Número 11 – agosto/setembro/outubro - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO – ESCOLHA DE PARCEIRO POR EMPRESA ESTADUAL – DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO

Antônio Carlos Cintra do Amaral Adilson
Advogado em São Paulo. Consultor e Parecerista em Direito Administrativo. Ex-Professor de Direito Econômico na Faculdade de Direito da PUC/SP.

CONSULTA

A Consulente, empresa estadual, deverá participar de licitação para concessão do serviço de fornecimento de água e esgotamento sanitário no Município de.....

Para participar dessa licitação, pretende ela consorciar-se com parceiros privados. Essa parceria far-se-á em benefício do usuário dos serviços, a quem se pretende continuar prestando serviço adequado.

Indaga se a escolha de parceiros privados, para participar da licitação em consórcio e, caso seja vencedor esse consórcio, constituir com esses parceiros uma sociedade que tenha por objetivo exclusivo a prestação do aludido serviço, deverá ser precedida de licitação.

Esclarecendo que tem a maior urgência em posicionar-se perante essa questão, a Consulente junta os elementos necessários à compreensão do assunto e solicita-me emitir opinião a respeito.

É o que farei a seguir.

PARECER

A Consulente é uma sociedade de economia mista, integrante da Administração Indireta do Estado.

A Constituição de 1988, em seu art. 22, XXVII, dispunha, em sua redação original, que a União tinha competência para legislar sobre:

> *"XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;"*

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, de 4/6/98, esse dispositivo passou a ter a seguinte redação:

> *"XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;"*

Entendo que a alteração constitucional importou em submeter as empresas estatais, quer sociedades de economia mista, quer empresas públicas, apenas aos **princípios** da licitação (art. 173, § 1º, III, da Constituição), e não mais às **normas gerais** de licitação e contratação editadas pela União. Caso entendêssemos o contrário, a Emenda Constitucional nº 19 teria sido, nesse ponto, inócua. A alteração somente tem sentido se a entendermos como retirando as empresas estatais da disciplina de normas gerais editadas pela União. Assim, parece-me que a Lei 8.666/93 passou a não mais aplicar-se às empresas estatais, quer federais, quer estaduais, municipais ou do Distrito Federal.

A questão, porém, não tem relevância para o enfoque adequado da consulta formulada. Qualquer que seja o entendimento que se dê à alteração efetuada pela Emenda Constitucional nº 19, é inequívoco que a Consulente, como empresa estadual, mais especificamente sociedade de economia mista, integrante da Administração Indireta do Estado, tem o dever de licitar. Quer de acordo com as **normas** da Lei 8.666/93, quer de acordo com os **princípios** da licitação.

O problema que se põe é: as empresas estatais têm o dever de realizar licitações. Mas, **para contratar o quê**?

A Constituição dispõe, em seu art. 37, XXI, que:

> *"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual*

> *somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

Por outro lado, dispõe no art. 175:

> *"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."*

Fica claro, à vista desses dispositivos constitucionais, que o procedimento licitatório deve, **em regra**, preceder a contratação, pela Administração Pública em geral, de:

a) obras;

b) serviços;

c) compras;

d) alienações; e

e) concessões e permissões de serviço público.

É cediça a noção de que a licitação é um procedimento que tem por objetivo a celebração de um **contrato administrativo**. O que é um contrato administrativo? Não adianta buscarmos na doutrina estrangeira um conceito universal de contrato administrativo. A doutrina francesa dedica-se à descrição do Direito francês. A italiana, do Direito italiano. E assim por diante. Importa saber o que é contrato administrativo **no Direito brasileiro.** Todo Direito é Direito posto e vigente em um determinado país.

Nesse sentido, escreveu *HANS KELSEN,* no prefácio à sua *"Teoria Geral do Direito e do Estado"* (trad. de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. XXVII):

> *"A teoria que será exposta na primeira parte deste livro é uma teoria geral do Direito positivo. O Direito positivo é sempre o Direito de uma comunidade definida: o Direito dos Estados Unidos, o Direito da França, o Direito mexicano, o Direito internacional."*

No mesmo sentido, diz *ALF ROSS ("Sobre el Derecho y la Lenguaje",* trad. de Genaro R. Carrió, 3ª ed., Buenos Aires, 1963, pp. 19/20):

> *"O caráter normativo da ciência do direito significa, portanto, que se trata de uma doutrina **referente** a normas, e não de uma doutrina composta **de** normas. Não tem como fim 'postular' ou expressar normas, mas estabelecer que estas são 'direito vigente'. A ciência do direito é normativa enquanto descritiva de normas e não enquanto expressiva delas."* (trad. minha)

Escreve, ainda, *ROSS* (ob. cit., p. 9):

> *"Toda proposição de um livro de texto jurídico tem que ser compreendida com a ressalva geral de que o autor está expondo o direito vigente dentro de um sistema jurídico específico: o direito de Illinois, da Califórnia, o* ***common law,*** *etc."* (trad. minha)

Volto a *KELSEN,* só que em sua *"Teoria Geral das Normas"* (trad. de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 194):

> *"Se a Ética e a Ciência do Direito são indicadas como Ciências 'normativas', então isto não significa - como mais uma vez precisa ser acentuado com ênfase - que elas fixam normas, prescrevam conduta humana, mas sim que normas são seu objeto, que elas descrevem normas."*

No Direito brasileiro, a licitação precede a realização de contratos administrativos, que são os contratos de obras, serviços, compras, alienações e concessões e permissões de serviço público, celebrados pelo Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

A Lei 8.666/93, ao regular expressamente o art. 37, XXI, da Constituição, estabeleceu (art. 1º):

> *"normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."*

Ao elenco constitucional, acrescentou, apenas, *"locações",* por ela incluídas, a exemplo do que faz a legislação tributária, na categoria de *"serviço"* (art. 6º, II). Quanto às concessões e permissões, foram elas previstas nos arts. 2º e 124.

Os demais contratos celebrados pelo Poder Público não são considerados, pelo Direito brasileiro, contratos administrativos. Não se exige, para sua celebração, a realização prévia de licitação.

Saliente-se que parte da doutrina brasileira tem entendido que a Lei 8.666/93 é demasiadamente abrangente, não efetuando a distinção entre **contratos da Administração** e **contratos administrativos.** Nesse sentido, é paradigmática a posição de *MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ("Direito Administrativo",* 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2001). Diz ela (p. 240):

> *"A Lei 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei 8.883, de 8-6-94, e pela Lei 9.648, de 27-5-98, abrange todos os contratos por ela disciplinados sob a denominação de* ***contratos administrativos*** *(arts. 1º e 54), embora nem todos tenham essa natureza."*

Acrescenta ela (ob. cit., pp. 241/242) que há contratos administrativos *"no sentido amplo empregado na Lei nº 8.666/93"* e contratos administrativos *"no sentido próprio e restrito, que abrange apenas aqueles acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derrogatório e exorbitante do direito comum".*

Permito-me discordar da ilustre administrativista brasileira. Não me parece que exista uma **natureza** do contrato administrativo. Contrato administrativo é o que o Direito vigente em um determinado país diz que **é,** e não o que a doutrina (ciência jurídica) diz que **deveria ser.** A ciência jurídica, como escreve *ALF ROSS,* não tem como fim *"postular"* ou expressar normas, mas estabelecer que elas são *"direito vigente".* Em outras palavras: a ciência jurídica (doutrina) não cria o Direito, descreve-o. E não se pode dizer que se trata de questão semântica, porque diz *MARIA SYLVIA* (ob. cit., p. 241):

> *"Ficou quase inteiramente derrogado o direito comum, porque o legislador preferiu, em praticamente todos os contratos de que a Administração é parte, manter a sua posição de supremacia sobre o particular."*

Em meu entendimento, não cabe ao jurista – pelo menos enquanto tal - concordar ou discordar da lei, mas sim descrevê-la como foi posta. A lei adotou um conceito de contrato administrativo mais amplo do que o habitualmente encontrado em textos de literatura jurídica. É esse conceito, amplo, que integra o sistema jurídico.

De qualquer maneira, porém, objeto da discussão é se a lei ampliou demasiadamente ou não o conceito de contrato administrativo. Quanto ao entendimento de que os contratos não contemplados na lei **não são contratos administrativos,** não existe discordância. E é este o ponto que nos interessa diretamente no momento.

A Lei 8.987/95, que disciplinou as concessões e permissões de serviço público no Brasil, aplicável, por força do art. 175 da Constituição, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, autoriza o Poder Público a admitir a participação, na licitação, de empresas em consórcio (art. 19). Nessa hipótese, as empresas licitantes devem apresentar comprovação de compromisso de constituição do consórcio (art. 19, I). Por outro lado, dispõe ela no art. 20:

> *"Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato."*

Sobre a norma contida nesse art. 20 da Lei 8.987/95, escrevi, em meu *"Concessão de Serviço Público"* (São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 39):

> *"Note-se que essa norma não conflita com o § 1º do art. 278 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), que diz não ter o consórcio personalidade jurídica. Não se atribui ao consórcio personalidade jurídica. Permite-se que se exija que as empresas que participaram da licitação em consórcio - e foram declaradas vencedoras - constituam uma nova pessoa jurídica, com objeto social específico, para prestação do serviço concedido."*

Por outro lado, concordo inteiramente com *MARÇAL JUSTEN FILHO* quando ele escreve (*"Concessões de Serviços Públicos",* São Paulo, Dialética, 1997, p. 243):

> *"A regra merece aplausos porque o desempenho do serviço público objeto da concessão, de regra, é incompatível com o conceito de consórcio. Na maior parte dos casos, trata-se de atividades a serem desenvolvidas por longo prazo, necessitando estruturação exclusiva de recursos materiais e pessoal para seu desempenho. Essas atividades são complexas e pressupõem um sujeito com autonomia e personalidade jurídica próprias para seu desempenho. Nessas hipóteses de complexidade do serviço concedido, atribuir a concessão a um consórcio conduziria a uma de duas alternativas. A primeira possibilidade seria a concessão ser desempenhada com ineficiência, por ausência de comando central e autonomia na organização da atividade. A segunda possibilidade seria o surgimento de sociedade de fato, com a estruturação não formalizada de um sujeito de direito. Em ambas as hipóteses, produzir-se-iam inúmeras dificuldades gerenciais e jurídicas, com grande probabilidade de frustração do intento da Administração Pública."*

Nos casos em que o poder concedente adota o procedimento autorizado pelo art. 20 da Lei 8.987/95, as empresas que participam da licitação em consórcio não chegam a formalizá-lo. Isso porque durante o procedimento licitatório lhes é exigido apenas o compromisso de constituição do consórcio. E, caso vencedoras, para a celebração do contrato devem constituir uma sociedade de fins específicos *("sociedade de propósito específico").* Ao contrário das contratações em geral, não são as licitantes, consorciadas, que são contratadas pelo Poder Público, mas sim uma nova pessoa jurídica, constituída pelas licitantes para o fim específico de prestar o serviço concedido. Vale dizer: uma nova pessoa jurídica, da qual as licitantes sejam sócias ou acionistas. O consórcio, portanto, não chega a ser formalizado, ou seja, não chega a ter existência jurídica.

Quando uma empresa ingressa em uma licitação para concessão de serviço público em consórcio com outra empresa, há que se distinguir, portanto, duas hipóteses. Na primeira, as empresas apresentam compromisso de constituição do consórcio e, caso sejam vencedoras do certame, formalizam o consórcio e são contratadas pelo poder concedente, consorciadas. Na segunda, não chegam a constituir o consórcio: constituem, isso sim, uma nova pessoa jurídica, com o fim específico de prestar o serviço concedido. A rigor, nessa segunda hipótese não se pode falar em *"compromisso de constituição de consórcio",* mas sim em *"compromisso de constituição de uma nova pessoa jurídica".* Que, aliás, nessa hipótese, é o que deve ser exigido no edital para atender o requisito de participação previsto no art. 19, I, da Lei 8.987/95.

Ao participar de licitação *"em consórcio"* com uma ou mais empresas privadas, uma empresa estatal, como é o caso da Consulente, compromete-se a constituir uma nova pessoa jurídica, caso elas, ditas *"consorciadas",* venham a ser vencedoras dessa licitação. Busca estabelecer, com essa ou essas empresas privadas, uma parceria. Certamente com o objetivo, no caso concreto, de aliar a tecnologia da qual a Consulente é detentora com a capacidade de investimentos da iniciativa privada. Compromete-se, portanto, a celebrar, com essa ou essas parceiras, um **contrato de sociedade.**

O contrato de sociedade é tipicamente um contrato **civil** ou **comercial.** Não é um contrato **administrativo**, mesmo quando uma das partes seja uma empresa estatal. Como se viu acima, no Direito brasileiro são contratos administrativos os

contratos celebrados pelo Poder Público para realização de obras públicas, obtenção de serviços a serem prestados, compras, alienações e concessões ou permissões. Somente esses. Ao constituir uma nova pessoa jurídica, o Poder Público não está contratando com um construtor, um prestador de serviços, um vendedor, um comprador ou um concessionário ou permissionário. Está contratando com um sócio, embora a sociedade por eles constituída vá celebrar, por sua vez, um outro contrato, este administrativo, qual seja o de concessão de serviço público.

Para contratar uma obra pública, uma prestação de serviços, uma compra ou alienação, ou, ainda, uma concessão ou permissão (na qualidade de concedente ou permitente), o Poder Público deve licitar. Para contratar uma sociedade, **não tem o dever de licitar**. Isso em face da Constituição e das leis vigentes no País, ou seja, em face do Direito brasileiro.

Note-se que o art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93 dispõe que se aplicam algumas das normas legais, **no que couber**, aos contratos *"cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado",* mencionando especialmente os contratos de seguro, financiamento e locação. Esse dispositivo legal não infirma o que foi dito até aqui, por que:

a) as normas da Lei 8.666/93 não têm aplicabilidade, na prática, aos contratos de seguro, financiamento e locação em que o Poder Público seja locatário, que estão submetidos a legislação própria;

b) mesmo que seja admitida a aplicabilidade dessas normas, **no que couber**, a esses contratos, isso não os transforma em contratos administrativos, continuando eles a ser de direito privado; e

c) o contrato de sociedade é **exclusivamente**, e não **predominantemente**, regido pelo direito privado.

Se, a este passo, porém, ainda me restasse alguma dúvida sobre o assunto, ela seria totalmente afastada ao verificar que, no mesmo art. 37 da Constituição, que trata da Administração Pública em geral, está contido o inciso XX:

> *"XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;"*

Entre as *"entidades mencionadas no inciso anterior",* estão as sociedades de economia mista, categoria em que se inclui a Consulente.

O art. 37 da Constituição contempla, portanto, duas hipóteses distintas, quais sejam: ***(a)*** uma sociedade de economia mista cria subsidiária ou participa de empresa privada (inciso XX); e ***(b)*** uma sociedade de economia mista contrata obras, serviços, compras e alienações (inciso XXI). Na primeira hipótese, faz-se necessária **autorização legislativa**. Na segunda, **processo de licitação pública**. Na primeira, não se exige licitação prévia; na segunda, não se exige autorização legislativa.

Note-se que a Constituição, nesse inciso XX do art. 37, não distingue criação de subsidiária - que se caracteriza pelo controle societário por parte da entidade estatal - e simples participação, paritária ou minoritária, em empresa privada. Nas duas hipóteses, faz-se necessária autorização legislativa. Isso, porém, não quer dizer que seja juridicamente irrelevante que a participação da Consulente, na nova pessoa jurídica, se faça mediante subscrição da maioria do seu capital votante, ou mediante subscrição da metade ou de minoria das ações ou quotas com direito a voto. Na primeira hipótese, caracterizar-se-á a criação de uma **sociedade de economia mista de segundo grau**, que ficará vinculada a regras de direito público, inclusive no que se refere ao dever de licitar obras, serviços, compras e alienações. Na segunda, haverá criação de uma empresa privada, submetida exclusivamente ao regime do direito privado.

CONCLUSÃO

Respondo, assim, à Consulta formulada, dizendo que a escolha, pela Consulente, de parceiro ou parceiros, para com ele ou eles participar da licitação para prestar o serviço público de fornecimento de água e esgoto no Município de ..... não está sujeita à realização de licitação. Caso a Consulente e sua ou suas *"consorciadas"* venham a ser vencedoras da licitação, nada obsta a que celebrem entre si contrato de sociedade, **observados os termos da autorização legislativa**, com o fim específico de prestar o serviço a ser concedido a essa nova pessoa jurídica.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO – ESCOLHA DE PARCEIRO POR EMPRESA ESTADUAL – DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.