

TC 008.613/2018-4

Tipo: Representação (com pedido de medida cautelar)

Unidade jurisdicionada: Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE)

Representante: Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza (CNPJ 23.699.058/0001-70), formado pelas empresas Acciona Construccion S/A (CNPJ 03.503.152/0001-03), e Construtora Marquise S/A (CNPJ 07.950.702/0001-85)

Advogados: Márcio Christian Pontes Cunha (OAB/Ceará 14.471) e Thiago de Castro Pinho Lopes (OAB/Ceará 16.272) (peça 2)

Interessados em sustentação oral: não há

Proposta: preliminar (oitiva prévia)

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação formulada pelo Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza (CNPJ 23.699.058/0001-70) com pedido de medida cautelar em razão de supostas irregularidades cometidas pela Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE) no processo administrativo relativo à rescisão unilateral do Contrato 018/Seinfra/2013 e à realização de nova licitação para a obras da Linha Leste do Metrô de Fortaleza com violação ao contraditório e à ampla defesa e sem a realização de estudos técnicos e econômicos que examinem a vantajosidade de implementação de novo certame para o mesmo objeto (peça 1).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

3. Além disso, o Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza é signatário do Contrato 018/Seinfra/2013 e possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

4. Quanto à matéria ser de competência do Tribunal, evidencia-se que as fontes de recursos do Contrato 018/Seinfra/2013 englobam aporte de recursos públicos federais oriundos do Orçamento Geral da União (OGU), empréstimos da Caixa Econômica Federal (CEF) e de financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), conforme previsto no subitem 2.1 do Edital de Concorrência Pública Nacional 20130004/Seinfra/CCC (peça 14) e estabelecido na cláusula terceira do referido contrato (peça 10), já tendo sido realizada pelo TCU auditoria no âmbito da licitação e do objeto contratual (TC-009.221/2016-6 e TC-031.394/2015-9).

5. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução – TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato das supostas irregularidades, pois a rescisão injustificada de contrato e a realização de novo certame sem estudos técnicos preliminares poderiam, em tese, causar prejuízo decorrente de ausência de vantajosidade, com atraso na conclusão de relevante obra de mobilidade urbana e sem os consequentes benefícios a serem usufruídos pela sociedade com o empreendimento.

6. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua

procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

Argumentos do representante

7. Em síntese, o Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza alega que há ilegalidade no Processo Administrativo 9014838/2017 em razão das seguintes determinações da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE):

(i) rescisão unilateral do Contrato 018/SEINFRA/2013 visando à realização de obras de implantação da Linha Leste do Metrô de Fortaleza, mediante processo administrativo que vem se desenvolvendo de forma irregular no âmbito da Seinfra-CE, com graves violações ao contraditório e à ampla defesa;

(ii) realização de nova licitação para a mesma obra do Contrato 018/Seinfra/2013, antes mesmo da conclusão do processo que visa à sua rescisão, e independentemente da realização de quaisquer estudos técnicos e econômicos que examinem a (suposta) vantajosidade da realização do novo certame.

Dos fatos

8. Inicialmente, o consórcio contratado informa que tomou conhecimento, por meio de recentes e reiteradas notícias divulgadas na imprensa escrita (peça 1, p. 9 – rodapé), de que o Estado do Ceará pretendia rescindir o Contrato 018/Seinfra/2013 e deflagrar novo procedimento licitatório para execução das obras da Linha Leste do Metrô de Fortaleza, com a redução do escopo dos serviços.

9. Tais notícias surpreenderam sobremaneira o consórcio exponente, uma vez que, além de contrárias ao propósito que se entendia comum sobre a manutenção do contrato, também contrariaram as posições adotadas formalmente pelos diversos órgãos integrantes da administração, a exemplo da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e da Secretaria da Infraestrutura (Seinfra-CE).

10. Diante disto, o consórcio exponente reiteradamente solicitou esclarecimentos ao Estado do Ceará acerca da procedência ou não das notícias inerentes à suposta rescisão contratual e deflagração de nova licitação, bem como requereu cópias dos estudos e pareceres sobre o projeto básico, incluindo as condicionantes do órgão financiador que, em tese, estariam motivando a rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 e a relicitação da obra, consoante requerimentos 9063294/2017, de 20/12/2017, 0679201/2018, de 29/1/2018 e 0808346/2018, de 1/2/2018 (peças 22-24), e conforme notificação judicial 0108708-75.2018.8.06.0001 (peça 25).

11. Entretanto, o consórcio contratado afirma que, em resposta aos requerimentos administrativos, não teve acesso a qualquer esclarecimento expresso por parte do Estado do Ceará no tocante aos assuntos em foco, e nem às cópias dos estudos e pareceres sobre o projeto básico, incluindo as condicionantes do órgão financiador que dariam sustentáculo à rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 e à relicitação da obra.

12. Ressaltou que somente foi notificado sobre a existência de um processo administrativo formal de rescisão (processo 9014838/2017) após dois meses de sua instauração, em 14/02/2018, para conhecimento do despacho administrativo que determinou a adoção de providências para rescisão unilateral do Contrato 018/Seinfra/2013 sob argumento de interesse público, tendo sido concedido prazo de cinco dias úteis, em suposta conformidade com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, para apresentação de prévia defesa, facultando vistas ao processo administrativo relacionado (peças 26-28)

13. Adita, compulsando referido processo 9014838/2017, que tal ato se deu ante a conclusão do Metropolitano de Fortaleza (Metrofor), operado pela Companhia Cearense de Transporte Metropolitano, de que o objeto do contrato teria sido completamente alterado, sem que tenha sido apresentado ao consórcio contratado, de forma minimamente pormenorizada, qual o objeto do novo

contrato, e que supostamente impediria, por exemplo, a mera promoção de alterações (acréscimos e/ou supressões de serviços) ao Contrato 018/Seinfra/2013 destinadas a satisfazer o interesse público, a teor do previsto nos artigos 58, inciso I, e 65, inciso II, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993.

14. Destaca que a manifestação do Metrofor lançada no processo 9014838/2017 (peça 12, p. 11-20) apontou, sem qualquer espécie de detalhamento, que há mudança de objeto, sem que tenham sido materialmente disponibilizados ao consórcio a documentação inerente aos dados e parâmetros técnicos que supostamente amparam a sua conclusão, inviabilizando, portanto, que o contratado pudesse se contrapor às conclusões da área técnica da administração contratante.

15. O consórcio, no prazo aberto para defesa, apresentou petição informando a impossibilidade de apresentar defesa prévia, amparada na Lei 8.666/1993 (peça 29), justamente por não lhe terem sido apresentados os estudos, plantas, levantamentos, memórias de cálculo, orçamentos, planilhas e/ou projetos construtivos que supostamente serviram de alicerce à conclusão do Metrofor (peça 12, p. 11-20) e da Coordenadoria de Transportes e Obras (CTO) da Seinfra-CE no sentido de que haveria necessidade de rescisão contratual e realização de nova licitação por mudança do objeto.

16. Sem resposta da administração, o representante apontou que a conduta da Seinfra-CE descumpriu os princípios da ampla defesa e da supremacia do interesse público, nos seguintes termos:

Observe-se que as evidentes violações ao exercício do contraditório e da ampla defesa não apenas prejudicam o Consórcio exponente, mas sobretudo contrariam o princípio da supremacia do interesse público, que em medida alguma se beneficiaria de um processo viciado em sua natureza, e cujo objeto seria a realização de uma nova licitação que muito provavelmente se comprovará desvantajosa ao erário.

Isso porque, a reiterada omissão por parte da Administração Pública traz incertezas acerca da dimensão quantitativa e qualitativa das alterações do objeto da nova contratação, essenciais para o sopesamento entre a manutenção do contrato já existente e o lançamento de novo procedimento licitatório.

Vale dizer, ausentes os mais elementares dados a fim de propiciar o exame da correção técnica dos argumentos do Metrofor, não há como concluir assertivamente acerca da vantajosidade na rescisão do contrato vigente e da relicitação de um objeto idêntico ao de contrato anterior perfeitamente adjudicado e homologado pelo governo estadual.

Sobremaneira, somente haverá confirmação da prevalência do interesse público quando efetivamente forem disponibilizadas pela Seinfra tais essenciais informações, pois sem isto não há como concluir que se fez benéfica à sociedade cearense a imposição posta pela Seinfra e ora combatida por meio desta representação.

Igualmente, sem a documentação técnica correspondente, não é viável ao contratado se contrapor ao entendimento de que a alteração do objeto é substancial e que isto importaria em rescisão contratual e nova licitação, tratando o presente caso de uma nítida violação aos direitos do contraditório e ampla defesa reservados ao consórcio exponente.

Não é demais dizer que a postura do Estado do Ceará, na figura da Seinfra, no presente caso é notadamente antidemocrática, contrariando os ditames constitucionais previstos no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal e infralegais, Lei da Transparência 12.527 de 2011.

(...)

Conceder a ampla defesa não é unicamente ofertar prazo para manifestação, como efetuado pela Administração, é propiciar os meios e as informações necessários ao exercício da defesa, medidas não adotadas no caso em tela, haja vista que o Processo Administrativo 9014838/2017 é inteiramente carente das informações imprescindíveis à apresentação de defesa efetivamente pautada nos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo como finalidade única a rescisão a qualquer custo, a toque de caixa.

É plenamente possível que as mudanças nos projetos sejam acatadas pelo consórcio, o qual sempre se empenhou na continuidade das obras. Entretanto, necessita, evidentemente, de pleno acesso aos fundamentos técnicos e aos supostos novos projetos, tudo com objetivo de analisar de forma pormenorizada e apresentar defesa prévia consistente, a qual inclusive poderia demonstrar que tais projetos podem ser adequados ao objeto já contratado, viabilizando, inclusive, a demonstração de maneira amplamente fundamentada da alternativa, de fato, mais benéfica ao interesse público.

Não há como tergiversar: a rescisão tem sido buscada pela administração atropelando as regras legais, simplesmente cumprindo um cronograma, sem qualquer análise dos argumentos do consórcio, sem efetivamente realizar o balanceamento entre os benefícios e prejuízos relacionados à rescisão contratual e lançamento de novo procedimento licitatório.

A conduta precipitada da Seinfra não somente compromete a melhor análise da observância ao interesse público, como também impede, conseqüentemente, que o Consórcio sequer se manifeste ou apresente defesa prévia adequada ante a falta de informações técnicas, notadamente pela não apresentação dos projetos supostamente alterados.

17. Aduz que o edital de licitação e o contrato fazem lei entre as partes, mas não impedem de promover alterações destinadas a satisfazer o interesse público (princípio da mutabilidade administrativa), a teor do previsto nos artigos 58, inciso I, e 65, inciso II, e § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, havendo o permissivo legal autorizador da adequação e da redução do projeto original, alterando o contrato por comum acordo entre as partes, sem a necessidade de observar o limite de 25% ou fracionar a obra, medida que possivelmente pode ser adotada no caso em tela, mas que não tem o contratado como analisar diante da ausência de acesso aos dados técnicos que subsidiam a conclusão da Seinfra.

18. Reforça que, antes mesmo de receber os pretensos novos projetos, para possível adequação/redução do Contrato 018/Seinfra/2013, foi decidida pelo Estado do Ceará a rescisão contratual, tão somente abrindo-se prazo para defesa, a qual, obviamente, não pode ser exercida de forma plena ante a falta de elementares requisitos e de informações nos processos administrativos.

19. Apresenta os procedimentos supostamente irregulares da Seinfra-CE quanto à decisão pela rescisão contratual:

1) Antes de decorrido o prazo aberto para apresentação de defesa prévia acerca da rescisão, o contratante já havia apazado Audiência Pública obrigatória para o lançamento de novo edital com objeto contratual, no mínimo, semelhante (peças 18 e 19);

2) A petição do consórcio, apresentada no prazo de defesa esclarecendo a impossibilidade de defesa técnica sem acesso a documentação relacionada, foi protocolada em 22/2/2018, tendo a rescisão sido publicada no Diário Oficial do Estado do dia seguinte (peça 30). Ou seja, não houve qualquer análise ou superficial leitura, simplesmente cumpriu um cronograma, certamente não daria tempo, de um dia para outro, analisar, decidir e publicar no Diário Oficial.

20. Segundo o consórcio representante, a administração contratante alega que a rescisão advém do interesse público, por suposta **mudança de objeto**, contudo deixa de apresentar tecnicamente e de forma detalhada quais mudanças ocorreram, de forma que o consórcio ficou impossibilitado de se manifestar/apresentar defesa, pois não possuía as informações técnicas necessárias acerca dos projetos supostamente alterados e de posse do Estado do Ceará.

21. Ante os fatos apresentados, requer a anulação do ato de rescisão em vista da não apresentação ao consórcio contratado da documentação técnica que supostamente serviu de alicerce à conclusão da alteração do objeto e da necessidade de rescisão contratual, bem como requer a suspensão dos demais procedimentos relacionados à nova licitação para implantação da linha leste do metrô de Fortaleza.

Do Direito

Da ilegalidade da rescisão: violação do interesse público

22. Dispõe o art. 78 da Lei n.º 8.666/1993 acerca das hipóteses que constituem motivo para a rescisão contratual, encontrando-se no artigo seguinte as formas pelas quais podem ocorrer as rescisões, in verbis:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

[...]”

23. O consórcio representante ressalta que a rescisão contratual deve ser motivada com garantia do contraditório e ampla defesa, conforme dispositivos da Lei 8666/93, Lei 9.784/1999 e Constituição Federal:

Assim, embora o aludido art. 79, inciso I, assegure o direito da Administração Pública em rescindir o contrato de forma unilateral com o particular contratado, nos casos acima transcritos, é assegurado pelo parágrafo único, do artigo 78, o contraditório e ampla defesa em todas as hipóteses rescisórias. Portanto, impõe-se, desde logo, entender que a expressão “unilateral” contida na lei transcrita não significa que a rescisão nesses casos, por se tratar de vontade exclusiva da Administração, independeria da garantia do contraditório e da ampla defesa ao contratado.

Na verdade, a Lei de Licitações é suficientemente clara acerca do dever de a Administração motivar substancialmente a razão da rescisão e de garantir aos contratados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, seja qual for a hipótese de desfazimento do pacto.

Além disso, é necessário considerar os limites da própria discricionariedade administrativa, quais sejam a segurança jurídica, a continuidade dos contratos, bem como a motivação administrativa.

Em tal cenário, enfatize-se, é de clareza solar a violação ao direito do Consórcio contratado ao contraditório, à ampla defesa e à produção de provas, como também ao direito do contratado de formular alegações e apresentar documentos que sejam efetivamente analisados pela Administração antes da tomada de decisão, configurando no procedimento efetuado crassas ofensas às previsões dos arts. 2º, parágrafo único, inc. X, art. 3º, inc. III, da Lei nº 9.784/1999.

Deste modo, independentemente da previsão do art. 78, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, a Carta Magna (artigo 5º, inciso LV) assegura o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório em qualquer processo, seja administrativo ou judicial. Então, a rescisão unilateral do contrato administrativo, consoante disposto na Lei de Licitações, deve ser adotada de forma cautelosa, até porque, a própria lei mencionada, em seu artigo 79, § 2º, assegura o direito do contratado em ser ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.

Assim, havendo ainda a necessidade da rescisão unilateral do contrato, a garantia dos direitos constitucionais ao contratado é indispensável, sob pena de nulidade dos atos praticados ao arrepio da norma constitucional.

Como se vê, é pacífico o direito de a Administração Pública rescindir unilateralmente o contrato administrativo, porém devendo o ente público fundamentar seus atos e garantir ao contratado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, seja qual for a hipótese de rescisão, conforme estipulado no art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, art. 2º, parágrafo único, inc. X, art. 3º, inc. III, da Lei nº 9.784/1999, e no art. 5º, inc. LV, da C.F./1988.

24. Traz, ainda posicionamento doutrinário acerca da rescisão administrativa unilateral, com destaque para a ausência de discricionariedade e vinculação aos motivos do distrato:

“Rescisão administrativa é a efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, por inadimplência do contratado ou por interesse do serviço público. No primeiro caso pode ou não haver culpa do contratado, mas no segundo essa é sempre inexistente, como veremos oportunamente, ao tratar dessa espécie.

Em qualquer caso, porém, a Administração, pela rescisão administrativa, põe termo à execução do ajuste e assume o seu objeto, independentemente de ordem ou decisão judicial, pois essa é uma de suas prerrogativas nos contratos tipicamente administrativos, salvo de empréstimos públicos, dado o seu caráter eminentemente financeiro.

Por outro lado, **em qualquer caso exige-se procedimento regular com oportunidade de defesa e justa causa, pois a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos ensejadores desse excepcional distrato”**

(Hely Lopes Meirelles , Direito Administrativo Brasileiro , p. 223, 15ª edição, Revista Tribunais)

25. Conclui, que a administração contratante violou peremptoriamente o direito de defesa do consórcio, porquanto não disponibilizou acesso aos estudos, plantas, levantamentos, memórias de cálculo, orçamentos, planilhas e/ou projetos construtivos que supostamente serviram de alicerce à conclusão do Metrofor de que há mudança do objeto contratual, obstando com isto a análise pelo consórcio da procedência ou não de tal conclusão lançada no processo administrativo 9014838/2017. Aduz que foi inviabilizada a produção de provas, com a publicação da rescisão contratual e sem análise das suas argumentações.

26. Ressaltou que, a bem da verdade, a mudança de projeto acarreta a alteração e não a rescisão contratual, nos termos da Lei 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

27. Frise-se que o TCU decidiu, em caso semelhante, pela anulação do ato de rescisão ante a não disponibilização de cópia da alteração de projeto que o fundamentou, com inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no curso do processo administrativo, conforme Acórdão 252/2015-TCU-Plenário:

Trata-se de representação formulada pela Secex/PI, a partir de cópia da instrução do TC 005.785/2014-6 (apenso), que tratou de solicitação da Sra. Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes, Juíza da 5ª Vara da Justiça Federal do Estado do Piauí, sobre possíveis **irregularidades na rescisão unilateral do Contrato nº 42/2010**, celebrado entre a empresa pública Águas e Esgotos do Piauí S.A. (Agespisa) e a Construtora Jole Ltda., para execução de obras de ampliação e melhorias do sistema de esgotamento sanitário de Teresina/PI, custeado com recursos federais oriundos do Contrato de Repasse nº 0224.287-88/2007, para a transferência de até R\$ 54.253.472,60 ao Estado do Piauí (Peça nº 1, fls. 21-29, do TC 005.785/2014-6).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. **conhecer** da presente representação, com fundamento no art. 237, inciso VI, do RITCU, para, no mérito, considerá-la **procedente**;

9.2. **determinar** à empresa pública Águas e Esgotos do Piauí S.A. (Agespisa) que: 9.2.1. adote, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, **promovendo a anulação do ato de rescisão do Contrato nº 42/2010**; 9.2.2. avalie, quando da conclusão e aprovação do novo projeto para a execução das obras previstas, todas as variáveis pertinentes, envolvendo aspectos legais, financeiros, técnicos e operacionais, para a tomada de decisão acerca da manutenção ou não do aludido contrato, com a adoção das medidas legais cabíveis; (...) 9.5. arquivar os presentes autos, sem prejuízo de determinar à Secex/PI que promova o monitoramento das determinações constantes deste Acórdão.

(...)

Voto

9. Com efeito, o projeto que previa a alteração substancial do modelo das estações de tratamento de esgotos contratado (as lagoas de estabilização seriam substituídas pelo sistema de lodos ativados, com mudança significativa no preço contratado), servindo como suposta motivação para a aludida rescisão contratual, nunca foi concluído ou aprovado, seja pela Agespisa, seja pela Caixa.

10. Além disso, **houve inobservância, por parte da entidade, dos princípios do contraditório e da ampla defesa no curso do processo administrativo que resultou na indevida rescisão do Contrato nº 42/2010, vez que a contratada (Construtora Jole Ltda.) não teve acesso à cópia do referido projeto de alteração que fundamentaria o ato de rescisão, em desacordo com o art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.**

11. Desse modo, **tendo em vista a precariedade da motivação e a inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, vê-se que a rescisão unilateral do Contrato nº 42/2010 foi ilegal, devendo ser determinada à Agespisa a adoção das providências necessárias para a anulação do referido ato**, na forma proposta pela unidade técnica.

(...)

16. Anote-se que a atuação deste Tribunal neste caso específico deve se ater ao controle da legalidade do aludido ato de rescisão contratual, o qual poderia acarretar prejuízo ao Erário, com paralisação das obras e as mudanças de projeto sem a prévia anuência do contratante e/ou do interveniente deste ajuste.

17. Demais disso, vê-se que a decisão posterior pela manutenção do referido contrato compete exclusivamente à Agespisa, que deve avaliar todas as variáveis que envolvem esse tipo de decisão, quer financeiras, quer de ordem operacional, tais como as levantadas pela própria unidade técnica, no que se refere ao valor contratado e à especificidade que envolve as obras de sistemas de tratamento de esgoto, as quais, por certo, requerem atenção quanto à sequência ideal de execução das diferentes etapas.

18. Anoto, nesse ponto, que o Plenário do TCU já se posicionou neste mesmo sentido por meio do Acórdão 1.343/2009, determinando também a anulação de rescisão irregular de contrato.

(...)

28. De acordo com os argumentos apresentados pelo representante, houve indiscutível inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no curso do processo administrativo que resultou na rescisão do Contrato 18/Seinfra/2013, uma vez não foi disponibilizada cópia da alteração de projeto, memoriais e demais documentos que supostamente fundamentaram o ato de rescisão, não sendo suficiente para afastar tal violação a mera abertura e conclusão de procedimento administrativo como feito pelo Estado do Ceará.

29. Ante o exposto, o representante conclui que caberia aplicar o direito à espécie,

determinando o desfazimento de ato ilegal perpetrado, qual seja a rescisão, tendo em vista que não foi minimamente conferido ao consórcio a efetiva oportunidade para contraditar a conclusão de que há mudança contratual a impor a rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 e a deflagração de nova licitação.

30. No intuito de dar sustentáculo às suas alegações, apresenta entendimento de diversos doutrinadores no sentido de que a rescisão há de ser sempre decorrente de ato motivado, garantida a ampla defesa e o contraditório, com oferecimento de oportunidade de apresentação de defesa e de provas com a contraposição de argumentos a outros, não bastando a existência de processo administrativo (Odete Medauar, Antonio Roque Citadini, Reinaldo Moreira Bruno e Carlos Pinto Coelho Motta, peça 1, p. 18).

31. Na mesma esteira de ideias, expõe entendimento do doutrinador Marçal Justen Filho (peça 1, p. 18-19):

“Como se passa em todas as hipóteses de exercício de competências estatais de cunho sancionatório, exige-se a estrita observância ao devido processo administrativo. É imperioso assegurar ao particular o direito de defesa prévia, com ampla defesa e garantia de recurso. Sobre o tema, confirmam-se os comentários aos arts. 79 e 87, abaixo:

[...]

A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. Expôs-se em outra obra a extensão da garantia assegurada ao particular. Por ora, é imperioso considerar que o devido processo significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. A instauração do procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, inclusive com a definição dos fatos que se pretendem apreciar. Deve-se dar oportunidade ao particular para produzir uma defesa prévia e especificar as provas de que disponha. Em seguimento, deverão produzir-se as provas, sempre com participação do particular. Não se admite a realização de uma perícia sem que o particular possa indicar um representante e o vício não será suprido através da posterior comunicação ao interessado do conteúdo da perícia. Mas, muito pior do que isso, é a pura e simples rejeição da produção das provas. Após encerrada a instrução, deverá ser proferida a decisão, da qual caberá recurso para a autoridade superior. Após exaurido o procedimento, será proferido o ato administrativo unilateral de rescisão.

Deve reputar-se que a ausência de cumprimento ao devido processo legal configura-se não apenas quando há negativa direta e imediata na produção da decisão punitiva, mas também quando existe um arremedo de processo. Ou seja, o mais comum é a autoridade simular a implantação de um processo, enfocado como mera formalidade para surgir a sanção cuja imposição já estava predeterminada. Assim, instaura-se o processo e se convoca o particular para defender-se. Recusa-se a produção de qualquer prova, sempre sob o fundamento de impertinência, produzindo-se imediatamente a punição. Nesse caso, rejeitam-se sumariamente as defesas do particular, sendo muito comum a decisão *citra petita*. Ou seja, se o particular invocou argumentos de procedência irrefutável, costuma-se ignorar sua existência. Decide-se pura e simplesmente pela punição, invocando-se a seguir a autoexecutoriedade do ato administrativo para impor coercitivamente a solução que fora preordenada.

Condutas dessa ordem violam a ordem constitucional e infringem a concepção de um Estado Democrático de Direito.” (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009. pp. 831/832, grifos nossos)

32. Deste modo, o representante reafirma que a garantia constitucional contida no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna acrescido com o parágrafo único do artigo 78, da Lei nº 8.666/93, e artigo 2º, parágrafo único, inciso X, artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9.784/1999, espancam definitivamente qualquer dúvida sobre a necessidade de o processo administrativo nº 9014838/2017 oportunizar ampla defesa e o contraditório ao contratado, para que, somente após isto, possa se operar, de forma motivada e através de ato jurídico próprio, a eventual rescisão unilateral do contrato.

33. Outrossim, aduz que a rescisão unilateral do contrato advém da primazia que lhe fornece o inciso II, do artigo 58, da Lei nº 8.666/1993, mas este comando é temperado por alguns princípios, de suma importância, quais sejam: (a) rescisão unilateral, somente com permissão legal, nos casos especificados no inciso I do artigo 79 (incisos I a XII e XVII do artigo 78); (b) garantia de ampla defesa e contraditório; (c) rescisão por meio de documento escrito; (d) rígida submissão às formalidades legais; e (e) motivação, que compreende a fundamentação legal e os motivos que alicerçam a prática desse ato.

34. No mesmo sentido, apresenta diversos entendimentos de tribunais pátrios (peça 1, p. 19-20) acerca da imprescindibilidade da garantia prévia e irrestrita do contraditório e da ampla defesa nas hipóteses de rescisão unilateral do contrato administrativo (STJ - REsp: 1668638 MG 2013/0014730-1, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 26/9/2017, T2 – Segunda Turma; (STJ. RMS 20.385/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24/2/2010; AgRg no REsp 1203557 / SP Agravo Regimental no Recurso Especial 2010/0130298-9, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/2/2011).

35. No âmbito do TCU, para que a defesa, necessária em processos de rescisão contratual unilateral, possa ser plenamente exercida, há necessidade de que o ato da administração potencialmente lesivo a direitos do contratado seja adequadamente motivado e que seja observado o direito ao contraditório (Acórdão 1.343/2009-TCU-Plenário).

36. Por todo o exposto, conclui existir irregularidade no processo de rescisão de relevante contrato, de elevados valores envolvidos, tendo sido procedida a rescisão contratual sem efetiva disponibilização dos projetos e estudos que supostamente fundamentam a conclusão de que há mudança contratual a impor a rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 e a deflagração de nova licitação, em ofensa aos princípios constitucionais da supremacia do interesse público, bem como do devido processo legal e da ampla defesa.

Do não cumprimento dos requisitos constantes no Parecer da Procuradoria-Geral do Estado para rescisão. Outras irregularidades no procedimento efetuado.

37. Além das irregularidades já mencionadas, o consórcio representante registra que o despacho que decidiu pela adoção de providências visando à rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 se fundamentou, dentre outras razões, no teor do Parecer do Procurador-Geral do Estado do Ceará, de 6.2.2018 (peça 31), do seguinte modo:

“(…)

CONSIDERANDO que o Exmo. Procurador Geral do Estado despachou, após manifestação da Consultoria Geral daquela PGE/CE, *in verbis*:

Trata-se de processo que indaga sobre a possibilidade jurídica de rescisão unilateral de contrato administrativo, por razões de interesse público.

O despacho do Procurador-Chefe da Consultoria-Geral (fls. 81v-PGE) bem demonstra que existe previsão legal resguardando essa espécie de rescisão (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93), devendo, entretanto, o administrador exercer, no caso, um juízo de ponderação, observando que “a Administração está obrigada a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses cuja relevância não é usual”

(…)

Assim, uma tal rescisão, caso venha a ocorrer, deve se fazer acompanhar da demonstração de que:

a) a nova contratação que substituirá a rescindida é mais vantajosa para o Poder Público, não se confundindo com a anterior, o que deve ser tecnicamente respaldado;

b) a manutenção do pacto primitivo lesionaria, como acima indicado, interesses públicos da

maior relevância, juízo de valor a que deve proceder o administrador com arrimo nas circunstâncias fáticas porventura existentes e nos princípios que regem a atuação administrativa.

Além disso, uma vez rescindida a avença, é imperativo que sejam adotadas as medidas previstas na Lei 8.666/93, observadas as peculiaridades do caso e da forma de rescisão cogitada.

Dessa forma, atentos a todos os considerandos do opinativo que ora se aprova (fls. 81v-PGE) e **desde que cumpridos os requisitos e cautelas aplicáveis, inclusive os acima indicados, existe previsão jurídica de o administrador público fazer uso de rescisão unilateral de contrato por razões de interesse público.**

(...) (grifos nossos)

38. O representante informa que a própria fundamentação constante no despacho de rescisão (peça 31) já aponta a necessidade de atendimento de diversos requisitos para tornar possível a rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013, ou seja, a decisão expressa a necessidade de efetiva demonstração técnica de que a nova contratação que substituirá a rescindida é mais vantajosa para o Poder Público, não se confundindo com a anterior, bem como a objetiva comprovação nos autos de que a manutenção do referido contrato lesionaria interesses públicos da maior relevância.

39. Aponta, entretanto, que a aferição do cumprimento ou não de tais requisitos traçados pela Procuradoria Geral do Estado somente se mostra possível a partir da efetiva disponibilização e exame dos estudos, plantas, levantamentos, memórias de cálculo, orçamentos, planilhas e/ou projetos construtivos que supostamente serviram de alicerce à conclusão do Metrofor (peça 12, p. 11-20), no sentido de que há necessidade de rescisão contratual e realização de nova licitação por mudança do objeto contratual, o que não houve.

40. Ressalta que é indispensável ter acesso a todos esses elementos e informações técnicas para se concluir se, na situação específica, ocorreu realmente a demonstração técnica de que houve atendimento aos requisitos definidos no parecer da Procuradoria-Geral do Estado (PGE), de 6/2/2018 (peça 31), integralmente acatados no despacho da Seinfra-CE que expôs sobre a rescisão (peça 26).

41. Anotou que, após a emissão do citado parecer, o processo administrativo 9014838/2017 foi encaminhado para nova manifestação de diversas áreas técnicas da Seinfra e do Metrofor sem que efetiva e materialmente tenham sido disponibilizados os estudos, plantas, levantamentos, memórias de cálculo, orçamentos, planilhas e/ou projetos construtivos que permitiriam demonstrar, ou não, o cumprimento das condicionantes expressamente fixadas pela PGE.

42. Segundo o representante, o Metrofor e a CTO/Seinfra meramente ratificaram as manifestações anteriores, sem objetivamente disponibilizar os projetos técnicos que comprovariam se houve ou não o atendimento aos ditames estipulados no parecer da PGE.

43. Adita que a violação ao devido processo legal também ocorreu porque a notificação recebida pelo consórcio para apresentação de defesa prévia quanto à rescisão conferiu o prazo de cinco dias úteis para a apresentação de resposta, o qual esgotou no dia 22/2/2018 (peça 32) e, no dia seguinte ao fim do prazo (23/2/2018), já foi publicada a rescisão em si (peça 32), comprovando-se que toda e qualquer eventual argumentação do consórcio seria em vão, a decisão já estava tomada.

44. Ademais, antes mesmo de abrir o prazo para defesa prévia, a administração contratante já havia dado seguimento aos atos pertinentes à deflagração de novo certame licitatório, vez que havia designado a data (2/3/2018) da audiência pública inerente à nova licitação (peça 18), tratando como rescindido um contrato válido e vigente, com nítida desconsideração às alegações de defesa que ainda seriam apresentadas (defesa protocolada em 22/2/2018, no sentido de que o exercício da defesa restava prejudicado pela ausência de disponibilização dos novos projetos e estudos) pelo Consórcio e ao direito deste de produzir provas no processo administrativo, situação que ocorreu ante a publicação da rescisão em si no dia seguinte ao fim do prazo de defesa.

45. Conclui que não foi dado direito ao consórcio à apresentação de defesa, à formulação de alegações e à produção de provas antes da efetiva decisão relativa à rescisão ou não do Contrato 018/Seinfra/2013, decisão que deveria ter ocorrido somente após efetiva análise pela administração contratante da documentação e argumentação apresentada pelo consórcio contratado.

Da prejudicialidade contida na deflagração de novo procedimento licitatório

46. O consórcio informa que a deflagração de procedimento de relicitação do contrato, sem a divulgação de qualquer documentação técnica capaz de embasar a rescisão unilateral do contrato anterior e a vantajosidade da nova contratação, além de incorrer em óbvio prejuízo ao consórcio exponente de forma isolada, também acaba por atribuir caráter questionável à observância do próprio princípio da supremacia do interesse público.

47. Repisa que a autoridade pública foi omissa quanto à comprovação de que a nova contratação que substituirá a rescindida é mais vantajosa para o Poder Público, não se confundindo com a anterior, como também não forneceu respaldo técnico para atestar que a manutenção do pacto primitivo lesionaria, interesses públicos da maior relevância.

48. Ademais, apresentou doutrina e jurisprudência pátria no sentido de que a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos ensejadores do distrato (peça 1, p. 24-25). Frisou que se deve demonstrar o fato superveniente e a vantajosidade da rescisão, demonstrando-se a ausência de prejuízos ao erário, já levando em conta os tipos de serviços a serem realizados, os serviços novos, a desmobilização, os pagamentos de indenizações em favor do particular e a geração de outros custos.

49. A rescisão em apreço encontra esteio no artigo 78, inciso XII, da Lei 8.666/93 e deve estar, portanto, fundamentada em documentação que demonstre a existência de razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato, sob pena de violação à supremacia do interesse público.

Da rescisão contratual e da nova licitação

50. A empresa representante informou que, a despeito da inexistência de elementos técnicos justificadores de sua decisão, a Seinfra já rescindiu unilateralmente o Contrato 18/2013 e já realizou até mesmo audiência pública preparatória de novo certame para a execução das obras previstas no contrato citado, ocorrida no último dia 2/3/2018 (peça 18) contemplando simples apresentação de *powerpoint* (peça 19) expondo aspectos da nova licitação que, por si sós, são suficientes a evidenciar irregularidade caracterizadora de potencial prejuízo ao interesse público.

51. Aduz que a Seinfra-CE já anunciou durante a audiência pública a sua intenção de que a nova licitação concentre não apenas o objeto já licitado referente ao Contrato 18/2013, como também o fornecimento dos seguintes sistemas, fornecimentos e serviços adicionais não previstos no referido contrato:

Sistema de Telecomunicações (Segurança operacional e comunicação de voz, dados e imagens), Sistema de Bilhetagem Automática (Controle de acesso e arrecadação), Sistema de Ventilação (Segurança e conforto térmico), Sistema de Alimentação de Energia e Rede Aérea (Rede de energia para funcionamento dos trens e estações), Sistema de Sinalização e Controle Centralizado (Controle de trens e segurança de tráfego), Equipamentos de Oficinas (Operação e manutenção dos trens na via e pátio).

52. Adita que a não divisão do novo objeto em parcelas, sem comprovação de sua viabilidade técnica e econômica, afronta o artigo 23, § 1º, da Lei de Licitações:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

53. Ressalta que a nova solução pretendida pela Seinfra-CE para o novo certame foi diametralmente contrária e contraditória àquela preconizada pela própria Seinfra-CE em 2013, durante o procedimento licitatório que culminou no Contrato 18/2013. Naquela oportunidade, em resposta a questionamento do MPF, a Seinfra declarou, *in verbis*:

Esta Seinfra, ao contrário do afirmado por essa Douta Procuradoria, **dividiu as obras da linha leste em duas parcelas, uma de obras civis e a outra relativa aos sistemas fixos e material rodantes** (peça 20)

54. O consórcio representante afirma que, desde 2013, nenhum novo estudo ou projeto foi realizado, não cabendo rescisão e relicitação ante a ausência de comprovação da viabilidade técnica e econômica que indicassem benefício ao erário e ao interesse público:

De lá para cá, nenhum novo estudo ou projeto chegou a ser realizado e que pudesse justificar a pretendida revisão de posicionamento do aludido órgão. O que efetivamente houve, e que não pode justificar toda a reviravolta do projeto, foi mudança na gestão da SEINFRA, que passou a ser capitaneada pelo Exmo. Sr. Secretário Lúcio Gomes, irmão dos Exmos. Ex-Governadores do Ceará, Srs. Cid Gomes e Ciro Gomes.

Com toda a devida vênia, diferentes visões e interesses (inclusive políticos) de diferentes gestores de um mesmo órgão público em diferentes momentos, por mais que legítimos que possam ser, não são suficientes a justificar a rescisão de um contrato já licitado e adjudicado e a sua relicitação, sem a necessária comprovação técnica e econômica de que as mudanças pretendidas serão benéficas ao erário e ao interesse público.

Mais que isso. Como será visto mais adiante, mesmo que vantajosidade “conceitual” houvesse na mudança de posicionamento da Seinfra, também o órgão não poderia deixar de examinar a vantajosidade da adaptação do Contrato 18 (ampliação ou diminuição de seu escopo) ao invés de sua rescisão e relicitação, preservando-se ao máximo o erário público, e evitando-se uma inadmissível duplicidade de gastos pelo Estado e até mesmo, no limite, o pagamento de pesadas indenizações.

55. Segundo o representante, há nítida restrição da competitividade e incidência de BDI excessivo com a realização de um único certame contemplando obras civis, sistemas e equipamentos:

Em verdade, a realização de um só certame englobando execução de obras e fornecimento de múltiplos sistemas e equipamentos, consoante anunciado na Audiência Pública realizada, configura nítida restrição da competitividade, na medida em que as empresas atuantes no ramo da construção somente poderão participar da disputa caso necessariamente se consorciem com empresas voltadas ao fornecimento de sistemas e equipamentos, de modo a atender ao novo objeto do certame, o qual injustificada e indevidamente reuniu a execução de obras e o fornecimentos de sistemas prestados por empresas com atuação em segmentos totalmente díspares.

Pior. Além da inexistência de um efetivo estudo técnico e econômico acerca da suposta vantajosidade da rescisão do Contrato 18 e da realização de nova licitação nos moldes declarados, há também sobre o novo fornecimento previsão de incidência de Bonificação e Despesas Indiretas (“BDI”) em montante que onera injustificadamente a Administração. Nesse sentido, esse Colendo TCU também já decidiu por meio da Súmula TCU 253/2010:

“Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que

representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.”

Assim, da leitura da Súmula supra em harmonia com a previsão do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, depreende-se somente ser admissível a deflagração de certame licitatório cujo objeto preveja a contratação conjunta da execução de serviços e do fornecimento de sistemas, materiais e equipamentos caso a Administração comprove, fundamentada e objetivamente, não ser viável do ponto de vista técnico-econômico o parcelamento do objeto da licitação. Tal comprovação não apenas inexistente no caso, como o seu exame técnico e econômico tampouco foi realizado.

(...)

De outro modo, é dizer, ausente o exame e a demonstração de inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, é impositiva a realização de licitações distintas, divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, pelo menos uma para a execução dos serviços e outra para o fornecimento de sistemas, materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas, tudo com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, em estrita observância aos ditames do art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 e da Súmula TCU 253/2010.

56. Reitera que inexistente por parte do Estado do Ceará qualquer demonstração de inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da nova licitação, razão pela qual conclui pela necessidade de resguardar o interesse público nesta representação, com a imediata suspensão do novo procedimento licitatório, até que tal suposta vantajosidade seja efetivamente investigada. Antes disso, não admite como possa a administração simplesmente rescindir um contrato já devidamente licitado e promover a realização de nova licitação.

57. Aponta, ainda, que a nova licitação possui valor estimado de R\$ 1.650.000,00 insuficiente para fazer frente a todas as obras, além do fornecimento de sistemas e equipamentos adicionais, também sem apresentação de qualquer estudo de viabilidade técnica e econômica. Para tanto, o consórcio representante apresentou a seguinte linha de raciocínio para justificar a inexecutabilidade (peça 1, p. 7-8):

Entretanto, a partir dos valores corrigidos das planilhas de preços (peça 21) do Edital Concorrência Pública Nacional 20130004/Seinfra/CCC (da qual resultou o Contrato 18), o que se constata é que tal montante de R\$1.650.000.000,00 não seria atualmente suficiente sequer para atender o escopo de serviços que já constituem objeto do Contrato 18. O anúncio de tal valor como supostamente suficiente a cobrir o mesmo objeto do Contrato 18 (ainda que com ajustes) e mais os sistemas e fornecimentos adicionais afigura-se inverossímil e insidioso.

Nesta linha de raciocínio se percebe, sem dificuldade, que o valor estimado pelo Estado do Ceará de R\$1.650.000.000,00 para a nova contratação não se mostra exequível, visto que, ainda que não se contabilize (i) a inclusão da ampliação da VCA de estacionamento em Papicu; (ii) alguns dos sistemas; (iii) equipamentos; (iv) sem a oficina de manutenção, com equipamentos, trilhos e AMVs; e (iv) sem os reforços dos anéis nas estações, o orçamento já alcança, em tese, o montante de R\$1.466.276.367,60 (peça 1, p. 8)..

58. Segundo o representante, os cálculos que evidenciam inexecutabilidade foram realizados com ajustes na planilha contratual de 2013 ante a falta de planejamento e ausência de disponibilização de informações detalhadas sobre a nova contratação, evidenciadas pela inexistência de um projeto dotado de planilhas bem definidas e planejadas sobre as quais o novo edital estaria baseado, reiterando, cada vez mais, o latente risco de prejuízo ao interesse público.

59. Conclui que a rescisão unilateral do Contrato 18/Seinfra/2013 foi realizada de maneira infundada e precipitada, sem que fosse franqueado ao consórcio contratado o subsídio documental necessário para viabilizar o exercício do direito de contraditório e ampla defesa, seja para refutar integralmente o lançamento de um novo procedimento licitatório, seja para fomentar a discussão sobre

a viabilidade da realização de acréscimos ou supressões no objeto já contratado.

Do pedido de medida cautelar

60. O consórcio representante afirma que se encontra demonstrada a existência de grave ilegalidade, qual seja a rescisão sem investigação anterior de sua conveniência ao interesse público e sem efetiva concessão de ampla defesa e contraditório, posto não terem sido disponibilizados os estudos e elementos técnicos que subsidiaram a conclusão do Metrofor e da CTO/Seinfra.

61. Aduz que não foi realizada investigação técnica e econômica da vantajosidade da rescisão do contrato e da relicitação. Ademais, o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo consórcio representante somente se mostraria possível quando efetivamente fossem disponibilizadas pela Seinfra essenciais informações, pois sem isto não seria viável ao contratado se defender em sua plenitude.

62. Ressalta que estão presentes o fundado receio de milionária e irreversível lesão ao erário, a gritante violação da ampla defesa e contraditório e o risco iminente de ineficácia da decisão de mérito, caso não adotadas as medidas pertinentes no estágio atual, pois, diante da rescisão publicada, será dado andamento à nova licitação, notadamente quando já realizada audiência pública para a nova contratação.

63. Reforça que estão presentes os pressupostos do *fumus boni juris*, uma vez que grosseiramente ignoradas as previsões do art. 78, § único, da Lei 8.666/1993, e do *periculum in mora*, consubstanciando na possibilidade de a administração efetuar nova contratação de objeto já contratado com o consórcio representante e irregularmente objeto de rescisão.

64. Informa que a audiência pública concedida pela autoridade responsável ocorreu no último dia 2/3/2018 e a publicação do correspondente edital de licitação não deve tardar além do dia 23/3/2018, se regularmente observado o lapso temporal previsto no artigo 39 da Lei 8.666/1993.

65. Destaca, conforme divulgado na imprensa, que a intenção do Governo do Estado do Ceará é retomar as obras em junho.

66. Ante o exposto, a empresa representante requer:

a) a concessão, *inaudita altera parte*, de medida cautelar para determinar a imediata anulação da rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 ante a não apresentação de projetos, memoriais, planilhas a amparar a rescisão;

b) a suspensão dos demais procedimentos relacionados à nova licitação para implantação da linha leste do metrô de Fortaleza, na fase em que se encontrar, devendo a autoridade pública se abster de praticar qualquer ato tocante ao certame indicado, até ulterior deliberação desse Tribunal;

c) que, em caso de descumprimento da medida cautelar concedida, seja estipulada multa diária;

d) seja fixado prazo para manifestação do Estado do Ceará, por intermédio da Secretaria de Infraestrutura (Seinfra/CE);

e) sejam remetidos os autos ao douto Representante Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para conhecimento e manifestação;

f) seja, ao final, julgado procedente o pedido formulado na presente representação e denúncia, para reconhecer as ilegalidades apontadas no Processo Administrativo 9014838/2017, de modo a:

f.1) invalidar os atos eventualmente já praticados, inclusive a rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013, eventual homologação do novo certame, adjudicação do objeto, assinatura de contrato, emissão de ordem de serviço, e/ou medição, caso já tenham ocorrido;

e.2) determinar a apresentação de efetivo estudo técnico para comprovar, objetivamente, a impossibilidade de readequar o objeto licitado, comprovando-se que a rescisão é a alternativa menos onerosa às partes e vantajosa para a administração.

Análise - Pedido de Medida Cautelar

67. O Contrato 018/Seinfra/2013 (peça 10) firmado entre a Seinfra-CE e o Consórcio Cetenco-Acciona foi assinado em 11/8/2013 e objetiva a realização de obras de implantação da Linha Leste do Metrô de Fortaleza. Por meio do primeiro termo aditivo contratual (peça 11), foi alterada a denominação do contratado para Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza, com a substituição da Cetenco pela empresa Construtora Marquise S/A.

68. A análise da formação do consórcio representante já foi objeto de análise pelo TCU que já se pronunciou pela sua regularidade, de acordo com os Acórdãos-TCU-Plenário 2.130/2016, 2.681/2016 e 201/2017, proferidos no âmbito do TC-009.221/2016-6 (peças 15-17).

69. O avanço físico da obra até a presente data não ultrapassou 2,28%, encontrando-se paralisada.

70. O consórcio representante afirma que há irregularidades alusivas às ações adotadas pela Seinfra-CE, em especial no que tange à efetiva rescisão unilateral do Contrato 018/Seinfra/2013 sem apresentação de projetos, memoriais e planilhas que amparem a rescisão, já tendo sido iniciados os procedimentos relacionados à nova licitação para implantação da linha leste do metrô de Fortaleza, com descumprimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sem que fosse dada oportunidade ao consórcio contratado de apresentar defesa, em desacordo com o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna acrescido com o parágrafo único do artigo 78, da Lei nº 8.666/93, e artigo 2º, parágrafo único, inciso X, artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9.784/1999.

71. No entanto, é de se registrar que a decisão do Secretário da Seinfra-CE, de 14/2/2018, pela rescisão do contrato em apreço baseou-se em arrazoado técnico do Metrofor com menção às seguintes vantagens (peça 26):

- i) execução em uma fase, com os recursos disponíveis, cuja funcionalidade operacional esteja garantida, pela sua execução integral;
- ii) viabilização da melhor solução de curto prazo para integração metro-ferroviária na região metropolitana de Fortaleza;
- iii) otimização da integração intermodal da rede ferroviária em implantação, com os sistemas de ônibus urbano e metropolitano;
- iv) conveniência técnica da execução simultânea dos projetos de obras civis e de sistemas;
- v) garantia de economia de escala, ao possibilitar que as obras sejam executadas com a integração compatibilizada dos projetos civis e de sistemas.

72. Ademais, o Procedimento Administrativo 9014838/2017 (peça 12-13) que redundou na rescisão contratual em apreço levou em conta o realinhamento para a implantação da linha leste do Metrô de Fortaleza decorrente de grupo de trabalho formado pelo Ministério das Cidades, através da Secretaria Nacional da Mobilidade Urbana (Semob), pelo Banco Mundial (Bird), pelo BNDES e pela CEF, com contribuições do Governo do Estado do Ceará, pela Seinfra-CE e Metrofor, com menção a:

- i) recomendações e sugestões, na busca de funcionalidade, sustentabilidade econômico-financeira, racionalidade e previsibilidade, tendo como condicionante *sine quibus non*, a ser deflagrada de imediato e com a maior brevidade possível, “dispor de contrato apto para execução das obras”;
- ii) sugestão de foco, após definido o faseamento, para o trecho Tirol-Papicu (fase 1), dentro de proposta alternativa apresentada pelo Governo do Estado do Ceará ao Ministério das Cidades e ao BNDES em outubro/2017, integrando com a linha sul e oeste desse modal, e com a linha em construção do Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) Parangaba-Mucuripe;
- iii) risco de descontinuidade para o modelo originalmente contratado, onde equipamentos e sistemas necessários à funcionalidade do projeto seriam contemplados em posterior processo de parceria público privada (PPP);

- iv) proposta alternativa contemplando mais equipamentos e sistemas, mas com supressão de trechos inicialmente previstos, notadamente da execução de três estações originalmente previstas;
- v) apresentação de novos estudos de viabilidade da linha leste com a chamada fase 1;
- vi) apresentação de estudos técnicos necessários aos ajustes de projeto;

73. O despacho técnico do Metrofor (peça 12, p. 11-20) aborda o objeto original e o projeto alternativo, com menção a recursos financeiros, e descreve características construtivas, sendo pertinente ressaltar que o descasamento entre obras e fornecimento de sistemas, equipamentos e material rodante foi considerado inadequado pelo Ministério das Cidades (Semob), por não garantir a operação da linha ao término das obras civis.

74. No que se refere às alterações propostas ao projeto original de execução da linha leste do metrô de Fortaleza, o despacho técnico do Metrofor (peça 12, p. 20) apresenta, apenas de forma descritiva e sem maiores detalhamentos, as mesmas vantagens mencionadas nas considerações que motivaram o despacho da Seinfra-CE (peça 26).

75. A Coordenadoria de Transportes e Obras (CTO) da Seinfra-CE apenas manifestou concordância com o posicionamento do despacho do Metrofor, sem apresentar análises ou justificativas complementares (peça 12, p. 26).

76. Impende-nos frisar que a manifestação pela rescisão contratual da Assessoria Jurídica da Seinfra-CE levou em conta, exclusivamente, os elementos que constam no Processo Administrativo 9014838/2017 (peças 12-13), sem analisar aspectos de natureza técnico-administrativa. Com base nos pontos apresentados pelo Metrofor, cita somente que existirão alterações técnicas substanciais no objeto do contato que não foram contemplados oportunamente.

77. Quanto ao aspecto jurídico, a Assessoria Jurídica aborda a rescisão unilateral decorrente de razões de interesse público (artigo 78, XVII, e artigo 79, II e § 1º, da Lei 8.666/93), destacando que o interesse público primário se materializa através da necessidade de a administração concluir adequadamente o objeto a que se propôs, nos termos do parecer técnico da Companhia Cearense de Transporte Metropolitano (Metrofor).

78. Aduz que a cláusula décima terceira do Contrato 018/Seinfra/2013 prevê a possibilidade de rescisão pela contratante, independente de interpelação judicial e de qualquer indenização, no caso de razões de interesse público (peça 12, p. 63).

79. Ante o exposto, verifica-se que ainda não há elementos de convicção suficientes para confirmar o pressuposto da fumaça do bom direito quanto às supostas irregularidades apontadas pelo consórcio representante.

80. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

81. Analisando os elementos apresentados pelo representante, verifica-se que o *periculum in mora* ainda não se encontra plenamente evidenciado, tendo em vista que não obstante o extrato de rescisão do Contrato 018/Seinfra/2013 já ter sido publicado no Diário Oficial do Estado em 23/2/2018 (peça 30), ainda se faz pertinente o posicionamento quanto a estudos prévios, lançamento de edital e abertura de novas propostas, demonstrando o indicativo de estágio do certame ou a iminência de escolha de nova empresa a ser contratada.

82. Para formar convicção definitiva acerca da presença do *fumus boni iuris*, entende-se que deve ser dada oportunidade para a Seinfra-CE apresentar seus argumentos quanto aos itens contidos nesta instrução e na peça inicial da representação, ressaltando que a mera repetição dos motivos

apresentados como análise da defesa prévia do representante no Processo Administrativo 9014838/2017, sem demonstração técnica e econômica detalhada da vantajosidade de novo certame, não será suficiente para afastar as falhas apontadas.

83. Mesmo levando-se em conta que os processos de natureza cautelar são de cognição rarefeita, os seus pressupostos devem estar claramente evidenciados nos autos para que se tome uma decisão preliminar com a maior possibilidade de se atender aos requisitos dessa espécie de processo.

84. Portanto, antes da concessão da cautelar pleiteada, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, deve ser realizada a oitiva prévia da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE), para que apresente informações capazes de sanear as supostas irregularidades questionadas pela licitante representante relativas aos aspectos abordados na análise técnica da presente instrução.

CONCLUSÃO

85. Os documentos constantes das peças 1 e 3 devem ser conhecidos como representação, por preencherem os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º da Resolução – TCU 259/2014.

86. No que tange ao requerimento de medida cautelar, entende-se necessária a realização de oitiva prévia da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE) para que se manifeste quanto às supostas irregularidades informadas pelo consórcio representante, em especial quanto à ausência de estudos técnicos e econômicos que demonstrem a vantajosidade de rescisão contratual unilateral e a necessidade de realização de novo certame em obediência à supremacia do interesse público.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

87. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) **conhecer** da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014;

b) realizar, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE), para, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis:

b.1) manifestar-se sobre os fatos apontados na representação formulada pelo Consórcio Metrô Linha Leste Fortaleza (CNPJ 23.699.058/0001-70), especialmente quanto aos pontos infraelencados destacados no exame técnico desta instrução, alertando-o quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação da rescisão contratual unilateral do Contrato 018/Seinfra/2013 para a execução das obras de implantação da linha leste do metrô de Fortaleza/CE, sem prejuízo de eventuais sanções, e ressaltando que a mera repetição dos motivos apresentados como análise da defesa prévia do representante no Processo Administrativo 9014838/2017, sem demonstração técnica e econômica da vantajosidade de novo certame, não será suficiente para afastar as falhas apontadas, sugerindo-se que se abstenha de praticar atos relacionados à nova contratação até a decisão de mérito do TCU a ser proferida nesse processo:

b.1.1) rescisão unilateral do Contrato 018/SEINFRA/2013 visando à realização de obras de implantação da Linha Leste do Metrô de Fortaleza, mediante Processo Administrativo 9014838/2017 que vem se desenvolvendo de forma irregular no âmbito da Seinfra-CE, sem apresentação de estudos, plantas, projetos construtivos, levantamentos, memórias de cálculo, orçamentos e planilhas minimamente pormenorizadas que amparam a rescisão e impedem a promoção de alterações contratuais, trazendo incertezas acerca da dimensão quantitativa e qualitativa da mudança substancial de objeto, com graves violações ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da supremacia do interesse público, em desacordo com o artigo 78, XII, parágrafo único, e 79, I, da Lei 8.666/93, artigo

2º, parágrafo único, inciso X, artigo 3º, inc. III, da Lei nº 9.784/1999, e artigo 5º, inciso LV, da CF/1988, e com o teor dos Acórdãos 1.343/2009-TCU-Plenário e 252/2015-TCU-Plenário;

b.1.2) realização de procedimentos para a nova licitação para a mesma obra do Contrato 018/Seinfra/2013, antes mesmo da conclusão do processo que visa à sua rescisão, e independentemente da realização de quaisquer estudos técnicos e econômicos que examinem a vantajosidade da realização do novo certame e o cumprimento das condicionantes preestabelecidas, e demonstrem a ausência de prejuízos ao erário, já levando em conta os tipos de serviços a serem realizados, os serviços novos, a desmobilização, os pagamentos de indenizações em favor do particular e a geração de outros custos;

b.1.3) convocação de audiência pública obrigatória em 15/2/2018 para o lançamento de novo edital, antes de decorrido o prazo aberto para apresentação de defesa prévia acerca da rescisão, com anúncio durante a audiência pública da intenção de que a nova licitação concentre não apenas o objeto já licitado referente ao Contrato 018/Seinfra/2013, como também diversos sistemas e equipamentos não previstos no referido contrato, sem comprovação da viabilidade técnica e econômica do não parcelamento, em afronta ao artigo 23, § 1º, da Lei de Licitações;

b.1.4) publicação da rescisão contratual em 23/2/2018, sem análise da petição do consórcio, apresentada no prazo de defesa (22/2/2018), no âmbito do Processo Administrativo 9014838/2017, esclarecendo a impossibilidade de defesa técnica sem acesso às informações necessárias acerca do projeto alterado;

b.2) apresentar informações acerca do atual estágio em que se encontra o processo destinado à realização das novas obras e sistemas alusivos à linha leste do metrô de Fortaleza/CE;

c) **encaminhar** cópia das peças 1 a 32, bem como da presente instrução, à Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra-CE), a fim de subsidiar as manifestações a serem requeridas;

d) **comunicar** ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos.

Secex-CE, em 26 de março de 2018.

(Assinado eletronicamente)

Roberto Ferreira Correia
AUFC – Matr. 732-3