem penalidades aplicadas contra a empresa Incorporadora, em quaisquer esferas da federação. (grifamos)**

Nesse sentido é o Parecer nº 05/2019 - PGDF/GAB/AJL:

ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA. ART.78, VI, DA LEI N. 8.666/93.

Viabilidade da substituição da empresa contratada originalmente por aquela que a incorporou via operação societária, desde que atendidas, previamente, as recomendações constantes no bojo do opinativo. **(grifo acrescido)**

Ressalte-se que, no caso concreto do Parecer nº 380/2017 - PRCON/PGDF, não havia proibição expressa de incorporação no edital (**tal qual o presente caso**), e, no contexto do Parecer nº 05/2019 - PGDF/GAB/AJL, havia proibição expressa apenas no edital, nos seguintes termos:

3.2 Não poderão participar, direta ou indiretamente, **desta licitação**:

(...)

3.2.6 Pessoa jurídica que se encontre em processo de dissolução, recuperação judicial ou extrajudicial, falência, concordata, concurso de credores, liquidação, fusão, cisão, ou incorporação;

Como se vê, o edital que foi analisado no segundo precedente continha vedação à participação apenas na licitação, **mas não proibia eventual incorporação durante a execução do contrato**. Portanto, com mais razão reforça-se a conclusão do presente opinativo, já que nem proibição editalícia se observa.

Inobstante isso, em ambos os casos concluiu-se pela **viabilidade da alteração subjetiva da parte contratada para inclusão da nova empresa incorporadora, desde que atendidos os requisitos acima mencionados**. É dizer: se não há proibição expressa nem no edital (fazendo referência à fase de execução do contrato, que é o momento atual), nem no contrato, é possível a alteração contratual pretendida.

Ressalto, ainda, que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Por fim, saliento que o teor do pronunciamento desta Procuradoria não obsta a possibilidade de nova análise deste órgão central do Sistema Jurídico do Distrito Federal, caso subsista dúvida jurídica específica.

GABRIEL ABBAD SILVEIRA

Procurador-Chefe

De acordo.

Para subsidiar novas análises por esta Casa Jurídica a respeito do assunto versado no opinativo em apreço, deve a **Biblioteca Jurídica Onofre Gontijo Mendes** desta Procuradoria-Geral proceder às devidas anotações no sistema de consulta de pareceres, a fim de registrar a consolidação do entendimento anteriormente adotado por ocasião da emissão do Parecer nº 05/2019 - PGDF/GAB/AJL e do Parecer nº 380/2017 - PRCON/PGDF.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Administração do Distrito Federal, para conhecimento e providências.

HUGO DE PONTES CEZARIO

Procurador-Geral Adjunto do Consultivo



Documento assinado eletronicamente por **GABRIEL ABBAD SILVEIRA - Matr.0171596-8, Procurador(a)-Chefe**, em 24/02/2023, às 16:27, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **HUGO DE PONTES CEZARIO - Matr.0232490-3, Procurador(a)-Geral Adjunto(a) do Consultivo**, em 14/03/2023, às 20:11, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **106154221** código CRC= **D7134797**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SAM, Bloco I, Ed. Sede - Asa Norte, Brasília - DF - CEP 70620-000 - DF