

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD - MESTRADO

**INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E
CERTAME LICITATÓRIO: CRÍTICAS AO ART. 78, VI DA LEI 8.666/93**

ACÁCIA SAYURI WAKASUGI

Porto Alegre, RS, Agosto de 2010

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL-PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD - MESTRADO**

ACÁCIA SAYURI WAKASUGI

**INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E
CERTAME LICITATÓRIO: CRÍTICAS AO ART. 78, VI DA LEI 8.666/93**

**Porto Alegre, RS,
Agosto de 2010**

ACÁCIA SAYURI WAKASUGI

**INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E
CERTAME LICITATÓRIO: CRÍTICAS AO ART. 78, VI DA LEI 8.666/93**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado – Instituições de Direito do Estado

Professor Orientador: Dr. Juarez Freitas

Professor Co-Orientador: Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

Porto Alegre, RS,

Agosto de 2010

Acácia Sayuri Wakasugi

**INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA,
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
E CERTAME LICITATÓRIO: CRÍTICAS AO
ART. 78, VI DA LEI 8.666/93**

Dedico este estudo e pesquisa (in memoriam) a Acácio Norio Wakasugi que, além de meu pai, sempre foi e sempre será meu amigo e mentor.

- Pai, eu estava preparada para tudo, dificuldades, tropeços, decepções, horas intermináveis de trabalho, mas não estava preparada para sua ausência.

Agradecimentos

Agradeço o apoio, o amor e a compreensão da minha mãe, Carmen, que sempre tem me apoiado nas minhas lutas e desafios.

Aos Professores Juarez Freitas, Paulo Caliendo e Augusto Jaeger aos quais minha gratidão é comparável à minha admiração.

Agradeço, ainda, a todos os meus amigos, mestres, familiares e colegas, os quais, dia a dia, acompanharam o meu trabalho.

E, como não poderia deixar de ser, agradeço ao meu amor que, por tantas vezes, tive que deixar à minha espera, em prol da realização deste sonho concretizado – o término da minha dissertação de Mestrado.

RESUMO

O presente trabalho teve por escopo ressaltar as conseqüências jurídicas relacionadas à reorganização empresarial, durante o certamente licitatório. Aborda a interpretação econômica do Direito, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da eficiência. Contextualiza-se a aplicação direta da discricionariedade administrativa, mediante o afastamento da norma licitatória que, conduz a uma restrição, ainda que indireta, às empresas administrarem suas estratégias econômicas livremente. Questiona-se a impropriedade da redação do art. 78, inc. VI da Lei 8.666/93 que rescinde o contrato administrativo na sobrevivência de uma reorganização societária. E por fim, conclui-se que na sobrevivência de uma reorganização societária de uma empresa contratada pela Administração Pública, em havendo a manutenção da titularidade do acervo técnico, as mesmas condições originárias do contrato administrativo e capacidade econômica para a conclusão do escopo contratado pelo ente público, há de ser afastado o art. 78, VI do suso referido diploma. Conclui-se que cada inciso, integrante deste dispositivo, deve ser analisado de acordo com o caso concreto, momento em que devem ser julgadas a oportunidade e a conveniência, tendo, como base analítica, a eficiência e o interesse público, de rescindir o contrato administrativo em face de cisão, fusão ou incorporação de empresas.

Palavras-chave: Licitação – Rescisão Contratual – Reorganização Societária – Discricionariedade

ABSTRACT

The scope of this research work was to highlight the legal consequences related to corporate reorganization during the bidding. It discusses the economic interpretation of the Law, the constitutional principles of the free enterprise and efficiency. It contextualizes the direct application of administrative discretion, even that indirectly, by removing the standard bidding that leads to a restriction to companies manage their economic strategies freely. It objects to the impropriety of the text of art 78 inc. VI of Brazilian Law 8666/93 which terminates the contract in the supervening of an administrative reorganization. Finally we concluded that in the supervening of the reorganization of a company hired by the Public Administration, there being the maintenace of the ownership of the technical collection, and there being the same originary conditions of the administrative contract and the economic capacity to the conclusion of the hired scope of this contract, the art 78 inc. VI of Brazilian Law 8.666/93 must be removed. It was also concluded that this Brazilian Law should be analysed according to the concrete case, moment in which it should be judged the opportunity and convenience, and having as analytical basis, the efficiency and the public interest to terminate the administrative contract when facing a merger or acquisition.

Keywords: Brazilian Bid – Contract Termination – M&A – Administrative Discretion

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	10
PARTE I - SISTEMA ECONÔMICO, INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA E ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	12
1 SISTEMA JURÍDICO, SISTEMA CONSTITUCIONAL E PRIMÓRDIOS DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	14
1.1 SISTEMA JURÍDICO	14
1.2 SISTEMA CONSTITUCIONAL	15
1.3 LIBERALISMO E PRIMÓRDIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	18
1.4 NECESSIDADE DE UM ESTADO REGULADOR DA ECONOMIA DESDE QUE DENTRO DAS MÁXIMAS LEGISLATIVAS JÁ EXISTENTES	26
2 ORDEM ECONÔMICA E LIVRE INICIATIVA.....	32
2.1 SISTEMA ECONÔMICO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	32
2.2 DIREITO ECONÔMICO ENQUANTO UM SUBSISTEMA.....	35
2.3 VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E A ÍNTIMA RELAÇÃO COM A LIVRE INICIATIVA.....	36
2.4 LIVRE INICIATIVA.....	40
3 INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA	46
3.1 DEFINIÇÃO	46
3.2 FUNDAMENTOS	48
3.3 INTERFERÊNCIA DO DIREITO NA ECONOMIA E ORIGEM DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA	50
3.4 CRÍTICAS	53
3.5 INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO E LIVRE INICIATIVA COMO JUSTIFICATIVA CONTRÁRIA À RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO INCISO VI DO ARTIGO 78 DA LEI 8.666/93	55
4 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	59
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	59
4.2 DISCRICIONARIEDADE	62
4.3 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	62

4.4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	68
PARTE II - REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA E O ARTIGO 78, IV DA LEI 8.666/93	70
5 A CHAMADA PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	71
5.1 DICOTOMIA DO DIREITO PRIVADO: DIFERENÇAS ENTRE DIREITO CIVIL E COMERCIAL.....	72
5.2 UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL.....	73
5.3 DIREITO CIVIL TRADICIONAL	74
5.4 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	75
6 OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS COMO ESTRATÉGIA ECONÔMICA EM UM PLANO GLOBALIZADO	78
6.1 FUSÃO	80
6.2 INCORPORAÇÃO	81
6.3 CISÃO	82
7 INCISO VI, DO ARTIGO 78 DA LEI 8.666/93 E A RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NA SOBREVINDA DE UMA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA	85
7.1 LICITAÇÃO - CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	87
7.2 ALGUMAS NOTAS SOBRE OS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NO ART.37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	91
7.2.1 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PUBLICIDADE.....	92
7.2.2 EFICIÊNCIA COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL POSITIVO....	96
7.3 LICITAÇÃO E DIREITO COMPARADO	101
8 LICITAÇÃO E CISÃO - ANÁLISE CRÍTICA AO INCISO VI, DO ARTIGO 78 DA LEI 8.666/93 E AO ARTIGO 229 DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.....	104
8.1 BENS, CAPITAL, TRANSFERÊNCIA DOS ELEMENTOS PATRIMONIAIS E HUMANOS	106
8.2 TITULARIDADE DO ACERVO TÉCNICO, CISÃO E O ARTIGO 50 DA LEI 8.666/93	107
8.3 SEGREGAÇÃO DE ATIVIDADES NA CISÃO, SUCESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES E CONTINUIDADE DAS RESPONSABILIDADES JURÍDICAS.....	114
8.4 ARTIGO 78, INCISO VI DA LEI 8666/93 E JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	117
8.5 ARTIGO 68 DO DECRETO-LEI N. 2.300/86	125
8.6 NECESSÁRIO AFASTAMENTO DO INC., VI DO ART. 78 DA LEI 8.666/93	127
CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

A interpretação é essencial em qualquer área de conhecimento, pois que diretamente vinculada a ela está a própria compreensão da mensagem que se interpreta. É graças à interpretação que a linguagem alcança seu objetivo maior, que é revelar o adequado conteúdo de uma determinada mensagem. Tal relevância da interpretação é de importância ainda maior na ciência jurídica, na qual as mensagens ditadas, através do exercício da linguagem (as normas jurídicas), dirigem-se a fatos abstratamente considerados. É através da interpretação sistemática, portanto, que se identifica o “melhor Direito a ser aplicado” dentre as várias normas jurídicas existentes ao fato concreto.

Deste modo, considerando-se que os sistemas são constituídos de inúmeros subsistemas, que perfazem a ordem social comunicando-se entre si, ao fim e ao cabo, o Direito se auto-regula produzindo normas, na mesma medida que a economia também se normatiza por meio da produção de atos de cunho econômico, os quais alteram o mundo dos fatos. Diante deste diapasão, constrói-se a base crítica para o presente trabalho, tendo, como mote, tanto a interpretação econômica do Direito e o princípio constitucional da livre iniciativa, quanto a discricionariedade administrativa e a eficiência.

Considera-se que a discricionariedade é a margem relativa de liberdade, conferida pelo ordenamento jurídico, ao agente público, para que este escolha, dentre alternativas oferecidas e possíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na apreciação da oportunidade e conveniência da edição de um determinado ato, embora devendo sempre observar a lei e a finalidade que esta pretende atingir. Sabedores que os limites à discricionariedade são delineados pelo próprio ordenamento jurídico, são regras, princípios ou teorias que delimitam o campo de atuação do administrador

público, de modo a impedir que este se desvie da lei (princípio da legalidade) e da finalidade específica prevista no comando normativo (desvio de poder), que fundamente sua conduta com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada (motivos determinantes), ou que utilize via jurídica incompatível com os pressupostos fáticos ou jurídicos justificadores de sua decisão (causa do ato administrativo).

Feitas estas primeiras digressões sobre a discussão desta pesquisa, objetiva o hodierno estudar o conteúdo dogmático do artigo 78, Inciso VI da Lei 8666/93, através de uma congregação hermenêutica entre a interpretação econômica, princípios constitucionais e a discricionariedade administrativa, tendo em vista o confronto dos interesses antagônicos, *v.g.* do administrador e do administrado, aquele com necessidade do atendimento aos interesses públicos e das normas constitucionais-administrativas, e este buscando o melhor atendimento as disposições contidas nos editais de um certame. Analisar-se-á, então, a aplicação de atos administrativos discricionários à licitação, desde que adstrita à legalidade, à finalidade específica do ato, à sua “causa” e aos motivos determinantes, ou seja, aos limites da discricionariedade, manejados pelo subsistema hierarquizado de princípios, norma e valores; não podendo adentrar no mérito administrativo, caracterizado pelo juízo de oportunidade e conveniência aferido subjetivamente pelo administrador.

O presente trabalho não tem a pretensão de assumir posições ou fixar conceitos definitivos sobre o assunto, bem como não pretende tratar o tema em definitivo. Busca-se a repercussão prática e econômica da restrição imposta àqueles que são participantes ou adjudicados de um certame, que tenham, neste interím, uma reorganização societária, que são atos motivadores da rescisão do contrato administrativo ou exclusão do certame para àquele participante.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demonstrar as críticas à Lei das Licitações, sobretudo no que se refere às consequências da reestruturação societária, sob a ótica do certame. Para tanto, buscou-se, como fundamentação, a interpretação econômica da Lei 8.666/93, tendo como cerne, o princípio constitucional da eficiência e da livre iniciativa, sobretudo, quando analisado o artigo 78, inciso VI, que conduz à rescisão dos contratos administrativos, na sobrevivência de reorganização societária. Ainda como fundamento para o afastamento da citada norma, propugna-se, pela aplicação da discricionariedade administrativa, desde que adstrita à legalidade, à finalidade específica do ato, à sua “causa” e aos motivos determinantes, ou seja, aos limites da discricionariedade, manejados pelo subsistema hierarquizado de princípios, norma e valores.

Com a abordagem sistêmica realizada neste estudo, aliado do princípio da livre iniciativa e da interpretação econômica do Direito, tem-se a solução para as impropriedades da norma contida no inciso VI, do art. 78 da Lei 8.666/93, que dispôs no mesmo inciso, instituiu jurídicos distintos (subcontratação, associação do contratado com outrem, cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação) e, o mais importante efeitos e consequências jurídicas distintas, assim, conclui-se pelo afastamento da norma, mediante a aplicação da direta do poder discricionário do administrador, lembrando-se aqui que não se menciona a sua inconstitucionalidade, pois a norma tem um motivo de ser, o resguardo do interesse público

Ademais, quando o art. 78 da Lei 8.666/93 enumera as hipóteses de rescisão contratual, exige atuação clara do poder discricionário enquanto agente administrativo. Cada inciso, integrante deste dispositivo, deve ser analisado de acordo com o caso concreto, momento em que devem ser julgadas a oportunidade e a conveniência, tendo, como base analítica, a eficiência e o interesse público, de rescindir o contrato administrativo em face de cisão, fusão ou incorporação de empresas.

Também objetivou-se deixar consignado que a norma licitatória deveria ter feito uma leitura mais aprofundada da Lei 6.404/76, por se tratar de lei, e especialmente, por expor imprecisões técnicas de conceituação entre a chamada reorganização societária e os conceitos de cessão, transferência e subcontratação. Advertindo, ainda, que a reorganização societária não acarreta prejuízo para a execução do contrato administrativo, uma vez que, mantidas as condições estabelecidas no contrato original e os requisitos de habilitação previstos na Lei de Licitações, tem-se, então, a rescisão; por mais prejudicial ao interesse público do que a aceitação desta reorganização

Adverte-se que, sucedendo então uma reorganização societária de uma empresa contratada pela Administração Pública (direta ou indireta), mas havendo a manutenção da titularidade do acervo técnico, as mesmas condições originárias do contrato administrativo e capacidade econômica de conclusão do escopo contratado pelo ente público, há de ser afastado o art. 78, VI do suso referido diploma. Porque, com a rescisão do contrato, o administrador deverá promover novo edital e nova licitação, o que demandará, obrigatoriamente, em tempo e recursos, binômio este, muitas vezes, não disponível aos órgãos da administração, o que, pela interpretação econômica do Direito, parece-nos pouco recomendável.

Frisa-se que os propalados requisitos – manutenção da titularidade do acervo técnico, as mesmas condições originárias do contrato administrativo e capacidade econômica de conclusão do escopo contratado –, são aqueles que resguardam à Administração de possíveis problemas que poderiam ocorrer com a reorganização da empresa, motivo pelo qual se conclui pela obrigatória atenção a eles. Igualmente, tal atenção é uma consequência do art. 55, inc. XIII, da Lei n. 8.666/93, que estabelece que o contratado deva manter, durante todo o contrato, as condições de habilitação exigidas na licitação, portanto esvaziada de conteúdo fica a norma combatida.

De outra sorte, difícil conceber que uma norma administrativa - que objetiva legitimar as compras públicas e a contratação de serviços, que é, em suma, um procedimento para a Administração Pública e as entidades controladas poderem selecionar a melhor proposta ao atendimento do interesse público para celebração do respectivo contrato administrativo, tudo imbuído dos princípios constitucionais correlatos à administração (artigo 37 CF/88, dentre outros) -, venha a criar restrições

e limitações à reorganização societária, causando, por consequência, como já dito, uma afronta ao princípio da livre iniciativa, e porque não dizemos, que o inciso 78, VI da Lei 8.666/93 seria inclusive inconstitucional.

Conclui-se, então, que a empresa reorganizada não caracterizará uma personificação jurídica estrangeira daquele plexo originário, se mantiver todo o conjunto de características fundamentais a dar continuidade ao contrato firmando antes do processo de reorganização, ficando esvaída de fundamentação a rescisão do contrato administrativo, tendo em vista a ausência de risco e danos à Administração. Deve, pois, ser afastado o art. 78, VI do referido diploma, pois como referendado, a rescisão do contrato poderá ser mais prejudicial ao interesse público, economicamente analisando o ato.

E para finalizar, coteja-se mais uma vez o Acórdão n. 113/2006 do TCU que admite a continuidade do contrato, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Considerando-se plenamento louvável e moderno este posicionamento do Tribunal sobre essa matéria. É claro, que a dinâmica empresarial inerente a um mercado competitivo e globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, não pode ficar engessada por falta de previsão, nos contratos administrativos, sobre a possibilidade de alteração organizacional, por meio de cisão, fusão ou incorporação.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

W146i Wakasugi, Acácia Sayuri
Interpretação econômica, discricionariedade
administrativa e certame licitatório : críticas ao art. 78, VI da
lei 8.666/93 / Acácia Sayuri Wakasugi. – Porto Alegre,
2010.

138 f.

Diss. (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS
Orientador: Dr. Juarez Freitas

1. Direito. 2. Discricionariedade Administrativa.
3. Rescisão do Contrato. 4. Licitação. 5. Sistema
Econômico. I. Freitas, Juarez. II. Título.

CDD 341.3527

Bibliotecária Responsável: Salete Maria Sartori, CRB 10/1363