

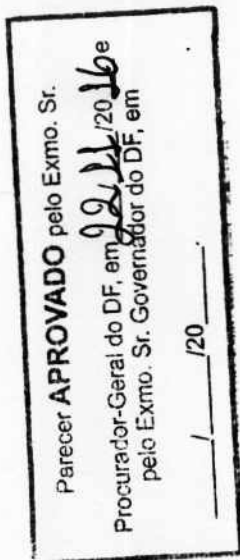


PARECER nº 882 /2016-PRCON/PGDF

PROCESSO nº 400.000.288/2016

INTERESSADO: Consórcio TIISA/CMT

ASSUNTO: Suspensão Contrato



EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. CONSÓRCIO. RETIRADA DE EMPRESA CONSORCIADA. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL PELA EMPRESA REMANESCENTE. VIABILIDADE.

1. Para viabilizar a continuidade do contrato administrativo, é juridicamente viável a exclusão de empresa consorciada e a permanência isolada da remanescente, desde que: a) seja comprovada a situação superveniente alegada para a retirada; b) seja justificada a importância do contrato e os prejuízos decorrentes de sua rescisão; c) seja comprovado o atendimento de todas as condições de habilitação previstas no instrumento convocatório pela empresa remanescente.

Folha nº 560 - Mat. 58.987-7
Processo 400.000.288/2016
Substância

1. RELATÓRIO

1.1 Consulta-nos a **SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E CIDADANIA** sobre a viabilidade jurídica de se autorizar o desfazimento do Consórcio TIISA/CMT que celebrara contrato com o **DISTRITO FEDERAL** para "execução de obra de construção de Centros de Detenção Provisória" na Fazenda Papuda (fls. 515), mantendo no contrato apenas a empresa-líder **TIISA INFRAESTRUTURA E INVESTIMENTOS S/A**.

1.2 Às fls. 2/8, o Consórcio apresenta o documento intitulado CDP DF - 054/2016, narrando que a manutenção da formação inicial da parceria é inviável por dificuldades econômicas enfrentadas pela CMT, a qual coloca em risco a própria execução do contrato, podendo resultar em atrasos de etapas e até no descumprimento do ajuste.

1.3 Aduz que os investimentos iniciais necessários para as primeiras etapas do objeto estão sendo feitos pela TIISA e que esta detém as condições de habilitação necessárias para continuar, isoladamente, responsável pelas obras.

1.4 Faz referência a decisão do TCU, a ensinamento doutrinário e a parecer jurídico que entende abonarem sua argumentação.

1.5 A Assessoria Jurídico-Legislativa do órgão consulente se manifestou às fls. 536/543 no sentido de que *"a desconstituição do Consórcio é medida excepcional, de modo que o pedido deve estar amparado nos seguintes requisitos: (i) a comprovação dos fatos que deram ensejo a situação pleiteada; (ii) a comprovação dos fatos que deram ensejo a situação pleiteada; (iii) a demonstração de que não haverá prejuízo à execução do contrato"*.

1.6 Adiante, o Subsecretário de Administração Geral obtemperou que a alteração na estrutura do Consórcio seria vedada pelo item 4.14.4 e, em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, suscitou dúvidas sobre o cabimento da operação.

1.7 Instada novamente a se manifestar, a AJL sinalizou não se poder *"olvidar que existe a possibilidade de que o desfazimento em tela atenda ao interesse público, uma vez que o requerimento deu-se sob o argumento de que uma das empresas que compõem o consórcio vem passando por problemas financeiros, de maneira que há um risco iminente de que tais problemas interfiram na execução das obras de ampliação do Complexo Penitenciário da Papuda, objeto do contrato"* (fls. 556).

1.8 Sugeriu, ao final, que os autos fossem encaminhados a esta Procuradoria-Geral do DF para manifestação conclusiva a respeito da questão jurídica analisada.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 O parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.666/93 é claro ao enunciar que a contratação pelo Poder Público é sempre **ato formal** tomado no bojo de processo administrativo, segundo a determinação do art. 38 da Lei.

2.2 Para contratar, além de verificar a melhor proposta, a Administração Pública está submetida a avaliar **as condições de habilitação do interessado, sob o aspecto jurídico, fiscal, técnico, econômico e trabalhista** (art. 27 da Lei n. 8.666/93), o que caracteriza a nota de personalidade (intuitu personae) do contrato administrativo.

Fls. nº 561 - Mat. 30 ind 7-7

Processo nº 400 000 88/2016

Rubrica



2.3 Fica evidente, nessa perspectiva, que não é dado à Administração solapar as regras (**art. 50, Lei n. 8.666/93**) e princípios que regem a licitação e o contrato administrativo e, assim, modificar **subjetivamente** a posição contratual delineada como resultado do certame.

2.4 O **rito ordinário** para casos de atraso ou descumprimento das regras contratuais – como as anunciadas pelo Consórcio contratado - é a Administração se valer da **coercibilidade** decorrente das cláusulas exorbitantes, aplicando-se as sanções cabíveis ao contratado e forçando-o a retomar o curso regular de suas obrigações.


2.5 Mesmo porque, de regra, o risco na escolha do parceiro comercial para a empreitada é das empresas integrantes do Consórcio, não devendo ser partilhado com a Administração.

2.6 Essa premissa funciona bem quando não é contrastada com a realidade concreta advinda de uma **anormalidade** no funcionamento da união mantida entre empresas para vencer a licitação e executar o objeto: o **consórcio**, que pode resultar na quebra da própria empresa ou no abandono total de contrato de singular importância para a sociedade, o que causaria prejuízos muito maiores que o benefício advindo das sanções aplicadas.

2.7 É intrínseco ao interesse público velar pela continuidade dos contratos administrativos, como tem acentuado a jurisprudência do **Tribunal de Contas da União – TCU**, mesmo diante de graves situações de nulidade da licitação precedente (Acórdão n. 2789/2013-Plenário).

2.8 Esse entendimento, aliás, está em harmonia com a constatação feita pelo Tribunal no **Acórdão 1102/2003-Plenário**:

“O administrador está sempre sujeito a se deparar com uma situação em que a observância da legalidade estrita trará grandes prejuízos ao interesse público e acaba agindo de forma diversa. Este Tribunal, rotineiramente, analisa situações dessa natureza e muitas vezes deixa de responsabilizar ou punir o gestor, quando ele demonstra que o descumprimento de uma norma se deu por motivo relevante e que atendeu o interesse público. Qualquer que seja a resposta a uma consulta, o caso concreto poderá ensejar uma ação do administrador em sentido diverso daquele indicado pelo Tribunal em caráter normativo.”

Processo nº 562 - Mat. 30.907-7
Valor: 400.000,00/88/2016
Assinatura: 

 3

2.9 Obviamente que qualquer possível modificação subjetiva do contratado **merece especial** atenção por parte do Poder Público, na medida em que se deve evitar a existência de um mercado paralelo de aquisição de posição contratual com a Administração, o que certamente poderia ocorrer se o tema fosse tratado com prodigalidade.

2.10 Cuidando especificamente da hipótese de se permitir o prosseguimento da execução do contrato por consórcio **deformado** de sua estrutura original, a Corte de Contas emitiu recentíssima decisão (**Acórdão n. 2130/2016-Plenário**).

2.11 Colhe-se do bem lançado voto do e. Ministro MARCOS BEMQUERER COSTA os seguintes trechos que elucidam a questão:

“35. O ponto crucial desta Representação concerne na alteração feita por meio do 1º aditivo ao contrato, ocasionada pelo pedido de rescisão contratual da Representante, como empresa líder e participe com 50% do consórcio vencedor da licitação, cujo objeto era a execução das obras do metrô.

36. Por meio do aludido aditivo, foi alterada a denominação do consórcio contratado de Consórcio Cetenco-Acciona para Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza e modificada sua composição, pela substituição da Cetenco Engenharia S.A. pela Construtora Marquise S.A., devendo-se ressaltar que, embora a empresa substituída não tenha manifestadamente consentido com essa alteração, havia, anteriormente, requerido a rescisão contratual.

37. A Lei 8.666/1993, ao permitir a participação de empresas em consórcio, o faz, em seu art. 33, sob o requisito de que a responsabilidade dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato, é solidária. Portanto, é possível afirmar que, à vista da administração contratante, o consórcio é uma associação de sociedades, que, apesar de transitória e sem personalidade jurídica, representa uma unidade, e assim deve responder.

38. Com esse entendimento trago, em vista da similitude com o caso em análise, excerto do Voto do Ministro Augusto Nardes, cujos fundamentos sustentaram o Acórdão 634/2007-TCU-Plenário, nos autos de Consulta formulada pelo Ministro de Estado dos Transportes que tratou da continuidade de contrato com empresa resultante da cisão, fusão e incorporação de empresa:

Folha nº 563 - Total: 56 067 - 7

Processo nº 400 000 08 8/ 00 16

Assinatura: 
Rubrica: 

"12. Penso não restar dúvidas de que a rescisão do contrato pós-reestruturação da contratada, ao invés de regra, tem na verdade caráter excepcional, uma vez que, por princípio, a atividade administrativa não pode estar sujeita à ruptura causada por atos dos administrados, totalmente alheios à vontade e à capacidade de interferência do administrador público. Natural que, só diante da periclitção de um valor maior, poderia a lei vulnerar tal princípio da continuidade administrativa, sob pena de se estar criando desnecessariamente mais um fator de inconclusividade dos contratos públicos, não bastasse a diversificada genealogia de entraves ao linear andamento das ações administrativas existentes em nosso país. Porém, entendo que tal valor não seria o princípio constitucional da licitação.

13. De fato, se o contrato já existe e o intento do administrador é simplesmente o de assegurar o normal prosseguimento da avença, não se pode acusá-lo de malferir a lei de licitações pelo simples motivo de que a licitação já foi feita, ou foi dispensada na forma devida, conforme o caso. De fato, se não há desnaturação do contrato, principalmente uma alteraçaõ essencial do objeto ou da equação econômico-financeira advinda da licitação, o procedimento permanece inteiramente válido, sendo até contraproducente desconsiderá-lo, com desperdício de tempo e dinheiro além de atraso na execução do objeto pretendido.

14. Há, sim, certa despersonalização quando ocorre a reestruturação empresarial da contratada, afetando a natureza intuito personae dos contratos administrativos, mas tal despersonalização, como ficou evidenciado no voto condutor do Acórdão 1.108/2003, não é absoluta nos casos de cisão, incorporação ou fusão, ao contrário do que ocorre na sub-rogação e, possivelmente, na subcontratação total. Se a execução do objeto do contrato não poderá ser afetada pela nova formatação societária da contratada, nada impede que o novo sujeito possa legitimamente sucedê-la em todas as obrigações avençadas, podendo inclusive fazê-lo em melhores condições, como se pode presumir principalmente nos casos de fusão ou incorporação.

Fls. nº 564 - Mat. 08.007-7

Processo 400 000 288 / 2010

Subst. 0

15. O que esta Corte não tem admitido, aí, sim, por ofensa ao princípio licitatório, entre outros, é a transformação da relação contratual em objeto de mercado, viabilizada pelo instituto da sub-rogação contratual, já devidamente repudiado por esta Corte desde a fixação do entendimento constante do subitem 8.5 da Decisão Plenária 420/2002. Mas, parece-me claro que os institutos da cisão, incorporação e fusão, como mecanismos de adaptação das empresas às contingências de mercado, voltados para a preservação ou incremento de produtividade, não se prestam como veículo de transações obscuras envolvendo contratos públicos.

16. Cabe ressaltar o acerto do Ministério Público em integrar, pela via sistemática, a interpretação do inciso VI do art. 78 com a do inciso XI do mesmo dispositivo da Lei 8.666/1993, que diz ser também motivo de rescisão contratual 'a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato'.

Em certo sentido, essa última disposição, voltada para modificações societárias ocorridas no âmbito interno da contratada, abrange os institutos da cisão, fusão e incorporação, que, em termos práticos, nada mais são que uma alteração da estrutura das empresas envolvidas, sendo cabível exigir-se que a permanência do contrato firmado com empresa cindida, fundida ou incorporada esteja condicionada à não prejudicialidade da execução do objeto por causas vinculadas à reestruturação. Até mesmo porque, como já dito, se uma eventual prejudicialidade decorrente da alteração societária puder de algum modo ser presumida com a devida antecedência, isso já seria motivo bastante para a expressa previsão em edital da rescisão subsequentemente à reestruturação.

(...)

18. Com todos os cuidados apontados acima, e sempre atento aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, vejo ainda necessidade de que se reserve expressamente espaço para a ação discricionária da Administração a ser desencadeada.

Protocolo nº 565 - Mat. 06.007-7

Processo 400 000 088/2016

em resposta a particularidades de que tenha conhecimento acerca da reestruturação e que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública. Por isso mesmo, impõe-se ao administrador público acompanhar os procedimentos afetos à reestruturação de empresas que tenham contratos com o poder público, por tudo importando que o gestor, em ato formal próprio, expresse, de maneira fundamentada, sua anuência ou discordância com a continuidade da contratação com a empresa resultante da fusão, cisão ou incorporação. Devo lembrar que um pronunciamento prévio da autoridade competente acerca da continuidade do contrato será sempre necessário até para que se possa avaliar do atendimento às demais condicionantes relacionados neste Voto."

39. Do texto acima, desde que o fim precípua seja o atendimento ao interesse público, deve ser privilegiada a continuidade do contrato administrativo. Nesse contexto e na linha do exposto pela unidade especializada, entendo não haver óbices à alteração efetuada por meio do 1º termo aditivo ao Contrato 018/Seinfra/2013, especialmente porque não há nos autos elementos que indiquem que, ao se realizar a mencionada alteração contratual, deixou-se de observar todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original ou que haja prejuízo à execução do objeto pactuado."

2.12 Da atenta leitura do voto proferido neste precedente, pode-se concluir que o TCU entende viável a substituição da estrutura associativa do Consórcio, desde que:

- a) a alteração seja feita como forma de se preservar a continuidade de contrato administrativo relevante;
- b) a Administração Pública analise detidamente a alteração para se certificar de que ela não apresenta particularidades que possam ser repudiados pelos princípios gerais "da Administração Pública";
- c) haja a comprovação pelas empresas remanescentes – ou com as que passarão a ingressar no Consórcio – de **todas** as condições de habilitação exigidas no instrumento convocatório.

Forma nº: 566 - Ass: 06/07/7

Processo: 400 000 288/2016

Assinatura: 



2.13 Transpondo essas orientações para o caso concreto, reputo cabível a **autorização para que a TIISA passe a executar direta e isoladamente o objeto contratual**, com o conseqüente desfazimento do Consórcio e celebração de Aditivo para formalizar a alteração, desde que:

- a) haja manifestação formal da CMT sobre a concordância no desfazimento do consórcio e exclusão de sua posição contratual;
- b) comprovação documental sobre os fatos alegados no requerimento de fls. 2/8 a respeito das dificuldades financeiras **supervenientes** enfrentadas pela CMT e sobre a inviabilidade econômica de sua permanência no consórcio, a fim de tornar evidente que a retirada não se trata de mera conveniência das empresas envolvidas;
- c) o atesto do órgão consulente de que a TIISA, isoladamente, atende a todos os requisitos de habilitação exigidos no edital;
- d) justificativa formal do órgão consulente sobre a importância da continuidade do contrato administrativo e sobre os prejuízos decorrentes da possível rescisão contratual.


2.14 Exatamente por se tratar de situação anômala, não prevista contratualmente, deixo de agregar importância à primeira parte da cláusula 4.14.4 do Edital de Licitação, a qual fora estabelecida para regular situações de normalidade na execução do ajuste, não para solucionar problemas decorrentes de anomalias supervenientes, como a ora verificada, cuja solução passa pela aplicação direta de outros princípios da Administração Pública, como o da **eficiência**, sobrepujando no caso concreto o apego extremado à vinculação literal ao edital.

3. CONCLUSÃO

3.1 Ante o exposto, **opino** pela viabilidade jurídica de alteração na estrutura do Consórcio, desde que observadas as diretrizes deste parecer, a serem aferidas pela Assessoria Jurídico-Legislativa de origem, ressalvada a possibilidade nova consulta a esta Procuradoria-Geral do DF.

À superior consideração.

Brasília, 26 de setembro de 2016.


WESLEY RICARDO BENTO
Procurador do Distrito Federal
Mat. 171.595-X

Folha nº. 567 - Mat. 38.997-7
Processo nº. 400000-88/2016
Releitor C




PROCESSO nº: 400.000.288/2016
INTERESSADO: Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania
ASSUNTO: Dúvida sobre possibilidade de desfazimento de consórcio
MATÉRIA: Administrativo

APROVO O PARECER Nº 882/2016–PRCON/PGDF, exarado pelo
ilustre Procurador WESLEY RICARDO BENTO DA SILVA.

Ressalto, ainda, que a autoridade administrativa deverá zelar pela
correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua
inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às
recomendações constantes do opinativo.

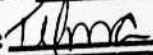
Brasília, quinta-feira, 17 de novembro de 2016.


JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo. Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de
Justiça e Cidadania, para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 22 / 11 / 2016.


KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo

Folha nº	568
Processo nº	400000288/2016
Rubrica:	
Matricula:	43182-6