

Alteração da contratada em razão de incorporação empresarial

Jonas Lima

Em artigo publicado em 16 de julho de 2021, intitulado “Fusões, aquisições, cisões e a nova Lei de Licitações” (disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/licitacoes-contratos-fusoes-aquisicoes-cisoas-lei-licitacoes/>), este colunista antecipou a discussão sobre os impactos das operações societárias, como fusões, aquisições e incorporações, no âmbito das contratações públicas, sob a perspectiva da então recém-promulgada Lei nº 14.133/21. Destacou que a nova lei trazia avanços significativos ao corrigir distorções que limitavam a liberdade econômica das empresas contratadas pelo poder público. Passados os anos iniciais de aplicação da lei, novas situações práticas têm emergido, evidenciando a necessidade da análise sobre as alterações contratuais decorrentes de incorporações empresariais, tema explorado neste artigo.

1. O contexto da Lei nº 8.666/93 e suas limitações

Sob a égide da Lei nº 8.666/93, as operações societárias, como a incorporação, eram tratadas de forma restritiva. O artigo 78, inciso VI, da referida lei estabelecia que a fusão, cisão ou incorporação, quando não previstas no edital ou no contrato, constituíam motivo para a rescisão contratual. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;” (grifo não é do original)

Aquela norma, embora fundamentada na proteção do interesse público, representava uma intervenção desproporcional na liberdade econômica das empresas. A incorporação, operação legítima sob o prisma do direito privado, conforme previsto no Código Civil (artigos 1.113 a 1.122) e na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976, artigos 227 e 234), frequentemente resultava na extinção de contratos administrativos, mesmo quando a operação não comprometia a capacidade técnica ou financeira da contratada. Tal restrição colidia com o princípio constitucional da livre iniciativa (artigo 170 da Constituição Federal), impondo uma barreira desnecessária à dinâmica empresarial.

Apesar dessa limitação, a prática demonstrou que muitas incorporações ocorriam e eram aceitas pela Administração Pública, especialmente quando respaldadas por cláusulas contratuais ou editais que permitiam tais operações. E o artigo 54 da Lei nº 8.666/93, ao prever a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e do direito privado, abria espaço para a

sucessão de obrigações em conformidade com as normas civis, desde que não houvesse prejuízo ao interesse público. Contudo, havia insegurança jurídica e interpretações divergentes.

2. A nova realidade sob a Lei nº 14.133/21

A Lei nº 14.133/21, trouxe uma abordagem mais flexível e alinhada aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da eficiência, ao mesmo tempo. Diferentemente da Lei nº 8.666/93, a nova legislação não prevê a incorporação empresarial como causa taxativa de rescisão contratual. O artigo 137, que regula as hipóteses de extinção do contrato, estabelece no inciso III uma regra mais específica e proporcional:

“Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

(...)

III - alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;” (o grifo não é do original)

Esse dispositivo representa uma correção significativa em relação à legislação anterior. A extinção do contrato agora depende de uma análise concreta da capacidade da empresa de cumprir as obrigações contratuais, e não vedação automática à operação societária. A nova redação reflete a intenção do legislador de harmonizar as normas de direito público com os princípios de direito privado, respeitando a dinâmica do mercado e a liberdade econômica, sem comprometer a continuidade e a qualidade da execução contratual.

3. Evidências práticas nos diários oficiais

A análise de publicações recentes em diários oficiais das esferas federal, distrital, estadual e municipal confirma a consolidação dessa nova realidade. Uma busca simples por termos como “termo aditivo”, “em razão da incorporação” e “CNPJ” revela inúmeros casos em que alterações contratuais decorrentes de incorporações empresariais foram formalizadas, seja por meio de termos aditivos, seja por apostilamentos, dependendo da interpretação do edital e das cláusulas contratuais.

Os vários casos publicados demonstram que a Administração Pública tem adotado uma postura mais flexível, permitindo a continuidade dos contratos quando a incorporação não compromete a execução do objeto contratual. A formalização por termos aditivos ou apostilamentos reflete a adequação às especificidades de cada edital, respeitando os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da continuidade do serviço público.

4. Implicações jurídicas e cautelas administrativas

A ausência de proibição expressa à incorporação na Lei nº 14.133/21 corrige uma distorção histórica, promovendo maior liberdade ao mercado e evitando a extinção impositiva de

contratos legitimamente conquistados. Contudo, essa liberdade não exime os gestores públicos da responsabilidade de adotar cautelas na análise dessas operações. A incorporação empresarial, embora legítima, pode envolver riscos à execução contratual, especialmente quando a empresa incorporadora ou incorporada apresenta restrições administrativas, como impedimento de licitar e contratar ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que se vincula também por força da parte final do artigo 5º da Lei nº 14.133/21, reforça a necessidade de uma abordagem pragmática, exigindo que decisões administrativas considerem as consequências práticas para a continuidade do contrato. Assim, os gestores devem aferir, além da condição de não impedimento por penalidade, se vai subsistir a capacidade técnica e financeira da empresa resultante da incorporação, ou seja, se o lado operacional continuará viável.

5. Conclusão

A Lei nº 14.133/21, ao eliminar a vedação taxativa à incorporação empresarial presente na Lei nº 8.666/93, alinhou o regime de licitações e contratos aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da eficiência, simultaneamente, permitindo que operações societárias legítimas sejam realizadas sem a perda automática de contratos administrativos. E as evidências extraídas dos diários oficiais demonstram que a Administração Pública tem se adaptado a essa nova realidade, formalizando alterações contratuais de forma pragmática e alinhada ao interesse público. Mas a liberdade conferida ao ambiente empresarial caminha em conjunto com as devidas cautelas pela Administração Pública.

Jonas Lima, advogado, sócio de Jonas Lima Sociedade de Advocacia, ex-assessor da Presidência da República, especialista em Direito Público pelo IDP e em Compliance Regulatório pela Universidade da Pensilvânia e autor de 5 livros, incluindo o bilingue “Licitação Pública Internacional no Brasil” (jonaslima@jonaslima.com).