

Impossibilidade de Alteração Societária da Empresa Licitante Vencedora entre as Fases de Homologação e Adjudicação no Processo Licitatório

Luziânia C. Pinheiro Braga*

Resumo: Trabalho inserido no campo das licitações e contratos no âmbito do Direito Administrativo. Partindo de uma delimitação das fases procedimentais da licitação, com destaque para a teleologia da fase de habilitação, o tema verte especificamente sobre as conseqüências da alteração da estrutura societária de empresa vencedora no curso licitatório. Examina-se especificamente a possibilidade de celebração de contrato com empresa incorporadora ou sucessora da empresa vencedora; em caso de sua impossibilidade a assunção pelo segundo colocado no certame ou impõem-se a necessidade da sua anulação. Pelos fundamentos expostos, conclui-se pela impossibilidade de a alteração jurídica da vencedora ser agasalhada no âmbito licitatório; tal negativa não eiva de nulidade o certame, podendo bem ser chamada a empresa seguinte na ordem classificatória.

Abstract: Work inserted in the bidding field and contracts in the scope of Administrative Law. Starting from a delimitation of the proceeding phases of the bid, with an emphasis on the teleology of the attestation, the theme talks about the consequence of the alteration of the society structure of the winner company in the bidding course. It is examined specifically the possibility of the contract sealing with an incorporate or successor of the winner company; in case of its impossibility, the assumption of the second place in the contest or the need of its annulment is an imposition. From the exposed fundamentals, the result of reasoning is the impossibility of the legal alteration of the winner as being wrapped up in the bidding field; such denial does not call for the contest nullity, enabling the next company in qualifying order to be called upon.

1 Breves Considerações Introdutórias

O presente artigo se insere no desafiador campo do Direito Administrativo, na temática afeita às licitações e contratos administrativos. Busca-se discutir e bem delimitar a importância das fases procedimentais da licitação, especificamente enaltecendo a teleologia da fase de habilitação, considerando-se a mudança na estrutura societária das empresas participantes da licitação no curso do certame.

Em tempos hodiernos, tais mudanças societárias – sobretudo no que se relaciona às grandes empresas e corporações – são cada vez mais comuns, mais céleres e mais repetidas. Cabe, portanto, indagar, qual deve ser a reação da Administração nos casos em que o contrato ainda não se encontra assinado, acontecendo tal mudança antes do fim do procedimento licitatório, mas após a fase de habilitação.

* Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) – UFC. Professora de Direito Administrativo da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Supervisora de Atividades Complementares do Centro de Ciências Jurídicas – UNIFOR. Advogada da União – AGU.

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

Tome-se, por ilustração, a hipótese do desaparecimento da pessoa jurídica licitante, sucedida por pessoa jurídica diversa: empresa de maior porte, mediante processo de incorporação.

Com o fito de observar a legalidade própria do desempenho da função administrativa, com respeito ao direito dos administrados e à lisura do procedimento licitatório em homenagem aos ditames da Lei nº 8.666/93 – o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, poderíamos questionar:

- a. Pode ser celebrado o contrato com a empresa incorporadora, sucessora da empresa licitante vencedora?
- b. Ante a eventual impossibilidade de contratação da empresa incorporadora, ainda reside a possibilidade de ser convocada a empresa que figurou em segundo lugar no certame licitatório? Impera a necessidade de revogar a licitação?

Construídas essas interrogações, com vistas a centralizar nossos objetivos, passemos ao desenvolvimento da temática.

2.1. Compreensão dos objetivos da licitação – a fase de habilitação e sua amplitude

Cumprido, à guisa de intróito, traçarmos a exata dimensão do processo licitatório no âmbito da Administração Pública. Para tanto recorreremos ao consagrado magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, que afirma:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹

Em virtude da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração não pode simplesmente empregar os recursos públicos sem critérios, privilegiando uns ou outros. Há de se perseguir a finalidade pública, dentro do primado da legalidade, igualdade, eficiência e moralidade. É importante que se oportunize a todos os que tiverem interesse o direito de competir nos certames direcionados às aquisições de bens ou serviços por parte do Poder Público. Na consecução de tais misteres, realiza-se, exceptuadas as previsões legais, obrigatoriamente a licitação pública. Esta obrigatoriedade resulta de disposição constitucional (art. 37, inciso XXI, CF/88), observando-se os princípios gerais que regem a vida administrativa, dentro do trâmite especificamente aplicável ao procedimento licitatório, consoante a normatização presente na Lei nº 8.666/93, vulgo Estatuto das Licitações.

¹ MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, *Curso de direito administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 243.

Acerca do tema, apontamos a clássica lição de Hely Lopes Meirelles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.²

O Poder Público não pode realizar contratações temerárias com empresas irregulares, imperitas, sonegadas ou que não apresentem solidez econômica recomendável. Tal falta de cautela comprometeria, por certo, a adequação e continuidade dos serviços perseguidos, bem como macularia a probidade da gestão administrativa. Assim, o estabelecimento de determinados critérios e condições anteriores à contratação, durante o curso do procedimento licitatório, demonstra-se como expediente apto a atestar objetivamente a idoneidade, regularidade e capacidade técnico-operacional da empresa licitante concorrente e potencial vencedora.

Auxilia-nos a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, que argumenta: *Embora tenha que haver competição, ela não é inteiramente livre, pois a proteção do interesse público exige a imposição de certas normas que afastam, por exemplo, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, as que não apresentam idoneidade técnica ou financeira. In Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, São Paulo, Atlas, 1998, p. 259.*

A licitação intenta não somente colher a melhor e mais vantajosa proposta para a Administração, mas também assegurar que os interessados participem da competição, dentro do devido processo legal administrativo. Trata-se de uma competição da qual sairá vencedor aquele que preencher todos os requisitos previamente estabelecidos, os quais envolvem desde condições pessoais do próprio participante até condições objetivas das propostas apresentadas.

Nos termos da Lei nº 8.666/93, o procedimento de licitação se compõe das seguintes fases: a) abertura da licitação, mediante a publicação do instrumento convocatório; b) habilitação; c) julgamento e classificação das propostas; d) homologação; e) adjudicação.

De curial importância para o deslinde das questões impostas é a compreensão do fundamento e amplitude da fase de habilitação.

Em verdade, a habilitação é a fase do procedimento licitatório em que a comissão de licitação reconhece formalmente que o licitante preenche as condições exigidas na lei e no edital, quanto à qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira e à regularidade fiscal, com vistas à futura celebração do contrato. Atesta-se, por conseguinte, que o licitante tem condições fáticas e materiais de figurar como um contratante junto à Administração Pública.

² MEIRELLES, HELY LOPES, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 19ª ed., p. 247.

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

No curso da habilitação, a Comissão Permanente de Licitação busca aferir, consoante o art. 27 da Lei nº 8.666/93 – o Estatuto das Licitações:

- a. Idoneidade jurídica – Significa a capacidade para exercer direitos e contrair obrigações. Comprova-se pela regular constituição da pessoa jurídica, individual ou coletiva (contrato social, estatutos ou declaração de firma individual, registrados na junta comercial ou cartório competente, conforme o caso);
- b. Idoneidade técnica – Trata-se da qualificação profissional para a execução do objeto do contrato. Comprova-se a capacidade técnica pelo registro junto à entidade que disciplina e fiscaliza o desempenho dos serviços prestados pelo licitante, por atestados de desempenho, entre outros documentos;
- c. Idoneidade econômico-financeira – Procura verificar a aptidão econômico-financeira do licitante para a execução do futuro contrato, sua situação financeira, sua solvabilidade, bem como a inexistência de ações e gravames que possam afetar o seu patrimônio;
- d. Regularidade fiscal – É o regular cadastramento como contribuinte e a inexistência de dívidas de natureza tributária. Seria absurdo que um licitante pudesse se beneficiar oferecendo menores preços à custa do não-cumprimento de suas obrigações fiscais. Observe-se, em especial, o mandamento constitucional consubstanciado no art. 195, § 3º, vedando as pessoas jurídicas em débito com a seguridade social de contratar com o Poder Público;
- e. Atendimento ao disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal – a empresa deve observar a vedação constitucional de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo sob a condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Reconhece-se que a fase de habilitação é complexa e, na prática, tem-se prestado a infundáveis discussões. Contudo, sua importância é indubitável, na medida em que exhibe a “anatomia” daquele que pretende contratar com a Administração Pública, diminuindo os riscos da referida avença, ante a observância de critérios objetivos eleitos pela lei e pelo instrumento convocatório.

Através da licitação, busca-se efetivamente uma disputa justa entre os interessados concorrentes, com o escopo de se obter a oferta mais proveitosa. Nesse desiderato, a Administração Pública deve se cercar de todas as garantias possíveis, pois se encontra em risco o patrimônio da coletividade. Portanto, não basta selecionar o melhor preço. Deve-se tentar prever se a eventual contratada detém condições econômicas, estruturais e técnicas para desenvolver os serviços que serão pretendidos.

Nesse passo, convém destacar duas fases inconfundíveis do certame: a demonstração dos atributos da licitante (habilitação) e a avaliação da melhor proposta (julgamento). Carlos Ari Sundfeld *In Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 108, esclarece que a fase de habilitação (ou qualificação) destina-se a apurar se os proponentes atendem às condições pessoais necessárias à participação

no certame. Destarte, a contratação não pode ser realizada com qualquer sujeito, mas apenas com o sujeito qualificado, isto é, o regularmente estabelecido, idôneo, técnica e economicamente capaz de cumprir as obrigações avançadas. O renomado autor assinala a distinção existente entre a habilitação e o julgamento: aquela envolve avaliação de aspectos subjetivos, atinentes à pessoa dos ofertantes; este trata exclusivamente de dados objetivos, das propostas apresentadas.

Por isso, justifica-se o rigor de várias exigências para o fim de habilitação do interessado, as quais constarão obrigatoriamente do edital convocatório, devendo guardar consonância absoluta com os regramentos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93. Ao conceituar a fase de habilitação, leciona o mestre Hely Lopes Meirelles:

Habilitação é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar, feito por comissão ou autoridade competente para o procedimento licitatório. É ato prévio do julgamento das propostas. Embora haja interesse da administração no comparecimento do maior número de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, capacidade jurídica para o ajuste, condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato. Essa habilitação é feita em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação.³

Entenda-se, por conseguinte, que a fase de habilitação não diz respeito ao produto, outrossim, ao interessado. A habilitação é pessoal e pertine à habilidade para o cumprimento do contrato administrativo resultante do certame. Na licitação, além dos critérios objetivos que envolvem a dita proposta mais vantajosa, procura-se averiguar condições subjetivas, pessoais e qualificadoras dos proponentes, constituindo-se a fase de habilitação na ocasião adequada para tal exame.

Em sentido jurídico, a habilitação é o momento de aferição da capacitação técnica e idoneidade de um proponente para fins de contratação. A Comissão de Licitação encerra essa fase procedimental avaliando a presença das condições que permitem aos competidores seu prosseguimento no certame e, por via de consequência, à possibilidade de ter sua proposta devidamente selecionada.

Entretanto, pode acontecer uma alteração societária em uma das licitantes tal qual um processo de incorporação empresarial, após a fase habilitatória. Circunstância essa, cujos reflexos passaremos a examinar.

2.2 A incorporação – seus efeitos jurídicos e repercussões

Com vistas à exata compreensão dos efeitos da alteração societária, faremos um superficial exame de seus efeitos, em breve incursão na seara do direito societário.

³ Apud CRETELLA JÚNIOR, José, *Das licitações públicas*, Rio e Janeiro, Forense, 10ª Edição, Rio de Janeiro, 1997, p. 251.

**IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA
DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES
DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO**

De fato, a Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976, recentemente alterada pela Lei nº 10.303/01, a qual rege as sociedades por ações, estabelece: *Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.*

A nova lei não modificou os dispositivos de interesse ao deslinde da presente questão. A incorporação ocorre, conforme a Lei nº 6404/76, inalterada neste ponto específico, quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os seus direitos e obrigações. É uma espécie do gênero fusão, inobstante receba um tratamento particular, ante suas características.

Sobre a incorporação, lemos o enunciado no art. 227:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. § 1º A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante a versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão. § 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

Como sói acontecer com os institutos do direito comercial, a fusão e a incorporação de empresas foram criações jurídicas oriundas da prática empresarial, sendo cada vez mais comum esse tipo de operação na atualidade.

Portanto, a lei brasileira sobre Sociedades Anônimas define a incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 227). A sociedade comercial incorporada desaparece, remanescendo apenas a sociedade incorporadora.

Na doutrina, tal procedimento se compreende sob o conceito de fusão, em sentido lato, considerado como a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem, formando nova sociedade, ou absorvendo uma delas. O elemento comum às duas espécies, fusão em sentido estrito e incorporação, é a sucessão universal de uma sociedade nos direitos e obrigações de outra ou outras, que, em consequência, se extinguem. *In* Miranda Valverde.

O direito brasileiro regula a incorporação das sociedades comerciais com o objetivo de preservar a realidade do capital social, proteger os direitos dos credores da sociedade incorporada e assegurar aos acionistas das sociedades participantes informações que lhes permitam exercer seus direitos.

Para Waldírio Bulgarelli:

"Os elementos essenciais aos fenômenos da fusão e da incorporação são: a) a dissolução de uma ou mais sociedades e a permanência de outra (incorporação) ou a criação de

*uma nova (fusão); b) a existência de convenção entre as sociedades envolvidas; c) a transferência global do patrimônio das incorporadas ou fusionadas para a incorporadora ou criada, com sucessão universal; e d) a migração dos sócios ou acionistas das sociedades que se extinguem para a que subsiste ou é constituída”.*⁴

Dentre os elementos vistos, ressalte-se a transferência, com sucessão universal, do patrimônio das sociedades incorporadas ou fusionadas para a sociedade incorporadora ou constituída. A nota característica da incorporação é o contrato pelo qual duas sociedades se fundem, para constituir uma única, havendo a unificação de pessoas jurídicas, o que implica a extinção da sociedade incorporada.

A extinção da sociedade incorporada, enquanto ente jurídico, é, portanto, o principal efeito da sucessão universal. Sem reduzir a fusão e a incorporação à mera transmissão patrimonial, pode-se afirmar que este é o seu elemento essencial, alterando distintivamente o quadro econômico-financeiro da empresa nascedoura.

2.3 Reflexos da alteração societária quanto ao ato de habilitação – o aspecto pessoal do certame licitatório – cotejo com o entendimento aplicável ao contrato administrativo

Consoante já exposto, a empresa habilitada na licitação jaz extinta, remanescendo a sucessora, a qual é pessoa jurídica diferenciada de sua incorporada, não havendo participado de qualquer ato do presente processo administrativo, sobremodo no que atine à habilitação.

Cumprе ressaltar a preciosa lição de Lucia Valle de Figueiredo, *in literis*:

A habilitação, uma vez proclamada, não poderá ser reexaminada, por ocorrer a preclusão. Poderá também existir como já assinalamos, chamamento preliminar para a qualificação técnica. Nesta hipótese, só poderão se habilitar à licitação aqueles previamente qualificados. Tal procedimento é utilizado, normalmente, em concorrências de vulto, em que a qualificação técnica é elemento de proverbial importância.

Se houver fato superveniente à habilitação, o licitante poderá vir a ser afastado.

Temos que admitir, em princípio, a possibilidade de ocorrência de fato superveniente de tal ordem que venha a esvaziar o conteúdo do ato da habilitação; e, neste caso, evidentemente, a habilitação terá de ser cassada, *in Lucia Valle de Figueiredo, p. 463.*

Ora, a “morte” da empresa habilitada e sua sucessão por empresa estranha ao certame é, sem sombra de dúvida, fato relevante a alterar a fisionomia do procedimento licitatório. Inequivocamente, o desaparecimento da empresa esvazia o conteúdo do ato administrativo que veicula a habilitação.

⁴ BULGARELLI, WALDÍRIO, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, p. 67.

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

Nada impede que eventos posteriores venham a alterar a condição pessoal outrora avaliada em sede de habilitação. Marçal Justen Filho, em interessante passagem de seu célebre *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 354, aborda a situação da alteração dos balanços patrimoniais das empresas licitantes em virtude de operações societárias. O raciocínio esposado pelo autor pode ser analogicamente talhado ao caso aludido no presente artigo. Observemos:

Pelos mesmos motivos, a sociedade que delibera pela reavaliação de seus ativos também pode invocar os resultados para fins de licitação. Tendo formalmente aprovado a reavaliação, os efeitos se retratam em balanço que não é provisório.

Idêntico raciocínio se aplica aos casos de reorganização empresarial. Havendo fusão ou incorporação, consideram-se as demonstrações financeiras daí decorrentes.

A reorganização empresarial, fruto da multicitada incorporação, dá azo a mudanças. Há que se considerar a situação atual da empresa remanescente no processo de incorporação – situação esta plenamente desconhecida pelo Poder Público. A empresa originariamente habilitada no certame se extinguiu como decorrência do processo societário de incorporação. Desapareceu do mundo jurídico. A empresa sucessora não se submeteu a qualquer critério de aferição técnico-operacional, econômico-financeiro, jurídico ou fiscal.

Não se está aqui a dizer que a empresa sucessora não teria condições de preencher tais qualificativos, para fins de habilitação. Outrossim, está-se a afirmar, de forma peremptória, que não cabe à Administração realizar extemporaneamente diligências próprias da preclusa fase de habilitação.

Buscamos arrimo na doutrina de Diogenes Gasparine, p.483, que assevera: Concluído esse exame e, portanto, encerrada essa fase, é vedado o reexame, pela comissão de licitação, da aptidão de qualquer dos licitantes habilitantes ou inabilitados para excluir ou incluir proponente no certame licitatório, salvo em razão de motivo superveniente ou conhecido pela comissão de licitação após o encerramento dessa fase (art.43, § 5º).

Ora, forçoso é concluir-se que encerrada a fase de habilitação, opera-se o fenômeno da preclusão. Não são cabíveis novos exames acerca das condições pessoais dos licitantes, com a ressalva dos acontecimentos supervenientes, ou somente trazidos ao conhecimento da Comissão a posteriori.

Não caberia aqui a mera comparação com as disposições atinentes ao contrato administrativo. Afinal, não houve a celebração de qualquer instrumento contratual. Inexiste continuidade de prestação de serviço a ser preservada.

Ademais, mesmo se tratando da cessão contratual em vista da incorporação societária, não se opera a automática sucessão, nos moldes do direito privado. As normas que regem a licitação são as próprias do regime jurídico administrativo, ou seja, normas de direito público. As disposições gerais, comuns ao direito privado, serão aplicadas subsidiariamente. O caput do art. 54, da Lei nº 8.666/93, firma que: 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.

Consideramos que a interpretação mais condizente com a supremacia da Administração Pública na relação contratual é aquela que limita a sucessão do contratado à prévia permissão editalícia, sem embargo da manifestação de concordância da Administração contratante. Daí, a proclamada natureza intuitu personae do contrato administrativo, visto que a legislação apenas admite a cessão dos direitos do contrato a terceiro no caso de autorização do instrumento convocatório, condicionando-se à expressa anuência por parte do Poder Público. Não pode ser diferente a exegese do art.78, que elenca entre os motivos de rescisão contratual, conforme o inciso VI, a cessão imprevista e desautorizada. Transcrevemos: Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI, p. 483 a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação não admitidas no edital e no contrato;(...)

De efeito, a Administração Pública não pode ser compelida a manter vínculo com os sucessores do contratante particular, p. 483 pessoas jurídicas diversas a quem não selecionou e com quem nada contratou. Afinal, o contrato, mesmo o administrativo, é lei entre as partes e suas disposições são de atendimento obrigatório. A contratada tem por obrigação zelar pela manutenção do ajuste, preservando as condições que secundaram a habilitação e qualificação, que a elegeram como capaz de melhor atender à execução do contrato e às necessidades da Administração Pública (cf. Diogenes Gasparine, *op. cit.*, p. 583).

Aproveita-nos, mais uma vez, o magistério de Lucia Valle de Figueiredo, do qual extraímos o seguinte trecho: "*Os contratos administrativos, por haver no Direito brasileiro processo obrigatório de seleção, são sempre pactuados em função da pessoa, seja física ou jurídica*".

Tanto assim é que a habilitação é essencial para que o licitante possa se converter em proponente da Administração. Não é indiferente, pois, sejam o serviço ou obra executados por esta ou aquela firma. (*op. cit.* p. 503)

A interpretação do art.78 deve ser norteada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. A transferência da obrigação contratual a terceiros, em quaisquer hipóteses, deve ser vista com parcimônia. Na prática, a Administração passa a contratar com pessoa que não se submeteu ao procedimento de licitação pública, com todos os seus desdobramentos conseqüentes.

O contrato administrativo é um contrato pessoal (intuitu personae). Contrato pessoal, contudo, não significa necessariamente contrato personalíssimo. Não se está propugnando pela intransmissibilidade das obrigações do contrato administrativo a um terceiro. Apenas procura-se gizar os parâmetros legais que balizam tal cessão. Muitas vezes, a transmissão do contrato administrativo se impõe como um imperativo, com base no princípio da continuidade do serviço público. Entretanto, conforme já comentado, tal não se observa na presente discussão. Debate-se a mudança societária prévia à assinatura do instrumento contratual.

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

Através da licitação, o Poder Público examina a capacidade e a idoneidade do ente contratado, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante.

Diogenes Gasparini esclarece com justa medida:

Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública.⁵

Certamente, as empresas, na gestão de sua vida empresarial, detêm toda autonomia e liberdade para realizar as operações que julgarem oportunas. Contudo, a Administração Pública não há que se sujeitar, ou mesmo se conformar, a tal liberdade negocial. Isso porque estamos no âmbito da legalidade estrita, na qual a atividade do administrador se encontra subsumida à lei.

Sobre o princípio da legalidade, cumpre repisar:

O princípio significa exatamente isto: somente será legítimo, correto, válido, aceitável, regular, qualquer ato administrativo, incluso no procedimento licitatório, se obedecer ele, com inteiro rigor, o roteiro dado pela lei. Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja, nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente segundo sua escolha ou seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei.⁶

Forçoso concluir-se, portanto, que, seja pela interpretação do contrato administrativo, seja pela aplicação dos dispositivos previstos na lei comercial (Lei nº 6.404/76, p. 483 Lei das Sociedades por Ações), não se opera a sucessão automática da empresa incorporada por sua incorporadora.

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.

2.4 Validade da homologação e nulidade da adjudicação

Constatada a circunstância supradescrita, cabe à Administração o dever de agir ex officio. Para delimitar o âmbito da ação administrativa, necessária se faz a determinação conceitual dos atos administrativos de homologação e adjudicação – momentos inconfundíveis no procedimento licitatório.

⁵ *Op. Cit.*, p. 396.

⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa, *Manual prático das licitações*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 36.

A homologação é o ato administrativo por meio do qual a autoridade competente delibera acerca da regularidade da licitação, exercendo controle da legalidade. Seus efeitos são meramente declaratórios. A adjudicação é o ato através do qual a autoridade confirma o resultado da classificação e entrega o objeto da contratação ao licitante vencedor.

(...) ainda que a lei não o diga, o despacho homologatório e adjudicatório, sendo de efeito externo, como é, deve ser obrigatoriamente publicado na imprensa oficial e, se possível, com a convocação do adjudicatário para firmar o contrato nas condições e prazos estabelecidos. Com este ato encerra-se o procedimento da licitação, passando-se ao contrato com o vencedor, e, na sua recusa ou impedimento, com o segundo classificado, e assim por diante, se a Administração o desejar.⁷

Adjudicar não é contratar. Não são equivalentes. O direito à adjudicação não é sinônimo de direito à contratação. A fase da adjudicação confirma no vencedor do certame os critérios estabelecidos no edital, possibilitando a realização do contrato administrativo.

Régis Fernandes de Oliveira, p. 71, afirma que a classificação indica que as propostas atendem às condições previstas no edital. A adjudicação afirma que a proposta vencedora tem condições de ser aceita *In Licitação*, 1981.

O ato homologatório chancela a correção dos termos classificatórios -- classificação esta que aconteceu antes do desaparecimento da licitante originária. Traduz realidade fática válida no momento em que se encerraram as atividades da Comissão Permanente de Licitação.

O mesmo não se pode afirmar do ato administrativo de adjudicação. Ao conferir o objeto do contrato à pessoa jurídica que não mais existe, tal ato se reveste de impossibilidade fática com inarredáveis reflexos no mundo jurídico. Carente, portanto, de validade tal adjudicação. Cabe à autoridade administrativa recompor a regularidade do procedimento licitatório.

A patente invalidade da adjudicação não é vício apto a contaminar a integralidade do procedimento licitatório. O processo administrativo apresenta-se como uma sucessão encadeada de atos, juridicamente ordenados, destinados todos à obtenção de um resultado final, que consubstancia uma determinada decisão administrativa.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *in verbis*:

(...) nos procedimentos se encontra uma série de atos jurídicos autônomos, que envolvem fases interlocutórias, em cujo desenvolvimento surgem efeitos jurídicos menores, antes do efeito jurídico final, do ato conclusivo. Por isso contra esses atos jurídicos preliminares, e, mesmo complementares àquele, cabe impugnação, por infringência a situação de

⁷ HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, 12ª edição, São Paulo, Malheiros, p. 151.

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

*direito; se admite recurso administrativo, e até judicial. A razão está em que não corresponde a uma manifestação unitária de vontade, a um único ato jurídico.*⁸

O procedimento é, pois, composto de um conjunto de atos, interligados e progressivamente ordenados em vista da produção de um resultado final. A observância do procedimento, na concatenação de atos legalmente previstos, é imperioso para a legalidade e legitimidade da decisão a ser tomada. Todos os atos da cadeia procedimental destinam-se à preparação de um único provimento, que consubstancia e manifesta a “vontade” da Administração em determinada matéria.

A nulidade pode atingir todo o procedimento ou apenas determinados atos. “Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os atos subseqüentes, que dele dependam” (art. 248, CPC). Contudo, nos atos complexos, a nulidade de apenas uma parte do ato, “não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”. Trata-se de uma aplicação do vetusto princípio *utile per inutile non vitiatur*.

Elucidativa a colocação de Marçal Justen Filho, in verbis: *No tocante à nulidade, a questão não apresenta peculiaridades próprias no campo da licitação. O vício, ainda que descoberto após produzida a homologação, deve ser pronunciado.*⁹

Não se trata aqui de conveniência ou oportunidade. Outrossim, configura-se dever inafastável; insito ao desempenho da gestão administrativa. Obrigação consubstanciada na literalidade do direito positivo. Transcrevemos o art. 53 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, responsável por regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

A despeito de algumas discussões terminológicas, a grande parte dos autores já consagrara o emprego do termo anulação para discriminar a supressão do ato administrativo praticado contrariamente à ordem jurídica. O próprio Supremo Tribunal Federal utiliza tal escolha vocabular na Súmula 473, in verbis:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Contudo, adotamos preferencialmente o termo invalidação, consoante o Prof. Celso Aantônio Bandeira de Mello (*in op. cit.*, p. 253), no esteio da doutrina espanhola (*cf.*: os escritores Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Rámon Fernández, 1990), por ser a antítese de validade e criar um liame vocabular com o termo convalidação. Eis a lição:

⁸ MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, *Princípios gerais de direito administrativo*, volume I, 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 480.

⁹ *Op. cit.*, p. 482.

Invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

O fundamento da invalidação é o dever de submissão ao princípio da legalidade, princípio que chancela toda a atuação administrativa. Isto implica, da mesma forma, a obrigação de restaurar a legalidade quando eventualmente violada. Os efeitos da invalidação atingem o ato desde o início de sua “equivocada” inserção no mundo jurídico, operando retroativamente – *ex tunc*.

Colhemos da lição da doutrina administrativista, nas palavras de Diogenes Gasparine: *A invalidação é ato administrativo, visto que fundada numa ilegalidade. (...) Sempre que a invalidação se impuser, declara-se a ela e se determina o seu refazimento. Igualmente, sempre que a invalidação do ato ou fase do procedimento for indispensável, declara-se ela e promove-se a reedição do ato ou a restauração da fase, de modo a se ter um certame isento de vício de ilegalidade.*¹⁰

Por certo, deve ser invalidado o ato administrativo de adjudicação em favor da empresa incorporada, em virtude de sua manifesta irregularidade, além de total impossibilidade jurídica ante o desaparecimento formal da pessoa contemplada.

2.5 Ampla defesa no procedimento licitatório – aplicação do prazo mais favorável ao administrado

O processo administrativo deve observar os seguintes aspectos: a) publicidade do procedimento; b) direito de acesso aos autos; c) observância do contraditório e da ampla defesa, sempre que haja litigantes (CF, art. 5º, LX); d) obrigação de motivar; e) dever inafastável de decidir (vedada a omissão).

O processo administrativo possui inegável embasamento constitucional (art. 5º, LV). Devem ser observados os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa (art. 37, caput), assim como os direitos e garantias fundamentais assegurados aos administrados em geral, principalmente as cláusulas decorrentes do devido processo legal.

O contraditório vincula-se visceralmente ao devido processo legal, significando a notificação da parte interessada acerca dos atos relevantes, sobretudo quando tais decisões administrativas possam interferir no resultado final do processo. A ampla defesa também constitui uma decorrência imediata do devido processo legal. Por meio dela, o administrado tem o direito de argumentar e contestar, oportuna e tempestivamente. Aplicam-se as garantias do contraditório e da ampla defesa, invalidando a Administração todo o procedimento administrativo, ou mesmo somente alguns de seus atos.

¹⁰ GASPARINE, Diogenes, *Op. Cit.*, p. 507.

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

Aduz Diogenes Gasparine (*op. cit.*, p. 503), a quem referenciamos exaustivamente:

Previamente à revogação ou à invalidação, deve a autoridade superior comunicar ao vencedor da licitação uma ou outra das intenções, para que este, no prazo razoável que lhe for concedido, manifeste, exercendo o contraditório e a ampla defesa, o que for de seu interesse. A prática da revogação e da invalidação sem o atendimento dessas exigências é ilegal. Dessa decisão, cuja publicação é obrigatória, cabe recurso no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação ou publicação do ato (art.109, I, c).

Não se pode olvidar o disposto no art. 110, o qual determina que o curso dos prazos relacionados aos recursos licitatórios somente se desdobra nos chamados dias-úteis, isto é, nos dias em que há expediente normal no órgão público.

O licitante tem o direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurado constitucionalmente. Tal direito deverá ser exercido em momento anterior à decisão da autoridade competente que possa afetá-lo, direta ou indiretamente

Acerca do prazo para manifestar seu direito de defesa, a Lei de Licitações não traz disposição expressa. O art. 109 abriga a hipótese de recurso da decisão de anulação do procedimento licitatório. Não é o presente caso. Trata-se aqui de invalidação de um dos atos componentes do processo administrativo, p. 71. a adjudicação em favor da empresa licitante primeva, posteriormente incorporada por sociedade comercial de maior porte. Desta feita, não encontramos no Estatuto das Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) uma determinação expressa sobre o assunto específico, qual seja, a invalidação de um simples ato do procedimento licitatório.

Diante de tal constatação, julgamos aplicável o prazo recursal de 10 (dez) dias úteis, estabelecido pelo art. 59, inciso I, da Lei nº 9.784/93, visto ser tal interpretação mais favorável ao administrado.

Poderia se suspeitar de uma incongruência, pois a Lei 8.666/93 prevê o prazo de cinco (05) dias para o recurso da anulação do certame, aparentemente circunstância de reflexos mais drásticos que a mera invalidação de um ato, enquanto se postula pela aplicação de um prazo mais amplo para o interessado recorrer da invalidação de um ato administrativo.

Ora, cabíveis duas decisivas considerações: A priori, anular a adjudicação significa retirar do licitante incorporado a ordem preferencial no caso de a Administração Pública decidir pela oportunidade de contratação. Para o interessado, a anulação do ato adjudicatório implica efeitos mais prejudiciais que a própria anulação do certame. Em segundo lugar, impõe-se a aplicação do vetusto princípio hermenêutico: Odiosa restringenda, favorabilia amplianda. Significa dizer: restrinja-se o odioso, amplie-se o favorável. As disposições que restringem direitos devem ser interpretadas de forma estrita e reducionista.

Assim, existindo o prazo genérico mais dilargado, ante a ausência de disciplina específica e singular, deve ser o mesmo aplicado à presente questão – nos termos do

art. 59, da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99): *Art 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.*

Agindo dessa forma, a Administração estará privilegiando a mais ampla defesa ao interessado, prevenindo-se do risco de ver suas decisões impugnadas em virtude do cerceamento de tal garantia constitucional. A jurisprudência é rígida no tocante à avaliação da ampla defesa enquanto requisito de validade dos atos administrativos. Vejamos emblemático julgado do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o ilustre Ministro Demócrito Reinaldo:

Processual civil e administrativo. mandado de segurança. nulidade de ato administrativo pela própria administração. ilegalidade reconhecida. violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade. aplicabilidade das súmulas 346 e 473 do stf. denegação da segurança confirmada.

1. Na aplicação das Súmulas 346 e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, quanto este STJ, têm adotado com cautela, a orientação jurisprudencial inserida nos seus enunciados, firmando entendimento no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível.

2. O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa.

3. Na espécie, em se tratando da prática de ato nulo, em razão de sua reconhecida ilegalidade e por ferir os princípios da moralidade e da impessoalidade, o ato poderá ser invalidado pela própria autoridade competente, independentemente de outros procedimentos, além daqueles exigidos na lei e na Constituição (Súmulas 346 e 473 do STF).

4. Recurso desprovido. Decisão unânime. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10123, UFRJ. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo).

Tal postura encontra aplauso na lição de Gordillo, que assevera: *O princípio da oitiva do interessado antes da decisão de algo que o afete não é apenas princípio de justiça: é também um princípio de eficácia, porque indubitavelmente assegura um melhor conhecimento dos fatos e portanto ajuda a uma melhor administração, ademais de uma decisão mais justa. In Tratado de Derecho Administrativo, 1980, p. XVII-36.*

IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO

Assim, julgamos deva ser a empresa incorporada, in casu, sua sucessora a empresa incorporadora, previamente intimada acerca da invalidade do ato de adjudicação relativo, para exercer seu direito constitucional à ampla defesa, através do contraditório. Transcorrido o prazo de 10 (dez) dias úteis, após a referida intimação, com ou sem a manifestação da parte interessada, deve a Autoridade Administrativa competente prolatar a decisão administrativa final.

2.6 Prazo de validade das propostas e da eventual possibilidade de contratação do segundo colocado no certame

Resta, ainda, averiguar se, ante a invalidação do ato adjudicatório em favor da empresa incorporada, haveria a possibilidade de convocar-se a segunda classificada. Dar-se-ia, por conseguinte, a edição de nova adjudicação, observando-se todas as formalidade legais decorrentes.

Em tal hipótese, importaria saber se a proposta apresentada pela segunda licitante ainda se encontraria válida.

O desaparecimento da empresa vencedora equivale à impossibilidade da adjudicação do objeto em seu favor, o que faz nascer o direito de convocação da segunda classificada do certame, para que realize o serviço nos termos ofertados na proposta. A extinção da empresa não se configura em recusa injustificada, não implicando a aplicação de qualquer sanção, visto que a incorporação empresarial é evento cujas proporções grandiosas não poderia ensejar oposição por parte da licitante incorporada, em intromissão da Administração Pública na vida empresarial das sociedades comerciais.

Enuncia o §3º do art. 64 da Lei nº 8.666/93, textualmente:

Art. 64 (Omissis) (...) §3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

O prazo mínimo de validade da proposta (60 dias) beneficia o proponente, que pode se recusar a contratar nos termos originariamente manifestados, em virtude do mero transcurso do prazo, não se lhe acarretando qualquer sanção. Não se trata de prazo peremptório, outrossim, de um termo liberatório das condições ofertadas pelos licitantes.

Nada impede que o licitante venha a manter o mesmo preço ofertado, a despeito de haver transcorrido lapso temporal superior a sessenta (60) dias. A manutenção dos preços oferecidos quando da fase de julgamento da proposta não significa prejuízo para a Administração, ou para qualquer um dos demais participantes do certame licitatório.

Da mesma forma, encontramos a posição da jurisprudência, consoante o Superior Tribunal de Justiça-STJ, em decisão exarada no Mandado de Segurança nº

86-DF (Processo nº 1989/0007478-4), publicado no Diário de Justiça em 18 de dezembro de 1989, p. 18455, em que figurou como Relator o Ministro GERALDO SOBRAL:

Administrativo. licitação. adjudicação. validade de proposta de preços. anulação.

1. Consoante preleciona o mestre hely lopes meirelles, em caso de proposta de preço o prazo mínimo de validade beneficia, tão-somente, o proponente vencedor, que pode recusar-se a contratar sem sofrer qualquer sanção administrativa, transcorrido o prazo de validade da proposta "por não se tratar de prazo peremptório, mas de simples termo liberatório dos compromissos assumidos pelo proponente. assim é que prorroga-se no tempo e prazo de validade da proposta, garantido por um período mínimo, se o proponente mantém sua proposta, sustentando a oferta.
2. se o ato impugnado carece de justa causa, ferindo direito líquido e certo, impõe-se a concessão da segurança.
3. segurança concedida. (sic)

Portanto, constatada a cabal anulação da adjudicação, deve ser realizada nova adjudicação, convocando-se a licitante classificada em segundo lugar.

Registre-se, porém, que em decorrência do prazo supracitado no §3º, a segunda colocada no certame não mais se encontra vinculada aos termos da sua proposta original. Inexiste, não obstante, qualquer impedimento para que os termos originais da proposta sejam ratificados.

Caso a segunda colocada se recuse a contratar nos termos inicialmente ofertados, cabe ao juízo de discricionariedade administrativa revogar o certame, segundo conveniência do interesse público.

3 Conclusão

Em suma, podemos elencar os seguintes pontos a título de conclusão:

- a. a fase de habilitação é o momento em que se afere as características pessoais do proponente, com vistas a assegurar sua possibilidade de eventual contratação com a Administração Pública. Encerrada a fase de habilitação, opera-se a preclusão, sendo defeso à Administração perscrutar informações acerca dos participantes;
- b. a sucessão automática prevista pelos normativos de direito comercial não se opera no âmbito do processo administrativo licitatório, devido à presença de regime jurídico específico, derogatório do direito comum, sobretudo em virtude das condições subjetivas aferidas em fase de habilitação;

**IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SOCIETÁRIA
DA EMPRESA LICITANTE VENCEDORA ENTRE AS FASES
DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO**

c. a empresa incorporadora é terceiro estranho ao certame, os critérios habilitadores não podem ser comprovados, não sendo permitido à Administração realizar nova e extemporânea habilitação;

d. ainda que se aplicasse analogicamente as disposições atinentes aos contratos administrativos (o que cremos inviável, ante a inexistência de qualquer contrato ou necessidade de continuidade de serviço na presente situação), deparar-nos-íamos com o entendimento de que as alterações societárias advindas da incorporação empresarial deveriam encontrar guarida no instrumento convocatório. Tal não ocorre;

e. a adjudicação foi ato administrativo irregular, passível de invalidação. Tal irregularidade não contamina todo o procedimento licitatório;

f. em obediência ao inafastável princípio da legalidade, a Administração tem o poder-dever de anular seus atos eivados de vícios e irregularidades, com esteio na lei (art.53, da Lei nº 9.784/99) e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula 437);

g. antes de decidir definitivamente pela invalidação da adjudicação, no moldes descritos supra, deve a autoridade administrativa conceder o prazo de 10 (dez) dias úteis, nos termos do art. 59, da Lei nº 9.784/99, para que o interessado exerça seu direito constitucional à ampla defesa;

h. após o exercício do direito de defesa pela parte interessada, deverá a autoridade competente examinar sua decisão final. Deve ser convocada a segunda colocada no certame para realização de nova adjudicação e posterior contratação nos termos descritos de sua proposta original.