TC nº 72-003.066.12-13

ANÁLISE. CONTRATO. SPTRANS. Serviços remanescentes de operação, manutenção preventiva, corretiva e modernização da infraestrutura de alimentação elétrica. Sistema de Trólebus. Alteração organizacional das empresas por meio de cisão, não é motivo impeditivo da contratação, eis que, a empresa que absorve parcela do patrimônio da empresa cindida sucede automaticamente a esta nos direitos e obrigações que correspondem à parcela do patrimônio cindido. REGULAR. Votação unânime.

TC citado 72-001.860.12-22.

Legislação citada: Art. 24, XI, Lei 8.666/93. Art. 229, § 1º, Lei das Sociedades Anônimas.

2.917ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 27/10/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.902ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o Contrato 2011/0459-02-00.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de abril de 2017.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato 2011/0459-02-00 firmado entre a São Paulo Transporte S/A – SPTrans e o Consórcio Via Aérea, formado pelas empresas Trail Infraestrutura Ltda. e Spavias Engenharia S/A, objetivando a prestação de serviços remanescentes do Contrato 2011/0459-01-00, de operação, manutenção preventiva, corretiva e modernização da infraestrutura de alimentação elétrica em corrente contínua, do Sistema Trólebus da cidade de São Paulo, no valor de R$ 80.590.631,47 (oitenta milhões, quinhentos e noventa mil, seiscentos e trinta e um reais e quarenta e sete centavos).

Saliento que a Concorrência 08/2011, promovida pela SPTrans para contratação dos serviços ora em exame, deu origem primeiramente ao Contrato 2011/0459-01-00, firmado com a Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda.

Entretanto, a pedido da Contratada o Ajuste foi amigavelmente rescindido e, diante dos prejuízos que poderia acarretar uma eventual paralisação dos serviços, a Diretoria de Planejamento da SPTrans autorizou a contratação do Consórcio Tejofran-Spa, composto pelas Empresas Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda. e SPA – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., classificado em segundo lugar no referido Certame, observando que em face de cisão parcial dessas duas empresas houve alteração das denominações e o Consórcio passou a se chamar Via Aérea, conforme mencionado na introdução.

Na devida instrução processual, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao realizar a análise do Instrumento, concluiu pela sua irregularidade, uma vez que:

1. o novo Consórcio foi formalizado somente em 18.10.12, ou seja, na data da assinatura do Contrato, e os participantes não eram os mesmos da época do Certame Licitatório, caracterizando cessão do objeto vedado pelo artigo 78, inciso VI[1], da Lei 8.666/93;

2. em 19.09.12, data da manifestação de interesse em firmar Ajuste, o Consórcio Tejofran-Spa não estava constituído e as empresas integrantes já não poderiam atender ao objeto do Contrato devido às cisões ocorridas;

[1] **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;

3. as alterações promovidas no Contrato tornaram os prazos determinados em prazos indefinidos, em desacordo com o artigo 24, inciso XI[2], da Lei 8.666/93;

4. a empresa Trail não atendia à Qualificação Econômico-Financeira exigida no Certame, tendo em vista que o seu índice de liquidez geral era de 0,11, quando o exigido era maior ou igual a 1,00.

Diante dessa conclusão, determinei a expedição de ofícios à SPTrans e aos Responsáveis para ciência e apresentação de justificativas e explicações acerca do apontado.

Valendo-se da oportunidade, os oficiados esclareceram, em síntese, que:

- as cisões societárias parciais ocorridas implicaram a transferência de acervos técnico (expertise), patrimonial e financeiro das empresas cindidas às empresas cindendas, integrantes do Consórcio Via Aérea, não ocorrendo violação à legislação, pois não acarretou preterição de ordem classificatória, nem se tratou de "terceiro estranho" à Licitação;

- as medidas e decisões adotadas pela SPTrans tiveram por objetivo evitar solução de continuidade na prestação dos serviços, fato que causaria prejuízos aos cidadãos;

- as razões para as alterações nas cláusulas referentes aos prazos contratuais foram eminentemente técnicas para solucionar problema enfrentado durante a execução do Contrato, tratando-se de decisão colegiada, definida em consenso entre as áreas competentes;

- Em 2011, quando da contratação, a empresa Trail atendia às exigências de Qualificação Econômico-Financeira.

- Ainda durante a instrução dos autos, acatando proposição do Assessor Subchefe de Controle Externo, determinei a oitiva do Contratado, que assim se manifestou:

- o instituto da cisão empresarial toma como premissa básica de sua operacionalização a transferência patrimonial, em regime de sucessão, de uma sociedade a outra, englobando não só ativos materiais tangíveis, mas o conjunto de relações jurídicas detidas pela empresa cindida – como o é a própria expectativa de contratação;

---

[2] **Art. 24.** É dispensável a licitação: (...) **XI** - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

- a Cláusula Décima Quarta da minuta contratual integrante do Edital admitia expressamente a hipótese de cisão da Contratada e, por extensão, da proponente;

- o momento correto para exigência de apresentação do Termo de Constituição do Consórcio é na assinatura do Contrato, conforme efetivamente ocorreu;

- merece reparo a imputação de que a alteração do Edital transforma prazos determinados em indefinidos, uma vez que, o novo prazo, conforme definido, está vinculado à realização, de ato certo e futuro, qual seja a emissão de Ordem de Serviço;

- o Consórcio formado pelas empresas Trail e Spavias preenchia, no momento da Licitação e no momento da posterior Contratação, todos os requisitos para a habilitação econômico financeira.

Ao realizar a análise do acrescido, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou integralmente suas conclusões iniciais, por não verificar elementos de defesa aduzidos, com o condão de alterar os apontamentos registrados. De outro lado, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou que:

1. o Consórcio contratado tinha legitimidade para figurar como parte da relação contratual, não havendo irregularidade pelo fato de os integrantes do Consórcio contratado não terem disputado a Licitação, uma vez que, as empresas cindendas absorveram a referida expectativa de direito;

2. nenhuma mácula decorre da falta de formalização prévia do Consórcio, pois o Edital exigiu o compromisso de constituição como requisito de habilitação, enquanto que o termo de constituição efetiva foi tratado como requisito para a assinatura do Contrato;

3. a simples alteração contratual, "in casu", em relação aos prazos, a qual incide sobre o termo "a quo" de algumas obrigações não é irregular por si mesma, a mácula deve ser colorário de um prejuízo, que não restou demonstrado;

4. não se vislumbra irregularidade com relação à qualificação econômico-financeira da empresa Trail, tendo em vista que foram verificados requisitos exigidos no Edital à época da contratação em tela, respeitando-se a alteração do Consórcio.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de sua parte, acompanhando os percucientes pareceres da AJCE, requereu seja julgado regular o Contrato em análise.

Na mesma senda, a Secretaria Geral corroborando o entendimento externado pela AJCE, opinou pela regularidade da Avença. É o relatório.

VOTO

A questão fulcral debatida nos autos gravita em torno da contratação da segunda colocada na Concorrência 08/2011 - Consórcio Via Aérea - em face da rescisão, em comum acordo entre as partes, do Contrato 2011/0459-01-001, firmado com a primeira colocada, Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda. Devo mencionar que a Concorrência 08/2011, o decorrente Contrato 2011/0459-01-00, que antecedeu o Instrumento ora em exame, o seu Termo de Aditamento 01 e o Termo de Rescisão Amigável sem número foram julgados regulares, à unanimidade, pelo Plenário desta Casa, nos autos do TC 72-001.860.12-22.

Não obstante as justificativas apresentadas pelos oficiados e pela intimada, a Auditoria manteve sua conclusão pela irregularidade do Contrato 2011/0459-02-00, precipuamente, com amparo na vedação legal para contratação do Consórcio Via Aérea, em razão de sua ilegitimidade, pois constituído somente na data da assinatura do Contrato e por empresas que não eram as mesmas da época do Certame Licitatório.

Nesse particular, considero que em se tratando de serviços remanescentes, a contratação do Consórcio Via Aérea com fulcro no inciso XI[3] do artigo 24 da Lei 8.666/93, revela-se adequada, pois atendida a ordem de classificação da Licitação anterior e foram aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço.

Também, vale lembrar que a evolução jurisprudencial[4] do Tribunal de Contas da União sobre o tema, levou o Órgão a flexibilizar e admitir que a Administração possibilite a continuidade de um Contrato na ocorrência de fusão, cisão ou incorporação da contratada, em prol da continuidade do serviço público e do interesse público, condicionando essa possibilidade à inexistência de proibição no edital e no contrato, manutenção das condições de habilitação exigidas na Licitação e inexistência de prejuízo para a fiel execução do contrato.

No caso concreto, o embate exsurge na medida em que a cisão ocorreu antes do estabelecimento do Ajuste em análise e, nesse ponto, a AJCE considerou que o Consórcio Contratado tinha legitimidade para figurar como parte da relação contratual e que não havia irregularidade no fato de os integrantes

---

[3] **Art. 24.** É dispensável a licitação: (...) **XI** - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em conseqüência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

[4] Julgados nºs 113/06, 2.071/06 e 634/07 do TCU.

do Consórcio contratado não terem disputado o Certame, uma vez que as empresas cindendas absorveram a expectativa do direito.

Acompanhando essa linha de raciocínio partilhada por SG, no meu entender, a alteração organizacional das empresas por meio de cisão, em decorrência da dinâmica empresarial imposta pelo mercado globalizado e competitivo, não deve ser motivo impeditivo da contratação, pois, conforme se extrai do § 1º do artigo 229[5] da Lei das Sociedades Anônimas, a empresa que absorve parcela do patrimônio da empresa cindida sucede automaticamente a esta nos direitos e obrigações que correspondem à parcela do patrimônio cindido.

Do mesmo modo, nenhuma mácula decorreu da falta de formalização prévia do novo Consórcio por inexistir contrariedade à regulamentação editalícia, que estabelecia em seu subitem 5.2.5 a apresentação alternativa do Termo de Compromisso Público ou Particular de Constituição de Consórcio para habilitação, destarte, a apresentação do Termo de Constituição efetiva seria impositiva somente na assinatura do Contrato.

Já sob a óptica da manutenção das condições de habilitação exigidas na Licitação, entendeu a Auditoria que houve alteração contratual no tocante aos prazos que, de determinados, passaram a ser indefinidos.

Na minha visão, as providências tomadas para as alterações das cláusulas referentes aos prazos contratuais foram decorrentes de erro de planejamento e necessidade de adaptação técnica para solução de problema detectado durante a execução do Contrato, portanto, perfeitamente justificável, não se caracterizando pressuposto para a declaração de irregularidade.

Ademais, não se constatou prejuízo decorrente das mencionadas alterações. Por fim, não vislumbro irregularidade com relação à Qualificação Econômico-Financeira da empresa Trail, pois, embora ela não atingisse o Índice de Liquidez Geral preconizado no Edital à época da Licitação, o Consórcio Tejofran-Spa, segundo classificado, preencheu os requisitos mínimos exigidos. Demais disso, por ocasião da posterior reorganização societária, com a cisão parcial da empresa Tejofran e reversão do patrimônio para a Trail, a empresa detinha índices compatíveis ao exigido no Certame, sendo certo que tal condição se estendeu ao tempo da contratação.

Ante o exposto e com suporte nos pareceres da AJCE e de SG, que incorporo ao presente, julgo regular o Contrato 2011/0459-02-00 sob julgamento. (2.902ª S.O.)

---

[5] **Art. 229.** A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, 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.