

Alteração na Participação de Empresas no Consórcio, na Etapa de Execução da Obra

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Deparei-me recentemente com um caso interessante. Três empresas participaram, em consórcio, de licitação para execução de obra pública. Apresentaram o menor preço, pelo que lhes foi adjudicado o objeto licitado.

Durante a execução do contrato, decidiram alterar a participação de cada uma no consórcio. Originalmente, as consorciadas **A** e **B** tinham participação de 40%, cada, enquanto a **C** participava com 20% no “*capital*” do consórcio. A alteração, que não foi submetida à aprovação prévia da Administração contratante, tal como previsto no edital da licitação e no contrato, reduziu a participação da consorciada **A** para 2% (dois por cento), enquanto a **B** e a **C** passaram a participar com 49%, cada uma delas.

Argumentaram as consorciadas que:

- a) a participação de cada empresa no “*capital*” do consórcio era matéria do interesse exclusivo das consorciadas, pelo que não era necessária a aprovação prévia da contratante; e
- b) as consorciadas eram responsáveis solidariamente pelo cumprimento das obrigações contratuais, de acordo com o art. 33, V, da Lei 8.666/93, sendo, assim, irrelevante para a Administração a alteração da participação percentual de cada uma delas no consórcio, já que todas eram responsáveis por 100% do empreendimento.

O assunto foi submetido a minha apreciação. Discordei das razões apresentadas. Transcrevo alguns dos trechos do parecer que emiti:

“Poder-se-ia argüir que as empresas consorciadas, de acordo com o art. 33, inciso V, da Lei 8.666/93, são solidariamente responsáveis

pelos atos praticados pelo consórcio. Mas esse argumento seria irrealista, porque demasiadamente formal. A Administração Pública, como vimos acima, tem o dever-poder de preservar e realizar o interesse público primário, da sociedade (sobre a noção de interesse público ou coletivo primário, v. **Renato Alessi**, 'Principi di Diritto Amministrativo', Milão, Giuffrè, vol. I, 1974, pp. 226 e ss.). No exercício da função administrativa, o agente público deve levar em conta a eventual **responsabilização** do contratado inadimplente, mas sua preocupação maior deve ser com o cumprimento das **obrigações** contratuais.

.....

Hans Kelsen ('Teoria Pura do Direito', trad. portuguesa, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1984, pp. 171 e ss.) distingue 'dever jurídico' e 'responsabilidade'. Diz ele (p. 177) que 'um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposto de um acto coercitivo (como sanção)'.

Se esse indivíduo não se conduz de acordo com a norma, a sanção, conforme o caso, pode ser dirigida a ele ou a um outro indivíduo 'que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica'. No primeiro caso, 'o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa'. No segundo caso, não. Escreve **Kelsen** (pp. 182/183) que, normalmente, o indivíduo obrigado pode evitar a sanção da execução civil através do pagamento de **indenização** pelo prejuízo causado a outrem. Existe um **dever principal** (a obrigação de cumprir a norma), e um **dever subsidiário** (o dever de ressarcir os prejuízos ilicitamente causados). É clara a distinção entre **obrigação** (o dever principal) e **responsabilidade** (o dever de ressarcir os prejuízos, ou seja, o dever de indenizar). Saliente-se que a teoria pura do direito sustenta, acertadamente, que tanto é norma jurídica a norma legal, de segundo escalão, quanto a contratual, de terceiro escalão. O descumprimento de uma norma contratual deve ter como conseqüência a aplicação da sanção de execução civil, que pode ser evitada mediante pagamento de uma indenização.

O agente público que prioriza a **responsabilidade** em detrimento do cumprimento da **obrigação** está, portanto, priorizando o dever **subsidiário** diante do **principal**. Está, além do mais, administrando mal a coisa pública. O interesse público primário exige que a obra seja bem executada, **que o resultado seja alcançado**. Para isso, o agente público há que se preocupar não apenas com a **eficiência** – princípio consagrado no art. 37 da

Constituição – como sobretudo com a **eficácia**. O objetivo do contrato de empreitada não é assegurar que a parte inadimplente seja responsabilizada, mas que a obra seja executada e concluída a contento. Assim, a Administração não pode, no caso concreto, ignorar ou relativizar o fato de que a consorciada **A** - que contribuiu com o maior número de atestados para a qualificação do consórcio - reduziu sua participação no consórcio ao percentual **simbólico** de 2%. Ela não pode apegar-se à noção de **responsabilidade**, ignorando o fato de que a consorciada **A** é uma **empresa privada**, e como tal possui **interesses econômicos**. Parece-me evidente que uma empresa com participação de 2% no **resultado econômico** do consórcio dificilmente terá motivação para contribuir eficientemente para o cumprimento das **obrigações** contratuais. Esta noção, **realista**, alcança maior dimensão na medida em que a boa execução das obras dependerá basicamente de sua experiência técnica.

Assim, as consorciadas não poderiam alterar o instrumento de consórcio sem a prévia aprovação da contratante. Esta, por sua vez, não poderia aprovar a alteração, nos termos em que foi efetuada. Tomando conhecimento de que ela teria sido efetuada à sua revelia, deveria rescindir o contrato com base no inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93, que determina que o contratado deverá **‘manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação’**. (grifei)

E acrescentei no final:

“Se a participação da empresa **A** tivesse sido, **desde o início**, de 2%, a Administração deveria desqualificar o consórcio por esse motivo. Isso porque restaria evidente que o objetivo de sua participação, desprovida de qualquer significação econômica, teria sido **única e exclusivamente** o de aportar os atestados técnicos para efeito de qualificação, o que caracterizaria o compromisso de consórcio como **negócio jurídico simulado**, nos termos do art. 167 do Código Civil. Se a Administração qualificasse o consórcio, estaria ferindo os princípios constitucionais da **legalidade** – porque estaria aceitando como **válido** um negócio jurídico **nulo** - e da **isonomia** – porque estaria dando tratamento igual a licitantes desiguais.”

Conclusão: **(a)** os editais de licitação devem determinar que qualquer alteração na composição do consórcio, assim como na participação percentual de cada consorciada, deve ser submetida à aprovação prévia da Administração, quer ela ocorra durante a licitação,

quer durante a execução do contrato; **(b)** nem sempre a Administração tem amparo jurídico para aprovar a alteração pretendida.

(Comentário CELC nº 116 – 01.05.2005, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.