

Protocolo ARTESP nº 198.458/12 Parecer CJ/ARTESP nº 264/2012
Interessado ARTESP
Ementa CONTRATO ADMINISTRATIVO. Pagamento.

Questionamento formulado pela Administração. Aventada a hipótese de se efetuar, proporcionalmente, a parcela das empresas consorciadas, o pagamento contratualmente estipulado em contrato celebrado com consórcio privado, considerando-se que uma das empresas consorciadas não apresentou documento necessário à realização dos pagamentos. Impossibilidade. Artigos 278 e 279 da Lei Federal nº. 6404/1976, c/c os artigos 28, 29, 33 e 55 da Lei Federal nº. 8666/1993. Adimplemento, pelo consórcio, das condições contratuais necessárias à realização do pagamento, que ocorre através do seu atendimento por cada uma das consorciadas. Proposta de retorno à origem com posterior encaminhamento ao setor consulente.

Senhora Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica,

1. O processo administrativo em epígrafe foi iniciado pela Unidade de Gestão Administrativa com vistas à formulação de consulta atinente à realização do pagamento devido a consórcio contratado para a prestação de determinado serviço, quando uma das empresas consorciadas não está apta a apresentar os documentos indicativos de sua regularidade fiscal.

2. Mais precisamente, à fl. 04, pergunta-se “(...) *quando uma das empresas consorciadas apresentar problemas na documentação a ser encaminhada, é possível realizar o pagamento das demais consorciadas, retendo apenas a quota parte da empresa que está com problemas?*”.

3. Juntamente ao despacho em que manifestada a dúvida, foram os autos instruídos com cópia do Contrato ARTESP nº 175/2010, firmado com o “CON-SÓRCIO EAG CONCESSÕES” (fls. 05/18), além de cópia não oficial do art. 195 da Constituição Federal (fls. 19/20), do art. 47 da Lei Federal nº 8212/91 (fls. 21/22), do art. 55 da Lei Federal nº 8666/93 (fl. 23) e dos arts. 143 a 146 da Instrução do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nº 01/2008 (fl. 24).

4. Assim compostos, os autos foram remetidos à Consultoria Jurídica, pela Chefia de Gabinete da Diretoria Geral, para ciência, análise e manifestação (fl. 27).

Esse é o relatório. Passo a opinar.

5. Cuida-se de atender a consulta formulada pela Administração no que se refere à possibilidade de realizar de maneira proporcional, apenas a parte das

empresas consorciadas, o pagamento devido a consórcio regularmente contratado, após devidamente constatados e quantificados os serviços prestados, tendo em vista que uma das companhias consorciadas não apresentou documento(s) necessário(s) para a realização do pagamento.

6. Para iniciar a análise da questão proposta é preciso tratar da natureza da entidade contratada, um consórcio composto por entidades privadas.

7. A matéria está disciplinada na Lei Federal nº 6404/1976, arts.s 278 e 279¹. De acordo com esse diploma normativo, os consórcios poderão ser formados tanto por companhias (sociedades anônimas) como por outras formas de sociedade, sendo que, em qualquer caso, não possuirá personalidade jurídica própria. Desse modo, a formação de um consórcio de empresas, tendo em vista a execução de um determinado empreendimento, é precedida da assinatura de um contrato privado, o qual preverá as obrigações de cada consorciada.

8. Por não dispor de personalidade jurídica própria, não se faz possível a emissão, em nome do consórcio, dos documentos atinentes à regularidade fiscal, trabalhista e à habilitação jurídica, listados nos arts. 28 e 29 da Lei Federal nº 8666/93.

1 “Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.
 § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.
 § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.
 Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)
 I - a designação do consórcio se houver;
 II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
 III - a duração, endereço e foro;
 IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
 V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
 VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
 VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
 VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.
 Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada”

9. Tendo isso em vista, a mesma Lei federal previu, em seu art. 33, que, “quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio”, a comprovação dos requisitos de habilitação acima referidos será feita mediante a apresentação dos documentos referidos nos já mencionados arts. 28 e 29 por parte de cada entidade consorciada².

10. Assim, é certo que a habilitação de determinado consórcio, seja para sua participação válida em certame público, seja para a contratação direta, em caso de dispensa ou inexigência de licitação, é realizada mediante a aferição do atendimento, pelas consorciadas, dos requisitos legalmente fixados.

11. Decorrente lógica disso é que, da mesma forma, a aferição de que o consórcio contratado mantém, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, depende de verificar-se a regularidade de cada uma das empresas consorciadas que o compõem, seja perante o fisco, seja perante os órgãos e entidades previdenciários ou trabalhistas, bem como de controle ou organização das entidades comerciais.

12. Diante do acima exposto, observo que, não sendo o consórcio contratado capaz de, em seu próprio nome, cumprir com o pagamento de contribuições, impostos, dentre outros deveres decorrentes do exercício de sua atividade econômica, deve a aferição do adimplemento, “pelo contratado”, das obrigações legais em comento, como condição à realização do pagamento, ser efetuada através de documentação a ser apresentada pelas empresas consorciadas.

13. No caso de qualquer das empresas consorciadas não estar apta a oferecer à Administração algum ou alguns dos documentos indicados no próprio instrumento de contrato administrativo como necessários à efetuação do pagamento, forçoso concluir que não foram atendidas, pelo consórcio, as exigências que foram ali estipuladas em atenção à legislação que rege a avença.

14. Ora, se, conforme acima esclarecido, a irregularidade fiscal, jurídica ou trabalhista, por qualquer das consorciadas, pode levar à impossibilidade de participação do consórcio em certame licitatório, à impossibilidade de sua contratação direta, e à

2 “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:
(...)

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;”

rescisão do contrato por descumprimento de obrigação previamente pactuada (art. 55, XIII, da Lei Federal nº 8666/93), não há dúvida de que, também, leva à sustação do pagamento contratualmente estipulado, enquanto não regularizada a situação pela consorciada inadimplente com relação às obrigações legais que lhe incumbem.

15. Com efeito, a regularidade do consórcio contratado é, nos termos da lei, aferida a partir da regularidade das pessoas jurídicas que o compõem, ou seja, que firmaram contrato com o compromisso de, conjuntamente (em consórcio), realizar determinado empreendimento.

16. Assim, em resposta ao questionamento formulado esclareço que, se qualquer das consorciadas apresentar irregularidade que, nos termos do contrato, leve à sustação do pagamento, este deverá ser sustado em sua integralidade. Isso porque, como já dito, não se pode considerar, nesse cenário, que o consórcio cumpriu com as condições pactuadas. Não é possível, destarte, realizar o pagamento proporcional, apenas às empresas que apresentarem toda a documentação necessária. Não foram elas diretamente contratadas, mas sim o consórcio que optaram por formar.

17. Reparo, contudo, que as considerações acima foram tecidas em meio a um cenário hipotético, considerada apenas a disciplina legal vigente sobre a matéria. Isso porque, muito embora instruídos os autos com cópia do Contrato ARTESP nº 175/2010, não foi precisamente indicado pela Administração qualquer caso concreto e atual em que ocorrida a situação objeto de dúvida. Assim, para exame conclusivo de cada uma das situações possíveis de irregularidade, é preciso que sejam remetidos a exame os documentos que regem o contrato administrativo em questão, bem como a indicação precisa do inadimplemento verificado quanto a uma das consorciadas.

18. Sendo o que havia a se considerar, proponho o retorno dos autos à origem, com posterior encaminhamento à Unidade de Gestão Administrativa, Área de Licitações.

É o parecer, submetido à consideração superior.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2012.

NATÁLIA MUSA DOMINGUEZ NUNES
Procuradora do Estado Consultoria Jurídica da ARTESP

