JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.005.337.97-19

Concorrência - Contrato - acolhido o ajuste e seus aditamentos - Aditamento - cisão parcial da empresa contratada - transferência de todos os direitos e obrigações à sucessora legal - previsão da hipótese no edital e no contrato - acolhido o aditamento - Lei 8666/93, art. 78, VI, c/c Lei 10544/88, art. 98, VI.

Egrégio Plenário

Em julgamento o TA nº 01, de 28.11.97, que autoriza a substituição da contratada Pavter Serviços Ambientais Ltda., pela sucessora legal Vega Engenharia Ambiental S.A.

O contrato inicial celebrado em 21 de julho de 1997, tendo por objeto a execução dos serviços de coleta, transporte e descarga nos incineradores Vergueiro e Ponte Pequena, já se encontra aprovado por esta Corte (fls. 393).

O termo de aditamento decorre da cisão parcial da contratada Pavter, com o objetivo único de transferir à Vega Engenharia Ambiental S.A. o contrato administrativo acima referenciado, originário da concorrência nº 005/SSO/96.

Inicialmente os órgãos técnicos opinaram pela regularidade do instrumento.

Por minha determinação, foram solicitados à Origem estatuto social da sucessora legal e documentos comprobatórios de sua capacidade técnica, econômica, financeira e jurídica.

Encaminhados os documentos anexados às fls. 432/476 e complementados em face da realização de diligência "in loco" por parte dos órgãos técnicos, minha Assessoria considerou haver dúvidas quanto à regularidade do procedimento adotado.

Expedido Ofício à Origem e aos responsáveis Carlos Alberto Venturelli, Diretor de Limpurb, e Dra. Maria Cristina Rossini Lopes, Chefe da Assessoria Jurídica de SSO, com cópia das manifestações da Assessoria de meu Gabinete, para que esclarecessem a respeito da possível fraude a princípios licitatórios na substituição da contratada, bem como enviasse a esta Corte a documentação comprobatória da plena capacidade técnica e econômico-financeira da empresa sucessora VEGA ENGENHARIA AMBIENTAL S/A., à época da assinatura do Termo Aditivo em exame, conforme afirmação constante de fls. 2417/2418 do P.A.

Com os esclarecimentos prestados pela Origem, os órgãos técnicos concluíram pela irregularidade do Termo Aditivo, uma vez que não restou comprovada a

capacitação técnica e operativa da empresa incorporadora, em face do que estabelece o inciso VI, "in fine", do artigo 98 da Lei Municipal nº 10.544/88.

Intimado, o ordenador da despesa, Carlos Alberto Venturelli, permaneceu silente.

Oficiado, o Departamento de Limpeza Urbana - LIMPURB entendeu que ficou caracterizada a plena capacidade técnica, jurídica e econômico-financeira, informando que a referida cisão não acarretou prejuízos à boa execução do contrato, anexando, ainda, aos autos, informações atinentes às instalações e equipamentos atualmente utilizados pela contratada para efetivação dos serviços.

A Assessoria Técnica de Engenharia, analisando a capacidade técnica da empresa sucessora, mediante verificação do atendimento dos requisitos técnicos definidos no Edital de Concorrência 005/SSO/96, subitem 11.4 - Documentos Necessários à Demonstração da Capacidade Técnica, constatou que não foram encontrados nos autos:

1. a relação explícita e declaração formal de disponibilidade do pessoal técnico especializado essencial à realização dos serviços - subitem 11.4.2.1;

2. documentação comprovando a existência dos equipamentos automotores - subitem 11.4.3.1 e outros equipamentos - subitem 11.4.3.2;

3. declaração formal da disponibilidade e vinculação ao contrato quando os imóveis forem de propriedade da licitante e/ou quando não forem de sua propriedade, apresentar compromisso hábil entre o vendedor, o cedente, o arrendante ou o locador devidamente registrado em Cartório de Títulos e Documentos, onde conste Declaração formal das partes de que tais imóveis estarão disponíveis e vinculados ao contrato - subitem 11.4.4.2 e 11.4.4.3;

4. a relação das instalações a serem utilizadas, disponíveis para execução dos serviços, acompanhada do "lay-out" das instalações, com área total e sua localização na Grande São Paulo.

Concluiu, por fim, a AT-Engenharia que a verificação "in loco" da existência de aparelhamento e pessoal adequado para execução do contrato reflete uma condição presente, não permitindo opinar quanto ao passado, quando da ocasião da celebração do T. A. nº 01, datada de 28.11.1997.

Intimada, a Origem apresentou defesa, tendo sido analisada pela Engenharia desta Corte, com as seguintes conclusões:

"*Os elementos apresentados, como documentações por ocasião da Concorrência Pública nº 005/SSO/96, mostram a situação de setembro de 1996, mas não a de novembro de 1997. As transferências de veículos e equipamentos são datados de fevereiro de 1998 e portanto, posterior ao TA nº 01.*

Mantida a análise da aferição da capacidade técnica da empresa sucessora, à época da CISÃO e INCORPORAÇÃO, verificamos que a Origem não acresceu novos

documentos que possibilitassem atender aos requisitos do Edital de Concorrência Pública nº 005/SSO/96."

A Assessoria Jurídica entendeu que seria imprescindível a comprovação da capacidade técnica da contratada, razão pela qual opinou pelo não acolhimento do T.A.

A Subchefia da AT, contudo, entendeu que a VEGA ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA incorporando os atestados apresentados pela contratada, e transferindo para os seus quadros o engenheiro responsável pela execução, preencheria os requisitos exigidos quando do certame licitatório. Embora a transferência do contrato tenha ocorrido, tão somente, há quatro meses do início da execução contratual, não se pode afirmar, contudo, que o procedimento tivesse infringido a Lei de Licitações e Contratos, razão pela qual propugnou pelo acolhimento do T.A.

A Secretaria da Fiscalização e Controle manifestou-se pela irregularidade do T.A., com base no parecer da Assessoria Técnica de Engenharia.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que não houve prejuízo em decorrência do cumprimento do contrato e atendimento ao interesse público com a continuidade dos serviços sem ônus adicionais aos cofres públicos, inobstante a alteração jurídica da contratada.

A Secretaria Diretoria Geral propugnou que houve o descumprimento das condições estatuídas no Edital de Concorrência nº 005/SSO/96. Por meio da cisão parcial operada, conquanto com nova roupagem, a empresa considerada inabilitada por desatendimento ao item 11.4.2.2 (falta de atestado de responsabilidade técnica) foi readmitida na fase da execução contratual, sem que a Administração exigisse, ao menos, comprovação da capacidade técnica da sucessora.

Opinou, finalmente, pela irregularidade do TA nº 01 uma vez desatendidos os princípios da legalidade e moralidade públicas previstos no "caput" do artigo 37 da Constituição Federal, sugerindo que os fatos sejam levados ao conhecimento do Ministério Público e da Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional em face da omissão apontada.

É o relatório.

São Paulo, 11 de dezembro de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

V O T O

Para o deslinde da questão suscitada nestes autos, relativa à substituição da Pavter – contratada pela Municipalidade, para prestar serviços de coleta, transporte e descarga nos incineradores Vergueiro e Ponte Pequena –, pela empresa Vega Engenharia Ambiental S.A., pouco tempo após a assinatura do contrato, necessário tecer breves considerações sobre o tema da "cisão", pois foi esse o instrumento utilizado nessa substituição.

Nos termos do art. 229 da Lei das Sociedades Anônimas, "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."

O direito brasileiro admite duas modalidades de cisão: a cisão total, quando ocorre versão de todo o patrimônio da empresa cindida, que se extingue sem se dissolver, e cisão parcial, quando há versão de parte do patrimônio da cindida, que se mantém com seu capital diminuído.

A cisão existe no direito societário para permitir que uma pessoa jurídica parta-se, dando origem a dois entes dotados de personalidade jurídica, atrelada ao todo bipartido.

E o § 1º do citado dispositivo estabelece um nexo de continuidade entre o todo anterior à cisão e as parcelas destacadas, quando prescreve:

> ***" § 1º – Sem prejuízo do disposto no art. 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida, sucede a esta nos direitos e obrigações relacionadas no ato de 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."***

Logo, a primeira conclusão extraída desses dispositivos é a de que se há sucessão nos direitos e obrigações pela companhia cindenda, não se pode falar em novo titular de direitos e obrigações ocorrente, por exemplo, na alienação (transferência patrimonial para terceiros).

Daí porque a cindenda não caracterizará uma personificação jurídica completamente distinta daquele plexo empresarial originário.

Na verdade o que se altera é a **razão** social de uma empresa para outra, em razão do processo de cisão, para melhor atender aos princípios de reorganização das empresas.

Leciona Modesto Carvalhosa que "para efeito da sucessão universal com respeito à parcela do patrimônio cindido e do regime de solidariedade, passa a nova sociedade beneficiária ou as já existentes a exercer todos os negócios vinculados a essa parcela do patrimônio que lhes é transferida, e neles os direitos, obrigações e responsabilidades respectivas" (comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 4, tomo I, pg. 293).

Sob o enfoque da Lei Societária, a referida operação obedeceu a todas as formalidades exigidas, conforme demonstra a documentação anexada aos atos (fls. 397/403 e 755/771), pelo que à luz desses dispositivos, a cisão entre as empresas foi regular.

Cabe, então, aferir se, perante a Administração, a sucessora poderia ser admitida como parte do contrato.

A Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos estabelece no inciso VI, do art. 78, que constitui motivo para rescisão do contrato "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 seu turno, a Lei Municipal nº 10.544/88 contém dispositivo semelhante, incidindo o desfazimento do contrato nos casos em que a cisão afete a boa execução do contrato (art. 98, VI).

A análise dos dois preceptivos demonstra que a Administração não está obrigada a desfazer o contrato, pela ocorrência de cisão na contratada. Esse rearranjo empresarial não pode ser, em si mesmo, motivo de rescisão contratual. Desde que ele não provoque qualquer alteração no nível de qualidade dos serviços e de atendimento, o interesse público está preservado, não cabendo invocar-se motivo para rescisão.

À evidência, a Administração deverá verificar durante a execução, ou seja posteriormente à sua formalização, se a operação não afetou a boa execução do ajuste, não se exigindo que a contratada demonstre, "a priori", o atendimento formal de requisitos de habilitação anteriormente exigido dos licitantes.

Feitas essas considerações, passo ao exame do termo de aditamento nº 01, que autoriza a substituição da contratada Pavter, pela sucessora legal, Vega Engenharia Ambiental S.A.

Desde já enfatizo que o edital da licitação de que decorre o Contrato nº 007/Limpurb/96 previu na cláusula 27.9 a possibilidade de cessão, subcontratação ou transferência, desde que autorizada pela Prefeitura (fls. 56).

Por sua vez, a minuta de contrato reporta-se, na cláusula 18ª, à rescisão unilateral prevista no já mencionado art. 98 da Lei 10.544/88, em cujo bojo encontra-se o inciso VI, pertinente à hipótese de cisão da contratada.

Não há nos autos qualquer informação de que o ajuste foi ou está sendo executado de maneira insatisfatória. Pelo contrário, conforme informação de fls. 627, a origem atesta que a execução está se desenvolvendo regularmente, relacionando, inclusive, os equipamentos e instalações disponibilizados pelo contratado (fls. 629/631).

De toda forma, ainda que se conceda – o que é desejável – que a Administração, à época da celebração do ajuste, deveria, por cautela, ter verificado se a sucessora atendia a requisitos mínimos de capacidade, parece-me que, por interpelação deste Tribunal, isso restou demonstrado, consoante a documentação encaminhada pela Origem e anexada aos autos.

Com efeito, da informação e da documentação anexadas aos autos pela Auditoria do Tribunal (fls.434/460, 468/471 e 513) depreende-se a **capacidade jurídica e a regularidade fiscal** da Vega Ambiental.

A capacidade financeira da empresa, a seu turno, restou demonstrada pelo montante de seu capital social, em valor bastante superior ao mínimo exigido na licitação (fls. 513), bem assim ao fato de seus coeficientes de liquidez corrente e solvência, calculados para a época da celebração do aditivo, serem igualmente superiores aos mínimos exigidos dos participantes da licitação (fls.577).

Com relação à capacidade técnica, embora a AT-Engenharia ressalte a ausência de demonstração prévia, à época da celebração do ajuste, relativamente aos itens equipamentos e instalações, no meu entender, isso não constituiria motivo para a rejeição do contrato, tendo em vista que se encontra comprovada pela documentação de fls. 575/588.

A esse respeito, cabe assinalar que, para realçar seu ponto, a AT-Engenharia destacou o fato de que a relação encaminhada, por determinação desta Corte, pela Vega Ambiental continha veículos que foram adquiridos em junho de 1997 pela Vega Sopave e somente transferidos à sua propriedade em fevereiro de 1998. Ocorre, entretanto, que o edital de licitação não exigia que os veículos alocados ao contrato fossem de propriedade do contratado, que deles poderia dispor a qualquer título (locação, "leasing", etc).

Por fim, quanto à possível "fraude" subjacente à cisão operada, em que, "conquanto com nova roupagem, empresa considerada inabilitada (...) foi readmitida na fase de execução contratual" (fls. 832), há que se considerar que as empresas Vega Sopave e Vega Ambiental são pessoas jurídicas distintas, a segunda resultante de cisão parcial da primeira, consoante documentação anexada aos autos, além do fato de inexistir qualquer impedimento legal nesse sentido.

Em face de todo exposto, na esteira do douto órgão fazendário, voto pelo acolhimento do TA nº 01/97, eis que não há na instrução dos autos qualquer fato que justifique a sua rescisão, "ex vi" do disposto no art.78, inciso VI, da Lei Federal, combinado com o art. 98, inciso VI, da Lei nº 10.544/88.

São Paulo, 19 de dezembro de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.005.337.97-19, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, acolher o ajuste.

Participaram do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor e o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, em representação da Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de maio de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.005.337.97-19, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, após adiamento de prazo, que lhe fora concedido na 2.010ª .

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, acolher o ajuste.

Participaram do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor e o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, em representação da Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de maio de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator