Número 12 – novembro/dezembro/janeiro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

OS ATESTADOS TÉCNICOS NA LICITAÇÃO E O PROBLEMA DA CISÃO DE EMPRESAS

Carlos Ari Sundfeld
Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Jacintho Arruda Câmara
Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e Coordenador da Especialização em Direito Administrativo da EDESP-FGV.

Rodrigo Pagani de Souza
Professor da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público e Advogado em São Paulo.

I – A EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA NAS LICITAÇÕES

A Administração Pública está sujeita, como regra geral, ao dever de licitar. É o que se depreende do mandamento incerto no art. 37, XXI, da Constituição Federal. No mesmo dispositivo, o Poder Constituinte preocupou-se em fixar os principais contornos do processo de licitação pública. Confira-se:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, o seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

É importante ressaltar que a parte final do inciso XXI expressamente previu que o processo licitatório deve servir para verificação das *qualificações técnica e econômica* do licitante. Trata-se de mandamento que tem, obviamente, sua razão de ser. Sua finalidade consiste exatamente em propiciar à Administração Pública os necessários instrumentos para acautelar-se quanto à boa e suficiente qualificação dos sujeitos com os quais irá contratar. E a cautela, nesse sentido, é perfeitamente legítima, posto que aos sujeitos contratados será confiada a realização de escopo de *interesse público*, sendo-lhes vertida, muito provavelmente, alguma monta de *recursos públicos*. Ora, se há interesse público envolvido na operação, atrelado ao dispêndio de recursos públicos, convém não colocá-la sob risco. Definitivamente, em matéria de contratações públicas, a Administração não pode ser incauta.

Assim é que, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do interesse público, a Administração cerca-se de cautelas cujo objetivo é prevenir contra o insucesso da contratação e, por conseguinte, da realização do objeto visado. É por isso que, no procedimento de escolha, a Administração pode — e deve — formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica quanto economicamente, a cumprir o avençado.

Em se tratando de licitações para a contratação de obras públicas, as exigências de aptidão *técnica* costumam ser de duas ordens: de um lado, exige-se que a empreiteira licitante demonstre "capacitação técnico-profissional"; de outro lado, exige-se que comprove sua "capacitação técnico-operacional". Uma e outra espécie de capacitação não se confundem, conforme já tivemos a oportunidade de observar em trabalho acadêmico:

> *"Em matéria de obras públicas, duas preocupações essenciais põem-se para a Administração, quando se trata de verificar a existência de garantias de que as empreiteiras têm qualificação técnica para executá-las. A primeira é a de saber se as licitantes dispõem de um corpo técnico — especialmente engenheiros, tendo em vista a natureza do objeto — com qualificação suficiente para responder pela obra: trata-se da chamada 'capacidade técnico-profissional', verificável a partir da avaliação do quadro de profissionais disponíveis.*
>
> *Mas a simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades fazendo com que opere de modo*

> *eficaz: trata-se, aqui, da dita 'capacidade técnico-operacional (ou operativa)', verificável pelos desempenhos anteriores da empresa."*[1]

Dizíamos, como se vê no excerto supra transcrito, que, enquanto a capacitação *técnico-profissional* comprova-se, fundamentalmente, pela avaliação do corpo técnico da empresa — especialmente da habilitação individual de seus engenheiros —, a comprovação da capacitação *técnico-operacional* envolve o exame de um conjunto muito mais extenso de qualidades empresariais, como a estrutura administrativa da empresa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc.

A preocupação com essas duas espécies de capacitação técnica não existe por acaso. Mais do que uma prática de acautelamento da Administração Pública, a exigência de qualificação técnico-profissional *e* técnico-operacional da empresa contratada é uma imposição *legal* — fundada, de resto, no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Os dispositivos de regência da matéria encontram-se na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 8.666, de 21 de junho de 1993), especialmente em seu art. 30, que vige com o seguinte teor:

> *"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:*
>
> *I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;*
>
> *II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*
>
> *III – (...);*
>
> *IV – (...).*
>
> *§ 1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:*
>
> *I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade*

[1] Carlos Ari SUNDFELD, "A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional", em: Armando VERRI JR., Luiz Antonio TAVOLARO e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (coordenadores), *Licitações e contratos administrativos – temas atuais e controvertidos*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 101.

técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

II – (Vetado):

a) (Vetado);
b) (Vetado).

§ 2º. As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º. (...).

§ 5º. É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º. As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º. (Vetado):

I – (Vetado);

I – (Vetado).

§ 8º. (...).

§ 9º. (...).

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 11. (Vetado).

§ 12. (Vetado).”

O fundamento para se requerer a comprovação de aptidão técnico-operacional extrai-se, justamente, do item II acima transcrito, que estipula como documentos exigíveis para a qualificação técnica aqueles referentes à *“comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação...”.*[2]

[2] A este dispositivo soma-se o comando inserto no art. 33 da mesma lei, que também dá respaldo à formulação de exigências, pela Administração Publica, de aptidão técnico-operacional dos licitantes. Trata-se de artigo que, ao disciplinar a habilitação dos consórcios nos certames

Tal como as exigências de comprovação de capacitação técnico-operacional, também as de aptidão *técnico-profissional* têm previsão legal. O mesmo item II supra transcrito prevê, como documentos exigíveis para atestar a qualificação técnica, aqueles referentes à indicação do "*pessoal técnico*" adequado para a realização do objeto da licitação, bem como aqueles atinentes à *"qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos".* A complementá-lo, o inc. I do § 1º do mesmo artigo prescreve expressamente a forma de comprovação da capacitação técnico-profissional.

Assim é que, acertadamente, tem-se entendido que o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos em vigor, ao tratar das exigências de qualificação técnica dos licitantes, preconiza, de maneira simultânea, as duas espécies de exigência de capacitação: técnico-profissional e técnico-operacional.

Registre-se — de passagem — que muito se debateu, no passado, acerca da existência ou não de fundamento jurídico para as *exigências de capacitação técnico-operacional*. A questão foi discutida com intensidade, especialmente durante a tramitação, no Congresso Nacional, do projeto que deu origem à Lei 8.666/93 — e, posteriormente, das medidas provisórias que a alteraram, sendo convertidas na Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994. Todo o processo legislativo, que culminaria com o diploma atualmente em vigor, foi marcado por vetos do Presidente da República cujo intento manifesto era extirpar, da redação original do projeto de lei, a possibilidade de se requerer a comprovação da aptidão técnico-operacional das licitantes. O fato é que os vetos não lograram concretizar o intento almejado, pois não recaíram sobre os comandos do art. 30 que, efetivamente, estatuíam essa possibilidade. Hoje, tais comandos continuam a vigorar incólumes. Esta é a posição que os administrativistas, em coro, temos defendido.

Com efeito, a discussão sobre a legalidade das exigências de capacitação técnico-operacional (para além das exigências de aptidão técnico-profissional) já está completamente superada. A quase totalidade da doutrina, hodiernamente, é assente em afirmar a sua legalidade — amparada, de resto, em sedimentada jurisprudência construída ao longo dos quase dez anos de aplicação da Lei 8.666/93.[3]

---

licitatórios, expressamente dispôs que, relativamente à qualificação técnica, seria possível somar os "quantitativos de cada consorciado", podendo a Administração "estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30 % (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual". O dispositivo está a admitir, assim, que o edital formule, para licitantes individuais, exigências de comprovação de desempenho anterior em certas quantidades; e, ainda, que as incremente para os consórcios, hipótese em que os consorciados poderão somar seus "quantitativos", vale dizer, poderão juntar as quantidades indicadas em seus atestados de execução de obras anteriores.

[3] Para aprofundamento no tema, inclusive tendo-se notícia dos vários posicionamentos doutrinários e arestos judiciais neste sentido, reportamo-nos ao estudo já citado, de nossa autoria: "A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional", in: ob cit., pp. 99-122.

Questão relevante é saber como a aptidão técnico-operacional de uma empresa pode ser aferida em licitação.

O método, por excelência, para verificar se dada empreiteira é ou não capaz de operar eficientemente (isto é, se tem ou não "capacidade técnico-operacional") é a análise de seu desempenho anterior. A razão é simples: essa capacidade envolve um somatório imenso de fatores basicamente imateriais (organização, sistemas gerenciais, técnicas de controle etc.), que não podem ser medidos por ensaios ou vistorias. Só se pode afirmar com algum grau de segurança a capacidade de uma empresa operar eficientemente *se ela assim já tiver operado*; se ela nunca operou, pode-se por certo *antever* sua eficiência, mas não pode haver garantias a respeito.

Por isso, tornou-se corriqueiro exigir, nas licitações, a apresentação, pelos licitantes, de atestados de que anteriormente executaram objetos com características semelhantes. Pretende-se, com isso, obter a melhor das garantias de que as empresas estão tecnicamente aptas a atuar.

Este sistema é consagrado no art. 30, II c/c § 1º, da Lei 8.666/93, já mencionados, donde se extrai a regra de que a *"comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...) será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes".*

Assim é que, nas licitações de obras públicas, afere-se a capacitação técnico-operacional dos licitantes por intermédio da exigência de apresentação de atestados de desempenho anterior, fornecidos pela União, pelos Estados ou Municípios, assim como por quaisquer dos entes integrantes de suas respectivas Administrações indiretas, relativamente a obras que já tenham realizado. Para o mesmo fim, também valem os atestados fornecidos por pessoas jurídicas não integrantes da Administração Pública, situadas na iniciativa privada, para as quais o licitante interessado tenha realizado obra de engenharia.

Todos estes atestados de desempenho anterior devem estar devidamente registrados, nos termos do art. 30, II c/c § 1º, *in fine*, da Lei 8.666/93, nas entidades profissionais competentes — que em matéria de obras de engenharia são os Conselhos Federal e Regionais de Arquitetura, Engenharia e Agronomia. Tais Conselhos são os órgãos responsáveis, nos termos da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, pela fiscalização do exercício das atividades afetas à profissão de engenheiro (assim como às de arquiteto e engenheiro-agrônomo).[4]

[4] Nesse sentido, dispõe o art. 24, da Lei 5.194/66: "Art. 24. A aplicação do que dispõe esta Lei, a verificação e a fiscalização do exercício e atividades das profissões nela reguladas serão exercidas por um Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), e

Assim, a cada obra realizada por uma empresa de engenharia, promove-se o registro do respectivo atestado, emitido pela pessoa de direito público ou privado beneficiada, no Conselho Regional de Arquitetura, Engenharia e Agronomia – CREA competente. O conjunto de atestados de desempenho anterior de uma empresa de engenharia, constituído ao longo de sua história, é o que configura, basicamente, o seu *acervo técnico*.

Vale notar que também os profissionais de engenharia, individualmente, têm registrados nos CREAs os atestados referentes às obras das quais foram os responsáveis técnicos. Assim, essas entidades profissionais mantêm, além dos acervos técnicos das firmas de engenharia, os acervos específicos de cada profissional que exerce a atividade — isto é, dos engenheiros (a par de arquitetos e engenheiro-agrônomos). Mas estes acervos individuais, relativos às obras de cada profissional, servem apenas para aferir as respectivas qualificações técnicas ou, o que é mais freqüente, servem para, considerado o rol dos acervos individuais dos quadros permanentes de uma empresa de engenharia, aferir, justamente, a respectiva capacitação *técnico-profissional*.

A qualificação *técnico-operacional* da empresa, todavia, só pode ser aferida por intermédio da verificação dos atestados que compõem o *seu* acervo técnico, isto é, o acervo da própria empresa, e não dos atestados atinentes aos acervos individuais dos engenheiros que integram o seu quadro de pessoal. Justamente porque é o acervo técnico da empresa — e não os dos respectivos profissionais — que permitirá comprovar, logicamente, aquela aptidão operacional que se revela pelo conjunto de qualidades empresariais, que extrapola em grande medida as aptidões profissionais isoladas de cada indivíduo da empresa.

O acervo técnico de uma empreiteira, assim, é o conjunto de atestados, referentes a obras por ela realizadas no passado, que lhe permitirá demonstrar sua qualificação *técnico-operacional* em licitações para contratações futuras. E convém insistir: trata-se de um instrumento para atestar, em matéria de obras públicas, a experiência *da empresa*, o que significa muito mais do que atestar o somatório das experiências de seus profissionais isoladamente considerados.

II – OS QUANTITATIVOS

Os atestados de desempenho anterior, utilizados para a comprovação da aptidão técnico-operacional das empresas, informam as características da obra em questão, o prazo em que foi executada e, inclusive, suas dimensões e quantidades. Com relação a estes últimos aspectos, diz-se que o atestado exprime os “quantitativos” da obra a que se refere.

Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), organizados de forma a assegurarem unidade de ação.”

Os quantitativos constituem um dado importante dos atestados de desempenho anterior, pois a Administração pode, nos termos art. 30, II supra transcrito, instituir a exigência de aptidão para desempenho de atividade *"...pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação...".* Em outros termos, pode a Administração estipular, na aferição da capacidade técnico-operacional dos licitantes, que estes comprovem não apenas sua experiência em realizar determinada obra, mas sua experiência em realizá-la em determinados quantitativos, sendo insuficiente a experiência inferior ao mínimo estipulado.[5]

Há limites, todavia, para o exercício desta competência administrativa. A Lei exige certa compatibilização entre a condição estabelecida e a complexidade do objeto da licitação (art. 30, II c/c § 3º), bem como veda a exigência de atestados referentes a todas as parcelas da obra em licitação, sendo permitido, tão somente, exigir-se as de maior relevância técnica e de valor significativo (o que decorre dos próprios princípios aplicáveis, especialmente o da razoabilidade, que está previsto expressamente no art. 30, § 1º, I c/c § 2º, relativamente à capacitação técnico-profissional).

Já tivemos a oportunidade de discorrer a respeito das razões de ordem prática e jurídica que fundamentam a exigência de quantitativos (e prazos) no tocante à comprovação de aptidão técnico-operacional:

> *"O edital pode, como condição da aceitação do atestado, exigir que ele se refira a obras ou serviços com certa dimensão. Se a licitação se destina a contratar a construção de obra gigantesca, seria irracional considerar qualificada para realizá-la uma empresa que só houvesse enfrentado obras diminutas. Daí a atuação anterior da licitante, que demonstra sua capacidade técnico-operacional, dever ter sido adquirida em obra com dimensão compatível com a posta em licitação.*
>
> *Segundo o art. 30-§ 3º, será sempre admitida a comprovação de aptidão através de atestados de obras ou serviços de complexidade operacional 'equivalente ou superior' à das obras ou serviços objeto da licitação. Assim, estando-se a licitar obra envolvendo a terraplanagem de*

[5] Este é um ponto que merece ser destacado no tocante à diferenciação entre a capacitação técnico-operacional e a mera capacitação profissional. Na primeira, como acabou de ser demonstrado, a previsão de quantitativos é admitida expressamente como um importante elemento a constar dos atestados, ao passo que, no que se refere a atestados profissionais, a Lei 8.666/93 veda expressamente a referência a quantitativos. A avaliação da capacitação dos profissionais pode ser feita apenas em relação ao tipo do objeto realizado, não sendo cabíveis referências à dimensão ou prazo de duração da obra. É o que dispõe o art. 30, § 1º, I: "I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos**".

> *ao menos 500 mil m³, poder-se-á exigir que o interessado comprove já haver executado a terraplanagem de ao menos 500 mil m³ (isso quando os princípios regentes da habilitação não impuserem limites inferiores, como meio de assegurar a competitividade). Como nem sempre é essencial que operação com tal dimensão tenha sido realizada em um único contrato, o edital poderá admitir que o licitante some vários contratos de obras ou serviços diferentes.*
>
> ***(a) No entanto, o edital não pode exigir atestados de experiência anterior com relação a todas as parcelas da obra em licitação. Apenas as de maior relevância técnica e de valor significativo devem ser objeto de exigência (art. 30-§ 1º-I c/c § 2º, relativo à capacitação técnico-profissional, aqui incidente por analogia).”***[6]

Mesmo que condicionada pelos princípios gerais de direito, é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de se fazer exigências habilitatórias relativas à apresentação de atestados de experiência anterior pelas empresas interessadas em participar do certame. No mais das vezes, quando tais exigências são feitas, elas se referem não apenas a um dado tipo de atividade realizada, mas também à dimensão do objeto executado (os chamados *quantitativos* presentes nos atestados).

III – O APROVEITAMENTO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA POR EMPRESAS DERIVADAS DE REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA

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.

A operação societária de cisão consiste, em sua essência, numa *transferência patrimonial* entre sociedades. Trata-se de operação pela qual se transferem parcelas do patrimônio de uma companhia para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes. Extingue-se a companhia cindida se houver versão de todo o seu patrimônio, configurando-se, assim, a hipótese de *cisão total*; se parcial a versão, divide-se o seu capital e tem-se configurada, desse modo, a chamada *cisão parcial*.[7]

---

[6] Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 126-27.

[7] É o que expressamente estabelece o art. 229, da Lei das Sociedades por Ações (nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976): “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.”.

O mais comum é a cisão parcial. Uma empresa cinde-se, dando origem a uma nova, mas continua a existir, com sua própria identidade e desempenhando a mesma atividade que sempre desempenhou. Não há, portanto, qualquer alteração de fundo no perfil da empresa original. Esta apenas dá origem a uma nova estrutura empresarial, que arrebanha parte de seu patrimônio e de seus ativos.

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 está 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.

Vejamos qual a solução encampada pela legislação em vigor.

A reestruturação empresarial está longe de ser um fenômeno raro no cotidiano dos vários setores da economia. Empresas de diferentes grupos econômicos se unem, constituindo dessa união uma única e nova empresa. Grandes empresas, noutras vezes, promovem a divisão de seus ativos, dando ensejo à criação de novas empresas, sucessoras, por assim dizer, de uma mesma *empresa-mãe*, que também continua existindo. Em suma, são inúmeros os movimentos de alteração societária no cotidiano da atividade empresarial moderna.

Essa é uma realidade sabida e incontestável, que afeta o mundo empresarial como um todo e, como não poderia deixar de ser, também atinge as empresas que celebram contratos com a Administração Pública. Nesta medida o fenômeno das reestruturações empresariais ganha relevo para o problema em análise.

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. É justamente nesse contexto que se põe a questão de

como aferir a aptidão técnica de empresas que foram fruto ou passaram por processos de transformação como os mencionados acima.

O tema não mereceu tratamento expresso na legislação sobre licitações. Os dispositivos relevantes nessa matéria foram transcritos e comentados no tópico anterior e, como se viu, não abordam a situação suscitada pela reestruturação empresarial no que toca ao emprego de atestados.

Diante da falta de tratamento expresso da matéria, cabe ao aplicador do direito extrair do regime geral aplicável ao tema, ou seja, do sistema concebido para reger as situações corriqueiras, a solução mais adequada para disciplinar os casos específicos que não foram diretamente tratados pelo legislador.

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 os 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.

Tal postura é de evidente artificialismo. Não é possível conceber, por exemplo, que duas empresas que, após uma reformulação societária, transformem-se numa única e nova empresa, por meio de uma operação de fusão, tenham suas respectivas experiências desconsideradas. A criação da nova empresa, por certo, não representará perda de capacidade técnica daquelas estruturas que foram unidas, para constituição da nova pessoa jurídica. Desconsiderar a experiência acumulada pelas empresas que deram origem à nova estrutura empresarial seria desprezar a realidade em favor de mero formalismo. Do mesmo modo, não seria correto supor que a divisão de uma dada empresa venha a aniquilar a experiência ou capacitação por ela adquirida, de modo a inibir, pura e simplesmente, toda e qualquer consideração de atestados anteriores, seja pelas empresas derivadas, seja pela empresa-mãe.

Como se percebe, a solução formalista acaba por desconsiderar a real condição das empresas que venham a passar por determinados processos de reformulação societária. Tais empresas, não por ausência de capacitação realmente comprovada, mas apenas por circunstâncias formalísticas, estariam absolutamente afastadas de qualquer contratação com o Poder Público em que fosse exigida comprovação de experiência anterior. Referida solução, por este motivo, terminaria por contrariar o próprio objetivo da exigência de comprovação de capacitação técnica contida na Lei.

Ao invés de se prestigiar a experiência anteriormente comprovada, por intermédio de atestados dando conta da efetiva execução de contratos anteriores (objetivo claramente buscado pela Lei), estar-se-ia desconsiderando determinado grupo de possíveis interessados em contratar que, muito embora tivessem amealhado a experiência necessária em sua história, tiveram modificadas suas estruturas sociais (afetando sua personalidade jurídica) em virtude de reestruturação empresarial.

Neste caso, o descompasso entre os reais objetivos instituídos na legislação, no que toca à exigência de comprovação de capacitação técnica, e os resultados trazidos com a solução meramente formal do aproveitamento de atestados anteriores, faz com que esta solução deva ser abandonada. Não tem cabimento por se mostrar desconforme à finalidade consagrada na legislação. Ou, numa só palavra, não deve ser adotada por ser ilegal.

A segunda tese, como se adiantou, caminha no sentido oposto. Implicaria agora na aceitação de todos os 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.

A lei de licitações busca aferir a capacitação técnica das empresas interessadas em contratar com o Poder Público como forma de proteção ao interesse coletivo buscado pela execução do próprio contrato. Por esta razão, não faz sentido fixar soluções artificiais para disciplinar a forma de aproveitamento de atestados. Se, por um lado, é inconteste o artificialismo de se propor a desconsideração completa de atestados expedidos para empresas que sofreram reestruturação societária, por outro, também se mostra incompatível com a realidade a postura de defender o aproveitamento integral dos atestados

anteriores pelas empresas que derivaram de um processo de cisão. É simples comprovar esta afirmação.

Quando um atestado é expedido, cria-se um mecanismo de comprovação de que uma empresa — dotada de porte, corpo técnico, recursos financeiros, estrutura física, entre outros aspectos que lhe são próprios — foi capaz de realizar o empreendimento ali descrito. Caso, após a realização do empreendimento, esta empresa passe por um processo de cisão, isto é, venha a ser dividida, constituindo novas estruturas empresariais, duas constatações poderiam ser lançadas em relação à declaração contida no atestado anterior. A primeira, é a de que pelo menos uma das empresas derivadas – ou a empresa-mãe ou a resultante da cisão – apresentaria alguma experiência em relação às atividades desempenhadas pela empresa no seu estado original, donde ser inadequada a pura e simples desconsideração dos atestados anteriores. A outra é a de que, obviamente, a capacidade atestada em relação à empresa no estado original como um todo não poderia vir a ser reproduzida, integralmente, para a empresa-mãe e para todas as suas descendentes. Alguma perda, necessariamente, haveria de ser imposta para pelo menos uma das partes que integra o todo.

Deveras, não seria verossímil que uma empresa, portadora de atestado que comprovasse sua aptidão para empreendimentos de determinado porte, fosse dividida em várias outras (2, 4, 6, 10...) e todas elas apresentassem a mesma aptidão da estrutura original. A vingar tal pensamento, o processo de cisão empresarial poderia ser usado facilmente como mecanismo para fraudar licitações, na medida em que serviria como instrumento de “multiplicação” de atestados. A segurança da contratação, valor protegido pela lei de licitações por intermédio da exigência de atestados de capacidade técnica, seria facilmente contornada com a pura e simples operação de cisão de empresa detentora de atestados, que poderia dar origem a sem número de outras empresas que, pela fórmula cogitada, formalmente atenderiam à exigência.

Aqui também, como se percebe, a solução se mostra despropositada, pois incompatível com a finalidade perseguida em lei. Transferir indiscriminadamente os efeitos de atestados obtidos por uma empresa a suas sucessoras — tanto quanto pura e simplesmente vedar qualquer aproveitamento — finda por contrariar o dispositivo da lei de licitações que trata da matéria.

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 insuficiência das duas soluções postas em exame não indica, todavia, a falta de solução para o problema do aproveitamento de atestados expedidos em nome de empresa objeto de reestruturação. Muito pelo contrário, tal resultado

finda apontando o caminho correto a ser seguido para a mais fiel aplicação da lei em relação à citada matéria.

Foi dito e reafirmado que a razão de ser para a admissão de exigência de atestados de capacidade técnica é a garantia de uma contratação mais segura para o Poder Público. Com base nessa premissa, chega-se à irrefutável conclusão segundo a qual o objetivo da exigência é aferir a condição real das empresas interessadas em contratar e não apenas instituir um mero requisito formal. O vínculo entre os atestados e a real condição das empresas que os apresente, portanto, é elemento que não deve ser relegado a um segundo plano. Tomando por base tal constatação é possível afirmar, em relação a esta matéria, a total inadequação de qualquer solução que seja prevista e aplicada *a priori*, de modo geral e indiscriminado, para todas as situações que envolvam a utilização de atestados por empresas que sofreram processo de reestruturação societária.

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 de 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.

O critério adotado, por óbvio, não pode ensejar a aplicação de quaisquer das soluções extremadas vistas acima. Ou seja, não será lícito ao administrador, mesmo no exame individual das situações, excluir por completo a aceitação de atestados emitidos em nome de empresa que tenha sido objeto de reestruturação societária, tampouco poderá automaticamente considerar a integralidade dos quantitativos contidos nos atestados, para cada uma das empresas (a empresa-mãe e a nascida com a cisão) derivadas da reestruturação. Obedecidos estes parâmetros, o Poder Público deverá comprovar a efetividade do atestado mediante a solicitação de demonstração da transferência da capacidade técnica referida na declaração, ou, nos casos em que a dúvida persistir, por meio de diligências nas empresas envolvidas.

Aspecto fundamental a ser levado em consideração nesta aferição diz respeito à existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante, quanto à divisão do acervo técnico da empresa. Isto porque, de acordo com o que for determinado no negócio jurídico que ensejou a reformulação societária, haverá de ser dimensionada a extensão e aproveitamento dos atestados técnicos até então expedidos em favor das empresas envolvidas.

Deveras, são diversas as possibilidades de ajuste quanto à apropriação desse acervo técnico, ou seja, quanto à divisão do direito de uso dos atestados anteriores. Para citar apenas alguns exemplos, tome-se o caso em que, por intermédio da cisão de uma empresa, determinadas áreas de atuação tenham sido apartadas, ficando cada segmento a cargo de empresa distinta. Em situações tais, o termo de cisão poderia racionalmente instituir uma divisão tomando por critério a *matéria* constante dos atestados até então expedidos. Cada empresa derivada da cisão ficaria com aqueles atestados correspondentes à área de atuação que lhe coube. Nesta hipótese, o pacto refletiria plenamente a realidade pós-reestruturação, não havendo qualquer prejuízo ao interesse público ou fraude na aceitação de atestados em favor das empresas em questão derivadas. Noutro modelo, seria possível que a divisão da empresa resultasse na criação de nova empresa, com parte do capital da empresa original, mas para atuação em área distinta daquela, preservando-se todo o cabedal técnico e a conseqüente capacitação para uma outra empresa de origem, que continuaria no ramo inicial de origem. Nesta perspectiva, seria também plenamente factível a determinação, no termo de cisão, que apenas uma das empresas amealhasse todo o acervo técnico da empresa original. A empresa nova, pelo simples fato de não ter se beneficiado de qualquer transferência de capacidade técnica, estaria impedida de usar, total ou parcialmente, os atestados emitidos em nome de sua antecessora.

Em suma, são inesgotáveis os arranjos negociais que podem ser implementados em complexas operações de reestruturação societária. Obedecidas as peculiaridades de cada operação, bem como a realidade da efetiva transferência do acervo técnico que venha a ser feita, é perfeitamente possível que as empresas envolvidas disciplinem, expressamente, qual o destino a ser dado aos atestados expedidos em nome da empresa-mãe anterior.

Diante da demonstração de um acordo com as citadas características, a Administração pode, em princípio, considerar os atestados nos termos indicados e, se tiver motivos para descrer da demonstração, pode realizar diligências comprobatórias da real absorção de acervo técnico pela empresa interessada.[8] Não há fundamento, todavia, para se refutar de pronto a apresentação de atestados que estejam arrimados num pacto expresso de apropriação de acervo técnico celebrado entre empresas objeto de reestruturação societária.

A declaração contida nessa categoria de negociação servirá, tanto para a Administração quanto para terceiros, como documento dotado de presunção jurídica de veracidade. Presunção relativa (*juris tantum*), pois admite prova em contrário, mas de todo modo uma presunção. Por tal razão, não pode ser desconsiderada sem prévia demonstração de sua impropriedade. Portanto, quando houver tratamento expresso da matéria na operação de reestruturação

[8] Confira-se, neste sentido, o § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93: "É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta."

empresarial, o critério de aproveitamento de atestados anteriores haverá de ser aquele indicado no próprio pacto.

Mas uma solução contratual a respeito poderia ser posta em xeque em função de eventual questionamento quanto à capacidade de as partes instituírem, com base em acordo de vontades, uma divisão do acervo técnico da empresa no estado original. Poder-se-ia alegar que a capacitação operacional de uma empresa corresponderia a elemento imaterial e indivisível, não admitindo a repartição em frações ideais, baseadas no patrimônio transferido com a cisão.

Foi demonstrado, porém, que o aproveitamento integral de atestados por todas as empresas envolvidas em fruto de processo de cisão é juridicamente inviável. Não se pode conceber que um atestado que servia originalmente para demonstrar a capacidade técnica de uma empresa seja capaz de, mediante reestruturação societária, servir plenamente para atestar a mesma capacidade para duas ou mais empresas que surgiram.

Vale ressaltar a distinção mencionada no tópico inicial do presente estudo: o atestado expedido em nome da empresa afere sua respectiva *capacidade operacional*, não se confundindo com a *capacitação profissional* dos seus funcionários. Mesmo que, no processo de cisão, cada estrutura derivada mantivesse um quadro de profissionais qualificados que assegurassem o preparo técnico para o desempenho de determinada atividade, isto não significará que tais empresas preservam a mesma *capacidade operacional* da estrutura original. Este último atributo está atrelado à empresa. Inclui, como foi visto, diversos fatores, que variam da capacitação financeira à gestão de pessoal, administração de recursos, equipamentos, etc.. Sendo assim, até por dedução lógica é necessário possível descartar a possibilidade de que a capacidade operacional de uma empresa como um todo pudesse ser transferida, integralmente, para outra sociedade duas ou mais empresas dela derivadas.

Ninguém nega o caráter imaterial do atributo “capacidade operacional”, representado pelo acervo técnico de uma empresa (isto é, pelo conjunto de atestados comprovadores de experiência que em seu nome tenham sido expedidos). Isto, porém, não implica que ele seja indivisível, que o uso compartilhado dos efeitos que ele representa viole a sua própria essência. Muito ao contrário.

Mais do que possível, a divisão de acervo técnico mostra-se necessária naqueles casos em que a reestruturação societária de empresa implicar a divisão efetiva de seu o patrimônio, da estrutura, do pessoal e demais ativos da empresa original. Em situações tais, caso não se processe algum rateio entre os atestados existentes até então, a demonstração de capacidade operacional através de atestados anteriores passa a ser desconexa com a realidade. Um atestado expedido para comprovar a aptidão operacional de empresa com determinado

porte e característica, seria aplicado a apenas uma parte dela. Ou então, com igual prejuízo para a verdade real, tais atestados deixariam de ser usados pelas empresas derivadas e, mesmo restando-lhes experiência adquirida no antigo arranjo societário, deixariam de amealhar qualquer atestado que a comprovasse.

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.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda, SOUZA, Rodrigo Pagani de. OS ATESTADOS TÉCNICOS NA LICITAÇÃO E O PROBLEMA DA CISÃO DE EMPRESAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 2, n. 4, jan./fev. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.