


Fl.: 33
Proc.: 2180/40-56


Parecer nº 490/2010.

Referência: Processo nº 59500.001182/2010-28

Brasília (DF), 24 de agosto de 2010.

**À Sra. Presidente da Comissão Técnica de Julgamento,
Sra. Valéria Rosa Carvalho,**

I – Dos Fatos

Consulta-nos a presidente da Comissão de Licitação – Edital Concorrência nº 036/2010, às fls. 1753, acerca do fato de que, para a comprovação da habilitação, no que diz respeito à capacidade técnico-operacional – Subitem 6.2.2.3, letra “d” do Edital, uma das licitantes (MAF Projetos e Obras Ltda.) apresentou atestados e Certidões de Acervo Técnico – CAT's, expedidos em nome de outra empresa (GMEC Projetos e Obras Ltda).

Cumprе ressaltar, que as duas licitantes envolvidas na consulta (MAF Projetos e Obras Ltda.) e (GMEC Projetos e Obras Ltda.) concorrem separadamente na licitação supra citada desenvolvida pela CODEVASF.

II – Do Direito

O art. 30, da Lei 8.666/93, ao tratar das exigências habilitatórias pertinentes à capacitação técnica dos licitantes, estabelece a possibilidade de se exigir a comprovação da capacidade técnica-operacional da licitante (pertinente à empresa), bem com a capacidade técnica-profissional (relativa ao profissional integrante dos quadros permanentes da empresa, indicado como responsável técnico pela obra/serviço).

O ilustre jurista Carlos Pinto Coelho Motta (in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149), citando Antônio Carlos Cintra do Amaral, destaca:

“1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve,

com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à 'comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação' (art. 30,II).

Além da aptidão da empresa, comprovável em função de sua experiência, a Administração deve exigir comprovação da 'capacitação técnico-profissional', nos termos do §1º do mesmo art. 30. Essas comprovações podem ser dispensadas no caso de obras licitadas mediante a modalidade 'Convite' (§1º do art. 37).

2. A Lei nº 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inc. II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal."

Temos, portanto, que a exigência de que o atestado de capacidade técnica operacional seja em nome da empresa licitante, é a forma de demonstrar que a mesma detém a qualificação tecnicamente exigida no certame para o atendimento do objeto licitado.

Não se pode confundir, por outro lado, a possibilidade legal de exigência de qualificação técnico operacional, acima tratada, com a exigência de qualificação técnico profissional, pois, esta sim, será em nome do(s) profissional(s) integrante da pessoa jurídica - licitante, na condição de sócio, empregado ou prestador de serviços.

O acervo técnico de uma pessoa jurídica é a reunião de todos os acervos técnicos dos profissionais que compõem o seu quadro técnico, tratando-se, assim, da situação prevista na Resolução CONFEA nº 317/86, cuja exigência legal se encontra na Lei nº 8.666/93, art. 30, incs. I e II e §1º, inc. I.

O edital em análise, no seu subitem 6.2.2.3, "d", ao exigir os documentos de qualificação técnica como parte daqueles exigidos como condições de habilitação, assim destacou:

"Atestado(s) de capacidade técnica, em nome da empresa, expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA da região onde os serviços foram executados, acompanhado(s) da(s) respectiva(s) Certidão (ões) de Acervo Técnico – CAT, expedida(s) por estes Conselhos, que comprovem que a licitante tenha executado serviços em obras de abastecimento de água ou obras similares de porte e complexidade ao objeto desta licitação, (...)"

Depreendemos, da referida exigência, que a licitante deverá, para tanto, apresentar dois documentos, quais sejam, atestado expedido, em seu favor, e Certidão de Acervo Técnico – CAT.

A licitante MAF Projetos e Obras Ltda. apresentou, como forma de comprovação do quanto ora exigido, documentos que se encontram em nome de outra empresa licitante GMEC Projetos e Obras Ltda. (fls. 1466/1482).

Segundo o despacho de fls. 1753, as licitantes alegam a validade dos documentos juntados, em vista do item "2" do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade (fls. 1237 e 1426), que diz respeito à cisão da empresa GMEC Engenharia e Construções Ltda., cujo nome consta nos referidos documentos apresentados.

Os itens "1" e "2" dos instrumentos particulares de constituição de sociedade (fls. 1216/1259 e 1426/1455), do qual originaram a constituição da licitante, por meio dos contratos sociais nas mesmas oportunidades lavrados e integrantes da citada documentação, registraram a aprovação da cisão parcial da GMEC – Engenharia e Construções Ltda., bem como que parte do acervo cindido seria vertido para as novas sociedades (MAF Projetos e obras Ltda. e GPO Projetos e Obras Ltda. (esta passou a se denominar GMEC Projetos e Obras Ltda., conforme instrumento de alteração de fls. 1216/1259), a fim de desenvolverem suas atividades, sem solução de continuidade.

As licitantes comprovaram, portanto, que foram constituídas em decorrência de uma empresa que possuía "know how" para a prestação dos serviços objeto do certame; que parte de seus patrimônios são constituídos do patrimônio que antes era da empresa GMEC – Engenharia e Construções Ltda. (cindida); que seus sócios e administrador/diretor, antes integrantes do acervo técnico da empresa GMEC – Engenharia e Construções Ltda., hoje integram o acervo técnico das licitantes, e que a constituição das mesmas é relativamente recente.

Notório ainda é que, logicamente, o patrimônio da pessoa jurídica é composto não só de seu capital social, instalações e aparelhamento, mas, ainda, de seu acervo técnico – pessoal qualificado para o objeto específico de suas atividades.

Perante tal situação, entendo que a busca da proposta mais vantajosa, princípio basilar das licitações, deverá prevalecer, em detrimento da formalidade do certame, sobretudo porque entender de forma diversa seria banir dos certames públicos todas aquelas empresas recém constituídas que, nem por isso, deixam de possuir capacidade técnica para a execução de contratos públicos. Mas isto, tão somente a fim de não se inabilitar a licitante, por tal motivo, antes de algumas análises complementares, abaixo tratadas.

Tal entendimento encontra amparo, ainda, no princípio da proporcionalidade, o qual, na versão importada da doutrina alemã, pela doutrina pátria, a conduta da Administração deverá observar três inafastáveis fundamentos, quais sejam: **a)** adequação – o meio empregado deverá ser compatível com o fim pretendido; **b)** exigibilidade – a conduta deve ser necessária, sem que haja outro meio menos gravoso ou oneroso para se alcançar o fim público; **c)** proporcionalidade



em sentido estrito – quando as vantagens a serem alcançadas pela Administração superarem as desvantagens.¹

Temos de levar em conta, entretanto, que a capacidade técnico-operacional diz respeito à comprovação de que a licitante possui as instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto a ser licitado, sendo que o atestado exigido no subitem 6.2.2.3, "d" do Edital, ao tratar da execução dos serviços que menciona, abrange a comprovação da capacidade técnica em todos estes aspectos.

No documento juntado pelas licitantes às fls. 1253/1259 e 1430/1436, intitulado "Protocolo e Justificação de cisão parcial da GMEC Engenharia e Construções Ltda. com incorporação das parcelas cindidas por duas novas sociedades.", em sua Cláusula Oitava, ficou acordado entre os representantes das licitantes, no que diz respeito ao uso de atestados (CAT's) da GMEC Engenharia e Construções Ltda., que as mesmas compartilhariam todos os atestados em sua integralidade, para todos os fins de direito, inclusive em licitações ou outros processos seletivos públicos ou privados.

Certo é que devemos guardar respeito às convenções particulares. Por outro lado, os reflexos que daí poderão advir, na esfera da contratação pública, deverão ser levados em conta pela Administração. E sendo assim, como as licitantes apresentaram tais documentos em nome da empresa cindida, entendo que não podemos considera-las como tendo a mesma capacidade técnica daquela, visto que os documentos comprobatórios juntados tratam daquele contexto técnico, e não do atual, de nenhuma delas.

Por outro lado, não podemos, também, considerar que nenhuma das licitantes tenha a capacidade técnico-operacional exigida para a execução do objeto licitado, pois, embora sendo empresas recentemente constituídas, surgiram a partir da cisão de uma empresa que possuía, segundo os documentos apresentados, vasta capacidade técnica para a execução de obras/serviços, tais como aquele objeto do certame.

A presente tese fora objeto de excelente artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, titulado "Os Atestados Técnicos na Licitação e o Problema da Cisão de Empresas" de autoria dos ilustres doutrinadores Carlos Ari Sunfeld, Jacintho Arruda Câmara e Rodrigo Pagani de Souza, o qual peço vênia para transcrever os trechos principais no presente parecer, *in verbis*:

É fácil perceber a relevância do problema gerado pela cisão de empresa detentora de acervo técnico. A forma de aferição de habilitação das empresas licitantes derivadas de reestruturação societária mudará consideravelmente, em função da possibilidade ou não de emprego integral (vale dizer, nos mesmos quantitativos) dos atestados expedidos para a empresa no estado original.

¹ Willis Santiago Guerra Filho. "Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional." Ensaios de Teoria Constitucional. Fortaleza: UFC, 1989.

(...)

Como fica conformado, após a cisão, o direito de fruição, por parte das empresas dela derivadas, dos atestados de capacitação técnica emitidos anteriormente? A dúvida está em saber se a nova empresa, nascida com a cisão, tem direito ao uso pleno de todos os atestados obtidos pela empresa que lhe deu origem, ou se a utilização de tais atestados estaria limitada de alguma forma. A relevância do problema levantado esta relacionada com o emprego dos referidos atestados em licitações públicas.

(...)

Admitir a utilização dos atestados pelas empresas envolvidas com a integralidade dos quantitativos significa diminuir o rigor da aferição e, eventualmente, ampliar o universo de possíveis participantes de um certame. A limitação do uso de tais atestados produz efeitos inversos, aumenta-se o rigor da aferição, mas eventualmente restringe-se o número de participantes.

(...)

Como foi visto no tópico anterior, em matéria de licitação pública a comprovação de aptidão técnica por intermédio de atestados de experiência das empresas a serem contratadas pelo Poder Público constitui prática costumeiramente adotada. E justamente nesse contexto que se põe a questão de como aferir a aptidão técnica de empresas que foram fruto cu passaram por processos de transformação coma as mencionados acima.

(...)

É possível vislumbrar, em tese, duas posturas extremadas para enfrentar o problema da aferição de capacitação técnica de empresas oriundas de processo de reestruturação societária. Constituem alternativas antagônicas, ou seja, absolutamente contraditórias e, como já salientado, representam as duas soluções limítrofes a que se pode chegar diante do problema posto.

Uma primeira alternativa seria a de sustentar a adoção de um posicionamento radicalmente formal para enfrentamento da matéria. Nesta linha, a partir do momento que fosse constatada a reformulação societária de uma empresa (como ocorreria numa cisão, por exemplo), a Administração deveria desconsiderar as atestados anteriormente emitidos. As novas empresas — tanto a constituída a partir da operação de reestruturação, como a empresa-mãe — estariam, por conseqüência, num primeiro momento, desprovidas de quaisquer atestados que lhes abonassem aptidão técnica para o desempenho de suas atividades. Os antigos trabalhos realizados seriam inservíveis para tanto, na medida em que os documentos que atestariam sua execução teriam sido expedidos em favor de outra empresa com outra composição societária, neste aspecto formalmente distinta das estruturas que sucederam a operação.

(...)

A segunda tese, como se adiantou, caminha no sentido oposto. Implicaria agora na aceitação de todos as atestados expedidos anteriormente, em



sua plenitude (isto é, computando-se integralmente seus quantitativos) para todas as empresas que viessem a ser constituídas ou afetadas a partir de uma reestruturação societária. Tal solução pode até ser vista como plausível em hipóteses semelhantes à primeira das aventadas acima. Isto é, nos casos de fusão de empresas, parece razoável somar integralmente as experiências daquelas empresas que, unidas vieram a formar uma terceira nova empresa. O mesmo, porém, não pode ser dito em relação a situações em que a reestruturação empresarial implique divisão de uma empresa já existente. Se uma empresa adquire determinada experiência com uma dada estrutura, não se mostra plausível que, suas partes, após a cisão, mantenham igualmente a mesma capacidade alcançada pelo todo.

(...)

As duas soluções, por razões opostas, acabam por se distanciar da baliza instituída por lei, que é a busca de um elemento formal (o atestado), que realmente indique a capacidade técnica das empresas interessadas em contratar com o Poder Público.

(...)

A solução para aferir a validade do atestado apresentado há de ser verificada de modo a que seja possível constatar a verossimilhança entre o que se afirma no atestado e a situação real da empresa ou das empresas envolvidas. Para tanto, não é possível adotar um único critério de aceitação de atestados para todas as possíveis situações que envolvam reestruturação empresarial. De acordo com o modelo de reestruturação que venha a ser adotado, será necessária a aplicação de um critério de consideração dos atestados que seja compatível com a natureza da operação societária realizada no caso específico. Vejamos como devem ser escolhidos tais critérios de aceitação de atestados.

(...)

Verificada a possibilidade jurídica de divisão de acervo técnico, o ponto restante de análise é o relativo ao critério de divisão. Trata-se de decisão consensual, baseada na livre disposição de vontades das partes envolvidas. O rateio dos quantitativos dos atestados constitui um acordo lícito entre os principais interessados no assunto. Perceba-se, porém, que tal acordo não significa tratar o acervo técnico da empresa como mera mercadoria, passível de livre transação. Não há a livre disposição ou a alienação deste acervo. As partes apenas transigem quanto ao reconhecimento da realidade a ser aferida, por intermédio dos atestados anteriores, após a cisão da empresa original. Assim, fica estabelecido um recíproco comprometimento entre as interessadas empresas derivadas, no sentido de não usarem os atestados expedidos em nome da empresa-mãe no seu estado anterior e nos seus quantitativos integrais. Trata-se de providência legítima e justificável, na medida em que busca evitar dúvidas e impugnações, inclusive na eventualidade do uso



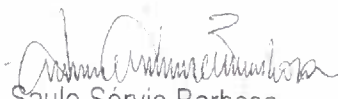
simultâneo desses atestados pelas empresas envolvidas, numa mesma licitação.²
(grifos acrescentados)

III - Conclusão

Sendo assim, vejo como mais prudente e a fim de preservar a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, que a comissão deverá analisar a documentação apresentada pelas licitantes, e/ou por meio de diligência no mesmo sentido, a fim de se confirmar, como condicionante para tais habilitações, se, pelo acervo patrimonial transferido às mesmas por força da cisão ocorrida, possuem condições técnicas (instalações, aparelhamento, pessoal técnico adequados e disponíveis), capazes de suportar, em compatibilidade com a complexidade do objeto licitado, a execução contratual em questão.

Por fim, a Administração pode, em princípio, considerar os atestados nos termos indicados e, se tiver motivos para descreer da demonstração, pode realizar diligências comprobatórias da real absorção de acervo técnico pela empresa interessada. Não há fundamento, todavia, para se refutar de pronto a apresentação de atestados que ensejam arrimados num pacto expresso de apropriação de acervo técnico celebrado entre empresas objeto de reestruturação solidária.

É o parecer.


Saulo Sérgio Barbosa
Assessor Jurídico – PR/AJ

² Artigo retirado do sítio na internet <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf> acessado em 24.08.2009

PARECER TÉCNICO**RECURSO ADMINISTRATIVO IMPETRADO PELA MAF PROJETOS E OBRAS**

LICITAÇÃO: Edital nº 25/2010

PROCESSO: 59500.002180/2010-56

ASSUNTO: Recurso administrativo interposto pela empresa MAF PROJETOS E OBRAS, referente ao Edital nº 25/2010.

INTERESSADO: MAF PROJETOS E OBRAS

COMISSÃO: Decisão nº 1246/2010

OBJETO: Execução de obras e serviços relativos aos sistemas de abastecimento de água, em comunidades rurais no município de Juazeiro, no estado da Bahia.

Fl. 40
Proc. 2180/10-56
CODEVASF-AR/GSA

A Comissão Técnica de Julgamento, formada pela Decisão nº 1246/2010, em resposta ao recurso administrativo impetrado pela licitante MAF PROJETOS E OBRAS e com base na análise da documentação enviada pela empresa supra e nas cláusulas do Edital, **decide**:

- **Reconsiderar a decisão que julgou inabilitada a empresa MAF PROJETOS E OBRAS**, devido ao não atendimento do subitem “6.2.2.3.d” do referido Edital, mais especificamente, por não ter apresentado atestado de capacidade técnica, em nome da empresa.

Os atestados técnicos apresentados pela MAF PROJETOS E OBRAS, em sua proposta original, comprovam os quantitativos exigidos no Edital, no entanto, estão em nome da empresa GMEC ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.

Em seu recurso, a MAF PROJETOS E OBRAS LTDA apresentou os seguintes documentos para justificar a utilização dos atestados técnicos:


- Documento do CREA-BA atendendo à consulta feita pela MAF PROJETOS E OBRAS LTDA sobre a utilização de atestados técnicos, quando da ocorrência de Cisão Empresarial;
- Contrato Social da empresa comprovando a Cisão Empresarial e o compartilhamento de todos os atestados técnicos oriundos da GMEC ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. Vale ressaltar, que o contrato social já havia sido apresentado na proposta original.


De acordo com Parecer Jurídico gerado pela PR/AJ, a mesma informa que a Administração pode, em princípio, considerar os atestados, visto que não há fundamento, para se refutar de pronto a apresentação de atestados que ensejam arrimados num pacto expresso de apropriação de acervo técnico celebrado entre empresas objeto de reestruturação solidária.

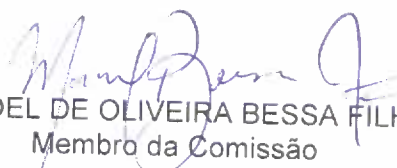
Deste modo, a Comissão Técnica de Julgamento é pelo **DEFERIMENTO** do pedido de habilitação da licitante através do recurso administrativo em questão.

Fl. 41
Proc. 2180/10-56
CODEVASF-AR/GSA

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010.


DENISON PEREIRA DE SOUZA
Presidente da Comissão


TIAGÓ COSTA BORGES
Membro da Comissão


MANOEL DE OLIVEIRA BESSA FILHO
Membro da Comissão