



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

TRIBUNAL PLENO DE 04/12/13

ITEM N° 01

**EXAME PRÉVIO DE EDITAL
ESTADUAL**

Processo: TC-002735.989.13-9

Representante: *CONTER CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO S/A.*, por seu advogado Mauricio Boudakian Moysés - OAB/SP n° 221.705.

Representado: *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - D.E.R.*

Responsável: Clodoaldo Pelissioni (Superintendente).

Terceiro Interessado: *Técnica Construções S.A.*, por seu advogado Floriano de Azevedo Marques Neto - OAB/SP n° 112.208.

Objeto: Representação contra a **Concorrência n° 041/2013-CO**, lançada para "Contratação das obras e serviços na SP-304 de duplicação e melhorias do km 179,00 ao km 189,08 e recuperação da pista, pavimentação dos acostamentos e melhorias do km 189,08 ao km 191,94 e do km 194,02 ao km 198,40, trecho Piracicaba - Águas de São Pedro - São Pedro, dividido em 2 lotes".

RELATÓRIO

Cuida-se de Representação formulada por *CONTER CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO S/A.* contra a Concorrência n° 041/2013-CO, do *Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER*,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

instaurada para a *"contratação das obras e serviços na SP-304 de duplicação e melhorias do km 179,00 ao km 189,08 e recuperação da pista, pavimentação dos acostamentos e melhorias do km 189,08 ao km 191,94 e do km 194,02 ao km 198,40, trecho Piracicaba - Águas de São Pedro - São Pedro, dividido em 2 lotes"*.

Alega o representante, na petição de ingresso, que a proponente *Técnica Construções S.A., "subsidiária integral da Delta Construções S.A., empresa inidônea"*, teria sido habilitada¹ indevidamente e em *"patente afronta ao edital e legislação pátria"*.

Informa, ademais, que o procedimento objurgado constitui foco de análise em recurso administrativo que aviou; porém, compreendendo premente a solução do impasse e em face do posicionamento da Comissão de Licitações, que, com esteio em parecer da d. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, rejeitou a exclusão da mencionada licitante (subsidiária integral de empresa declarada inidônea), *"a suspensão do certame e a determinação por parte desta Corte de Contas de que seja inabilitada a empresa Técnica Construções S.A. se faz urgente."*

Nesse sentido, argumenta configurar ilegalidade a participação de licitante que se valha de acervo, responsáveis técnicos, equipamentos, marca, recursos financeiros pertencentes a Delta Construções S.A., vez que impedida de contratar com o Poder Público, o que implicaria *"burla a uma sanção válida e eficaz aplicada com base na Lei Federal nº 8.666/93."*

Adiante adverte que *"No mesmo sentido que o TCU, a Controladoria Geral da União ao tratar*

¹ *Licitação processada com inversão de fases; em 23/05/2013, data da sessão pública, as menores propostas de preços apresentadas foram da empresa Técnica Construções S.A. e, em 02/10/2013, foi divulgada a decisão que a habilitou para os 02 Lotes.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

do caso em análise (criação da Técnica pela Delta) emitiu o Aviso Circular 04/2013-CGTU/PR (Doc. 10), assinado pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União Jorge Hage Sobrinho, em que apresenta a seguinte recomendação a toda a Administração Pública Federal:

"2. A propósito, considerando o fato de a Companhia Delta Construções S/A haver sido declarada inidônea, em 12 de junho de 2012, nos autos do Processo Administrativo n. 00190.009832/2012-43, da Controladoria-Geral da União, e, mais que a referida Companhia Técnica Construções S.A já se apresentou para participar de licitações promovidas no âmbito do Poder Executivo Federal, venho pedir a atenção de Vossa Excelência para a questão e **recomendar-lhe a adoção de imediatas providências no sentido da inabilitação da empresa Técnica Construções em quaisquer processos licitatórios em que eventualmente pretenda tomar parte, no âmbito dessa Pasta.**

3. É que, no entender da Controladoria-Geral da União, **os efeitos da declaração de inidoneidade de determinada empresa estendem-se naturalmente a quaisquer outras que venham a ser constituídas como suas subsidiárias integrais, à luz do direito e, especialmente, dos princípios constitucionais da legalidade, da probidade e da moralidade.**"

Colaciona, em abono de sua tese, decisões do Tribunal de Contas da União, da Controladoria Geral da União e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, bem como precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça favoráveis a que os efeitos das penalidades e impedimentos que a União e o Estado do Rio de Janeiro impuseram à Delta Construções S/A sejam irradiados a todos os entes da Federação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Assevera, ainda, que a proponente declarada vencedora (*Técnica Construções S.A.*) descumpriu o subitem "14.2.6, b.4" do edital² na medida em que atestados de qualificação técnica operacional foram apresentados em nome de terceiros "que estavam impedidos de participar diretamente do certame".

Requer seja determinada a suspensão cautelar do procedimento, a inabilitação da licitante *Técnica Construções S.A.*, reconhecendo-se, ao final, a procedência da Representação.

Por meio de despacho³ exarado com fundamento nos §§ 1º e 2º do artigo 214 do Regimento Interno (Resolução nº 10/2013, TC-A-025.002/026/13), assinou-se prazo e 48 (quarenta e oito) horas ao **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER** - para ciência das impugnações e dedução de esclarecimentos e justificativas, com

² "14.2.6 DOCUMENTAÇÃO PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...);

b) *Comprovação de aptidão da empresa para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, mediante a apresentação de atestados em nome da licitante, expedidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado na entidade profissional competente comprovando que a licitante executou, individualmente ou como membro de um Consórcio, serviços de características semelhantes e compatíveis com o objeto do Edital.*

(...);

b.4) *Para a comprovação da aptidão Técnico-Operacional de que trata a alínea "b", somente será(ão) aceito(s) atestados em nome da licitante, salvo nos casos de fusão, cisão, incorporação/aquisição integral, ficando vedada qualquer forma disfarçada que traga embutida em si o objetivo de capacitar a licitante a participar e ser habilitada no certame, tais como: aumento de capital ou subscrição de capital com a utilização de acervo técnico pertencente à empresa que esteja em situação jurídico-financeira que a impossibilite de participar diretamente do certame. Nesses casos deverão ser apresentados os documentos comprobatórios contendo todas as condições dessas transações, em especial, no que se referirem ao acervo técnico, e que deverão ser consideradas na presente licitação. A não apresentação ou omissão de toda a documentação necessária para a análise das propostas será motivo de inabilitação da licitante, pois não poderá ser incorporada posteriormente."*

³ Contido no Evento 19, e publicado no DOE de 15/10/13.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

concomitante determinação no sentido de que o Superintendente do órgão abstenha-se da assinatura de eventual(a)s contrato(s) derivado(s) do indigitado certame, até ulterior deliberação da Corte de Contas.

A empresa *Técnica Construções S.A.*, por meio de advogados que nomeou e na condição de terceira interessada, ingressa com manifestação e documentos (Evento 35) em defesa da legalidade de sua participação no certame, invocando, em síntese, as seguintes razões para que se decrete a improcedência da Representação:

- a previsão legal contida no inciso II do artigo 50 da Lei Federal no 11.101/05⁽⁴⁾;
- o entendimento firmado pela 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro segundo o qual é **"forçoso reconhecer que não carrega ela [a Técnica] a inidoneidade que atinge a controladora DELTA Construções S/A"**;
- o preceito normativo de que a pessoa jurídica empresarial é inconfundível com a de seus sócios;
- a garantia individual que prega a pessoalidade das sanções administrativas (CF, art. 5º, XLV), no sentido de que a

⁴ "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;"



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

sanção, judicial ou administrativa, não pode ser estendida a quem não praticou a conduta sancionada;

- que inexistente no presente caso qualquer indício de *"abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial"* (CC, art. 50), que autorize aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa Técnica Construções S.A., de molde a fazer incidir sobre esta sanção aplicada à sua controladora. Inobstante, advogar tese contrária (de que teria havido algum tipo de desvio) implicaria em se lançar suspeitas de conluio fraudulento também sobre o Ministério Público, sobre o Juízo da 5ª Vara Empresarial da Comarca do Estado Rio de Janeiro, bem como sobre os credores da recuperanda;
- que não há decisão administrativa de órgão de qualquer ente da Federação declarando a empresa Técnica Construções S.A. inidônea, não cabendo confundir, como faz a Representante, um mero Aviso Circular (ilegal por natureza) com uma decisão administrativa que se subsume a regramentos elementares do devido processo legal;
- que a d. Procuradoria Geral do Estado, após se debruçar especificamente sobre a questão, já afirmou que do *"ponto de vista jurídico, não constitui, per se, motivo para alijar a licitante do certame tratar-se de subsidiária integral constituída em sede de recuperação judicial de sua controladora nem a pena de inidoneidade aplicada na esfera*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

federal a esta, com personalidade jurídica distinta da sua subsidiária"; e

- que a Peticionária evidentemente cumpriu a alínea b.4 do item 14.2.6 do Edital:

- seja porque a criação de subsidiária integral no bojo de um processo de recuperação judicial não se enquadra na vedação editalícia de operação que caracterize *"forma disfarçada que traga embutida em si (...)"*;

- ou porque, a toda evidência, a criação de subsidiária integral, caracterizada como *"a conferência de capital com a criação de nova empresa mediante transferência de ativos afetos a uma parcela de negócios pela controladora"*, produz os mesmos efeitos daqueles obtidos com uma operação de cisão empresarial - a ela equiparando-se -, o que é admitido no edital para a transferência e utilização de acervo técnico.

O Departamento de Estradas de Rodagem (D.E.R.) também ofereceu justificativas em defesa da habilitação da licitante *Técnica Construções S/A* no procedimento impugnado; aduz, em resumo, que a mesma argumentação ora desenvolvida pela *Conter Construções e Comércio S.A.* (Representante) já teria sido rechaçada em sede de recurso administrativo, com amparo no Parecer CJDER nº 315/2013 ("Doc. 05", anexado ao evento 36).

A análise dos preliminares elementos de instrução processual indicou controvérsia de alta indagação, motivando deslocamento da matéria para a esfera de competência do E. Plenário, nos termos regimentais (§1º do artigo 214), e a determinação de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

preparação do feito com obediência ao rito sumaríssimo (Evento 39).

Representante e terceira interessada tornaram aos autos para reafirmar suas respectivas convicções, em peças guarnecidas de suplementos documentais (Eventos 41 e 46).

Chefia da Assessoria Técnica (Evento 49) posicionou-se pela procedência da representação, posto que convencida de que o impedimento que incide sobre empresa em recuperação judicial estende-se à sua subsidiária integral, e que a declaração de inidoneidade prevista no inciso IV do Artigo 87 da Lei nº 8.666/93, aplicada por órgão federal, produz efeitos perante a Administração Pública em geral.

Já a **Procuradoria da Fazenda do Estado** (Evento 52) ratifica posicionamento institucional, consubstanciado nos Pareceres PA-369/95, PA-315/2003, PA-503/2003 e PA-1/2012, e adotado pela Consultoria Jurídica do DER por ocasião do exame das impugnações aviadas em face do certame aqui questionado - anexado no evento 36 deste processo - segundo o qual a penalidade imposta nos termos do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 tem efeitos "restritos à esfera administrativa sancionadora", de modo que a declaração de inidoneidade da *Delta Construções S.A.* fica "circunscrita à esfera federal". Manifesta-se, assim, pela **improcedência** da Representação proposta por *Conter Construções e Comércio S/A*.

Diante de subsequentes petição e documentos exibidos pela interessada *Técnica Construções S.A.* (Evento 55) a **Procuradoria da Fazenda do Estado** reiterou pretérita manifestação.

Em seguida, o **Ministério Público de Contas** (Evento 74) "opina pela procedência da representação, posicionando-se pela inabilitação da sociedade *"Técnica Construções S/A"* no certame



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

licitatório em questão” e propõe “a expedição de recomendação ao Estado de São Paulo, para que observe a extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade da “Delta Construções S/A” à sua subsidiária integral, “Técnica Construções S/A”, com consequente inabilitação desta nos certames licitatórios que venha a participar, enquanto permanecerem vigentes os efeitos da sanção do inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/93, aplicada pela União”. Tal propositura deriva de precedente síntese de fundamentação conclusiva:

“repisa-se que a criação da subsidiária integral visou à continuidade da força produtiva da empresa; todavia, isto não significa que a recuperação judicial respalde, sub-repticiamente, a livre atuação de empresa declarada inidônea, por meio de pessoa jurídica interposta. Admitir a tese da interessada corresponderia a estabelecer que, na aplicação dos dispositivos da Lei n.º 11.101/05, haveria permissão para a indevida burla à sanção consagrada na Lei n.º 8.666/93, forçando a gênese de um conflito normativo que sequer existe. Sendo o Direito um sistema harmônico cujas partes devem ser interpretadas conjuntamente, a melhor exegese do caso concreto converge para a lídima criação da subsidiária integral, com livre atuação no mercado, desde que não haja violação das limitações impostas pela prévia declaração de inidoneidade da sociedade controladora.

No presente caso, uma norma não refuta a validade da outra, apenas circunstancia o seu âmbito de incidência, pois, como visto, a recuperação judicial redirecionou a empresa subsidiária, ao menos temporariamente, para o mercado privado, em decorrência e em respeito aos efeitos da decretação de inidoneidade



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

material e formal da sua controladora para as contratações públicas.

Interpretar em sentido contrário certamente causará lesão ao interesse público primário e também desconstruirá o modo de operação do Direito como integridade (Dworkin, 1995), segundo o qual apreensões reducionistas que neguem vigência aos direitos fundamentais (no qual se inclui o direito a uma Administração Pública proba e isenta de contratações maculadas), além de inconstitucionais, serão, antes de qualquer coisa, antijurídicas."

Técnica Construções S.A. fez juntar aos autos nova manifestação ornada de documentos (Evento 80).

Ao entendimento da **Secretaria Diretoria-Geral** (Evento 84) também se impõe decreto de **procedência** da representação, em síntese, porque *"é cristalina a sucessão das atividades empresariais, não só por se tratar de idêntico endereço, equipamentos e acervo técnico, mas, primordialmente, porque a "Técnica" leva consigo uma herança imaterial de sua controladora, incluindo o seu histórico, absolutamente maculado perante o Poder Público"; "não se pode ignorar que as condutas irregulares foram perpetradas pelos mesmos sócios"; "uma empresa sob a qual recai a qualidade de inidônea, ao criar outra, que a sucede nestas mencionadas circunstâncias, carrega consigo deformações jurídicas da primeira sociedade, decorrentes da violação a mencionados princípios constitucionais, para os específicos fins de licitar e contratar com a Administração Pública"; "não se discute a possibilidade da empresa "Delta" se recuperar judicialmente"; "o instituto da recuperação judicial **limita-se** simplesmente à superação da situação de crise econômico-financeira*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

do devedor, sob a supervisão e condução do Poder Judiciário" e "a decisão decorrente de processo dessa espécie jamais demove o histórico de atuação da empresa perante a Administração Pública, com todos os prejuízos a princípios constitucionais decorrentes"; assim, "não basta o juízo declarar que a subsidiária é "idônea", pois naqueles autos essa qualidade não se refere tecnicamente à moralidade exigida pelo artigo 37, caput da Constituição Federal, e nem, tecnicamente, à idoneidade de que cuida o artigo 87, IV da Lei de Licitações", pois **"a recuperação judicial não se destina a determinar como o Poder Público se relacionará contratualmente com a empresa recuperanda e sua sucessora, inclusive porque, para tanto, ser-lhe-ão exigidos outros requisitos legais e constitucionais que as leis comerciais e falimentares não preveem"** e tampouco "contempla qualquer determinação para que o Poder Público licite e contrate com a subsidiária, pois isto **não consta na lei falimentar ou em qualquer diploma normativo"**; ressalta a auto-executoriedade dos atos administrativos para efetivação dos princípios que a norteiam, de sorte que "a desconsideração da personalidade jurídica é medida não só adequada, como também obrigatória para a Administração Pública" e o cumprimento das garantias consagradas no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal por meio deste processado, onde assegurados e exercidos, pela Interessada "Técnica Construções S.A." e pelo Representado, o contraditório e a ampla defesa; destaca que "a decisão destes autos não se trata tecnicamente de aplicação de penalidade consistente na declaração de inidoneidade da sucessora "Técnica", mas sim, para que os efeitos da penalidade aplicada à "Delta" lhe sejam estendidos para os específicos fins de licitar e contratar com o DER, na Concorrência ora em apreço"; salienta "que em razão da desconsideração da personalidade jurídica não podem ser invocadas as regras constitucionais da personalidade das sanções administrativas e, bem assim, a individualidade das pessoas jurídicas, pois esse mecanismo, no presente



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

feito, visa justamente considerar indistintas as empresas "Delta" e "Técnica" e o quadro societário que as compõem"; colaciona decisões do Poder Judiciário Paulista⁵ que determinou a exclusão da "Delta" e, em outro, concedeu a segurança almejada para invalidar a adjudicação do objeto a ela, ao apreciar insurgência contra procedimentos licitatórios específicos do próprio D.E.R.; transcreve jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Contas para concluir "que os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública se estendem a entes diversos daquele ente que a aplicou"; sustenta a impossibilidade de se aceitar o acervo técnico transferido de uma empresa declarada inidônea para sua subsidiária integral porque isso equivaleria à desobediência ao inciso IV do artigo 87 da Lei de Licitações; tece considerações sobre a apresentação de "preços expressivamente inferiores por algumas proponentes, para que, ulteriormente, sejam realizados aditivos contratuais, tal como o d. Ministério Público mencionou em seu parecer, ou obras de qualidade duvidosa, ou, ainda, em sentido inverso, a formação de "cartel" para elevação dos preços", o que, a despeito não estar em discussão nestes autos, é "necessário que a Administração dedique maiores cuidados na elaboração de seus orçamentos de preços, pois se trata de peça fundamental para se evitar tais práticas, as quais esta Corte estará atenta"; e, ao cabo, propõe:

"fixação de prazo ao Departamento de Estradas de Rodagem (DER), nos termos do inciso X do artigo 33 da Constituição Estadual combinado com o inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, para que comprove a inabilitação da empresa Técnica Construções S.A., nos dois lotes da Concorrência nº 41/2013-CO, sob pena de, não

⁵ Processos nºs 0015972-31.2012.8.26.0053 e 0047148-62.2011.8.26.0053.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

o fazendo, sujeitar-se à sustação da execução do ato impugnado, conforme previsto no inciso XI do artigo 33 da Constituição Estadual combinado com o inciso XIV do artigo 2º da Lei Orgânica desta Casa, e, bem assim, envio dos autos ao Ministério Público para as providências de sua alçada.

Por último, cumpre-me esclarecer que a proposta de fixação de prazo com base nos dispositivos da Constituição Estadual e da Lei Orgânica caracteriza a correta dimensão destes mandamentos, que serão adotados com o caráter de advertir a Origem de que é seu dever praticar o ato no exato cumprimento da lei, já que não fazendo, obrigará esta Corte, como sucedâneo lógico e obrigatório, determinar a sustação do ato considerado ilegal.

Isso significa que nesta situação o acionamento do dispositivo do inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, inspirado no inciso X do artigo 33 da Constituição Estadual não se iguala à prática rotineira como temos utilizado, e que, em verdade, representa, naquelas situações, simplesmente o chamamento do responsável para exercer o seu direito de defesa."

Procuradoria da Fazenda do Estado

(Evento 88) repisou posição desfavorável ao acolhimento do pleito de Conter Construções e Comércio S.A.

No retorno, **Ministério Público de Contas** (Evento 91) "reitera sua manifestação anterior, posicionando-se pela procedência da representação".

É o que de essencial havia a relatar.



TC-002735.989.13-9

VOTO

No exercício de competência instituída pelo artigo 71 da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 33 da Carta Estadual, esta Corte de Contas promove nos presentes autos exame de representação deduzida por *Conter Construções e Comércio S/A* contra específico ato inerente a processo seletivo público do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER.

Assim, a questão de fundo cinge-se, no âmago, à apuração de legalidade do ato de habilitação da empresa *Técnica Construções S.A.* - subsidiária integral da *Delta Construções S.A.* - ofertante da menor proposta de preço, para os dois lotes submetidos à disputa, na Concorrência Pública nº 41/2013-CO, que tem por meta a execução de obras e serviços em determinada rodovia do Estado de São Paulo (SP-304).

Incidentalmente, recai a análise sobre temas correlacionados com a limitação da pena de impedimento para contratar com o órgão sancionador ou sua extensão a toda a Administração Pública, bem como sobre decorrentes efeitos de ação de recuperação judicial de empresa declarada inidônea.

E as antagônicas teses, sustentadas com robustas fundamentações tanto nas peças colacionadas pelos interessados quanto nos posteriores pronunciamentos de órgãos de assessoramento técnico da Corte, da Procuradoria da Fazenda do Estado e do Ministério Público de Contas, evidenciam o intrincado perfil da matéria e o alto grau de controvérsia que permeia a solução do vertente caso.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Tais circunstâncias, jungidas à perfunctória perspectiva de transgressão da norma de regência, motivaram determinação ao D.E.R. de abstenção de assinatura de eventual instrumento contratual e, por decorrência, transferência da matéria à esfera de competência do Superior Órgão Colegiado⁶, nos termos do § 1º do artigo 214 do Regimento Interno.

De início, comporta enfrentamento a prejudicial de "coisa julgada" suscitada pela terceira interessada *Técnica Construções S.A.*.

Referida arguição tem por mote o processo em que se concedeu a tutela judicial pleiteada pelas empresas do Grupo "Delta", dentre as quais a inidônea⁷ "Delta Construções S.A.". Nele, a 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, dentre outras providências afetas ao novel instituto (Lei nº 11.101/05)⁸, assentiu com a constituição da sociedade comercial denominada "Técnica Construções S.A.", como subsidiária integral da mencionada recuperanda.

Assim, a r. sentença (proferida em 29/01/2013) acolheu o Plano de Recuperação Judicial proposto pelo Autor ("Grupo Delta") e aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Excetuiu apenas a pretensão de criação de *Unidade Produtiva Isolada* (UPI)⁹, e silenciou quanto ao específico gravame

⁶ *Despachos contidos nos Eventos 19 e 39 deste processo eletrônico.*

⁷ *Fato incontroverso, em razão dos impedimentos decorrentes de ato da Controladoria Geral da União e do Governo do Estado do Rio de Janeiro.*

⁸ *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: "Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária" e extinguiu o instituto da "concordata" de empresas em dificuldades financeiras.*

⁹ *Por considerar um "descalabro", uma manobra, contrária ao que determina a lei, com vistas ao "afastamento da condição da UPI de sucessora das recuperandas", implicando,*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

(impedimento de contratar com o Poder Público) que afeta uma das empresas que se pretende recuperar - a *Delta Construções S.A.*

Em 24 de julho do corrente ano, porém, à vista de requerimento formulado pelo polo ativo da referenciada ação judicial, a MM. Juíza sentenciante proferiu despacho asseverando ser "*forçoso reconhecer que não carrega ela [a Técnica] a inidoneidade que atinge a controladora DELTA Construções S/A*".

Em que pese o devido respeito à ínclita autoridade judiciária, seu entendimento - exarado de maneira adjacente em provisão de conteúdo puramente homologatório - não submete a Administração do Estado de São Paulo, que sequer figurou na lide.

E bem por isso, não constitui obstáculo ao exame das questões postas perante esta Corte, por extrapolar os limites da *litiscontestatio* - que trata do pedido de recuperação judicial do Grupo Empresarial Delta Construções S/A - e desbordar da competência material atribuída pela norma que regulamenta a atuação jurisdicional desse jaez.

De se ver, por oportuno, que o artigo 50 enumera, exemplificativamente, "*os meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso*" e o artigo 52, ambos da **Lei nº 11.101/05**, relaciona as providências e determinações de competência do juiz que deferir a recuperação judicial, dentre as quais não se divisa a possibilidade de apreciar e julgar eventual efeito

"induidosamente, em que o produto da alienação poderá não entrar no caixa das recuperandas, desfalcando, enfim, objetivamente, concretamente, a garantia dos credores, a realização do Plano." - Processo nº 0214515-34.2012.8.19-0001, da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (inteiro teor da decisão anexado ao Evento 35, sob o título "DOC. 02.pdf").



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

de declaração de inidoneidade previsto na Lei de Licitações e Contratos.

Nesse sentido a preclara manifestação de SDG:

"Entendo, sobretudo, que a recuperação judicial não se destina a determinar como o Poder Público se relacionará contratualmente com a empresa recuperanda e sua sucessora, inclusive porque, para tanto, ser-lhe-ão exigidos outros requisitos legais e constitucionais que as leis comerciais e falimentares não preveem.

E tais requisitos não se verificam in casu, em razão dos prejuízos a princípios constitucionais e em virtude da existência de uma penalidade a cumprir.

*Assim, o Plano de Recuperação Judicial, devidamente aprovado, de fato contém todas as medidas que serão tomadas para a satisfação dos credores; mas é verdade, também, que esse rol jamais contempla qualquer determinação para que o Poder Público licite e contrate com a subsidiária, pois isto **não consta na lei falimentar ou em qualquer diploma normativo.**"*

Não bastasse, impera regra processual geral segundo a qual decisões judiciais fazem coisa julgada e obrigam tão somente as partes litigantes nos respectivos autos. É a inteligência do artigo 472 do Código de Processo Civil, aplicável ao procedimento de recuperação judicial, conforme artigo 189 da Lei nº 11.101/05.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Nessa conformidade "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. (...)", de onde o preliminar questionamento de Técnica Construções S/A é de ser prontamente afastado.

Incontroverso o fato de recair sobre a Delta Construções S.A. o impedimento de que trata o inciso IV do artigo 87 da lei nº 8.666/93, em razão de declarações de inidoneidade emitidas pela União e pelo Estado do Rio de Janeiro, após conclusão de regulares processos administrativos.

Dentre os motivos determinantes da sanção, apontou a Controladoria Geral da União¹⁰

¹⁰ NOTA TÉCNICA Nº 1.199/2012/CGU/CRG/CPAF, adotada como fundamento para a declaração de inidoneidade da Delta Construções Ltda., na decisão do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União e abrigada no Processo nº 00190.009832/2012-43:

"(...)";

132. Como já dito, a DELTA CONSTRUÇÕES S/A, dissociada de balizamentos éticos e ao arrepio da lei, sempre primando um foco meramente patrimonial unilateral para si, aceitou e promoveu práticas corruptas para a satisfação mais célere ou menos custosa de seu interesse privado.

133. Pelas razões de defesa, observa-se que a DELTA, de uma maneira geral, considera normal e até mesmo necessária à manutenção dos seus lucros a adoção dessas comprovadas práticas ilícitas de pagamento indevido de favores ou benefícios (propinas), direta ou indiretamente, a agentes públicos.

(...)

135. Assim, considerando a comprovação dos diversos pagamentos de vantagens econômicas ilícitas pela DELTA CONSTRUÇÕES S/A aos servidores do DNIT/CE, responsáveis por fiscalizar a execução de suas obras e serviços; considerando o alto grau de reprovabilidade dessas atividades, que a incompatibiliza com a condição de licitante e de contratante com a Administração Pública; tem-se como explicitamente configurado que a empresa em questão não ostenta a idoneidade exigida pela lei para licitar ou contratar com a Administração Pública.

V) CONCLUSÃO:

136. Esta Comissão, em juízo de análise crítica, decorrente da livre apreciação das provas, após analisar cuidadosamente tudo o que consta dos autos, após instrução probatória realizada com atenção ao devido processo legal, **CONCLUI**, tendo-se apreciado as teses apresentadas pela defesa escrita e pelas alegações finais, que a DELTA CONSTRUÇÕES S/A demonstrou não possuir idoneidade permanecer licitando ou contratando com a Administração Pública.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

emprego de meios escusos para concretização de certos objetivos em contratos com o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, notadamente a adoção de “*comprovadas práticas ilícitas de pagamento indevido de favores ou benefícios (propinas), direta ou indiretamente*” a agentes públicos responsáveis pela fiscalização de obras em execução, cooptando-os para a “*satisfação mais célere ou menos custosa de seu interesse privado*”.

Como se vê, a conduta dos dirigentes e/ou gestores da empresa sancionada teria violado preceitos constitucionais - em especial, os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência -, regras de ordem pública e a isonomia entre candidatos à consolidação de liame obrigacional com Poder de Estado.

Nessa perspectiva, a declaração de inidoneidade, derivada da indisponibilidade do interesse público, tem por desígnio obstar a contratação de licitantes indiferentes à função social dos contratos em geral, consoante previsto no Código Civil¹¹, e aos princípios que regem a

137. Diante do exposto e com base nas razões acima delineadas, esta Comissão encaminha a presente Nota Técnica para ciência de Vossa Senhoria e posterior remessa ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União para apreciação, com proposta de responsabilização administrativa da pessoa jurídica DELTA CONSTRUÇÕES S/A (CNPJ nº 10.788.628/0001-57) pelo cometimento das ilicitudes acima descritas, com sugestão da aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, conforme prescrito no art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 88, inciso III, do mesmo diploma normativo.” Disponível no endereço eletrônico: <http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2012/noticia08412.asp>

¹¹ Lei nº 10.406/02, Código Civil:

“TÍTULO V

Dos Contratos em Geral

CAPÍTULO I

Disposições Gerais



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Administração Pública (artigo 37 da Constituição Federal c/c do artigo 3º da Lei nº 8.666/93).

Ensina Marçal Justen Filho:

"O Direito reprova condutas incompatíveis com valores jurídicos. Em alguns casos, tornam-se proibidas. Em outros, a lei determina como obrigatória uma conduta valorada como a única capaz de satisfazer o interesse coletivo. Em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob esse enfoque é que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. Moralidade soma-se a legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral será inválida"¹².

As sanções previstas na Lei nº 8.666/93 destinam-se à preservação dos mencionados princípios, com eles se relacionando diretamente e, por isso, configurando "normas gerais"¹³ de

Seção I
Preliminares

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

¹² *Comentários da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, editora Dialética, pag. 53.*

¹³ *Posição sustentada, dentre outros, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ("Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos". São Paulo: Malheiros, 2001. p. 22), Carlos Ari*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

compulsória observância, segundo consagrada teoria da indisponibilidade dos interesses públicos.

Consigne-se, por oportuno, que este E. Plenário considera que os efeitos do impedimento de que trata o inciso IV do artigo 87 da Lei de Licitações devem se propagar de forma irrestrita por toda a Administração Pública.

Com o devido respeito à posição sustentada pela d. PFE - a de que a aludida sanção limita-se à esfera do Poder sancionador -, bem ressaltou o douto Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo:

"Por fim e colocando pá de cal na questão, esta Corte, após longo estudo sobre a matéria, decidiu no multicitado TC-001032/006/09, após detida análise e diferenciação das sanções de suspensão temporária (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) e de declaração de inidoneidade (art. 87, IV), que esta última irradia sim seus efeitos para outros Entes da Federação."

E o invocado precedente fundamenta-se em doutrina¹⁴ e, sobretudo, em jurisprudência¹⁵

Sundfeld ("Licitação e Contrato Administrativo". São Paulo: Malheiros. 1994. p. 29) e Eros Roberto Grau ("Licitação e Contrato Administrativo", ed. Malheiros, 1995, p. 9).

¹⁴ *Toshio Mukai, in "Licitações e Contratos Públicos", Ed Saraiva, 8ª Ed., pg. 209; e, Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialética, 12ª ed., pg. 822; Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 278).*

¹⁵ *(STJ, REsp nº. 151.567-RJ. Min. Francisco Peçanha Martins. J.: 25.02.2003); (STJ. Recurso Especial nº 174274/SP. Rel. Min. Castro Meira. T2, Data de Julgamento 19/10/2004. DJ 22.11.2004) ; (STJ, REsp 520.553-RJ. Min. Relator Herman Benjamin. J.: 03.11.2009); (TJSP. Ap. 3003608-43.2010.8.26.0506. Des. Relatora Vera Angrisani, J.:*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

(oportunamente citadas pela Chefia de Assessoria Técnica, pelo Ministério Público de Contas e também por SDG) que vem se consolidando no sentido de que a sanção disciplinada no inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não se limita ao órgão que a aplicou, mas a todo o Poder Público.

Bem a propósito, cabe destaque à citação do ilustre Secretário Diretor-Geral:

"Interessa anotar que o Poder Judiciário paulista determinou a exclusão da "Delta" de um processo de licitação do DER, considerando que a declaração de inidoneidade alcança todo o território nacional, conforme se verifica na sentença exarada em sede de Mandado de Segurança, Processo 0015972-31.2012.8.26.0053 [\[31\]](#), do qual transcrevo trecho:

"(...)

Quanto ao mérito propriamente dito, duas são as questões a serem apreciadas: a classificação da proposta da empresa vencedora, Delta Construções S.A., e a inabilitação da impetrante.

A respeito da vencedora a sua exclusão da licitação deve concretizar-se.

Não pela proposta classificação ou desclassificação, mas porque, como é fato notório, recentemente, em 13 de junho, a CGU Corregedoria Geral da União declarou a sua inidoneidade, o que a impede de contratar com o Poder Público, nos termos do art. 87, IV, da Lei 8.666/93.

Por ser norma geral, isto em razão de expressa prescrição constitucional art. 22,

22.11.2011); (TJSP, Ap. 9280945-56.2008.08.26.0000. Des. Relator Ângelo Malanga. J.: 06.06.2011).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

XXVII, jurisprudência e doutrina coincidem ao reconhecer que, a despeito da autonomia dos entes federativos, a sanção aplicada por um estende-se aos demais impede-se a contratação com qualquer esfera federativa.

(...)

Portanto, se a empresa Delta deve ser afastada do processo de licitação, não se pode restabelecer a participação da impetrante.

*Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido para determinar a exclusão da empresa Delta Construções do processo de licitação referente ao lote nº 42, mas mantenho a inabilitação da impetrante.*

***Oficie-se** com cópia desta sentença aos autos de agravo de instrumento.*

P.R.I.

São Paulo, 12 de julho de 2012.

Luis Manuel Fonseca Pires

***Juiz de Direito.**"(g.n.)*

De igual modo, a sentença exarada em sede de Mandado de Segurança, Processo nº 0047148-62.2011.8.26.0053[321](#):

"(...)

É o relatório. Decido.

(...)

Mas uma questão preliminar importante não pode ser desconsiderada, que versa sobre a declaração de inidoneidade da empresa ré, e que afeta seu vínculo jurídico enquanto empresa contratada pelo Poder Público.

A sua exclusão da licitação deve concretizar-se. Não pela proposta classificação ou desclassificação, mas porque, como é fato notório, em 13 de junho de 2012, a CGU Corregedoria Geral da União declarou a sua inidoneidade, o que a impede de contratar com o Poder Público, nos termos do art. 87, IV, da Lei 8.666/93.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Por ser norma geral, isto em razão de expressa prescrição constitucional art. 22, XXVII, jurisprudência e doutrina coincidem ao reconhecer que, a despeito da autonomia dos entes federativos, a sanção aplicada por um estende-se aos demais impede-se a contratação com qualquer esfera federativa.

(...)

*Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido e, por consequência, **CONCEDO A SEGURANÇA** para declarar inválida a adjudicação do objeto da licitação em favor da empresa Delta Construções S/A.*

P.R.I.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

Luis Manuel Fonseca Pires

Juiz(a) de Direito.”(g.n.)

Portanto, desvios de conduta irrogados à Delta Construções S.A., que redundaram em declarações de inidoneidade expedidas em âmbito federal e de distinto Estado da Federação, a inabilitam para contratar com a Administração Pública Paulista, remanescendo a necessidade de se avaliar se sua subsidiária integral padece do mesmo impedimento.

Em uma primeira abordagem, presumível vislumbrar estímulo à impunidade admitir-se a hipótese de que a alteração da razão social de determinada sociedade comercial - que por adotar conduta lesiva ao interesse público fora sancionada por competentes instâncias administrativas - possa invalidar a correspondente penalidade, tornando-a de todo estéril no que concerne ao propósito pedagógico ou reparador.

Medida dessa particular natureza, empreendida para frustrar sanção legitimamente



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

aplicada, foi prontamente coibida em certame público instaurado em âmbito do Estado da Bahia, com endosso do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos."
(ROMS 15166/BA DJ 08/09/03, Pág. 262).

Sobreleva o registro de que aqui, em absoluto, não se imputa à empresa Delta Construções S/A a prática de *fraude à lei* ou de *abuso de forma* consistente na busca legítima de sua recuperação judicial. Não há, porém, como afastar a manifesta tentativa de utilização deste processo para obter - via oblíqua - o que a lei não lhe permite. Nisso poderia residir o abuso de forma e a burla que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica.

Pessoas jurídicas são criações abstratas, derivadas da *agregação de homens* e da *patrimonização de bens* tangíveis e intangíveis que *se personalizam, legalmente, para cumprir finalidade do Direito ou fins desejados por seus instituidores.*

A constituição de sociedades comerciais formalmente distintas, todavia derivadas de mesma gênese patrimonial - como é o caso das subsidiárias integrais -, não se presta para ocultar a realidade: no que respeita às relações com a Administração Pública, a constituída deve arcar com os efeitos da punição e esta decorre de imprópria



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

conduta de seus proprietários e/ou administradores; logo, intrinsecamente coligados e coobrigados ao cumprimento da sanção.

Nesse trilhar, concebível a incidência, no caso concreto, da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, de molde a que os efeitos da penalidade aplicada à *Delta Construções S/A* sejam estendidos para os seus controladores e, via reflexa, à *Técnica Construções S/A* para específica finalidade de impedir que a subsidiária celebre contrato com o órgão licitante (DER), em nome da prevalência dos princípios insculpidos no artigo 37 da CR/88 e artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

E, essa legítima medida, conquanto extremada sob a ótica da terceira interessada, seria até mesmo desnecessária, despicienda, para a solução da controvérsia em perspectiva.

Isso porque, ao reverso do sustentado por *Técnica Construções S/A*, a norma de incidência não a socorre; em verdade, a interpretação sistemática, singela e literal da Lei nº 11.101/05 - e não apenas a teleológica - evidencia impossibilidade de segregação da punição ao espectro de atuação da *Delta Construções S.A.*.

Deveras.

Em linhas gerais, o instituto da *recuperação judicial*¹⁶, sobrepujando o antigo

¹⁶ Conforme consta do v. acórdão do C. STF que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/3934) da Lei nº 11.101/05:

“..., é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

figurino normativo da "concordata", oferece melhores condições para que empresas que porventura experimentam crise financeira tenham oportunidade de dar prosseguimento às suas operações mercantis e/ou satisfazer obrigações reconhecidas perante credores.

Trata-se de ferramental jurídico que, fundamentalmente, não pode prescindir de ratificação do Poder Judiciário, após aprovação de competente plano de recuperação pela maioria simples (50% + 1) dos credores do autor da ação. Consiste derradeiro recurso antes da "quebra"; e se a medida não for exitosa, a empresa fatalmente ingressa em processo de falência.

Assim, com o deferimento do procedimento de recuperação judicial, o empresário (ou a sociedade empresária) fica automaticamente protegido contra ações, apontamentos e pedidos de falência por um período pré-determinado, conhecido como "carência automática". Com isso, a contratação de crédito, ainda que muito trabalhosa, faz-se

caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Nesse contexto, os legisladores optaram por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto, segundo consta do citado parecer senatorial:

“O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará a disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos”. (Trata-se do parecer do Senador Ramez Tebet, Relator do PL 4.376/1993, que resultou na aprovação do texto da Lei nº 11.101/2005, para a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, em 2003).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

possível, bem como o levantamento de novos recursos para a empresa em recuperação.

Não se discute a finalidade¹⁷ da norma em questão (interpretação teleológica do procedimento de recuperação judicial), dissecada com maestria nos pareceres acostados aos autos.

Entretanto, a lei, para atingir intento que lhe é intrínseco, disciplinou exaustivamente a possibilidade, a forma e os efeitos da alienação e transferência de ativos da recuperanda.

Para tanto, estabeleceu, de forma expressa, literal, relevante distinção:

a) Arrematação por terceiros: não há sucessão do arrematante nas obrigações do devedor.

b) Transferência patrimonial e continuidade do negócio com a mesma estrutura societária: opera-se a sucessão.

A primeira hipótese, que trata da alienação da unidade produtiva (empresa em recuperação judicial) ou de parte dela para terceiros, na forma prevista no artigo 142 da Lei n°

¹⁷ Lei n° 11.101/05:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

11.101/05¹⁸, ensejará ao arrematante a aquisição de um "produto blindado" contra efeitos deletérios de eventual falência e/ou das dívidas que integram o *Plano de Recuperação Judicial* (inciso II do artigo 141). É que o valor arrecadado na transferência conjunta ou separada de ativos constituirá receita em benefício dos credores da devedora.

Cediço é que, na antiga concordata, mesmo que íntegros e valiosos fossem os ativos da concordatária, não se conseguiria comercializá-los pelo valor de mercado em virtude do temor de anulação da transação e restituição do bem à massa falida, além da herança de dívidas trabalhistas por sucessão.

Esse o maior avanço da legislação atual: permitir a venda, por justo preço, de ativos desembaraçados da devedora, objetivando o efetivo ingresso de recursos financeiros em prol de sua reabilitação, e, assim, que outrem (arrematante) os utilize de forma produtiva, antes que se deteriore.

Em sentido diverso, na outra hipótese legal - de constituição de subsidiária integral, com transferência/cessão parcial ou total da unidade produtiva -, a nova sociedade é sucessora e, por isso, recebe - permitam-me o jargão popular - o "*filé e também o osso*".

¹⁸ "Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I - leilão, por lances orais;

II - propostas fechadas;

III - pregão."



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Isso é o que determina a Lei nº 11.101/05 ao estipular, verbis:

"Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

(...)

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I - todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I - sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III - identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.”

Portanto, a empresa Técnica Construções S/A é, irrefragavelmente, sucessora da Delta Construções S/A para todos os efeitos legais¹⁹, de modo que indissociável a condição de inidônea bem como imune à críticas a declaração de impedimento

¹⁹ Lei nº 6.404/76:

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes **sucede em todos os direitos e obrigações.**”

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes **sucedera em todos os direitos e obrigações.**”

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.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).

Art. 234. A certidão, passada pelo registro do comércio, da incorporação, fusão ou cisão, é documento hábil para a averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

para participar de licitações e de entabular negócios com a Administração Pública.

Em reforço à assertiva, impende sujeitar à proeminência dois contextuais provimentos jurisdicionais.

O primeiro, aresto do Supremo Tribunal Federal que, em controle concentrado, julgou improcedente a ação e confirmou a constitucionalidade da inovação normativa (parágrafo único do artigo 60 e do inciso II do *caput* do artigo 141 da Lei 11.101/05) que instituiu exceção ao princípio da sucessão, exclusivamente, no caso de arrematação por terceiros (desde que observada a forma prescrita: "leilão, por lances orais; propostas fechadas; ou, pregão" - artigo 142) de bens de empresa em recuperação judicial.

A própria lei cuidou de vedar essa qualidade às pessoas descritas nos incisos I, II e III do § 1º do artigo 141 da aludida norma, dentre as quais se compreendem a *Delta Construções S/A* e a *Técnica Construções S/A*. Incólumes, portanto, os dispositivos legais preexistentes que regulam a transferência de direitos e obrigações entre sucedida e sucessora (Lei das Sociedades Anônimas, artigo 227 e seguintes; Código Civil, artigo 1.146; Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 10 e 448; Código Tributário Nacional, artigo 133).

O segundo, consubstanciado na própria sentença que anuiu com a recuperação da empresa *Delta Construções S/A* e concomitante criação da subsidiária integral *Técnica Construções S/A*, ao expressamente afirmar a ocorrência, na espécie, do instituto da sucessão legal:

"A criação de empresa subsidiária, podemos dizer tratar-se de medida que se insere entre os meios de Recuperação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Judicial, assim previstos no inciso II do artigo 50 da Lei nº 11.101/2005, sendo um típico instituto do direito societário, com expressa disciplinação no artigo 251 da Lei nº 6.404/1976.

(...)

Além do que, como bem disposto na cláusula 5.4.2.6. (fls. 3330), será ela uma vigorosa sucessora da Delta Construções e demais Recuperandas, respondendo solidariamente, outrossim, como empresa nova, pela dívida total incluída no Plano, convindo destacar que a sucessão terá efeito "em direitos e obrigações perante os credores concursais e extraconcursais e perante terceiros".

Nesse passo impõe-se o reconhecimento de sucessão de sociedades empresárias, de modo a impossibilitar que se distinga sanção aplicada à sucedida e, via reflexa, subtraiam-se do acervo sucessório tão somente os gravames, impedimentos e limitações que não lhe apeteçam.

À sucessora, como no caso em análise, é dado transferir ativos para a formação de subsidiária integral, incluindo acervo técnico para comprovação de experiência técnico-operacional, e, à obviedade, também ônus que aflige essa mesma estrutura empresarial.

Entrementes, também não podem ser considerados válidos para efeito de comprovação de qualificação técnica exigida no edital da licitação de interesse os atestados de desempenho anterior emitidos em favor da *Delta Construções S.A.* e apresentados por sua sucessora, pois o fato materializado via acervo (prova de capacidade de execução) sucumbe à declaração de carência de idoneidade da sucedida.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Permito-me, aqui, reservar novo espaço para as muito apropriadas ponderações do douto Ministério Público de Contas:

Em conclusão, repisa-se que a criação da subsidiária integral visou à continuidade da força produtiva da empresa; todavia, isto não significa que a recuperação judicial respalde, subrepticamente, a livre atuação de empresa declarada inidônea, por meio de pessoa jurídica interposta. Admitir a tese da interessada corresponderia a estabelecer que, na aplicação dos dispositivos da Lei n.º 11.101/05, haveria permissão para a indevida burla à sanção consagrada na Lei n.º 8.666/93, forçando a gênese de um conflito normativo que sequer existe. Sendo o Direito um sistema harmônico cujas partes devem ser interpretadas conjuntamente, a melhor exegese do caso concreto converge para a lúdima criação da subsidiária integral, com livre atuação no mercado, desde que não haja violação das limitações impostas pela prévia declaração de inidoneidade da sociedade controladora.

No presente caso, uma norma não refuta a validade da outra, apenas circunstancia o seu âmbito de incidência, pois, como visto, a recuperação judicial redirecionou a empresa subsidiária, ao menos temporariamente, para o mercado privado, em decorrência e em respeito aos efeitos da decretação de inidoneidade material e formal da sua controladora para as contratações públicas.

Interpretar em sentido contrário certamente causará lesão ao interesse público primário e também desconstruirá o modo de operação do Direito como integridade (Dworkin, 1995), segundo o qual apreensões reducionistas que neguem vigência aos direitos fundamentais (no qual se inclui o direito a uma Administração Pública proba e isenta de contratações maculadas), além de



inconstitucionais, serão, antes de qualquer coisa, antijurídicas.

Assiste razão à representante quando acusa descumprimento (pela proponente que apresentou melhor proposta comercial) do subitem 14.2.6, B.4 do edital de Concorrência nº 041/2013-CO do DER.

Indene de controvérsias que a concorrente declarada vencedora (Técnica Construções S/A.) serviu-se de atestados de qualificação operacional tirados em nome de *Delta Construções S.A.*, portanto oriundos de cabedal técnico de empresa impedida de participar do torneio não só em razão dos fundamentos alhures expostos (impedimento), mas por não deter condições de habilitação econômico-financeira - o que é fato notório decorrente do inconcluso procedimento de recuperação judicial de que faz parte.

Logo, incontornável a aplicação do subitem "14.2.6, b.4" do edital que dispõe:

"14.2.6 DOCUMENTAÇÃO PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...);

b) Comprovação de aptidão da empresa para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, mediante a apresentação de atestados em nome da licitante, expedidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado na entidade profissional competente comprovando que a licitante executou, individualmente ou como membro de um Consórcio, serviços de características semelhantes e compatíveis com o objeto do Edital.

(...);

*b.4) Para a comprovação da aptidão Técnico-Operacional de que trata a **alínea "b"**, somente será(ão) aceito(s) atestados em nome da licitante, salvo nos casos de fusão, cisão, incorporação/aquisição integral, ficando **vedada***



qualquer forma disfarçada que traga embutida em si o objetivo de capacitar a licitante a participar e ser habilitada no certame, tais como: aumento de capital ou subscrição de capital com a utilização de acervo técnico pertencente à empresa que esteja em situação jurídico-financeira que a impossibilite de participar diretamente do certame. Nesses casos deverão ser apresentados os documentos comprobatórios contendo todas as condições dessas transações, em especial, no que se referirem ao acervo técnico, e que deverão ser consideradas na presente licitação. A não apresentação ou omissão de toda a documentação necessária para a análise das propostas será motivo de inabilitação da licitante, pois não poderá ser incorporada posteriormente.” (Destques em negrito e sublinhados, ausentes no original).

Aliás, a responsabilidade solidária da sucessora em relação ao passivo da recuperanda *Delta Construções S/A* compõe justamente o salutar arcabouço da cautela, de natureza econômica, objetivada com a inserção da regra editalícia.

Afigura-se, pois, legítima e vinculante referida regra do instrumento convocatório, instituída com o fito de expurgar do torneio participantes que porventura ignorem exigências “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”, segundo disposição do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, ao incorporar à fundamentação os pareceres subscritos pela Assessoria Técnico-Jurídica, por Ministério Público de Contas e pela Secretaria Diretoria-Geral, peço vênias para submeter ao Colendo Plenário VOTO que proclama **PROCEDENTE** a representação formulada por **CONTER CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO S/A.** e, em consequência, fixa, nos termos do inciso X do artigo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

33 da Constituição Estadual combinado com o inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, o prazo de 30 (trinta) dias para que o **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER** comprove a inabilitação da empresa *Técnica Construções S.A.*, nos dois lotes da Concorrência nº 41/2013-CO, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à sustação da execução do ato impugnado, conforme disposição do inciso XI do artigo 33 da Constituição Estadual combinado com o inciso XIV do artigo 2º da LC nº 709/93, e à cominação de pena pecuniária ao agente responsável capitulada no subseqüente artigo 104, inciso III, da aludida norma.

Acolho, finalmente, proposta do douto Ministério Público de Contas de **RECOMENDAÇÃO** ao Governo do Estado de São Paulo para que observe a extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade da "Delta Construções S/A" à sua subsidiária integral, "Técnica Construções S/A", com conseqüente inabilitação desta nos certames licitatórios enquanto vigentes os efeitos da sanção do inciso IV do artigo 87 da Lei 8.666/93, aplicada pela União.

GCECR
RVC