JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-005.656.03-17

CONSULTA. CONTRATO. PMSP. Empresa que requereu concordata preventiva. CONHECIDA. Conduz à rescisão contratual? NEGATIVO. Votação unânime. Possibilidade de agregar mais uma empresa ao consórcio? AFIRMATIVO. Votação por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.125ª S.O., quando foram incluídos pelo Conselheiro Maurício Faria – Relator, nos termos do artigo 157, parágrafo 2º, do Regimento Interno desta Corte.

DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer da consulta formulada pela Excelentíssima Senhora Prefeita do Município de São Paulo, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Roberto Braguim, responder de forma negativa ao primeiro quesito: '... O requerimento de concordata formulado por empresa integrante de consórcio contratado conduz necessariamente à rescisão de instrumento firmado com o Poder Público?'

DECIDEM, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões – Revisor e Eurípedes Sales, responder de forma positiva ao segundo quesito: '... é juridicamente possível admitir-se a manutenção de vigência do contrato, agregando mais uma empresa ao consórcio, com o fito de ampliar as garantias financeiras e técnicas à regular e eficiente execução de seu objeto?'

Vencido, em parte, o Conselheiro Roberto Braguim, que, nos termos do voto apresentado em separado, votou no sentido de responder negativamente ao segundo quesito da consulta.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Roberto Braguim.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto Joel Tessitore.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de dezembro de 2003.

Antonio Carlos Caruso – Presidente. Maurício Faria - Relator.

RELATÓRIO

Versa o presente feito acerca de consulta formulada pela Exma. Sra. Prefeita do Município de São Paulo, encaminhada a esta Corte através do Ofício nº 194/2003-PREF.G, consubstanciada esta nos seguintes termos:

> *1 - 'O fato de uma das integrantes do consórcio contratado ter requerido concordata preventiva conduz necessariamente à rescisão do contrato firmado com a SEMAB?'*
>
> *2 - 'Caso seja juridicamente admissível a hipótese de manutenção da vigência do contrato, seria possível agregar mais uma empresa ao consórcio contratado com o fito de ampliar as garantias financeiras e técnicas à Administração de regular e eficiente execução do contrato em comento?'*

A discussão apresentada trouxe ainda encartado o parecer da lavra do Eminente Professor Eros Roberto Grau, que consignou seu entendimento no sentido de que 'o fato de uma das integrantes do consórcio contratado ter requerido concordata preventiva ou mesmo entrado em concordata não conduz necessariamente à rescisão do contrato firmado com a SEMAB', e, também, que 'seria possível agregar mais uma empresa ao consórcio contratado com o fito de ampliar as garantias financeiras e técnicas à Administração de regular e eficiente execução do contrato em comento'.

Houve o encaminhamento da questão para apreciação da Assessoria Técnica Jurídica e da Procuradoria da Fazenda Municipal, as quais perfilharam suas conclusões no mesmo sentido do parecer colacionado.

A Secretaria-Diretoria Geral, por sua vez, versou acerca da admissibilidade da consulta, e, no mérito, destacou aspectos significativos para a compreensão e busca da resposta que melhor coaduna com o sentido de legalidade e observância do interesse público.

Este é o relatório

VOTO

Concretizada nos termos do Ofício nº 194/2003 – PREF.G, a consulta em voga traz em si delineados pontos de destaque que a revestem das formalidades previstas na Lei Municipal n. 9.167/80 e no Regimento Interno desta Corte, uma vez que, mesmo enfatizando determinadas circunstâncias advindas da relação estabelecida entre o denominado consórcio Construtécnica/JZ e a Secretaria Municipal de Abastecimento – SEMAB, para a execução de obras e serviços de reforma e ampliação e requalificação do Complexo Abastecimento Cantareira, formula quesitos que têm o condão de se traduzir no enfrentamento de questões genéricas e alusivas às regras de licitações e contratos administrativos, mais especificamente quanto ao fato de questionar, pelo todo exposto, se o requerimento de concordata formulado por empresa integrante de consórcio contratado conduz necessariamente à rescisão de instrumento firmado com o Poder Público, e, ainda, por outra abordagem, se nestes casos é juridicamente possível admitir-se a manutenção de vigência do contrato, agregando mais uma empresa ao consórcio, com o fito de ampliar as garantias financeiras e técnicas à regular e eficiente execução de seu objeto.

Com efeito, comungo da tese defendida pelo Eminente Prof. Eros Roberto Grau e levo em conta as bem lançadas manifestações da Assessoria Jurídica e da Douta Secretaria Diretoria Geral, que resultaram em pareceres técnicos com enfoques diferenciados sob vários aspectos da questão, motivo pelo qual os apresento como elementos de contextualização do presente voto.

Todavia, observando a tônica e sentido genérico que nos parecem imperiosos à discussão em torno das indagações presentes, e, também, reconhecendo a riqueza que a análise do tema comporta, entendo ainda por considerar o quanto segue:

Em relação ao reconhecimento de concordata à determinada empresa que integra consórcio contratado pelo Poder Público, se faz necessário realçar o deslinde que o ordenamento confere ao instituto em tela, ao ponto em que visa regularizar as relações patrimoniais do concordatário, com fundamento na remissão da dívida (no caso das preventivas e remissórias) e dilação de prazo de pagamento (no caso das preventivas), cujos efeitos, vale lembrar, não são oponíveis em relação aos credores privilegiados e os com garantia real, a exemplo das pessoas jurídicas de direito público interno.

Tal concepção não se afasta da própria sistemática imposta pela norma de regência das licitações e contratos, pois o que se verifica expressamente como causa extintiva das relações contratuais restringe-se à decretação da falência, conforme disposição do art. 77, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, ao ponto que, de outro lado, o mesmo diploma legal, no parágrafo 2º do artigo 80, se mostra sensível à noção protetiva da concordata, atribuindo à Administração o possível juízo de manutenção do contrato.

Não se pode olvidar ainda que a eventual existência de determinada regra editalícia que afaste a participação de empresas concordatárias

na formação dos grupos consorciados tem como premissa maior assegurar as condições adequadas de habilitação econômico-financeiras à participação no certame e, posteriormente, na relação contratual dele decorrente.

No entanto, em tese, o que poderia causar maior espécie seria o fato de que tal empresa, já em situação de impontualidade, rendendo ensejo ao pretenso requerimento da concordata, estivesse em condições de atendimento das regras de habilitação do edital (pressupondo sua regularidade), e, após o reconhecimento do favor legal remissivo, que forçosamente a conduz a uma condição econômica mais confortável, se tornasse tal circunstância motivo de rescisão automática, obrigatória, do contrato.

Desta feita, comungamos do entendimento de que a possibilidade de manutenção do contrato se faz mediante análise do caso em concreto, de forma a circunscrever a margem de discricionariedade conferida ao agente competente e responsável para a decisão em comento, devendo este pautar-se pela cautela que se faz necessária ao não-comprometimento de garantir a adequada execução do contrato em face da concordata.

Uma vez asseguradas tais garantias de execução do contrato, que abarcam, por óbvio, o seu sentido técnico e financeiro, isto poderia render ensejo à afirmação da desnecessidade de agregação de mais uma empresa ao consórcio – objeto do segundo quesito formulado – e, cujo fundamento se traduz, justamente, na ampliação das mesmas garantias.

Contudo, não deve prosperar tal raciocínio, na medida em que a discussão da juridicidade acerca de posterior inclusão de empresa em determinado consórcio - quando contraposta às regras proibitivas do edital e do contrato neste sentido - não necessariamente deve ser travada, com base exclusiva, na situação excepcional de uma concordata porventura identificada em face de seus integrantes originários.

Isto porque, mesmo por outras circunstâncias, a exemplo de uma situação hipotética onde se constata e se justifica a necessidade absoluta de intensificação do ritmo de obras com avolumada mobilização de recursos técnicos, humanos e de capital, o cerne da questão residiria, ainda assim, no questionamento de rigidez dos termos editalícios restritivos à inclusão de terceiro e a contraposição com a própria necessidade de reconhecer a sua aceitação como solução técnica possível e adequada, ou seja, não mais estaria a discussão se referindo obrigatoriamente à concordata propriamente dita, mas, por outro viés, ainda assim haveria espaço à intelecção.

Neste diapasão, o que se percebe é que diante da comprovação consistente de inadequação da regra de participação do certame, caracterizada num campo inatacável de certeza negativa, não pode a leitura absolutizada de vinculação aos termos do edital representar um conflito com a própria perquirição do interesse público.

Ao contrário do que uma abordagem mais desavisada possa concluir da afirmação supra disposta, como sendo algo que desprestigia o princípio de vinculação aos termos do edital, o que se tem na verdade é a sua proteção, pois seu sentido maior é o de conferir segurança e estabilidade jurídica.

Por assim ser, tratando-se da confluência e harmonização de princípios que devem ser amparados em sua mais larga expressão, insistimos: não basta que a afirmação de observância da regra editalícia se situe num campo de indeterminação, dando margem a diversas interpretações, pois deve restar patente, cristalino, que a regra atacada se traduz num óbice ao alcance do interesse público, a ponto de **CONFORMAR o sentido de vinculação dos termos do edital ao seu conteúdo de proposição normativa**, ou seja, a própria segurança jurídica e o alcance de interesses primários da Administração.

Outra abordagem que se soma ao deslinde da questão reside no fato de que a alteração aventada situa-se em fase contratual, na qual subsiste a possibilidade de o consórcio se auto-organizar, assim como uma empresa, por razões particulares, ou até mesmo buscando eventualmente fortalecer a execução de um dado contrato, que - por motivos supervenientes - tenha se fragilizado diante de situações concretas, desde que isso não caracterize a substituição total da figura do contratado, o que seria ofensivo aos princípios da licitação.

Por óbvio que as cautelas devidas deverão ser adotadas pela Administração, em vista da natureza finalista do contrato, mediante a comprovação das condições habilitatórias da nova empresa que ingressa no consórcio original. O interesse público primário na continuidade e finalização da obra deve sempre nortear a análise da Administração frente a tais situações, autorizando ou não a alteração proposta.

Por todo exposto e reafirmando o sentido hipotético e generalista que, nos termos da Consulta, deve ser atribuído às questões suscitadas, respondo ao PRIMEIRO QUESITO '... O requerimento de concordata formulado por empresa integrante de consórcio contratado conduz necessariamente à rescisão de instrumento firmado com o Poder Público?' – de forma NEGATIVA; e, quanto ao SEGUNDO QUESITO '... é juridicamente possível admitir-se a manutenção de vigência do contrato, agregando mais uma empresa ao consórcio, com o fito de ampliar as garantias financeiras e técnicas à regular e eficiente execução de seu objeto?'– respondo de forma POSITIVA, desde que adotadas as cautelas e medidas que garantam a observância das questões supradestacadas.

Declaração de voto proferida pelo Conselheiro Roberto Braguim

A consulta da Exma. Sra. Prefeita envolve duas ordens de consideração, sendo a primeira concernente à rescisão da avença administrativa celebrada com consórcio do qual faz parte empresa que requereu sua concordata preventiva e, a segunda, pertinente à possibilidade de se agregar ao contratado

empresa, em razão daquele fato superveniente, com a finalidade de ampliar as garantias oferecidas para a eficiente e regular execução do ajuste em andamento.

Essas questões são por mim analisadas separadamente, na ordem em que estão enunciadas na consulta, consignando, desde logo, que a solicitação do Executivo está calcada no artigo 64 do antigo Regimento Interno deste Tribunal, reformulado pelo Diploma aprovado pela Resolução nº 03, de 03.07.2002, onde o instituto da consulta está regulado no Capítulo V, compreendendo os artigos 60 a 67.

Sem embargo, a referência ao dispositivo revogado é meramente formal, não impedindo, destarte, a apreciação da formulação do Executivo Paulistano, que tem suporte jurídico no Novo Regimento, cujo artigo 61 estabelece os requisitos da consulta, dentre os quais o de ser instruída com parecer do respectivo órgão de assistência técnica ou jurídica (inciso V), o que não se vislumbra entre as cópias acostadas à inicial.

Contudo, em homenagem a Exma. Sra. Prefeita, que denota com a presente consulta profundo respeito ao resguardo do Erário, entendo suprido esse requisito extrínseco da consulta com o parecer do ilustre Professor Eros Roberto Graus, constante às fls. 08/19, razão pela qual dela conheço, incursionando no exame de seu mérito.

Na seqüência, também respondo negativamente ao primeiro quesito, em sintonia com o voto do eminente Conselheiro Relator e com o entendimento sustentado nos pareceres técnicos jurídicos carreados ao bojo deste processado.

Assim respondo, à luz do artigo 78 da Lei Federal nº 8.666/93, que não arrola, entre os motivos da rescisão contratual, os casos de concordata da empresa contratada, sendo irrelevante o fato de figurar individualmente ou através de consórcio.

Na verdade, a concordata é um processo de moratória concedida pela lei ao devedor comerciante que se encontra em dificuldades para solver seus débitos nos respectivos prazos de vencimento, sem retirar dele, diferentemente do que ocorre na falência, a administração de seus bens e negócios, a qual passa a exercer, todavia, com restrições e sob a fiscalização de um comissário, nomeado pelo juiz competente (Lei de Falências, art. 167).

De fato, como doutrina WALTER T. ÁLVARES, no seu Direito Falimentar, editado pela Sugestões Literárias, pág. 560, n. 604:

> *'O devedor, apesar do processo de concordata, não perde a administração de seus bens. É esta uma das distinções básicas do processo de falência, no qual o falido é substituído pelo síndico, na administração da massa.*

> *Na concordata, isso não ocorre. Se se tratar de concordata preventiva, o devedor prossegue na administração dos seus bens, e, no caso da concordata suspensiva, o falido passa a novamente administrar os bens da massa, já agora em processo de concordata.'*

Logo, o simples fato de o contratado requerer, preventivamente, sua concordata não induz, "ipso facto", a rescisão do ajuste administrativo, o que é reforçado pela disposição contida no artigo 80, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/93, que permite à Administração, nessa hipótese, manter o contrato, com a faculdade de assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

Tenha-se presente, porém, que a manutenção do contrato é faculdade da Administração, que tem, assim, o arbítrio de rescindir ou não o ajuste firmado, segundo a orientação que mais convier às suas finalidades e ao interesse público (Jessé Torres Pereira Junior, Comentários, Renovar, 3ª. edição, pág. 498; Marçal Justen Filho, Dialética, 2000, pág. 612).

A segunda indagação, à sua vez, está respondida pelo item 5.1.1 do Edital que regeu a Concorrência nº 037/2003, vencida pelo contratado, vedando peremptoriamente consórcios com mais de duas empresas participantes (fl. 23), e, sobretudo, pela cláusula 18.4 do contrato dela decorrente, que textualmente declara:

> *'Caso a contratada seja um consórcio, este não poderá ter mais do que duas empresas participantes, que deverão permanecer consorciadas até o fim da execução das obras, sendo vedada a substituição.'*

Diante dessas estipulações, claras e taxativas do Diploma Convocatório e do ajuste instrumentalizado, não há espaço ou abertura para a substituição de qualquer das empresas consorciadas, ou mesmo a adesão ou agregação de novas, ainda que isso implicasse em aumentar as garantias de seu cumprimento e assegurar a execução regular e eficiente do serviço e/ou obra avençados.

Bem por isso, o expediente sugerido, pasme-se, pela própria empresa que requereu sua concordata preventiva (fls. 05/06) importa na agressão aos postulados básicos do processo seletivo, enunciados no art. 3º da Lei de Regência, como os da igualdade, publicidade, moralidade e vinculação ao edital, já que outros consórcios poderiam ter interesse em participar do certame, caso lhes fosse possível aumentar o número de empresas deles participantes, o que estava proibido pelo item 5.1.1 do Diploma Convocatório antes citado.

Mais grave seria incluir-se no ajuste empresa que não participou do pleito, não se submetendo, deste modo, às condições de habilitação e ao crivo da análise da Comissão Licitante.

Acrescente-se a tudo isso o fato de que a situação analisada não está incluída em qualquer das hipóteses de alteração do contrato administrativo, enumeradas no artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação que lhe deram as Leis nºs 8.883/94 e 9.648/98.

De conseguinte, a proposta da própria concordatária integrante do Consórcio contratado é manifestamente injurídica e revela, além disso, incapacidade em dar cumprimento às obrigações assumidas e dar continuidade regular e adequada aos serviços ajustados.

Por outra parte, a consecução do interesse público não se alcança com atos ou condutas que conduzam à agressão aos princípios fundamentais da Administração Pública, como aqueles explicitados no "caput" do artigo 37 da Carta Política de 1988, sobrelevando os da legalidade, moralidade e da publicidade, pois, como doutrina MARÇAL JUSTEN FILHO, na análise de um daqueles princípios:

> *'O direito reprova condutas incompatíveis com valores jurídicos. Em alguns casos, torna-se proibida. Em outros, a lei determina como obrigatória uma conduta valorada, como a única capaz de satisfazer o interesse público. Em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico.' (Comentários, Dialética, 2000, pág. 71)*

Por tais razões, admitir-se que empresa não participante da licitação passe a aderir ao ajuste nas condições propostas pela concordatária, no encaminhamento de fls. 05/06, a Egrégia Corte estaria, s.m.j., abrindo precedente perigoso, possibilitando a qualquer empresa, consorciada ou não, agregar-se ao ajuste firmado com pessoa jurídica que requereu supervenientemente sua concordata, acarretando grave lesão aos princípios citados.

Nessa linha de raciocínio e exposição, sou impelido a divergir, nesse tópico, do entendimento sufragado pela Douta Relatoria e pelos órgãos preopinantes, respondendo também negativamente ao segundo quesito da consulta inaugural deste procedimento.