

CONTRATO ADMINISTRATIVO, MODIFICAÇÃO SUBJETIVA E CONTROLE DAS INCERTEZAS NAS ATIVIDADES ESTATAIS: POSSIBILIDADES E LIMITES NA MENSURAÇÃO DOS RISCOS ADMINISTRATIVOS*

Laone Lago**

Sumário: 1. Introdução. 2. A Força normativa da Constituição. 3. A Licitação e a sua Natureza Instrumental. 4. O Personalismo do Contrato Administrativo. 5. Modificação Subjetiva do Contrato Administrativo. 5.1. O (des)personalismo Contratual Revisitado. 5.2. Reorganização Empresarial como Personificação do Plexo de Direitos e Obrigações. 6. Limites e Orientações à Alteração do Contrato Administrativo. 7. Conclusão.

1. Introdução

A modificação subjetiva do contrato administrativo apresenta-se como uma possibilidade, quiçá, e em muitos dos casos, uma necessidade para que riscos administrativos e sociais na continuidade de obras, serviços, compras e alienações sejam controlados (monitorados) e, inclusive, para que incertezas resultem mitigadas. Esta moderna perspectiva objetiva superar o entendimento inicial (clássico) pautado por um personalismo imutável (natureza *intuitu personae* dos contratos), desde que observados alguns termos nucleares básicos do certame, isto é, *que a alteração subjetiva do contrato administrativo ocorra sem qualquer (risco de) dano ao contratante (Administração Pública) e, especialmente, às atividades de execução do contrato.*

Desvencilhar-se argumentativamente do arraigado personalismo imutável não é tarefa comum, muito menos simples. Referido conceito encontra-se historicamente (e supostamente) permeado por indissociáveis premissas de que todo e qualquer contrato administrativo é imutável, ao menos sob a sua ótica subjetiva. Não é por outra razão que a maioria esmagadora dos escritos envolvendo as características dos contratos administrativos possui a natureza *intuitu personae* dos contratos como tópico

* Trabalho apresentado durante o VI Congresso Estadual de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, realizado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em outubro de 2013, tendo como homenageado o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

** Mestrando em Direito na UNIRIO (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro); membro do IDAERJ (Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); coautor da obra *Direito Administrativo e Democracia Econômica*; homenageado com o prêmio de melhor monografia pelo TJRJ (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), com a láurea acadêmica pelo prêmio Ministro Francisco Rezek e pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) com o trabalho *Solidariedade*. Advogado.

central (essencial). Erguem-se, sob tais bases, verdadeiras trincheiras que resistem vorazmente contra qualquer possibilidade do despersonalismo contratual ascender, ainda que referido movimento traga em sua essência a *reorganização empresarial como personificação de um plexo de direitos e obrigações.*

Em outras palavras, guiado pela possibilidade de que a alteração subjetiva do contrato administrativo ocorra, este trabalho parte dos entendimentos envolvendo a cessão e a transferência (situações em que a ocorrerá a substituição do contratado por outro, assumindo este a posição daquele), percorre, em um estágio seguinte, os campos da reorganização empresarial da pessoa jurídica contratada até os planos da fusão (movimento em que duas ou mais sociedades formam uma nova), da incorporação (instante em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra) e da cisão (dinâmica em que há transferência de parcela(s) do patrimônio de uma sociedade para uma ou mais sociedades, existentes ou não, extinguindo-a ou não).

Verificada a existência de uma forte corrente capaz de respaldar a modificação subjetiva do contrato administrativo, deve-se analisar se tal entendimento possui ressonância nas Cortes de Contas, por exemplo, e especialmente, no Tribunal de Contas da União (TCU). Além disso, serão aferidos pontos envolvendo a possibilidade (ou não) de alteração dos requisitos de habilitação, as condições originais do contrato, a existência de prejuízos ao objeto contratado, além da necessidade de anuência por parte da Administração Pública, como condição para a continuidade do contrato (riscos, caso a caso, aferidos). Eis os passos que serão trilhados no desenrolar desse trabalho.

Enfim, o percurso não está pavimentado. Muitos são e serão os obstáculos pelo caminho. Fato é que quando se tem como meta discorrer sobre a possibilidade de modificação subjetiva em contratos administrativos como forma de mensurar incertezas nas atividades estatais e, além disso, compor trabalho em homenagem ao estimado professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, vislumbra-se no horizonte um árduo, porém prazeroso, caminho de obstáculos, o que talvez o torne mais estimulante. Contribuir para uma reflexão inovadora em matéria de Direito Administrativo, área fortemente influenciada pelos pensamentos, ensinamentos e escritos do professor Diogo, colega ilustre e emérito de IDAERJ (Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro), escola pensada e fundada pelo saudoso Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*), não possui nada de trivial.

As palavras acima lançadas aproximam-se em muito da introdução redigida há exatamente dez anos, oportunidade em que este autor, então estudante de graduação em Direito, ousou ler, refletir e, desafiadoramente, escrever sobre um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos: Rui Barbosa¹. Naquela oportunidade, o trabalho em questão teve como objetivo refazer os passos de Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal (mais alta Corte de Justiça à época). Tanto os argumentos expostos pelo advogado Rui Barbosa quanto os pontos de resistência levantados pela Corte

¹ LAGO, Laone. *Rui Barbosa e o habeas corpus: o "nascimento" de uma doutrina*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rio Barbosa, 2005, p. 9-11.

foram analisados. Verificou-se que a tarefa foi árdua, sendo os seus argumentos lentos e gradativamente acolhidos, o que criou as bases para o que viria a ser mundialmente conhecido como “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, concepção aperfeiçoada na medida em que ampliou o amparo legal para além da simples defesa da liberdade de ir, ficar e vir.

Escrever em homenagem ao professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto não é uma atividade corriqueira, sem dúvida, afinal um dos juristas mais conhecidos e respeitados do Brasil, em matéria de Direito Administrativo, está no centro dos debates. Assim como Rui Barbosa, o professor Diogo inovou sendo pioneiro em inúmeras discussões, sendo perspicaz em incontáveis trabalhos e, especialmente, sendo um dos maiores e melhores oradores do Brasil. Por estas razões, mesmo que passada uma década do primeiro grande desafio de ousadia deste autor, o desafio que a aqui se propõe a enfrentar é enorme, porém mais imensamente prazeroso e gratificante.

2. A Força Normativa da Constituição: a Carta Magna como Centro Irradiador de Condutas, Diretrizes, Interpretações e Efetivações

Primeiramente, algumas bases são necessárias para que sejam estabelecidas as linhas mestras deste trabalho, que consiste basicamente em dar efetividade ao texto constitucional, situando-o antes de serem tecidas as minúcias envolvendo o argumento da plausibilidade da alteração subjetiva do contrato administrativo. Enfim, um centro irradiador deve ser estabelecido. Dizendo de outra forma, a Carta Magna deve ser trazida ao cenário dos debates, pois guiará todas as reflexões que adiante serão expostas, especialmente no que tange ao princípio da isonomia e sua inserção na alteração subjetiva do contrato administrativo (respeito à ordem classificatória do certame e vedação ao ingresso de terceiro(s) não participante(s) do processo seletivo).

A Carta Constitucional ascendeu como fenômeno político-normativo, deixando de ser vista apenas como instrumento de estruturação do Estado e tornou-se o centro da aplicabilidade e da efetividade dos direitos e das garantias nela previstos (força normativa da Constituição²). Pode-se dizer, por um lado, que a Constituição, sob a ótica da Teoria Constitucional Clássica, emergiu ao ápice do ordenamento jurídico e, por outro, que a evolução do pensamento constitucional, sob o olhar da Teoria Constitucional Contemporânea, deslocou a Constituição do ápice para o centro do ordenamento jurídico. Eis o ponto nodal de todo fenômeno normativo atual.

Para melhor esclarecer o que acima foi objetivamente deduzido, serão lançadas algumas linhas envolvendo essa evolução constitucional.

A primeira tradição constitucional – de Constituição como ápice do ordenamento – geralmente associada a Hans Kelsen³, estabeleceu o que pode ser

² HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

chamado de “Constituição-Garantia”. Neste sentido, a função da Carta Magna seria a de conter o Estado através de prescrições que funcionariam como limites às suas atividades, impedindo que elas se convertessem em abusos pelas autoridades.

Constata-se, sob esta primeira ótica, que a Constituição limitaria o Estado, fixando as condições de exercício de seu poder, e, conseqüentemente, delimitaria a totalidade do ordenamento jurídico nacional, impedindo que as normas pertinentes a outros campos jurídicos extrapolassem o que foi constitucionalmente preceituado. Para os modernos este seria o conceito de *Constituição como ápice do ordenamento jurídico nacional*.

Com o passar dos anos um novo conceito passou a expressar o entendimento da chamada segunda tradição constitucional – de Constituição como núcleo do ordenamento – diante da crise do conceito liberal e garantista. Nasce a “Constituição-Programa”⁴.

Como fatores implosivos do pensamento constitucional moderno, podemos destacar a emergência dos direitos sociais, do dirigismo econômico e da ampliação do papel do Estado, entre outras ascensões. Três marcos podem ser listados como fundamentais para essa viragem constitucional. Primeiro, o marco histórico – o pós-guerra e a redemocratização; segundo, o marco filosófico – a construção do pós-positivismo; e, terceiro, o teórico – as mudanças de paradigmas, como a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional⁵.

Sob essa nova orientação, a Constituição não apenas impediria a produção normativa e a aplicação das demais normas componentes do ordenamento que a contrariassem, mas também indicaria o sentido e a direção que deveriam estar presentes em todas as outras normas do ordenamento, sejam as já existentes ou as que viessem a existir⁶.

Como no conceito clássico, a “Constituição-Programa” é dotada de supremacia hierárquica perante as demais normas. Porém, sua superioridade decorre de sua função no ordenamento, ou seja, as normas constitucionais serão consideradas como parâmetros para o conjunto do ordenamento jurídico, emergindo, com isso, o que pode ser chamado de *Constituição como núcleo do ordenamento jurídico nacional*.

Compreendida a Constituição atual como centro normativo irradiador de posturas, todas as leituras infraconstitucionais devem por ela serem filtradas. Não há mais espaço para fenômenos normativos alheios aos fluxos e influxos da Carta Magna que orienta uma nação, estabelecendo premissas tanto para a Administração Pública quanto para os administrados. É o que abaixo será impresso como norte às reflexões que se seguirão.

⁴ CANITILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra, 2001.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶ VIANNA LOPES, Júlio Aurélio. *Lições de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

3. A Licitação e a Sua Natureza Instrumental

O legislador constituinte originário ao promulgar a Carta Magna (centro do ordenamento jurídico pátrio) outorgou à União competência legislativa privativa para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos aplicáveis à Administração direta e indireta de todas as esferas de Governo (artigo 22, inciso XXVII, da CRFB/88). Senão vejamos:

“Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

(...)

XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;*”⁷

Estabelecida a competência legislativa pertinente ao tema, a Constituição da República Federativa do Brasil em capítulo específico pertinente à Administração Pública, efetivou a licitação, pautada pelos princípios da isonomia (no processo seletivo) e do equilíbrio econômico-financeiro (na execução do contrato), como regra principiológica na interação de interesses. Razão pela qual os serviços, as obras, as compras e as alienações promovidas pelas unidades da Federação brasileira deverão ser antecedidas de processo licitatório em que se assegure a igualdade de condições entre os interessados, bem como o valor efetivo da proposta vencedora, ressalvados os casos de contratação direta (dispensada ou inexigível) previstos em lei (artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88).

O normativo em questão merece ser transcrito:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições*

⁷ Grifos acrescidos.

efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”⁸

Atendendo tal orientação constitucional, a União, no exercício da respectiva competência constitucional que lhe foi atribuída, e em observância aos princípios constitucionais referidos (isonomia e equilíbrio econômico-financeiro), editou a Lei nacional⁹ n° 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), que determina que os serviços, inclusive de publicidade, obras, compras, alienações, concessões, permissões e locações feitos pela Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *deverão ser, obrigatoriamente, precedidos de licitação (regra), exceto os casos de contratação direta* (artigo 2º), que poderão ensejar *dispensa* (artigo 24) ou *inexigibilidade* do certame (artigo 25) (*exceção*).

É por essas, e muitas outras razões, que a licitação deve ser vista como um instrumento facilitador à disposição da Administração Pública com vistas à celebração do contrato mais vantajoso, tendo como observância básica o princípio da isonomia ao imprimir (transparentemente) o rito procedimental entre os licitantes interessados¹⁰.

Esse entendimento – licitação como meio a serviço da Administração Pública – é corroborado por Hely Lopes Meirelles ao afirmar que “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”¹¹. Maria Sylvia Zanella Di Pietro expressa pensamento similar ao destacar que “licitação é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a administração”¹².

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende, “por conceito”, ser a “licitação um processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração”¹³. Percebe-se claramente que a licitação é um instrumento disponível para que a Administração Pública dele se utilize da melhor forma possível, contratando vantajosamente.

Fazendo-se um exercício reflexivo envolvendo contratos administrativos celebrados com prévio procedimento licitatório, pode-se concluir que a Administração Pública exauriu os ditames legais ao selecionar e contratar (mais) vantajosamente. O que pode (e deve) ser verificado, porém, e em se tratando de um exercício ilustrativo

⁸ Grifos acrescidos.

⁹ No contexto deste trabalho, “nacional” é toda legislação que tenha como foco a Administração Pública em seu sentido amplo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

¹⁰ LAGO, Laone (coautor). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 45-62.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 266.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 205.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 197.

para possíveis casos concretos, é se as forças vinculantes inseridas na legislação estão sendo observadas tanto nos termos edital quanto nas cláusulas contratuais. Tal reflexão pode resultar em dois cenários, os quais são (i) a imutabilidade contratual (personalismo), ou (ii) a possibilidade de alteração subjetiva do contrato (despersonalização), ensejando um olhar mais apurado nos tópicos abaixo expostos.

4. O Personalismo do Contrato Administrativo: uma Visão Clássica

Uma leitura superficial, diga-se até mesmo limitada dos dispositivos legais, poderá ensejar conclusão precipitada, e, por assim ser, carente de um olhar mais profundo, específico e ajustado ao caso concreto. Isto é, forma, pois os termos do edital e as cláusulas do contrato criariam no contrato administrativo uma imutabilidade subjetiva que engessaria por completo qualquer alteração no polo contratual.

É bom que se diga que essa leitura (mais) rígida possui especial, e não só, suporte no artigo 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, pois dele consta que entre as causas de rescisão contratual está “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”¹⁴.

Não é difícil encontrar posição doutrinária, com certo grau de respaldo nos órgãos de controle (especialmente nos Tribunais de Contas), resistente à alteração subjetiva do contrato administrativo. Os defensores dessa corrente entendem haver uma incompatibilidade entre a modificação na identidade do particular (contratado) com o (princípio do) personalismo dos contratos administrativos (natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos).

Neste sentido, importante mencionar o entendimento de Toshio Mukai, conforme lição ensinada por Carlos Pinto Coelho Motta, para quem o “contrato é *intuitu personae*, portanto, é inadmissível a subcontratação, cessão ou transferências totais, mesmo que o edital tenha previsto as hipóteses”. Prossegue o referido autor para aprofundar ser inconstitucional essa possibilidade, “por ofensa ao princípio da igualdade constitucional e das licitações”¹⁵.

Linha esta que possui respaldo nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pois referida autora argumenta que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*”, isto é, “em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação”¹⁶. O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende ser a pessoalidade um atributo de concentração pessoal próprio dos contratos administrativos. Ainda que faça algumas ponderações em relação a essa imutabilidade, defende claramente “que a contratação administrativa é *intuitu personae*”¹⁷.

¹⁴ Grifos acrescidos.

¹⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 736.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 256.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 191.

Os defensores da imutabilidade contratual sustentam, ainda, que a alteração subjetiva na pessoa do particular contratado implicaria em frustrar o (princípio) da obrigatoriedade da licitação, além da postura em tela ser uma afronta ao princípio da moralidade, pois seria reprovável que a Administração Pública viesse a celebrar contrato administrativo com terceiro que não passou pelo crivo do processo seletivo.

Dentre todos os argumentos utilizados pelos defensores do personalismo do contrato administrativo, o que encontra maior solidez, traduzindo praticamente tudo que até aqui foi dito em prol dessa corrente de pensamento, é o conteúdo posto no artigo 50 da Lei nacional nº 8.666/93. Vejamos em sua redação:

“Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.”¹⁸

Referido dispositivo legal possui em sua essência normativa duas regras, as quais podem ser assim traduzidas: (i) a Administração Pública ao contratar deve respeitar a ordem classificatória, além (ii) de ser vedada a contratação de terceiro estranho ao certame.

Os defensores do personalismo contratual possuem como objetivo evitar que empresas dotadas de certas, e específicas, habilitações em seus quadros participem dos processos seletivos, saírem-se vencedoras e, assim que o contrato for celebrado com a Administração Pública, ou no próprio curso do certame, superada a etapa de habilitação, um terceiro assumo o lugar do licitante inicial. Isso sim seria fraude à licitação, o que é vedado por lei e deve ser rechaçado pelos órgãos de controle, como de fato é.

Em que pesem os esforços (brilhantes) dessa corrente, que não devem ser desprezados, um novo olhar deve ser lançado ao tema. A leitura fria da norma merece ser mantida; no entanto, sobre ela a de se recair um contexto mais amplo e ajustado à realidade do caso concreto. É o que se pretende no tópico abaixo.

5. Modificação Subjetiva do Contrato Administrativo: uma Visão Moderna

A doutrina moderna, superando o entendimento inicial da personalidade imutável do contrato administrativo, acolhe como sendo possível imprimir alteração subjetiva no polo contratual, desde que atendidos os termos do edital e mantidas as cláusulas do contrato. Objetivamente falando, desde que apenas a modificação subjetiva ocorra, sem qualquer (risco de) dano ao contratante, e, especialmente, à execução do objeto contratado.

¹⁸ Grifos acrescidos.

5.1. O (des)personalismo contratual revisitado

A doutrina de Marçal Justen Filho desde finais do século passado busca conferir olhar crítico sobre o personalismo arraigado, de certa forma superficial e carente de uma ótica específica sobre o caso concreto. Referido autor observa “que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra... Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo”¹⁹.

Por assim dizer, a aplicação descabida, e de modo automático, de algum princípio geral vedando a assunção de contratos administrativos por terceiro, deve ser afastada, sob um olhar mais realista. É o que se pretende desenvolver e esclarecer no tópico que se segue.

Nesse sentido, abra-se um parêntese para lançar mão dos entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) quanto à possibilidade (e os limites) da alteração subjetiva do contrato administrativo²⁰.

Para fortalecer o entendimento aqui encampado, o qual consiste em facultar a alteração subjetiva do contrato administrativo, desde que alguns requisitos básicos sejam observados, e mantidos, dois acórdãos exarados pela Corte de Contas da União são paradigmáticos e merecem ser trazidos à baila. São eles: (i) o Acórdão nº 1.108/2003 – Plenário, e (ii) o Acórdão nº 634/2007 – Plenário.

Na primeira oportunidade aqui referenciada, a Corte de Contas da União assim entendeu e concluiu:

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

(...)

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 51 (grifos acrescidos).

²⁰ É prudente deixar consignado desde logo que as decisões exaradas pela Corte de Contas da União orientam as posturas dos gestores públicos no âmbito da Administração Pública federal, sem vincularem os demais Entes federativos. Porém, é remansoso que os entendimentos do TCU servirão como nortes implícitos (ou explícitos) aos demais órgãos de controle, por exemplo, ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-RJ) e ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ).

9.1. conhecer da presente consulta (...), respondendo ao Presidente da Câmara dos Deputados que é possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, *cumulativamente*:

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

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

9.1.3. sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original;²¹

Percebe-se, neste julgado inicial, que a Corte de Contas da União, ao exigir previsão contratual para se operar a modificação subjetiva do contrato administrativo, reflete entendimento que toma o verbo “não admitir” no sentido “não prever”. Expressando sob outra ótica, as variadas contingências mencionadas na norma prevista no inciso VI do artigo 78 da Lei nacional nº 8.666/93, caso alguma (uma apenas basta) ocorra, dar-se-á causa à extinção do contrato, se o edital, ou se algum termo próprio não disciplinar expressamente a possibilidade de continuidade da atividade licitamente e vantajosamente contratada.

Sob tal ângulo, o silêncio do edital e do contrato retiraria do gestor a possibilidade de prosseguir com a contratação diante da reorganização empresarial da contratada, por exemplo. Esta foi uma das primeiras manifestações da Corte sobre o tema.

Atualmente, o entendimento citado amadureceu, sofreu reflexões, foi ajustado, ganhando novos contornos, conforme se verifica no Acórdão nº 634/2007 – Plenário. Senão vejamos:

“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

²¹ Grifos acrescidos.

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;²²

O Tribunal de Contas da União, ao revisitar (consolidar) o tema da alteração subjetiva do contrato administrativo, aplicou ao caso interpretação conforme a Constituição. Preservou, com isso, a livre iniciativa, interpretação que melhor se coaduna com o contexto atual de mínima interferência do Estado na vida econômica de um País, especialmente quanto à iniciativa empresarial (atividade econômica pura).

Nesta perspectiva, e tendo a força normativa da Constituição como centro irradiador de posturas e de condutas, a melhor leitura a ser conferida ao dispositivo legal em tela é aquela que permite que a alteração subjetiva do contrato administrativo ocorra sempre que inexista risco de dano ao contratante (Administração Pública) e, especialmente, às atividades de execução do contrato, ressalvadas as situações fraudulentas que devem ser observadas caso a caso.

Derradeiramente ao ponto – (des)personalismo contratual revisitado –, algumas linhas devem ser reservadas ao entendimento conferido pela doutrina ao tema. Nesse sentido, Marçal Justen Filho expressa assim seu entendimento:

“Não se afasta a aplicação do raciocínio antes desenvolvido em virtude da ausência de autorização expressa. A fórmula verbal consagrada na parte final do inc. VI do art. 78 deve ser bem

²² Grifos acrescidos.

interpretada. Quando a Lei se refere à modificação ‘não admitidas no edital e no contrato’, isso não significa exigência de prévia e explícita autorização para substituição do sujeito. Interpretação dessa ordem conduziria, aliás, a sério problema prático. É que nenhum edital prevê, de antemão, a livre possibilidade de cessão de posição contratual (...). Essa não é a regra norteadora da contratação administrativa.

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

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

(...)

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

(...)

O fundamento dessa interpretação reside no descabimento de vedações desvinculadas das circunstâncias ou do interesse público. Em princípio, pretende-se que o contrato, tal como derivou da licitação, seja fielmente executado. Mas isso não afasta a possibilidade de alterações supervenientes, objetivas ou subjetivas, especialmente quando o interesse público não esteja afetado (...).²³

Postura que também é compartilhada por Floriano de Azevedo Marques Neto, nos seguintes termos:

“A pessoa jurídica do licitante só é relevante como meio para aferir as condições habilitatórias do plexo empresarial sela albergado.

*O Pode Público não habilita um número de CGC, mas, sim, um conjunto de bens, direitos e experiências albergadas numa pessoa jurídica – sujeito de direitos e obrigações da pessoa natural – à qual corresponde um CGC.*²⁴

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 566-567 (grifos acrescidos).

²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reorganização societária, cisão empresarial e contrato administrativo. In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, ano XVII, nº 5, maio, 2001, p. 353 (grifos acrescidos).

Pode-se concluir, segundo precedentes do Tribunal de Contas da União (TCU), e em sintonia com a doutrina atualizada, que, em ocorrendo reorganização empresarial na pessoa jurídica originalmente contratada, não haverá espaço para se falar em inovação na titularidade de direitos e obrigações antes concentrados em seu plexo empresarial, o que permitirá, salvo vedação expressa (o que deve ser fortemente mitigado), a (re)estruturação pretendida sem impactar de forma negativa na continuidade das atividades contratadas.

5.2. Reorganização Empresarial como Personificação do Plexo de Direitos e Obrigações

A incorporação, a fusão e a cisão possuem papel destacado como técnicas de reorganização empresarial, servido as duas primeiras a concentração e a última a desconcentração societária. Na incorporação, “uma sociedade absorve a outra ou outras que, para tanto, se extinguem”; na fusão, “duas ou mais sociedades se extinguem, para que, da conjunção dos vários patrimônios, surja uma nova sociedade”; na cisão, a sociedade se divide, dando lugar a novas sociedades ou a integração das partes separadas em sociedades existentes”²⁵.

Enfim, verificada a reorganização empresarial como linha factível (muitas das vezes necessária) para que se imprima mudança subjetiva no contrato administrativo, este movimento emerge como uma possibilidade de sucessão integral de direitos e obrigações, que, por exemplo, pode ser nitidamente encontrado em casos envolvendo operações de cisão, isto é, entre a sociedade cindida e a sua sucessora, nos termos do artigo 229, §1º, da Lei nº 6.404/76. Senão vejamos:

“Art. 229. (...)

§1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 233²⁶, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.”

Há, por assim dizer, um nexo de continuidade entre as pessoas jurídicas antes existentes (plexo único de direitos e obrigações) e os entes jurídicos derivados do

²⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 440.

²⁶ “Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão. *Parágrafo único*. O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.”

processo de cisão, tendo esta como base e norte. Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “o patrimônio da sociedade cindida transfere-se às novas ou já existentes sociedades, que se tornam suas sucessoras universais, na exata medida da parcela do patrimônio que lhes é transferido”²⁷.

Entende-se, com isso, que “a cisão não implica a criação de uma empresa totalmente nova e, sim, na partição do plexo de direitos e obrigações com consequente absorção da parte cindida por uma pessoa jurídica preexistente ou, (...) por uma sociedade criada com esse propósito específico, a qual sucederá a cindida em direitos e obrigações”²⁸.

Retomando o dispositivo nodal da abordagem em tela – artigo 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93 (“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”) – *a reorganização empresarial via processo de cisão, como exemplo aqui enfatizado, (com possível incorporação da parte cindida por empresa preexistente) não enseja, e nem pode ensejar, a rescisão do contrato administrativo, mesmo que nada disponha o edital e o contrato (o que não pode é estar expressamente vedado). Reflexão esta aplicada à reorganização empresarial pautada pela cisão que pode ser integralmente replicada em situações de incorporação e fusão.*

Nesta linha de entendimento, os ensinamentos de Marçal Justen Filho são pontuais e contundentes ao defender que “realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva”. Prossegue o autor para afirmar que o “que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora”, não sendo possível afirmar que reorganização empresarial importaria em uma espécie de contratação direta, muito menos sem licitação. Em outras palavras, “licitação houve e a Administração a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada”²⁹.

6. Limites e Orientações à Alteração do Contrato Administrativo

Trilhando um campo mais cauteloso, o que significa entender como viável a alteração contratual a partir de operações societárias (fusão, incorporação e cisão), e diante de tudo que acima foi exposto, algumas premissas podem ser destacadas:

i) a Carta Magna deve ser vista como centro (filtro) irradiador de todas as interpretações que permeiam a modificação (ou não) subjetiva do contrato administrativo;

²⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 287.

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reorganização societária, cisão empresarial e contrato administrativo. In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, ano XVII, nº 5, pág.: 353, maio, 2001, p. 351.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 838.

ii) o filtro constitucional consiste em conferir efetividade (respeito) ao princípio da isonomia, o que significa, nos termos do artigo 50 da Lei 8.666/93, proteger a ordem classificatória entre os interessados que objetivamente participaram do certame (caso mais de um tenha efetivamente concorrido), além de evitar a participação de terceiro estranho ao processo seletivo;

iii) existe entendimento doutrinário (respeitável) que acolhe a teoria da imutabilidade subjetiva dos contratos administrativos como regra (natureza *intuitu personae* dos contratos), pois entende estar a contratada vinculada, rigidamente, aos termos lançados no edital e às cláusulas pactuadas no contrato;

iv) a imutabilidade subjetiva, especialmente, e sob um novo olhar conferido ao artigo 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, encontra-se hoje relativizada, o que consagra a possibilidade de modificação subjetiva em contratos celebrados com a Administração Pública; e, nessa linha,

v) se não houver expressa regulamentação no edital ou no contrato dispondo ser *vedada* referida alteração, é possível manter vigente contrato cuja contratada tenha passado por processo de reorganização empresarial (cisão, incorporação ou fusão), uma vez que feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, restem observadas *cumulativamente* as seguintes condições:

a) a alteração subjetiva do contrato administrativo deve ser em favor da empresa que emergir da reestruturação societária, atuando autonomamente e com propósito específico, ou sendo ela incorporada por empresa preexistente;

b) observância pela nova empresa (autônoma ou incorporada) dos requisitos de *habilitação* de que trata o artigo 27 da Lei nº 8.666/93, segundo as condições originalmente prevista na licitação;

c) manutenção de todas as condições previstas originalmente no contrato;

d) inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação na estrutura da empresa; e

e) *anuência* expressa da Administração Pública contratante, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato.

7. Conclusão

A modificação subjetiva do contrato administrativo é uma realidade, quiçá, e em muitas das situações, uma necessidade. A natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos (visão clássica), característica defendida pela maioria esmagadora dos estudiosos do assunto, deve significar o preenchimento de certos requisitos ou exigências fundamentais para que a Administração Pública (contratante) escolha certo (e determinado) particular para contratar, o que não pode ser confundido com as características subjetivas do licitante vencedor do certame.

Em outras palavras, a Administração Pública deve estar interessada na execução da proposta mais vantajosa, o que, diante da realidade (necessidade) de uma alteração subjetiva, significa afastar qualquer (risco de) dano ao contratante e, especialmente, à descontinuidade das atividades de execução do contrato.

Agir sob estas premissas significa preservar a livre iniciativa especialmente em casos de reorganização empresarial (fusão, cisão e incorporação), interpretação que melhor se coaduna com o contexto atual de mínima interferência do Estado (e de seus órgãos e agentes) na vida econômica, especialmente em se tratando de iniciativa empresarial (atividade econômica pura). Compreensão, inclusive, respaldada pelo Tribunal de Contas da União, conferindo base aos entendimentos doutrinários ainda minoritários.

Certo que inúmeras e consistentes críticas possam existir e ser direcionadas tanto sobre a cessão quanto sobre a transferência (situações em que a ocorrerá a substituição do contratado por outro, momento em que este assumirá a posição daquele), o que enseja um olhar mais cauteloso sobre essas possibilidades de alteração subjetiva do contrato administrativo, a reorganização empresarial norteada pela fusão (movimento em que duas ou mais sociedades formam uma nova), pela incorporação (instante em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra) e pela cisão (dinâmica em que a transferência de parcela(s) do patrimônio de uma sociedade para uma ou mais sociedades, existentes ou não, extinguindo-a ou não), por sua vez, não pode estar sob a mesma saraivada de argumentos. Caso isto ocorra sem maiores cuidados, a livre iniciativa estará sendo friamente ameaçada.

Afastada a reorganização empresarial do campo da pura e simples substituição, pois é muito mais que isso, a Administração Pública diante de uma alteração subjetiva do contrato administrativo deve verificar, basicamente, (i) se os requisitos de habilitação de que trata o artigo 27, da Lei nº 8.666, de 21 de junho 1.993, estão sendo observados, segundo as condições originalmente previstas na licitação; (ii) se a manutenção das condições previstas originalmente no contrato continuarão; (iii) se inexistem prejuízos para a execução do objeto pactuado, continuando suas atividades; e, por fim, (iv) deve a Administração Pública contratante anuir, depois de verificados os requisitos apontados anteriormente como condição para a continuidade do contrato (riscos, caso a caso, aferidos).

Indo nesta linha, porém um pouco mais além, a Administração Pública, ao verificar a presença dos três primeiros requisitos – habilitação, condições originais

do contrato e inexistência de prejuízos –, não terá uma melhor opção que não seja a de promover a alteração subjetiva do contrato administrativo. Esta deve ser a postura, pois não haverá risco de dano ao contratante (Administração Pública) e, muito menos, às atividades de execução do contrato (sociedade, via de regra), ressalvadas os casos que nitidamente envolvam fraudes (aferições que devem ocorrer caso a caso).

Portanto, a modificação subjetiva do contrato administrativo deve ser vista como uma realidade (muitas das vezes uma necessidade) para que riscos administrativos (e sociais) na continuidade de obras, serviços, compras e alienações sejam concretamente controlados. Enfim, *a natureza intuitu personae do contrato administrativo deve ser superada em prol de um despersonalismo contratual pautado na defesa e na manutenção das características objetivas do edital e do contrato, e não simplesmente em um emaranhado de características subjetivas, que podem sofrer alterações (reorganização empresarial, por exemplo) sem influenciar em nada a continuidade das atividades licitadas, muito menos lançar dúvidas de que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública estará sendo observada e respeitada.*

Bibliografia:

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra, 2001.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAGO, Laone. (coautor). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Rui Barbosa e o habeas corpus: o “nascimento” de uma doutrina*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rio Barbosa, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Reorganização societária, cisão empresarial e contrato administrativo*. In: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, ano XVII, nº 5, maio, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VIANNA LOPES, Júlio Aurélio. *Lições de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.