

GRUPO I – CLASSE I – Plenário**TC 003.334/2012-0****Natureza:** Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).**Unidade:** Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema.**Recorrente:** Consórcio EIT/EDECONSIL/PB.

Advogados constituídos nos autos: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546) e Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior (OAB/DF 29.760).

Sumário: FISCOBRAS 2012. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS DE REMANEJAMENTO DA ADUTORA DE ÁGUA TRATADA, NO TRECHO DO CAMPO DE PERIZES, PERTENCENTE AO SISTEMA ITALUÍS NO MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS/MA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O EXATO CUMPRIMENTO DA LEI, CONSISTENTE NA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DA FASE DE HABILITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA 3/2011 E DOS ATOS SUBSEQUENTES RELATIVOS À HABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E ACOLHIDOS EM PARTE. PEDIDO DE REEXAME. ARGUMENTOS APRESENTADOS CONSIDERADOS SUFICIENTES PARA MODIFICAR AS RAZÕES QUE MOTIVARAM A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Preliminarmente, informo que fui sorteado relator do presente processo na Sessão Plenária de 5/9/2012 (peça 148), em razão de impedimento do relator anteriormente sorteado para apreciação do recurso.

2. Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Consórcio EIT/EDECONSIL/PB contra o Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, adotado pelo Tribunal na Sessão de 20/6/2012 em processo relativo ao Relatório de Levantamento de Auditoria (Fiscobras 2012) realizado nas obras de remanejamento da adutora de água tratada, no trecho do Campo de Perizes, pertencente ao Sistema Italuís, no Município de São Luís/MA. A mencionada deliberação foi proferida nos seguintes termos:

“9.1. com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45, caput, da Lei nº 8.443/1992 e art. 251, caput, do Regimento Interno deste Tribunal, fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência da presente deliberação, para que a Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema adote as providências cabíveis ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o julgamento da fase de habilitação da Concorrência Pública nº 3/2011 e de todos os atos subsequentes, por infringência ao disposto na cláusula 7.9.4.6 do edital e nos arts. 3º, 30 e 33 da Lei nº 8.666/1993, informando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação, as providências adotadas nesse sentido;

9.2. dar ciência à Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema sobre as seguintes impropriedades:

9.2.1. exigência de atestados de capacidade técnica em percentuais desarrazoados de parcelas com baixa relevância para a execução do empreendimento, identificada na Concorrência nº 3/2011, em afronta

ao disposto na jurisprudência do TCU, exemplificada pelo Acórdão nº 1.284/2003-TCU-Plenário, e ao disposto no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (achado 3.3 – restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento);

9.2.2. ausência de parcelamento de objeto divisível em licitação autônoma, identificada na Concorrência nº 3/2011, em afronta ao disposto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, bem como aos princípios da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (achado 3.4 – ausência de licitação autônoma para aquisição de equipamentos e/ou materiais, embora técnica e economicamente recomendável);

9.3. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que não foram detectados, na presente fiscalização, indícios de irregularidades que se enquadrem no disposto no inciso IV do § 1º do art. 94 da Lei nº 12.465/2011 (LDO/2012);

9.4. dar ciência da presente decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, ao Ministério das Cidades, à Caixa Econômica Federal, à Secretaria de Controle Externo do Estado do Maranhão, à 2ª Secretaria de Controle Externo e à 6ª Secretaria de Controle Externo;

9.5. nos termos do art. 42 da Resolução-TCU nº 191/2006, determinar à Secob-4 que monitore o cumprimento da presente deliberação.”

3. Posteriormente, ao examinar Embargos de Declaração opostos pela Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema e pelo citado Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, na Sessão de 4/7/2012, o Tribunal decidiu:

“9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443/1992, e art. 287 do Regimento Interno deste Tribunal, conhecer dos presentes embargos de declaração para, no mérito:

9.1.1. rejeitar os opostos pelo Consórcio EIT/Edeconsil/PB ante à inexistência das omissões, contradições ou obscuridades apontadas;

9.1.2. acolher, em parte, os opostos pela Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão (Caema), de modo a esclarecer à referida embargante que:

9.1.2.1. apenas os atos subsequentes e diretamente dependentes da habilitação do Consórcio EIT/Edeconsil/PB devem ser, obrigatoriamente, em razão do comando estabelecido pelo item 9.1. do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, também anulados, por força de apresentarem com ela uma relação de conexão ou de interdependência, aproveitando-se, conforme o caso, e desde que não se acarrete prejuízo ao interesse público e às partes envolvidas, os demais atos administrativos praticados;

9.1.2.2. após o refazimento da etapa de julgamento da habilitação da fase de Pré-Qualificação da Concorrência Pública nº 3/2011, conforme determinado pelo item 9.1. do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, e caso sejam convalidadas pelos respectivos licitantes remanescentes as propostas por eles apresentadas, apenas essas devem ser consideradas para fins de classificação na Fase II da referida licitação;

9.2. manter em seus exatos termos o Acórdão nº 1.528/2012 – TCU – Plenário;

9.3. encaminhar, a título de subsídio, cópia da presente deliberação, assim como do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, ambos acompanhados dos respectivos relatórios e votos que os fundamentam, ao Ex^{mo} Juiz de Direito da Comarca de Jaguaruana/CE, juízo onde tramita a Ação de Recuperação Judicial nº 3129-55.2011.8.06.0108, de interesse da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A;

9.4. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, aos embargantes”.

4. Ao examinar o presente Pedido de Reexame, a Secretaria de Recursos – Serur elaborou a instrução a seguir transcrita, cujas conclusões foram endossadas pelos dirigentes da Unidade Técnica, expressa nos seguintes termos:

“HISTÓRICO PROCESSUAL

Na sessão de 20/6/2012 o Tribunal apreciou relatório de levantamento de auditoria realizado nas obras de remanejamento da adutora de água tratada, no trecho do Campo de Perizes, pertencente ao Sistema Italuís, localizado no município de São Luís/MA. Na oportunidade, por meio do Acórdão 1528/2012 – Plenário (peça 104), fixou-se o prazo de 15 dias para que a Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema adotasse:

as providências cabíveis ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o julgamento da fase de habilitação da Concorrência Pública nº 3/2011 e de todos os atos subsequentes, por infringência ao disposto na cláusula 7.9.4.6 do edital e nos arts. 3º, 30 e 33 da Lei nº 8.666/1993, informando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação, as providências adotadas nesse sentido

2. Tal deliberação foi motivada pela seguinte constatação da Secob-4:

– achado 3.1: julgamento da fase de habilitação em desacordo com os critérios do edital e da legislação, haja vista a aceitação de documentação de qualificação técnico-operacional apresentada pelo consórcio declarado vencedor do certame – Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, não obstante a empresa EIT Construções S/A, identificada pelo CNPJ nº 13.424.192/0001-05 e uma das integrantes desse consórcio, ter apresentado atestados de capacidade técnica em nome de outra empresa, denominada EIT Empresa Industrial Técnica S/A, de CNPJ nº 08.402.620/0001-69;

3. Nos termos da instrução então lançada, cujos fundamentos foram acolhidos pelo Relator, aquela unidade técnica havia consignado (peça 102, p. 18):

94. No presente caso, as partes interessadas defenderam que houve transferência formal do acervo técnico da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A para a empresa EIT Construções S/A, uma vez que aquela subscreveu e integralizou ações desta mediante a cessão de direitos ao uso de seu acervo.

95. Todavia, restou demonstrado nos presentes autos que o acervo técnico ou experiência qualificação constitui atributo indissociável da pessoa do sujeito de direito que a detém, não podendo ser transferida, por ato oneroso ou não, uma vez que não se enquadra no conceito de bem jurídico. Por esse motivo, a integralização e subscrição de ações realizada com a cessão de acervo técnico pode ser reputada como nula, com fulcro no art. 166, inciso II, do Código Civil, por ser impossível o seu objeto. Com isso, o ato jurídico em exame não pode gerar quaisquer efeitos no mundo jurídico, mostrando-se ilegal a habilitação do Consórcio EIT/EDECONSIL/PB.

4. A Caema e o Consórcio EIT/EDECONSIL/PB opuseram embargos de declaração ao Acórdão 1528/2012 – Plenário. Ambos os embargos foram conhecidos por meio do Acórdão 1698/2012 – Plenário (peça 125), que rejeitou aqueles opostos pelo Consórcio e esclareceu à Caema que:

9.1.2.1. apenas os atos subsequentes e diretamente dependentes da habilitação do Consórcio EIT/EDECONSIL/PB devem ser, obrigatoriamente, em razão do comando estabelecido pelo item 9.1 do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, também anulados, por força de apresentarem com ela uma relação de conexão ou de interdependência, aproveitando-se, conforme o caso, e desde que não se acarrete prejuízo ao interesse público e às partes envolvidas, os demais atos administrativos praticados;

9.1.2.2. após o refazimento da etapa de julgamento da habilitação da fase de Pré-Qualificação da Concorrência Pública nº 3/2011, conforme determinado pelo item 9.1 do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, e caso sejam convalidadas pelos respectivos licitantes remanescentes as propostas por eles apresentadas, apenas essas devem ser consideradas para fins de classificação na Fase II da referida licitação;

5. O Consórcio EIT/EDECONSIL/PB apresentou recurso em face do Acórdão 1528/2012 – Plenário (peça 131).

ADMISSIBILIDADE

6. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade anteriormente efetuado no âmbito desta Secretaria de Recursos (peça 133), ratificado pelo Ex^{mo} Ministro-Relator Aroldo Cedraz (peça 137), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo os efeitos do subitem 9.1 do Acórdão 1528/2012 – Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

7. Passa-se à síntese dos argumentos recursais e respectivas análises.

Argumentos

8. A comprovação de aptidão técnica de uma pessoa jurídica somente subsiste enquanto a parcela concreta de sua constituição for preservada, tornando-se sem efeito quando for comprovado que seus profissionais técnicos, instalações e aparelhamento foram transferidos para outra pessoa jurídica.

9. ‘Não prospera o argumento da impossibilidade jurídica da transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas. A experiência anterior é um elemento subjetivo concreto, que, por esse motivo, não se vincula à razão social da empresa – elemento jurídico abstrato – mas sim à sua

robustez estrutural e técnica – elementos jurídicos concretos, que a habilitam para o cumprimento de determinada tarefa ou encargo’.

Análise

10. Faz-se necessário, preliminarmente, bem compreender o conceito de capacidade técnico operacional de uma empresa.

11. A respeito, Marçal Justen Filho assinalou:

A conjugação de esforços permanentes e a interiorização de valores comuns produz organizações estáveis, cuja existência transcende os indivíduos que a integram. (...). O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Utiliza-se a expressão ‘capacidade técnica operacional’ para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa (*in* Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 13ª ed., p. 420-421).

12. Ao discorrer sobre a questão, Carlos Ari Sundfeld e outros anotaram:

‘(...) enquanto a capacitação técnico-profissional comprova-se, fundamentalmente, pela avaliação do corpo técnico da empresa – especialmente da habilitação individual de seus engenheiros -, a comprovação da capacitação técnico-operacional envolve o exame de um conjunto muito mais extenso de qualidades empresariais, como a estrutura administrativa da empresa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe, etc.

(...)

O método, por excelência, para verificar se dada empreiteira é ou não capaz de operar eficientemente (isto é, se tem ou não ‘capacidade técnico-operacional’) é a análise de seu desempenho anterior. A razão é simples: essa capacidade envolve um somatório imenso de fatores basicamente imateriais (organização, sistemas gerenciais, técnicas de controle, etc.), que não podem ser medidos por ensaios ou vistorias. Só se pode afirmar com algum grau de segurança a capacidade de uma empresa operar eficientemente *se ela assim já tiver operado*; se ela nunca operou, pode-se por certo *antever* sua eficiência, mas não pode haver garantias a respeito.’ (grifos do original). (*in* Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 12, 2008, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>, acesso em 10/08/2012).

13. Observados os conceitos retrotranscritos, assiste razão ao recorrente quando argumenta a respeito da volatilidade da capacidade técnico-operacional de uma empresa, uma vez que essa somente subsistirá enquanto se fizerem presentes na pessoa jurídica em questão os recursos humanos e materiais que definiram seu *modus operandi*.

14. Essa convicção é realçada pela Resolução 1025/2009, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea, que dispôs em seu art. 48 e parágrafo único:

Art. 48. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Parágrafo único. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

15. Seria lógico presumir-se, portanto, que se o aparato humano e material que suportava a capacidade técnico-operacional de uma empresa fosse transferido para outra empresa, essa segunda passaria, como via de consequência, a deter tal capacidade. A questão, no entanto, não comporta solução tão simples.

16. As empresas constituem-se em estruturas complexas, que congregam pessoas, materiais e equipamentos sob o prisma próprio de sua cultura organizacional. Contam com diferentes valores, estilos de administração, formas de liderança, padrões de controle, níveis de motivação, comprometimento com o resultado. Por esse motivo, não é possível asseverar que a transferência de recursos (humanos e materiais) que concorriam para o sucesso de uma empresa a resultará no sucesso de uma empresa b. É dizer: ainda que seja transferida, a capacidade técnico-operacional da empresa a poderá não resultar na capacidade técnico-operacional da empresa b. Os resultados terão que ser analisados em cada caso concreto, não se podendo extrair corolários a partir da mera existência das transações.

17. Como assinalaram Fernão Justen de Oliveira e Ana Lucia Ikenaga Wernecke:

Importa, então, qual é a estrutura pessoal e material que fundamenta a organização empresarial à qual devem ser imputados os atos praticados.

Isso se revela tanto mais verdadeiro quando houver coincidência entre os responsáveis técnicos de ambas as empresas, a quem cabe a concepção e a realização dos mais diversos projetos e que tenham participado da execução dos contratos que deram origem ao acervo técnico.

Haverá de demonstrar-se, para efeito de admitir a aptidão técnico-operacional da empresa originada da cisão parcial, a perfeita linha de continuidade em termos de conhecimento técnico e padrão de qualidade que se verifica entre as empresas cindida e incorporadora. Isso porque a concepção que orientou a criação da cindida precisa decorrer da experiência adquirida pelo corpo técnico da empresa cindida. (*in* 'A preservação do acervo técnico recebido por cisão societária', Informativo Juste, Pereira, Oliveira e Talamini, nº 12, fev. 2008, disponível na internet: <http://bit.ly/QZXy4G>, acesso em 09/08/2012).

18. A ponderação trazida pelos retrocitados autores é válida para a situação sob exame, em que pese terem mencionado em seu artigo, especificamente, a existência de cisão ou incorporação, hipóteses que não se encontram presentes no feito que se analisa.

19. É de se convir, então, que em princípio seria possível a transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas, na linha arguida pelo recorrente, a depender da situação concreta ocorrida. De toda forma, não se configuraria, portanto, a inviabilidade jurídica da transação, anteriormente apontada pelo Tribunal. Seria legítima, portanto, o aumento de capital da EIT Construções S.A., integralizado pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. mediante a transferência de acervo técnico documental, nos termos da Ata de Assembleia Geral Extraordinária da empresa EIT Construções S.A. realizada em 22.03.2011 (peça 96, p. 9).

20. Observe-se, a propósito, que a integralização de ações mediante a transferência de acervo técnico, da forma procedida pela EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em favor da EIT – Construções S/A, encontra respaldo na seara contábil. Em artigo intitulado 'Acervo técnico, sua valorização e reconhecimento contábil', Wilson Alberto Zappa Hoog, após destacar que 'os acervos técnicos representam uma configuração de bens intangíveis' que 'comprovam toda a experiência adquirida por uma célula social ao longo do exercício de sua atividade', ressalta a 'necessidade de se escriturar no balanço patrimonial, especificamente no patrimônio líquido, os valores relativos ao acervo técnico (...)'. (disponível na internet: <http://bit.ly/O4mMi5>, acesso em 10/8/2012).

21. Em tese, portanto, existe a possibilidade jurídica da transferência do acervo e da capacidade técnico-operacional. Resta analisar, então, se no caso concreto a transação seria apta para produzir os efeitos desejados, o que será discutido na sequência desta instrução.

Argumentos

22. O Relator entendeu que não seria possível a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas, quando não existe a totalidade na transferência de patrimônio e profissionais. Ou seja, a capacidade técnica operacional não se demonstraria apenas por meio dos responsáveis técnicos que a integram, mas por toda a estrutura administrativa e técnica da empresa. Tal conceito extrapola o entendimento esposado pela doutrina e estabelecido pela própria regulamentação do CONFEA.

23. 'Em termos de aptidão técnica, a acepção de 'conjunto de pessoas' deve se ater aos responsáveis técnicos, que são aqueles que, de fato, materializam a ação da pessoa jurídica na concepção de soluções técnicas para a execução dos serviços'.

24. 'É certo que a conciliação dos responsáveis técnicos que participaram dos serviços que correspondem a determinado atestado – ART's – é que compõem a capacidade técnica operacional da empresa, juntamente com a robustez patrimonial desta'.

Análise

25. Diverge-se parcialmente do recorrente quanto a esse ponto.

26. Conforme se mencionou no item 16 retro, existem diversas variáveis que contribuem para que a empresa logre êxito nos empreendimentos em que se engaja (esse êxito é a tradução mais simples de sua capacidade técnico-operacional). Exemplificando, de nada adianta a empresa deter em seus quadros responsáveis técnicos que apresentam excelentes soluções técnicas se os encarregados dos setores de compras e almoxarifado negligenciarem os controles de estoques e possibilitarem a falta de materiais essenciais às obras. Da mesma forma, se os responsáveis pelos setores de recursos humanos não estiverem atentos às necessidades de contratação de operários ou à adoção de políticas satisfatórias de pessoal, poderão ocorrer o esvaziamento dos quadros e a deflagração de greves, todas danosas à conclusão dos empreendimentos. Despiciendo, ainda, é comentar acerca dos responsáveis pelos setores

financeiros da empresa, uma vez que deles dependerão os fluxos de recursos necessários ao sucesso da obra.

27. Parece-nos que o recorrente, nesse ponto específico, confundiu o conceito de capacidade técnico-operacional de uma pessoa jurídica com a definição de sua capacidade técnico-profissional, normatizada pelo art. 48 da Resolução-Confea 1025/2009, já transcrito no item 14 desta instrução.

28. De qualquer forma, embora se negue razão ao recorrente a partir dos argumentos utilizados, assinala-se que o raciocínio desenvolvido pelo Relator, de que somente seria possível a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas quando existisse a totalidade na transferência de patrimônio e profissionais, também não pode subsistir, uma vez que o próprio Tribunal já reconheceu de sua possibilidade nos casos em que ocorrem cisões, como se extrai da inteligência constante do Acórdão 1108/2003 – Plenário. Perceba-se que em tais situações, sejam as cisões totais ou parciais, tanto as empresas cindidas como as cindidas deixarão de ter a totalidade do patrimônio e pessoal que forneceram o suporte organizacional necessário à obtenção da capacidade técnico-operacional já reconhecida. Ou seja: haverá a transferência da capacidade técnico-operacional sem que tenha ocorrido a transferência integral dos elementos humanos e materiais que suportaram sua obtenção.

Argumentos

29. ‘Em âmbito técnico, pois, admitindo-se que é plenamente possível que determinados responsáveis técnicos de uma pessoa jurídica sejam transferidos a outra, juntamente com parcela de patrimônio também de cunho técnico – maquinário, etc. – parece amplamente possível que a capacidade técnica correspondente àqueles profissionais seja também transferida, na proporção do patrimônio técnico transferido e do patrimônio que a pessoa jurídica destinatária já contenha’.

30. Conforme comprovam os documentos constantes dos autos, houve efetiva transferência de patrimônio tangível – maquinário, ‘que nada mais é que a robustez operacional da empresa para a realização das obras’. Da mesma forma, existe ‘total compatibilidade entre os responsáveis técnicos que constam do acervo transferido e os responsáveis técnicos da empresa EIT Construções S/A’. ‘Os mesmos responsáveis técnicos que executaram os serviços que constam do acervo técnico transferido foram instituídos como responsáveis técnicos da EIT Construções S/A’.

Análise

31. Conforme já se assinalou, a capacidade técnico-operacional de uma empresa não pode se limitar à percepção isolada de apenas alguns setores ou responsáveis técnicos.

32. Em regra, portanto, a mera existência de contratos de repasse de acervos técnicos não seria suficiente para transferir, de forma efetiva, a capacidade técnico-operacional entre empresas. Ocorre que o no caso em exame existe a particularidade de que a transferência de acervo ocorreu entre empresas fortemente vinculadas. Note-se que não se tratam apenas de empresas integrantes de um mesmo grupo empresarial, mas de uma empresa *holding* e sua subsidiária integral. Há que se reconhecer que uma subsidiária integral, apesar de constituir nova pessoa jurídica, atua como uma *longa manus* da controladora.

33. Nesse ponto, esclarece-se, por oportuno, que a subsidiária integral constitui uma forma de participação societária em que é criada uma sociedade unipessoal. Consoante ensina Calixto Salomão Filho: ‘Quando constituída por pessoa jurídica, [a sociedade unipessoal] representa uma forma de organização administrativa de grupos econômicos’ (in ‘A sociedade unipessoal’, 1995, pp. 13-14).

34. Ao discorrer sobre as subsidiárias integrais, escreveu Carlos Henrique de Magalhães:

Esse formato de empresa pode ser utilizado, com eficácia, quando o que se pretende é a constituição de uma sociedade com propósito específico (*Special Purpose Company*) por um único titular, pessoa jurídica, que arca, isoladamente, com todos os ônus de sua criação, como instrumento facilitador para os negócios de incorporação de novos *profit centers* e de projetos para a empresa ou o grupo empresarial.

Pode-se, assim, transformar uma atividade social, um negócio, que esteja sendo desenvolvido, ou que se pretenda desenvolver, ou ainda um centro de custo, ou núcleo de negócios, em uma subsidiária integral, a fim de atribuir-lhe uma estratégia econômica-financeira de margens e de resultados próprios.

A subsidiária integral pode ser uma alternativa interessante para a constituição das empresas de propósito específico, cuja criação tem se constituído uma exigência contida nos editais de licitação, no âmbito das concessões de serviços públicos. (in ‘Breves considerações acerca da subsidiária integral, Agenda PMR, número 22, julho de 2008, disponível na internet: <http://bit.ly/PwMK1n>, acesso em 13/08/2012).

35.A doutrina especializada se debruça sobre temas que demonstram a relação incomum de proximidade existente entre controladora e controlada, nos casos de subsidiárias integrais. A respeito, vejamos os seguintes excertos:

‘Tratando-se de subsidiária integral, e desde que se pretenda adotar conselho de administração, como proceder, considerando que o único acionista existente é uma pessoa jurídica? Parece-me que, nesse caso, uma das soluções seria adotar, como conselho da subsidiária integral, o conselho da holding, quer em sua composição plena, quer de forma parcial. Outra solução seria eleger para o conselho da subsidiária acionistas da holding. (Tavares Barbosa apud Fabrício Tanure, *in* ‘Tópicos sobre a subsidiária integral’, disponível na internet em <http://bit.ly/RCCMhX>, acesso em 13/8/2012).

(...) no nicho das subsidiárias integrais (art. 251), ou das sociedades anônimas com o mínimo legal de dois sócios, o Conselho se mostra impertinente, já que ficaria impossível atender-se ao mínimo compulsório de três conselheiros (...) (João Luiz Coelho da Rocha, *in* ‘Particularidades do conselho de administração das sociedades anônimas’, Revista de Direito Mercantil nº 128, p. 62).

(...) Sendo o Conselho de Administração necessário nas três subespécies de sociedades anônimas – companhias abertas, de capital autorizado e de economia mista (art. 138, § 2º e 239) –, por outro lado, haverá impossibilidade legal de ser constituído em outros tipos societários. É o caso da subsidiária integral, já que esta possui um único acionista (art. 251). Da mesma forma, há impedimento de fato de companhia com apenas dois sócios constituir o Conselho, tendo em vista que, legalmente, três acionistas devem compor o referido órgão (...) (Modesto Carvalhosa, *in* ‘Comentários à Lei de sociedades anônimas’, v. 3, 3. ed., p. 63).’

36.Na mesma linha, de modo mais enfático, Calixto Salomão Filho sustenta que a constituição de um Conselho de Administração em uma subsidiária integral não tem qualquer utilidade para o acionista único (op. cit., p. 222).

37.Veja-se, então, que a figura da ‘subsidiária integral’ é tratada pela literatura especializada como um ‘tipo de sociedade especial’. Na realidade, é a forma de organização onde mais tipicamente o poder de controle é absoluto exatamente pela ausência de conflitos, uma decorrência de sua característica de sociedade unipessoal.

38.Nesse sentido, é lógico e razoável presumir-se que exista uma identidade entre as linhas mestras de gestão presentes na empresa controladora e na controlada. É de se esperar, portanto, que a subsidiária integral compartilhe dos mesmos valores, estilos de administração, formas de liderança, padrões de controle, níveis de motivação e comprometimento com o resultado presentes na controladora.

39.Observe-se que no caso específico que se examina existe identidade inclusive em relação aos responsáveis técnicos de ambas as empresas, uma vez que, conforme afirmou o recorrente, ‘os mesmos responsáveis técnicos que executaram os serviços que constam do acervo técnico transferido foram instituídos como responsáveis técnicos da EIT Construções S/A’.

40.Ao discorrerem acerca da transferência de acervos, Fernão Justen de Oliveira e Ana Lucia Ikenaga Wernecke comentaram:

Apenas a dissonância entre denominações sociais e CNPJ da detentora anterior e da atual dos atestados não permite que se conclua pela ausência da capacidade técnico-operacional de determinada pessoa jurídica.

As empresas não são estruturas inertes, autônomas com relação aos profissionais e aos bens que as integram. Muito pelo contrário: a organização empresarial nada mais é do que a reunião dos elementos humano e material na realização de objetivos comuns.

Importa, então, qual é a estrutura pessoal e material que fundamenta a organização empresarial à qual devem ser imputados os atos praticados. (op. cit).

41.Nota-se, portanto, que mesmo nas hipóteses de cisão, faz-se necessária a análise dos elementos efetivamente presentes na empresa agora detentora do acervo. Essa análise, embora não seja especificada no artigo transcrito, amolda-se perfeitamente às situações em que se trata de transferência entre controladoras e suas subsidiárias integrais.

42.A partir da referida análise, pode-se aceitar que a transferência de acervo efetuada pela empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em favor da empresa EIT – Construções S/A, que resultou no aumento de capital dessa última, teria o efetivo condão de transmitir, a essa, a capacidade técnico-operacional detida por aquela, uma vez que além da transferência de parcela de seu patrimônio tangível,

teria sido transferida também parcela significativa do conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional prevalecente na EIT – Empresa Industrial Técnica S/A.

Argumentos

43. ‘Embora tenha adotado posição pela irregularidade na habilitação do Recorrente, a SECOB-4, em seu exame neste processo, admitiu que a capacidade técnica operacional estaria intrínseca, fundamentalmente, ao conjunto de profissionais que, integrando a pessoa jurídica, executaram os serviços que correspondem ao seu acervo técnico’.

44. A Secob-4 foi desfavorável ao caso concreto apenas porque compreendeu que a operação realizada seria mero ato negocial de subscrição de capital. Ocorre que a operação comercial executada ‘extrapola em muito a mera integralização de capital’. ‘Trata-se, na verdade, da criação de uma empresa subsidiária, mediante a transferência de parcela do patrimônio e da capacidade técnica da empresa holding. Assim, como na cisão parcial, houve a transmissão de uma parcela da empresa holding para a sua controlada. Isso, de forma bastante coerente, transmite a capacidade técnica afeta à parcela da empresa transferida.’

45. ‘Sob tal ângulo, percebe-se que não há distinção substancial entre uma operação de cisão, voltada para uma reorganização empresarial estratégica, e a operação em voga’.

Análise

46. Entende-se, a exemplo do manifestado pelo recorrente, que a operação caracterizou mais que mero ato negocial de subscrição de capital. Os documentos acostados aos autos, sobretudo a Ata da Assembléia Geral Extraordinária dos acionistas da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S.A. (peça 96, p. 23) que aprovou a criação da EIT Construções S.A. deixa claro, em seu tópico denominado ‘esclarecimentos’, que a criação da subsidiária integral decorria de estratégia empresarial ‘para regionalização das atividades’.

47. Embora não figure como uma transformação, incorporação, fusão ou cisão, modalidades de reorganização societárias consagradas pela Lei 6.404/76, é certo que a criação de subsidiária integral constitui-se em efetiva estratégia empresarial, conforme já se assinalou no item 34 desta instrução.

48. Do ponto de vista meramente prático, assiste razão ao recorrente quando afirma a semelhança entre a criação da subsidiária integral, da forma que foi procedida, e a cisão de uma empresa. Na cisão parcial prevista no art. 229 da Lei 6.404/86, transferem-se parcelas de uma companhia (‘cindida’) para outra sociedade, que pode ser constituída no mesmo momento (‘cindenda’). A empresa cindenda sucederá à cindida no que se refere aos direitos e obrigações relacionadas no ato da cisão.

49. No caso específico em exame, a Escritura Pública de Constituição de Companhia Subsidiária Integral (peça 96, p. 53-64) expressamente consignou a transferência, pela EIT – Empresa Industrial Técnica S.A. em favor da EIT Construções S.A., da posse, domínio e direitos que exercia sobre o patrimônio discriminado em seus anexos.

50. É certo que não se está a tratar de uma situação típica de transformação societária, definida segundo Daniel Henrique Ferreira da Silva como ‘a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro’ (*in* Congresso USP Controladoria e Contabilidade, 4, 2004, p. 225). Entretanto, conforme se mencionou, não se vislumbra diferença significativa a ponto de obstaculizar o procedimento de transferência do acervo que confere à EIT Construções S.A. a capacidade técnico-operacional, uma vez que, na linha expressada pelo Acórdão 1108/2003 – Plenário, tal procedimento seria consentido caso se tratasse de uma hipótese de cisão. Transcreve-se, por pertinente, excerto do voto lançado pelo Ex^{mo} Ministro Benjamin Zymler naquela ocasião:

Não parece haver amparo jurídico para a interferência da Administração Pública na gerência de empresas que celebram contratos com a União. Restrição absoluta de as empresas realizarem fusão, cisão ou incorporação, somente pela existência de contrato administrativo ter o condão de tolher nesse nível a liberdade de as sociedades mercantis escolherem seus próprios caminhos de autoconformação.

Parece despropositado imaginar que um contrato administrativo de pequena monta possa impedir que empresa de elevado porte possa escolher o modelo societário mais conveniente para fazer frente à evolução do mercado. Isso seria retirar da empresa condições de competitividade em mercados extremamente acirrados.

51. É de se perceber, na análise que se efetua, que a Lei de Licitações, ao estabelecer em seu art. 30, II, que os licitantes deveriam comprovar ‘aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...)’, buscou salvaguardar o interesse

público e evitar que empresas sem tradição ou ‘aventureiras’ fossem contratadas para a execução de obras das quais não conseguiriam desincumbir-se de forma satisfatória.

52. Ocorre, todavia, que em decorrência da dinâmica inerente ao mundo empresarial, mais do que exigir meros atestados, faz-se necessário verificar a preservação da titularidade da capacitação técnica para participar de licitação e executar seu objeto. Mesmo após a existência de cisão, incorporação ou fusão, constitui matéria de fato a ser apurada em cada caso concreto.

53. Transcrevem-se, por oportuno, as ponderações lançadas pelo Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, Cezar Miola, no voto condutor da decisão TP-0511/2009 (processo 007949-02.00/08-1), daquela Corte:

‘Ainda que os referidos documentos [atestados de capacidade técnico-operacional] consubstanciassem, de modo indireto, (...), aprovação à forma de estruturação administrativa da empresa, bem como às condições de infra-estrutura material, métodos organizacionais e gerenciais e ao seu grau de coesão interna – afirmação que não deixa de revelar certo exagero ante a objetividade do que usualmente contém certidões ou atestados da espécie-, não haveria como afirmá-los para o presente e, muito menos, para o futuro.

Ademais, como é cediço, à míngua de qualquer regulação específica – e nisso não há dissenso –, longe estão, os procedimentos de certificação atualmente utilizados, de possibilitar seja avalizada a atuação de qualquer empresa, seja no passado ou mesmo no presente.

(...)

Cabe aduzir, ainda, que, se tais certificações se prestassem, como sustentado, a avaliar positivamente o arcabouço administrativo, a infra estrutura material, os métodos de gestão e a concatenação dos diversos setores de uma determinada empresa, tais condições não se haveriam de reproduzir, automaticamente, no caso de formação de consórcios, pois, nessa hipótese, somente por dedução ou ‘ficção’ se poderia chegar à conclusão de que este ‘acervo técnico-operacional’ será materializado quando da conjunção de demais empreendedoras.’

54. A lucidez das ponderações trazidas pelo ilustre Conselheiro reforça a necessidade de que o operador de direito, ao invés de aplicar a lei em sua letra fria, busque a interpretação que melhor se amolde à sua intenção original e ao atendimento do fim público. Nas palavras de Carlos Maximiliano:

‘É antes crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade. (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, 2000, p. 165).’

55. Arremata-se, então, com a lição de Juarez Freitas, que ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade anotou (*in* O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 1999, p. 57):

‘O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio.’

56. Aliem-se a esse ensinamento os apontamentos de Alexandre de Moraes (*in* Direito Constitucional Administrativo, 2002, p. 114) no sentido de que ‘uma medida somente será adequada se, para alcançar sua finalidade desejada, causar o menor prejuízo possível e se houver proporcionalidade entre as vantagens que dela derivam e suas desvantagens’.

57. Sopesando-se, portanto, os elementos objetivos presentes no caso em estudo, sobretudo os vínculos atípicos que ligam uma subsidiária integral à sua controladora, a comprovação de transferência de parcela do patrimônio e do acervo documental, a compatibilidade entre os responsáveis técnicos da EIT Construções S.A. e aqueles que deram origem às ARTs anteriormente detidas pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e os prejuízos decorrentes da eventual desclassificação do Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, entende-se que o atendimento ao interesse público primário resida na aceitação do julgamento procedido na fase de habilitação da Concorrência Pública nº 3/2011.

Argumento

58. O TCU compreendeu, apesar do positivismo da lei, que seria possível a manutenção dos contratos nas hipóteses de cisão, fusão ou incorporação. A inteligência lançada em tais oportunidades foi a de que a dinâmica empresarial impõe a necessidade de alterações em suas formas de organização. Esse mesmo raciocínio, embora não tenha sido explicitado naquela ocasião, pode ser aplicado ao caso

concreto, uma vez que a criação de subsidiárias também configura uma forma de reorganização empresarial.

Análise

59. Em consonância com a análise constante do item 50 retro e seguintes, entende-se procedente o argumento.

Argumento

60. O Poder Judiciário manifestou-se, no caso concreto, pela possibilidade jurídica da transferência de capacidade técnica.

Análise

61. Assiste razão ao recorrente quanto à existência de sentença (peça 130) proferida no Juízo da Comarca de Jaguaruana/CE, suspendendo os efeitos do Acórdão 1528/2012 – Plenário ‘na parte em que o referido *decisum* considerou ineficaz a transferência dos atestados técnicos da EIT – Empresa Industrial Técnica S/A para a EIT Construção S/A e que anulou o julgamento da fase de habilitação da Concorrência Pública nº 03/2011 e todos os seus atos subsequentes (...)’.

62. É de se salientar, contudo, que a existência de entendimento diverso proferido no âmbito do Poder Judiciário não tem o condão de pacificar a questão e tampouco de fazer presumir que o posicionamento que conduziu à prolação da sentença seja o mais acertado. A manifestação do Poder Judiciário pode revestir-se de força para retirar a eficácia de deliberação do Tribunal – o que, diga-se, não ocorre neste caso concreto em face da incompetência do juízo –, mas não se constituirá em elemento suficiente para fazê-lo modificar o julgamento proferido.

63. De toda sorte, é de se observar que a Consultoria Jurídica desta Corte – Conjur já encaminhou minuta à Advocacia-Geral da União – AGU para a interposição de agravo de instrumento contra a decisão daquele Juiz estadual, nos autos da Ação de Recuperação Judicial nº 3129-55.2011.8.06.0108, conforme informação obtida junta aquela unidade.

CONCLUSÃO

64. Ante todo o exposto, manifesto-me no sentido de que sejam os autos submetidos ao gabinete do Ex^{mo} Sr. Ministro Aroldo Cedraz, relator do recurso, com a proposta de que o Tribunal:

a) com fundamento no art. 48 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, conheça do pedido de reexame apresentado pelo Consórcio EIT/EDECONSIL/PB no mérito, dar-lhe provimento;

b) torne sem efeito o item 9.1 do Acórdão 1528/2012 – Plenário;

c) comunique a decisão que vier a ser proferida nestes autos ao recorrente, à Caema, ao Ministério das Cidades, à Caixa Econômica Federal, à Secex/MA, à 2ª Secex, à 6ª Secex e ao Ex^{mo} Juiz de Direito da Comarca de Jaguaruana/CE, juízo onde tramita a Ação de Recuperação Judicial nº 3129-55.2011.8.06.0108, de interesse da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A”.

É o relatório.

VOTO

Por meio do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, o Tribunal decidiu, entre outras providências, fixar prazo para que a Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistente na anulação do julgamento da fase de habilitação da Concorrência 3/2011 e todos os atos subsequentes.

2. Consoante registrado no Relatório que antecede este Voto, a mencionada deliberação foi motivada pela aceitação, na fase de habilitação, de documentação de qualificação técnico-operacional apresentada pelo aludido Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, não obstante a empresa EIT Construções S/A, uma das suas integrantes, ter apresentado atestados de capacidade técnica em nome de outra empresa, denominada EIT Empresa Industrial Técnica S/A.

3. Posteriormente, ao acolher, em parte, os Embargos de Declaração opostos pela Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema, o Tribunal, entre outras medidas, decidiu esclarecer à mencionada estatal maranhense que apenas os atos subsequentes e diretamente dependentes da habilitação do citado Consórcio EIT/EDECONSIL/PB deveriam ser, obrigatoriamente, anulados, por apresentarem com esta uma relação de conexão ou de interdependência.

4. Desta feita, examina-se Pedido de Reexame interposto pelo mencionado Consórcio EIT/EDECONSIL/PB contra o Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário.

5. A Secretaria de Recursos – Serur, ao examinar o mencionado Pedido de Reexame, manifestou-se, inicialmente, pela admissibilidade do recurso, uma vez preenchidos os requisitos para tanto exigidos, posição com a qual estou de acordo.

6. Quanto ao mérito, a Unidade Técnica entendeu que os argumentos apresentados pelo Consórcio EIT/EDECONSIL/PB lograram descaracterizar as razões que motivaram a deliberação recorrida, em virtude do que propõe o conhecimento e o provimento do mencionado Pedido de Reexame para tornar sem efeito o subitem 9.1 do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário.

7. Estou de acordo com a análise empreendida pela Serur, cujas conclusões e fundamentos adoto como razões de decidir no presente caso, sem prejuízo das considerações que passo a aduzir.

8. Conforme consta do Relatório que antecede este Voto, a deliberação recorrida foi motivada pela constatação de que a Comissão de Licitação aceitou, na fase de habilitação do certame, documentação de qualificação técnico-operacional do citado Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, na qual a empresa EIT Construções S/A, uma das suas componentes, apresentou atestados de capacidade técnica em nome da empresa EIT Empresa Industrial Técnica S/A.

9. Na oportunidade, entendeu-se que o Consórcio não logrou comprovar a sua aptidão técnica para executar o objeto licitado, dado que apresentou, para fins de qualificação técnico-operacional, documentação pertencente à empresa a este estranha, sendo indevida, portanto, sua habilitação ao certame.

10. Para chegar a essa conclusão, a deliberação recorrida partiu da premissa de que seria inviável, do ponto de vista jurídico, a transferência de acervo técnico ou de atestados de experiência anterior entre empresas.

11. Assim, foi entendida como irregular a transferência de acervo técnico da empresa EIT Empresa Industrial Técnica S/A para a empresa EIT Construções S/A, como forma de pagamento para fins de integralização de ação, considerando-se essa medida incapaz de gerar os efeitos pretendidos no mundo jurídico pelo citado Consórcio, não podendo, pois, ser aceita para fins de sua qualificação técnica ao certame.

12. No entanto, consoante amplamente demonstrado pela Serur, embora a questão relativa à possibilidade da transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas objeto de

reestruturação empresarial não tenha merecido tratamento expresso na legislação sobre licitações, esta viabilidade já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

13. Com efeito, como bem assinalou a Serur, além da transferência de parcela do patrimônio tangível da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A para EIT – Construções S/A, teria havido, também, a transmissão de parcela significativa do conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional prevalecente na EIT – Empresa Industrial Técnica S/A.

14. Outro aspecto importante a ser destacado consiste em se levar em consideração, na aferição da validade dos atestados apresentados, a existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante, quanto à divisão do acervo técnico da empresa. Isto porque, de acordo com o que for determinado no negócio jurídico que ensejou a reformulação societária, haverá de ser dimensionada a extensão e aproveitamento dos atestados técnicos até então expedidos em favor das empresas envolvidas.

15. Nesse sentido, consoante registrado pela Unidade Técnica, os elementos constantes dos autos evidenciam como legítimo o aumento de capital da EIT Construções S.A., integralizado pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A mediante a transferência de acervo técnico documental, nos termos da Ata de Assembleia-Geral Extraordinária da empresa EIT Construções S.A, realizada em 22.03.2011.

16. Por sua vez, a Escritura Pública de Constituição da referida Companhia Subsidiária Integral (Peça 96, fls. 53/64) consignou expressamente a transferência, pela EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em favor da EIT Construções S/A, da posse, domínio e direitos que exercia sobre o patrimônio discriminado em seus anexos.

17. É oportuno ressaltar, como bem lembrou a Unidade Técnica, que, no caso em exame, existe a particularidade de que a transferência de acervo ocorreu entre empresas fortemente vinculadas, porquanto uma delas é a holding e a outra sua subsidiária integral, a qual atua como uma *longa manus* da controladora.

18. Registrou-se, igualmente, que existe “total compatibilidade entre os responsáveis técnicos que constam do acervo transferido e os responsáveis técnicos da empresa EIT Construções S/A”, ou seja, “Os mesmos responsáveis técnicos que executaram os serviços que constam do acervo técnico transferido foram instituídos como responsáveis técnicos da EIT Construções S/A”.

19. Observa-se, ademais, que o Consorcio juntou aos autos as declarações de indicação dos responsáveis técnicos na execução das obras para remanejamento da adutora, bem como os respectivos contratos de trabalho firmados com a empresa EIT Construções S/A (Peça 131, fls. 29/34 e 40/54).

20. Neste ponto, é oportuno destacar, na linha igualmente defendida pela Serur, que não pode subsistir o raciocínio utilizado na deliberação recorrida de que somente seria permitida a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas quando ocorresse a transferência total do patrimônio e dos profissionais correspondentes, uma vez que o próprio Tribunal já reconheceu essa possibilidade nos casos de cisões, posição esta inaugurada pelo Acórdão 1.108/2003 – TCU – Plenário, no que foi seguido por outras deliberações, a exemplo dos Acórdãos 2.071/2006, 634/2007, 2.603/2007 e 2.641/2010, todos do Plenário.

21. Portanto, com base nos elementos constantes dos autos, é possível considerar como legítimo o aumento de capital da EIT Construções S/A, integralizado pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S/A mediante a transferência de acervo técnico documental, nos termos da Ata de Assembleia-Geral Extraordinária da empresa EIT Construções S/A, realizada em 22/3/2011.

22. Assim, entendo que não se configura a inviabilidade jurídica da transação constatada no presente caso, como anteriormente apontado pelo Tribunal.

23. Nesse aspecto, entendo que o Tribunal não tem fundamentação jurídica para avaliar a legalidade e legitimidade de eventuais reestruturações de empresas que licitam ou contratam com União. Entendo, ademais, que o Tribunal, ao contrário, deve continuar no processo de evolução da sua jurisprudência, como já o fez mediante as deliberações mencionadas no item 20 anterior, de modo a acompanhar a dinâmica das modificações societárias que afetam o mundo empresarial globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, como bem disse o eminente Ministro emérito deste Tribunal Marcos Vileça, ao proferir o Voto condutor do Acórdão 2071/2006 – TCU – Plenário.

24. Dessa forma, creio que a tarefa desta Corte de Contas em relação à matéria consistirá em exigir sempre que os órgãos e entidades públicas exerçam as prerrogativas de que dispõem, de modo a prevalecer o interesse público nas relações com tais organismos empresariais, independentemente da sua forma de organização.

25. Com isso, alinho-me à conclusão da Serur, no sentido de que os elementos objetivos presentes no caso em exame, sobretudo os vínculos atípicos que ligam a subsidiária integral à sua controladora, a comprovação de transferência de parcela do patrimônio e do acervo documental, a compatibilidade entre os responsáveis técnicos da EIT Construções S/A e aqueles que deram origem às ARTs anteriormente detidas pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S/A e, ainda, os prejuízos que poderiam advir para o certame da eventual desclassificação do Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, demonstraram que o interesse público primário será adequadamente atendido com a aceitação do julgamento realizado na fase de habilitação da Concorrência Pública 3/2011.

26. Por fim, entendo que as ponderações expostas pelo Serur, acrescidas das considerações aqui apresentadas, são suficientes para justificar o conhecimento no Pedido de Reexame interposto pelo Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, para, no mérito, dar-lhe provimento, tornando-se insubsistente o subitem 9.1 do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário.

27. Considero, também, pertinente a sugestão formulada pela Serur de encaminhamento desta deliberação ao recorrente, à Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema, ao Ministério das Cidades, à Caixa Econômica Federal, às Unidades Técnicas do Tribunal mencionadas e ao Juízo da Comarca de Jaguaruana/CE, onde tramita a Ação de Recuperação Judicial 3129-55.2011.8.06.0108, de interesse da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A.

Ante todo o exposto, acolho a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica e Voto no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2012.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 2444/2012 – TCU – Plenário

1. Processo TC 003.334/2012-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).
3. Recorrente: Consórcio EIT/EDECONSIL/PB.
4. Unidade: Companhia de Saneamento ambiental do Maranhão – Caema.
5. Relator: Ministro Valmir Campelo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos – Serur.
8. Advogados constituídos nos autos: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546) e Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior (OAB/DF 29.760).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Pedidos de Reexame interpostos pelo Consórcio EIT/EDECONSIL/PB contra os termos do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário, mediante o qual o Tribunal decidiu fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que a Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistente na anulação do julgamento da fase de habilitação da Concorrência 3/2011 e os atos subsequentes relativos à habilitação do mencionado Consórcio.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992, ante as razões expostas pelo Relator:

9.1. conhecer do presente Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento, para tornar insubsistente o subitem 9.1 do Acórdão 1.528/2012 – TCU – Plenário; e

9.2. dar ciência desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam ao recorrente, à Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema, ao Ministério das Cidades, à Caixa Econômica Federal, à Secex/MA, à 2ª Secex, à 6ª Secex e ao Juízo da Comarca de Jaguaruana/CE, onde tramita a Ação de Recuperação Judicial 3129-55.2011.8.06.0108, de interesse da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A.

10. Ata nº 36/2012 – Plenário.

11. Data da Sessão: 11/9/2012 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2444-36/12-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo (Relator), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VALMIR CAMPELO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral