TC 000.362/2016-6

Tipo: Representação (com pedido de medida cautelar)

Unidade jurisdicionada: 5º Batalhão de Suprimento – Fundo do Exército

Representante: Centauro Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda. (CNPJ: 18.169.729/0001-51)

Representantes Legais: Fernando José Gonçalves Acunha – OAB/DF 21.184 e Tarley Max da Silva, OAB/DF 19.960.

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação impetrada pela empresa Centauro Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda., tratando da ocorrência de possível ilegalidade no Pregão Eletrônico 0019/2015, promovido pelo 5º Batalhão de Suprimento – Fundo do Exército, cujo objeto é a aquisição de 30.000 japonas.

2. Alega a empresa representante que a empresa declarada vencedora do certame foi habilitada mediante o uso de atestados de capacidade técnica pertencentes a outra empresa, transferidos de forma irregular, e que por isso deveria ter sido desclassificada.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

4. Além disso, a empresa representante possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

5. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo Regimento.

HISTÓRICO

6. A representante informa que, por ocasião da apresentação de documentos de habilitação da empresa vencedora do Pregão 0019/2015, houve a aceitação, por parte do pregoeiro do 5° Batalhão de Suprimento do Exército Brasileiro, de atestados de capacidade técnica entregues pela empresa EBN Comércio, Importação e Exportação S/A que não foram emitidos em seu nome, obtidos mediante transferência de atestados.

7. Os atestados de capacidade técnica apresentados pela EBN foram todos emitidos em nome da empresa Capricórnio S/A, única acionista da representada e foram a ela transferidos, conforme registrado em atas de Assembleia Geral de acionistas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55363684.

8. A representante considera que a operação realizada entre as empresas Capricórnio e EBN, independentemente do vínculo acionário existente entre ambas, constituiu-se de mera transferência de acervo, não tendo ocorrido cisão da Capricórnio S/A (com a transferência de *know-how,* equipamentos, pessoal, unidade de negócio, entre outros) para constituição de nova empresa, mas mera cessão dos atestados de capacidade técnica, em desacordo com as medidas de reorganização societária prescritas pela lei 6404/1976, artigos 224 e 225.

9. Tece considerações sobre o assunto:

> *"Tal prática, se admitida, corresponderia à institucionalização da fraude. A simples venda/cessão de atestados serve como instrumento de lesão ao Poder Público, dando ensejo, que não encontra lastro na realidade, a que empresa sem nenhuma qualificação venha a firmar contrato com o Poder Público. Por este meio, simplesmente vendendo documentos de habilitação, dá-se a uma empresa a oportunidade de licitar, sendo que, do ponto de vista técnico, não tem a menor condição de atender às demandas da Administração.*
> *Noutras palavras, é imprescindível afirmar que não se pode licitamente falar em venda ou comercialização de experiência prévia ou de seus documentos comprobatórios. Qualquer espécie de transferência a ser licitamente realizada, se admitia, até por regra de lógica, deverá envolver a transferência de todo um complexo empresarial (pessoal, maquinário, know-how, condições econômicas, etc.) que permita aferir a efetiva e concreta capacidade técnica do cessionário. Do contrário, a operação não permitirá considerar que a empresa que "compra" ou "recebe" os atestados, num "passe de mágica", é apta a demonstrar a sua experiência prévia. "*

10. Considerando a habilitação da empresa EBN irregular, a representante ingressou com recurso à decisão do pregoeiro.

11. O pregoeiro, valendo-se de pareceres da Consultoria Jurídica da União - PR e da Assessoria Jurídica da 5ª Região Militar, considerou suficientes as contra-razões apresentadas pela empresa EBM:

> *"Do ato constitutivo da Recorrida EBN constata-se a empresa Capricórnio não ter vertido apenas capital na nova empresa. Trata-se da única sócia, incumbindo-se, portanto, organização diretiva e administrativa da empresa, a qual inseriu todo seu aparato, know-how e corpo técnico nesta nova empresa.*
> *Foram cedidos não apenas os atestados de capacidade técnica, mas também um estabelecimento físico e corpo técnico da Capricórnio, incluindo funcionários dos mais variados cargos e escalões, desde faxineiras a gerentes de confecção, contemplando todas as atividades envolvidas no cumprimento de um contrato.*
> *Por tal motivo, a cessão de acervo técnico afigurou-se perfeitamente regular, pois não se tratou de transferência vazia, meramente comercial, mas de operação realizada para retratar a transferência do corpo técnico que resultou na emissão de tais atestados.*
> *Em verdade, dizer que a equipe que atualmente compõe a Recorrida EBN, com todo seu know-how e experiência não disporia de qualificação técnica para o cumprimento do objeto ora licitado, tão somente por ter sido alterada a estrutura empresarial em que atua, é que seria um verdadeiro absurdo!*
> *Em suma, relevante para a perquirição da qualificação técnica é a estrutura pessoal e material, a qual se transmitida à outra empresa, autoriza também a cessão da capacitação e acervo técnico de uma empresa outra.*
> *Desta forma, conclui-se ser perfeitamente possível a transferência de capacidade técnica entre pessoas jurídicas, podendo a Recorrida EBN utilizar-se dos atestados que lhe foram cedidos pela Capricórnio."*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55363684.

12. A empresa EBN trouxe, ainda, em sua defesa, manifestação do TCU contida no Acórdão 2444/2012 – TCU – Plenário, onde se enfrentou questão semelhante – a cessão de atestados de empresa principal a subsidiária integral.

13. Nesse acórdão o Tribunal considerou ser lícita a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas quando ocorre a transferência parcial do patrimônio e dos profissionais correspondentes, firmando o entendimento 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 ..."*
>
> ...
>
> *"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."*

14. O recurso foi considerado improcedente, dando-se seguimento ao pregão, que foi homologado em 17/12/2015, e na mesma data foi emitido o empenho 2015NE800693 para a aquisição de 30.000 unidades de japonas, no valor de R$ 2.511.000,00:

DATA EMISSAO : 17Dez15 NUMERO : 2015NE800693
UG EMITENTE : 160222 - 5. BATALHAO DE SUPRIMENTO
GESTAO EMITENTE : 00001 - TESOURO NACIONAL
FAVORECIDO : 21111808/0001-16 - EBN COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO S
TAXA:
OBSERVACAO
EXTRACOL/ CL II - CONTA 23 - 2015NC427308/COLOG, 15DEZ15 - REQUISIT 397/ALMO
30SET15 - AQUIS JAPONAS CAMPANHA (PRDF 2017) - 2015PR000019 (UASG 160222)
DOC. COMPROBATÓRIA DE REGULARIDADE VERIFICADA. PROC ORIGEM: 2015PR00019
EVENTO ESF PTRES FONTE ND UGR PI VALO
401091 1 088948 0100000000 339030 160504 E6MIFRDFDOB 2.511.000,
TIPO: GLOBAL SISTEMA DE ORIGEM: SIASG
PASSIVO ANTERIOR: NAO CONTA PASSIVO :
MODALIDADE : PREGAO AMPARO : INCISO :
PROCESSO : 64154005478201540 PRECATORIO :
UF BENEFICIADA : PR MUNICIPIO BENEF. :
ORIGEM MATERIAL : NACIONAL
REFERENCIA : NR.ORIG.TRANSF:
LANCADO POR : 08814516812 - DOMINGUES UG : 160222 17Dez15 15:23

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55363684.

15. Irresignada, a empresa vem ao TCU solicitar a sustação imediata de todos os atos decorrentes do procedimento mediante a concessão de medida cautelar, *inaudita altera pars*, declarando a nulidade dos atos do pregão 0019/2015 e determinando às autoridades administrativas abstenham-se de praticar quaisquer atos tendentes à assinatura de Ata de Registro de Preços, contrato ou qualquer outro instrumento, ou efetivação de qualquer pedido ou ato de execução contratual, até o julgamento final do processo.

16. Requer, ainda, seja admitida a representante no processo na qualidade de interessada, na forma do art. 144, § 2°, do Regimento Interno do TCU, por entender possuir direito subjetivo envolvido e interesse comprovado para atuar no feito e exercer todas as faculdades processuais previstas para as partes.

EXAME TÉCNICO

17. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

18. Analisando as informações contidas nos autos, entendemos que não há os pressupostos acima mencionados.

19. No que trata do *fumus boni iuris*, examinamos a questão da legalidade da transferência de acervo técnico da empresa controladora à subsidiária integral.

20. O TCU já se manifestou sobre o tema em dois acórdãos: 2444/2012 – TCU – Plenário, e 1233/2013 – TCU – Plenário, concluindo pela legalidade do procedimento, desde que na criação da subsidiária integral tenha havido **transferência parcial de patrimônio e pessoal**.

21. A empresa EBN, em suas contra-razões (item 11, retro) consigna que, para a sua constituição, foram transferidos instalações físicas e funcionários da Capricórnio.

22. Em relação às instalações físicas, consultamos o sistema CNPJ, constatando que o endereço da EBN é o mesmo da extinta filial de número 13 da empresa Capricórnio (incluindo o telefone), sendo um indício de que a transferência efetivamente ocorreu:

CNPJ: 60.745.411/0013-71 (FILIAL) CONTRIB. DIFERENCIADO PREP.: CPF RESP.: 003.426.178-85 QUALIF.: DIRETOR N.E.: **CAPRICORNIO S/A** NOME FANTASIA: DT CONSTIT/ABERTURA : 01/02/2007(02/2007) SIT.CAD.CNPJ: ATIVA DATA DA SITUACAO : 01/02/2007(02/2007) PROC. INSCR. OFICIO: 0 SIMEI: NAO END.: ROD ANTONIO HEIL 1001 KM 01 BAIRRO : ITAIPAVA MUNICIPIO: 8161 ITAJAI UF: SC CEP : 88316-001 TELEFONE: 11-35959997
CNPJ: 21.111.808/0001-16 (MATRIZ) CPF RESP.: 653.814.678-34 QUALIF.: DIRETOR N.E.: **EBN COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO S/A** NOME FANTASIA: DT ABERTURA: 25/09/2014(09/2014) DT PRIM. ESTAB.: 25/09/2014 ORIGEM : JUNTA SIT.CAD.CNPJ: ATIVA DATA DA SITUACAO : 25/09/2014(09/2014) PROC. INSCR. OFICIO: SIMEI: NAO END.: ROD ANTONIO HEIL 1001 GALPAO01 MODULO 07 BAIRRO : ITAIPAVA MUNICIPIO: 8161 ITAJAI UF : SC CEP : 88316-000 TELEFONE : 11-35959997

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55363684.

23. Quanto a pessoal, a mesma consulta ao sistema CNPJ demonstra que os dirigentes das empresas foram intercambiados entre si:

EBN						
023.585.668-10	PF	Gilson Bordignon	25/09/2014	14/07/2015	DIRETOR	
296.158.738-70	PF	Daniel Manfredini	14/07/2015	00/00/0000	DIRETOR	
653.814.678-34	PF	Julio Manfredini	25/09/2014	00/00/0000	DIRETOR	
003.426.178-85	PF	Jose Seabra Marino	25/09/2014	14/07/2015	DIRETOR	
Capricórnio						
023.585.668-10	PF	Gilson Bordignon	06/09/2002	00/00/0000	DIRETOR	
653.814.678-34	PF	Julio Manfredini	06/09/2002	29/05/2015	PRESIDENTE	
299.161.138-31	PF	Gustavo Manfredini	29/05/2015	00/00/0000	DIRETOR	
003.426.178-85	PF	Jose Seabra Marino	06/09/2002	00/00/0000	DIRETOR	

24. Em relação aos demais empregados da empresa EBN, em cargos de assistente administrativo, modelista de roupas, mestre, contador, secretário, gerente de produção e supervisor administrativo, realizamos consulta aos dados do CAGED 2015(Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, Gestor: MTE), via sistema DGI, constatando que 12 dos 17 empregados admitidos na EBN (70%), eram egressos da empresa Capricórnio.

25. As consultas realizadas confirmam as alegações da EBN Comércio, Importação e Exportação S/A, de que para a sua constituição foram transferidos patrimônio e pessoal da empresa Capricórnio S/A, e eventuais falhas nas formalidades previstas pela lei 6404/1976 devem ser tratadas em outra instância, não cabendo ao TCU adentrar em tais questões.

26. No que trata do *periculum in mora*, a representante pede que o TCU, cautelarmente, determine ao órgão que se abstenha de praticar quaisquer atos tendentes à assinatura de Ata de Registro de Preços, contrato ou qualquer outro instrumento, ou efetivação de qualquer pedido ou ato de execução contratual, até o julgamento final do processo.

27. Considerando que já foi emitido o empenho ao vencedor do pregão em 17/12/2015, conforme mencionado no item 14, retro, não há que se falar em determinação de sustação de atos.

28. A empresa Centauro requer, ainda, o seu ingresso no processo na qualidade de interessada, por entender possuir direito subjetivo envolvido e interesse comprovado para atuar no feito e exercer todas as faculdades processuais previstas para as partes.

29. Em relação ao tema, a jurisprudência do TCU é no sentido de que o autor da representação não deve ser considerado, automaticamente, parte processual, devendo, para obter essa condição, formular pedido de ingresso nos autos como interessado e comprovar razão legítima para intervir no processo, inclusive na fase recursal, na hipótese de pretender a reforma de decisão anterior da Corte no processo por ele provocado.

30. Há que se demonstrar, de forma clara e objetiva, qual direito subjetivo próprio pré-existente poderia vir a ser prejudicado por deliberação proveniente desta Corte ou outra razão legítima para intervir no processo. A mera expectativa de contratação da representante, caso sejam reconhecidas irregularidades no Pregão 19/2015, não se afigura direito subjetivo próprio ou razão legítima para intervir no processo.

31. Cabe ao representante fornecer os elementos para que se dê início à sua ação de controle externo, investigue a ocorrência de irregularidades e, se for o caso, determine as ações de correção, aplicando eventuais penas aos responsáveis e, uma vez iniciado o processo, o Tribunal assume total

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55363684.

controle sobre a condução das investigações e prescinde de qualquer outra movimentação processual do representante.

32. Nessa linha de raciocínio, entendemos que a empresa Centauro não demonstrou razão legítima para intervir no processo, devendo o seu pedido ser indeferido.

CONCLUSÃO

33. Entendemos que os fatos apresentados não caracterizam ilegalidade passível de provocar a atuação do TCU, já que a transferência do acervo técnico da empresa Capricórnio S/A à subsidiária integral EBN Comércio, Importação e Exportação S/A ocorreu dentro das condições estabelecidas na jurisprudência, por conseguinte não está caracterizada a presença do *fumus boni iuris*.

34. Quanto ao *periculum in mora,* também não merece prosperar tal argumento, vez que os atos do Pregão 0019/2015 já se esgotaram e a integralidade do objeto foi empenhada ao vencedor.

35. A luz dessas considerações, entendemos que a representação deva ser conhecida, pelos fundamentos apresentados nos itens 3 e 4, retro, mas considerada improcedente, devendo ser arquivado o processo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

36. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) **conhecer** da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la **improcedente**;

e) indeferir o pedido de ingresso da empresa Centauro Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda. como interessada no processo, ante a ausência de comprovação de direito subjetivo envolvido e interesse comprovado para atuar no processo;

b) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, à representante e ao 5º Batalhão de Suprimento – Fundo do Exército;

e) arquivar o presente processo.

Secex-SC, 19 de abril de 2016.

(Assinado eletronicamente)
Carlos Alberto Lellis
AUFC mat.3092-9

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55363684.